86371

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 24 • vol. 124 • outubro / 2016

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
IBCCRIM
BIBLIOTECA

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 124 • outubro / 2016

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Marina Pinhão Coelho Araújo.

EDITORES-ASSISTENTES – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Chiavelli Facenda Falavigno, Heloisa Estellita, Pedro Augusto Simões da Conceição e Vinicius Gomes de Vasconcellos.

EDITORES-EXECUTIVOS - Adriano Galvão, Eduardo Carvalho e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL
Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia); Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal); Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha); Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha); Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha); Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal); Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha); David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália); Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha); Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha); Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile); Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha); João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha); Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal); Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal); Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia); Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina); Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP); Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha); Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP); *(professores brasileiros aposentados)*.

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexandre Wunderlich (PUCRS – Porto Alegre/RS); Alexis Couto de Brito (Mackenzie – São Paulo/SP); Américo Bedê Freire Júnior (FDV – Vitória/ES); Ana Carolina de Oliveira (USP – São Paulo/SP); Ana Claudia Cifali (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ana Cristina Gomes (USAL - Salamanca/ESP); Arthur Levy Brandão Kullok (UC – Coimbra/PT); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruna Angotti (USP – São Paulo/SP); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Carolina de Freitas Paladino (TJPR – Curitiba/PR); Cristiano Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Daniel Leonhardt dos Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); Décio Franco David (UENP – Jacarezinho/ PR); Deise Krantz Lora (PUCRS – Porto Alegre/RS); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Fabrício Dreyer Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Fernanda Vilares (PRFN – São Paulo/SP); Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior (UFPR – Curitiba/PR); Gustavo de Souza Preussler (UFGD - Dourados/MS); Gustavo Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP); Hugo Leonardo Rodrigues Santos (CESMAC - Maceió /AL); Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Jéssica Raquel Sponchiado (USP – São Paulo/SP); José Danilo Tavares Lobato (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Klelia Canabrava Aleixo (PUCMinas – Belo Horizonte/MG); Marco Aurélio Florêncio Filho (Mackenzie – São Paulo/SP); Mariana Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS); Miguel Tedesco Wedy (Unisinos – São Leopoldo/RS); Ney Fayet Júnior (PUCRS – Porto Alegre/RS); Oliveiros Guanais de Alencar Filho (PR – Salvador/BA); Paulo César Busato (UFPR – Curitiba/PR); Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (UFPE – Recife/PE); Ricardo Sontag (UFMG – Belo Horizonte/MG); Roberto Augusto de Carvalho Campos (EPD – São Paulo/SP); Rodrigo Sánchez Rios (PUCPR – Curitiba/PR); Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS); Susana Maria Aires de Sousa (UC – Coimbra/PT); Tarsis Barreto (UFTO – Palmas/TO); Thiago M. Minagé (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Tomás Grings Machado (Unisinos – São Leopoldo/RS).

AUTORES (DESTE VOLUME)

Augusto Tarradt Vilela (São Leopoldo/RS); Anette Grünewald (Berlim/Alemanha); Bibiana C. Barbosa (São Leopoldo/RS); Bruno Amaral Machado (Brasília/DF); Cristina Grobério Pazó (Vitória/ES); Cristina Rego De Oliveira (Coimbra/PT); Cristina Zackseski (Brasília/DF); Emília Merlini Giuliani (Porto Alegre/RS); Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (Campinas/SP); Halley Jhason Medeiros Mendes (Vitória/ES); João Paulo Ghiraldelli Dal Poggetto (Campinas/SP); Marcelo Berdet (Brasília/DF); Patrick Cacicedo (São Paulo/SP); Pedro Jorge Costa (Recife/PE); Rene Mallet Raupp (Brasília/DF); Thiago Fabres de Carvalho (Vitória/ES); Vera Regina Röhnelt Ramires (São Leopoldo/RS).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 124 • outubro / 2016

Presidência
ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

Coordenação (editora-chefe)
MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [10-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [15.09.2016]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 124 • outubro / 2016

Coordenação (editora-chefe)
MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2015/2016

Diretoria Executiva

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente
Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário
Fábio Tofic Simantob
2.º Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.º Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.º Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Andrea Cristina D'Angelo
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho
Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan
Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Boletim
José Carlos Abissamra Filho
Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello
Convênios
Matheus Pupo
Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira
Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fábio Roberto D'Avila

Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito
Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay
Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti
Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna
Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

22.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira
20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila
Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC
Renato Watanabe de Morais
Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico
Eleonora Rangel Nacif

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo
Secretário-geral
Rafael de Souza Lira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 124 • outubro / 2016

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativo Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos

The inadequacy of the concept of public health as a legal good: an analysis of the material basis of the crime of falsifying, tainting, tampering with, or altering medicines

Emília Merlini Giuliani 17

O dolo no direito romano: conceito, prova e suas influências posteriores

Criminal intent in ancient roman law: concept, evidence and later influences

Pedro Jorge Costa 37

Processo Penal

La reapertura del proceso penal en perjuicio del imputado

Reopening criminal procedures against innocent declared defendants

Anette Grünewald 67

A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF

The position of the interrogatory on Rite of Drugs act and their (in) compatibility with the constitutional criminal procedure: a critical to the case law of TJRS, TRF4, STJ and STF

Augusto Tarradt Vilela 105

Tempos da investigação: o transcurso do inquérito policial no Sistema de Justiça Federal

The times of police investigations: the transcourse of the inquérito policial in the Federal Justice System

Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski e Rene Mallet Raupp 143

CRIME E SOCIEDADE

Homicídios passionais e suas diferentes narrativas

Passionate homicides and your different narratives

BIBIANA C. BARBOSA E VERA REGINA RÖHNELT RAMIRES 185

Justiça restaurativa e mobilização do direito pelas/para mulheres vítimas de violência doméstica: uma possível articulação em âmbito jurídico-criminal?

Restorative Justice and Legal Mobilization by/for Women victims of domestic violence: a possible articulation in a criminal subject?

CRISTINA REGO DE OLIVEIRA 213

As finalidades ocultas do sistema penal

Hidden finality of penal system

FERNANDA CAROLINA DE ARAUJO IFANGER E JOÃO PAULO GHIRALDELLI DAL POGGETTO 259

Quem é o adolescente em conflito com a lei? Uma análise da criminologia de menores em uma perspectiva à luz da filosofia da libertação

Who is the delinquent adolescent? An analysis of juvenile criminology in a perspective in the light of the philosophy of liberation

HALLEY JHASON MEDEIROS MENDES, CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ E THIAGO FABRES DE CARVALHO 299

Penas alternativas e a estratificação da punição

Alternative sanctions and the stratification of punishment

MARCELO BERDET 323

COMENTÁRIO JURISPRUDENCIAL

A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal

The declaratory nature of the decision that grants the regime progression: notes about the trial of HC 115.254 in the Supreme Court

PATRICK CACICEDO 357

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

Autores 371

Temas 372

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 377

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 387

Condições básicas para submissão: Checklist RBCCRIM 393

Edital – Chamada de Artigos – Dossiês 2017 395

86373

A INADEQUAÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE PÚBLICA ENQUANTO BEM JURÍDICO: UMA ANÁLISE SOBRE OS FUNDAMENTOS MATERIAIS DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE MEDICAMENTOS

THE INADEQUACY OF THE CONCEPT OF PUBLIC HEALTH AS A LEGAL GOOD: AN ANALYSIS OF THE MATERIAL BASIS OF THE CRIME OF FALSIFYING, TAINTING, TAMPERING WITH, OR ALTERING MEDICINES

EMÍLIA MERLINI GIULIANI
Doutoranda e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista Capes.
emiliamg@gmail.com

Recebido em: 16.11.2015
Aprovado em: 26.04.2016
Última versão autora: 17.06.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Tendo a teoria do bem jurídico como ponto de partida, analisa-se, no presente artigo, as bases materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, descrito no art. 273 do CP. Em um primeiro momento, realiza-se uma breve apresentação da teoria do bem jurídico e do seu papel na consolidação da teoria do crime, abordando a sua aptidão enquanto teoria crítica do direito penal. A seguir, trata-se da problemática da saúde pública enquanto suposto bem jurídico-penal, utilizando-se o tipo penal do art. 273 do CP como fio condutor desta pesquisa. Neste ponto, o artigo analisa critérios para a identificação de bens jurídicos supraindividuais e os aplica, criticamente, à saúde pública,

ABSTRACT: Having the legal good theory as a starting point, we analyze, in this article, the material groundings of the crimes that involve the safety and quality of drugs, taking the crime described in the article 273 of the Brazilian Penal Code as a case in point. At first, we make a brief presentation of the legal good theory and its role in the consolidation of crime theory, dealing with its aptitude as a critical theory of criminal law. Secondly, we discuss the problem of public health as a supposed legal good, and especially as an axis on which the crime of falsifying, tainting, tampering with, or altering products destined for therapeutic or medicinal use is constructed. At this point, the article analyzes criteria for the identification of collective legal goods and applies them critically to public health,

GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 17-35, out. 2016.

concluindo que este não configura um verdadeiro bem jurídico. Assim, propõe-se, ao final, uma (possível) recuperação hermenêutica do art. 273 do CP, interpretando-o de acordo com o bem jurídico que efetivamente se busca tutelar, qual seja a saúde individual, atentando-se para as implicações que isso traz em relação à verificação da ofensa no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do bem jurídico - Conceito material de crime - Saúde pública.

coming to the conclusion that it is in fact not a real legal good. Thus, we propose, at the end, a (possible) hermeneutic recovery of art. 273 of the Brazilian Penal Code, interpreting it according to the legal good it effectively aims to protect, that is, individual health, paying attention to the implications this brings in relation to the verification of the harm in each case.

KEYWORDS: Legal good theory - Material concept of crime - Public health.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Sobre o papel da teoria do bem jurídico na construção e solidificação do conceito material de crime - 3. Considerações acerca dos bens jurídicos supraindividuais e da saúde pública e o crime do art. 273 do CP brasileiro - 4. Considerações finais - 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar o fundamento material dos crimes que envolvem a segurança e qualidade de medicamentos, tendo por pano de fundo o crime do art. 273 do CP brasileiro. A indagação central pode ser formulada da seguinte maneira: partindo do pressuposto de que a função do direito penal é tutelar bens jurídicos, qual bem jurídico a incriminação da conduta de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais descrita no art. 273 do CP brasileiro objetiva efetivamente proteger?

O questionamento surge como essencial à análise da legitimidade do crime em questão, pois diz respeito, em última análise, aos limites do *ius puniendi* no paradigma de um Estado Democrático de Direito. Ao interrogar sobre o bem jurídico tutelado por tal crime propomos uma visão crítica também acerca da verificação da sua ofensa no caso concreto. Eis, pois, o ensejo deste trabalho: a necessidade de analisar criticamente a criminalização de condutas relacionadas à corrupção e adulteração de medicamentos no Brasil à luz da teoria do bem jurídico.

Assim, na primeira parte deste artigo traçaremos as linhas gerais da teoria do bem jurídico enquanto teoria apta a limitar o direito penal. Em seguida, passaremos a tratar da problemática da saúde pública enquanto suposto bem

jurídico-penal, e especialmente enquanto eixo sobre o qual se ergue o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. A opção de utilizar o tipo penal do art. 273 do CP como fio condutor desta pesquisa justifica-se precisamente por ser ele o crime que pune de maneira mais direta condutas relacionadas à falta de segurança de medicamentos dentro do ordenamento jurídico pátrio e, portanto, capaz de ilustrar a forma como o legislador brasileiro tem tratado esta tão complexa temática no âmbito do direito penal.

2. SOBRE O PAPEL DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NA CONSTRUÇÃO E SOLIDIFICAÇÃO DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME

O problema da fundamentação material do crime toca, antes de tudo, àquilo que torna legítima a incriminação de uma dada conduta. Portanto, perquirir sobre o fundamento do crime significa questionar sobre quais características mínimas um comportamento deve possuir para que possa legitimamente ser classificado como criminoso pelo legislador. É evidente que uma resposta a tal questionamento que se atenha apenas à definição formal de crime – isto é, que aceite como bastante a assertiva de que é crime tudo e apenas aquilo que o legislador assim definir – não satisfaz essa exigência, na medida em que presume o conteúdo da lei como em si legítimo. Assim, falar dos fundamentos materiais do direito penal é, em outras palavras, afirmar a existência de limites substanciais imprescindíveis ao direito penal. Limites estes que, bem nos lembra Figueiredo Dias, têm de se localizar fora da esfera do próprio direito penal caso queiram se firmar como críticos tanto ao direito vigente quanto ao direito a ser constituído.[1]

Este raciocínio – isto é, de que o direito penal deve estar alicerçado sobre bases que lhe preexistem – nasce com o direito penal moderno, quando o crime passa a ser visto como um fenômeno autônomo e distinto do pecado. Foi com essa viragem no pensamento dominante na época, condensada na pequena-grande obra de Beccaria,[2] que, conforme refere D'Avila, "não mais enquanto pecado, mas como fato danoso à sociedade é que o crime assume o lugar

1. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007, t. I, p. 107.
2. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

central no âmbito da nascente ordem penal dessacralizada".[3] A partir desse marco, a doutrina penal passou a se debruçar efetivamente sobre a construção de parâmetros racionais de limitação do direito penal, reconhecendo-o como exercício de poder estatal que implica a redução da liberdade do indivíduo e que, portanto, necessita constantemente de justificação. Utilizando como referencial a noção de contrato social,[4] passou-se a sustentar que o poder punitivo deveria estar circunscrito à esfera das condutas que trouxessem consigo "danos sociais" e que o direito penal não deveria nem poderia ser utilizado para impregnar a sociedade com certas ideologias ou modos de vida.[5]

Diversas teorias foram sendo desenvolvidas e aprimoradas desde então na tentativa de conferir ao crime uma definição e construção racionais que lhe possibilitasse justamente esse exercício crítico pretendido. Na tradição dogmática alemã, que encontrou terreno fértil principalmente na doutrina jurídica de diversos países europeus e latino-americanos, a fronteira de legitimidade da criminalização foi estabelecida, após intensa e longa elaboração teórica, por meio da afirmação (hoje ainda bastante aceita) de que a *tarefa* do direito penal é *tutelar bens jurídicos*.

Desta forma, tendo em vista a importância que a teoria do bem jurídico possuiu e ainda possui para a doutrina penal de um número considerável de

3. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

4. PASEDACH, Christina. *Verantwortungsbereiche wider Volksgesundheit*: Zur Zurechnungs- und Rechtsgutslehre im Betäubungsmittelstrafrecht. Schriften zum Strafrecht, Heft 232. Berlin: Duncker und Humblot, 2012, p. 136. Nas palavras da autora: „Daraus, dass der Staat für den Einzelnen da ist und nicht der Einzelnen für den Staat, folgt, dass Freiheit und Gleichheit des Einzelnen die Regel bilden und staatliche Einschränkungen dieser Rechte der Rechtfertigung bedürfen. Damit gehen die Freiheitsrechte des Einzelnen den staatlichen Interessen vor und liegen diesen zugrunde." V., ainda, D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 57-79.

5. Nas palavras de Bernd Schünemann: "É verdade que esta ideia fundamental, que na época do Iluminismo era entendida como a base de qualquer teoria do Estado, foi, ao curso do tempo, manifestada em diferentes formulações, por exemplo, em Beccaria e Hommel por meio da expressão 'dano social', posteriormente em Feuerbach, que falava em 'lesão a direito', e mais tarde em Birnbaum e Liszt,que usavam o termo 'bem' ou 'bem jurídico' para caracterizar a limitação do direito penal" (SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 53. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr./2005, p. 13).

países, e notadamente os de tradição *civil law*,[6] lhe despenderemos atenção a seguir, a fim de esclarecer algumas premissas das quais partimos no que tange aos critérios que devem ser respeitados quando da incriminação de uma conduta.

Pode-se dizer que a noção hoje representada pela figura do bem jurídico tem sua origem radicada nos tempos do Iluminismo, o que justifica o seu caráter assumidamente liberal.[7] Embora naquele específico momento não fosse possível ainda falar propriamente no conceito de bem jurídico,[8] estavam lançadas as bases que permitiram seu ulterior desenvolvimento. Tendo a ideia surgido em meio a um entorno histórico-cultural em que a necessidade de limitar o poder estatal dera azo à formulação de teorias que solidificassem os direitos individuais adjacentes a um Estado Democrático,[9] à concepção de dano à sociedade ou a direitos subjetivos foi designado justamente o papel de traçar a fronteira da legitimidade das intervenções estatais de cunho penal.[10] Assim é que, gradualmente,[11] chegou-se ao estabelecimento de um critério relativamente estável: o Estado somente poderia impor uma sanção

6. Não obstante a teoria do bem jurídico seja objeto de fortes críticas na atualidade, havendo quem advogue pelo seu abandono diante da dificuldade que se tem encontrado na sua aplicação aos novos âmbitos de criminalização surgidos nas últimas décadas, acreditamos que, até o momento, nenhuma outra teoria foi capaz de desenvolver, de maneira tão cuidadosa e pormenorizada, um elemento ou argumento capaz de efetuar, de modo mais eficiente que o bem jurídico, a limitação material do direito penal. Para um panorama sobre as críticas e contracríticas da teoria, v. HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, bem como para uma análise cuidadosa de modelos teóricos alternativos: LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRim 2013.
7. ROXIN, Claus. *Strafrecht:* Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 16-17; FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1998, p. 10-11.
8. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 61-62.
9. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, mai.-ago./2009, p. 16.
10. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 61.
11. Não nos interessa, no curto espaço deste artigo, realizar um escorço histórico do desenvolvimento do conceito de bem jurídico, porquanto isso implicaria uma digressão demasiado grande do nosso problema central. Caso haja interesse no aprofundamento desse ponto, indicamos a leitura de: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Op. cit.,

penal quando verificada a *ofensividade* de dada conduta humana a um *bem jurídico-penalmente resguardado*.[12]

Com isso, a noção de dano que posteriormente veio a ser sintetizada e aprimorada no conceito de bem jurídico procurou fornecer aos diversos ilícitos-típicos contornos mais substanciais: na medida em que a sua construção passou a fundar-se necessariamente em um dano objetivo (ou na ofensa de um bem jurídico-penal), o delito deveria expressar o desvalor desse resultado, ou seja, não mais poderia representar a desaprovação de um modo de ser do seu autor, nem tampouco ser voltado a moldar moralmente o indivíduo, mas, ao contrário, deveria ser construído sobre uma base material de cunho liberal, estribada sobre um *dano* alheio, a fim de impor limites à ingerência penal relativamente às liberdades individuais.

É claro que uma teoria que assuma para si o complexo papel de fundamentar o direito penal não há de permanecer imune a críticas e a dificuldades de adaptação a uma realidade que, de fato, veio a sofrer mudanças drásticas – notadamente ao longo do último século, que vivenciou acontecimentos como as duas Guerras Mundiais, o crescimento expressivo da mobilidade de pessoas, bens e capitais e o advento da Internet e outras tecnologias. Apesar disso – mas, sobretudo, *em razão disso* – a temática do bem jurídico vem recebendo nos últimos tempos renovada atenção da doutrina de diversos países,[13] especialmente em vista da necessidade, frente a essa nova configuração social mundial, de se seguir arquitetando o direito penal sobre bases materiais capazes de cumprir uma função delimitadora da intervenção. Fala-se, aqui, do reforço ou resgate da principal função desempenhada pelo conceito de bem jurídico: a função crítica, que se traduz na imposição de que só se tipifiquem condutas ofensivas a bens jurídicos.[14]

No instante em que se determina que a intervenção penal só será legítima quando estabelecida sobre o desvalor de resultado derivado da ofensa a um bem jurídico, permite-se excluir do âmbito do direito penal tudo aquilo que

---

p. 16-29 e SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 122, n. 1, jun./2010.

12. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Op. cit., p. 17 e ss.

13. SWOBODA, Sabine. Op. cit.

14. D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria* do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. *In*: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66 e ss.

não se encaixar nesta exigência – tanto em termos de *lege lata* quanto de *lege ferenda*. Por isso é que a função crítica trata-se, idealmente, de uma função de garantia, pois é capaz de indicar o que se protege através da norma penal e por quê. E isso vem reforçado pelo caráter transcendente do conceito de bem jurídico, já que para ser um conceito crítico ele não pode ser definido apenas com base no próprio direito, senão que deve lastrear-se em uma realidade não jurídica.[15]

Pois bem. Traçamos até aqui um panorama geral bastante singelo (e assumidamente despretensioso) da teoria do bem jurídico. Fizemos esse percurso sem definir explicitamente o conceito, em parte precisamente por conta da dificuldade, apontada por diversos estudiosos do tema, em fazê-lo – dificuldade que, nos dias atuais, tem sido levantada como argumento contrário à manutenção da teoria no papel dogmático até agora ocupado. Diante disso, cremos que este ponto mereça uma atenção especial.

Conquanto não haja uma unanimidade no que toca à definição exata de bem jurídico,[16] podemos dizer, isso sim, que há em geral uma certa coincidência quanto à compreensão do que constitui seu núcleo fundamental.[17] O bem jurídico, sendo ele mesmo reflexo de partes valoradas da vida e das coisas do mundo, não é, justamente por isso, passível de redução a um conceito fechado e acabado, tendo em vista a miríade de configurações que a vida real assume.[18] Por tal motivo, parece-nos que ainda que as diversas definições já elaboradas de bem jurídico difiram nos detalhes, acabam por concordar num sentido mais

15. É claro que, enquanto teoria essencialmente argumentativa, a categoria sofreu e ainda sofre manipulações para que, ao invés de limitar o direito penal, passe a servir de embasamento de novas criminalizações, principalmente em face do movimento de expansão do direito penal. Todavia, um resgate de seu potencial crítico pode e deve ser realizado, lembrando-se sempre de que a presença de uma ofensa ao bem jurídico é condição necessária mas não suficiente à criminalização de uma conduta.

16. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 14.

17. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 62.

18. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: Parte Geral. Tomo I. São Paulo: Coimbra e RT, 2007,Op. cit., p. 114-115. Hefendehl chegou, certa vez, a afirmar que qualquer tentativa de definição do bem jurídico resultaria um tanto quanto frustrante, pois se acaba tendo que optar por uma de duas alternativas: ou se aceita a formulação de um conceito deveras vago, ou se escolhe uma descrição seletiva de alguns bens jurídicos – e excludente de tantos outros (HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*. Universidad de Murcia, n. 19, 2001, p. 148-149).

amplo, representado pelo reconhecimento de um conteúdo transcendente ao (e portanto *crítico do*) sistema, que é o seu substrato na realidade.[19] Assim, pode-se afirmar, em linhas gerais, que bem jurídico é a expressão que designa aqueles interesses, dados ou estados considerados indispensáveis ao livre desenvolvimento do indivíduo e à manutenção da sociedade enquanto tal dentro de um determinado contexto social e histórico, e, por isso mesmo, previamente estabelecido ao mundo jurídico.[20]

E é exatamente essa condição de *essencialidade* que alguns bens jurídicos possuem relativamente à sociedade e ao indivíduo que põe em evidência o desvalor das condutas humanas que os ofendem, indicando o *fundamento* daquilo que *pode*, legitimamente, ser criminalizado. Assim é que, ao longo de sua extensa caminhada dogmática, o bem jurídico difundiu-se na doutrina e alcançou a reputação de "o mais importante limite material às incriminações nos sistemas de *civil law*".[21-22]

19. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 14 e ss.

20. D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 80, São Paulo: Ed. RT, set.-out./2009, p. 12-15.

21. COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 02.09.2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 134.

22. Vale ressaltar que a questão atinente às bases materiais do crime não é exclusiva dos países de tradição *civil law*. Embora a noção de bem jurídico não esteja presente com esses mesmos contornos na tradição jurídica da *common law*, tampouco se pode dizer que ali não haja conceito similar ou noção teórica equivalente. Pelo contrário. Diversos estudos, principalmente a partir das últimas décadas do século passado, têm apontado a semelhança entre o papel desempenhado pelo *harm principle* naqueles países e pelo bem jurídico na dogmática dos países *civil law* (HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *Journal of criminal law & criminology.* Northwestern University, School of Law, v. 90, n. 01, 1999, p. 109-194). Nesse sentido, Eser refere que, mesmo no âmbito da doutrina penal de países regidos pela *common law*, o *harm principle* não foi objeto de atenção teórica até há pouco tempo, quando, então, estudiosos passaram a reconhecê-lo como uma das noções básicas do conceito de crime (ESER, Albin. The principle of "Harm" in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected interests. *Duquesne University Law Review*, 4, 1966, p. 345-417). Assim, é inegável que existe uma visível proximidade ou, como apontou Costa, um "paralelismo funcional" entre essas duas noções, uma vez que tanto o bem jurídico como *harm principle*, embora desenvolvidos no seio de sistemas jurídicos tão diversos, operam teoricamente

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS E DA SAÚDE PÚBLICA E O CRIME DO ART. 273 DO CP BRASILEIRO

No momento em que estabelecemos que a noção de bem jurídico integra o conceito de crime, também devemos assumir que ela deverá, invariavelmente, guiar a formulação de cada crime dentro de um ordenamento jurídico, seja ele nacional ou internacional. Isso significa que, se se deseja respeitar a teoria do bem jurídico, reconhecendo-a como instrumento apto a revelar as fronteiras do direito penal, a toda incriminação prevista legalmente deve subjazer um bem jurídico, cuja ofensa expressa o desvalor jurídico-penal da conduta descrita como crime. No entanto, para que isso seja possível, deve o legislador – e, posteriormente, o intérprete – saber *qual* bem jurídico aquela conduta efetivamente atinge.

Conquanto isso possa parecer simples à primeira vista, um olhar mais detido sobre a legislação penal brasileira revela que nem sempre a redação típica deixa claro qual o bem jurídico tutelado pela norma ou mesmo qual a ofensa causada pela conduta criminosa. E isso se apresenta de maneira particularmente destacada quando se está diante de bens jurídicos de natureza supraindividual. Isso porque, em regra, bens jurídicos dessa natureza são dotados de um grau maior de abstração, isto é, de um maior distanciamento da realidade que lhe serve de substrato, o que torna ainda mais árdua a tarefa de determinar a causalidade e a sua ofensa – o que, por sua vez, pode acabar impedindo a constatação da legitimidade das incriminações voltadas à sua proteção.

Diante do aumento crescente da inserção de bens jurídicos supraindividuais no campo da tutela penal, parte da doutrina passou a questionar a construção típica de diversos delitos contra bens dessa classe, justamente em razão da maior dificuldade de se os identificar ou definir. Ora, se o bem jurídico é a pedra de toque interpretativa dos ilícitos-típicos, criminalizar condutas indesejadas sem antes refletir sobre a existência de um bem jurídico-penal por elas atingido (seja por meio da sua colocação em perigo, seja em razão da sua efetiva lesão ou menoscabo) deságua em um campo de incertezas e arbitrariedades já denunciado em 1784 por Beccaria.[23]

---

no mesmo sentido: restringindo a intervenção de natureza penal. Ou seja, "[t]anto a teoria do bem jurídico quanto o *harm principle*, cada qual em seus sistemas, fornecem um *paradigma de argumentação* no que se refere à criminalização de condutas." (COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 147).

23. BECCARIA, Cesare. Op. cit.

A lei penal – sobretudo aquela que define os elementos do comportamento criminoso – deve ser, pois, clara e estrita *também* em relação ao bem jurídico ofendido pelo comportamento proscrito, a fim de possibilitar sua própria e correta aplicação pelo intérprete. O desconhecimento sobre o que se pretende proibir e por que acaba implicando não só a má redação da lei e sua consequente inaplicabilidade, como, sobretudo, a possível ilegitimidade da proibição penal. Acreditamos que no momento em que se conhecem as particularidades do bem jurídico que se invoca como objeto protegido por determinada lei penal as chances de se incorrer num semelhante lapso são consideravelmente reduzidas e o potencial crítico do instituto é mantido.

No Brasil, particularmente, essa consciência adquire especial relevância, na medida em que os crimes previstos no Código Penal (Dec.-lei 2.848/1940) estão ordenados conforme o bem jurídico atingido pelas condutas típicas. De modo que, entre nós, o crime de homicídio encontra-se alocado no capítulo que traz os delitos contra a vida; o crime de furto está localizado junto a outras condutas atentatórias ao patrimônio; o crime de estupro vem elencado no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, e assim por diante.

Isto é, tendo em vista que o bem jurídico tutelado foi evidentemente o critério adotado pelo legislador no momento da classificação e ordenação dos diversos tipos penais do ordenamento jurídico pátrio, podemos concluir com segurança que o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, descrito no art. 273 do CP brasileiro, foi classificado pelo legislador como um crime contra a saúde pública pelo simples fato de estar localizado no capítulo reservado a delitos dessa natureza.[24] Todavia, a classificação de tal crime como ofensivo a um bem

24. O delito em questão está assim redigido: "Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
§ 1.º – Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.
§ 1.º-A – Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.
§ 1.º-B – Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1.º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV – com redução

jurídico supraindividual traz consigo consequências práticas bastante peculiares. Uma vez que se estabeleça que a conduta delitiva esteja estruturada sobre a ofensa de um bem supraindividual, o crime passa a ser entendido como sendo de lesão ou perigo abstrato à saúde pública. Se para que uma conduta típica seja materialmente crime exige-se a ofensa a um bem jurídico, então essa mesma ofensa, seja ela de lesão ou apenas de colocação em perigo, deve ser verificável tanto abstratamente quanto no caso concreto. Se não for possível determinar, de antemão, de que maneira ou o momento em que o bem jurídico eixo da incriminação considera-se ofendido, então não se pode falar em um crime na sua acepção material.

Por isso, a qualificação de um crime como contrário à saúde pública traz dois grandes problemas: o primeiro, relativo à *definição* do bem "saúde pública"; o segundo, referente à verificação da *ofensa* desse suposto bem. Para resolver esses dois problemas, trataremos dos critérios que acreditamos devam ser atendidos para que um bem possa, de fato, ser considerado bem jurídico efetivamente supraindividual, passo necessário para que se verifique a legitimidade de algumas incriminações e a adequação da técnica de tutela adotada.[25] Logo, pertinente que estabeleçamos, neste momento, o que vêm a constituir os sinais distintivos do bem supraindividual.

Conforme refere Hefendehl, seria insuficiente, ao descrever um bem jurídico supraindividual, dizer apenas que se trata de algo que se refere à coletividade. Faltar-lhe-ia um critério que realmente operasse uma distinção frente ao bem jurídico individual,[26] pois mesmo este pode possuir, em algum grau, relevo para a comunidade. Em virtude disso, o autor sustenta que há *duas características* peculiares ao bem supraindividual: (*i*) a não exclusão no usufruto (*Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung*) e (*ii*) a não rivalidade no consumo (*Nicht-Rivalität des Konsums*).[27] Ao lado desses dois conceitos o autor justapõe

---

de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V – de procedência ignorada; VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.
§ 2.º – Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

25. HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

26. O que também é ressaltado por Greco (GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato* (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95).

27. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002, p. 19 e 111-112; HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico

um terceiro, qual seja o da não distributividade entre os titulares (*Nicht-Distributivität*), que consiste na impossibilidade de se o dividir em partes e destiná-las a pessoas determinadas.

A não exclusão no usufruto significa que ninguém que esteja submetido à respectiva área de alcance do bem pode ser privado da possibilidade de gozá-lo, ao passo que a não rivalidade no seu consumo representa o fato de que, diante de um bem jurídico supraindividual, o seu uso por A não prejudica nem estorva a utilização daquele mesmo bem por parte de B.[28] Já a não distributividade decorre diretamente da não exclusão na fruição de um bem, uma vez que o bem jurídico supraindividual não é passível de divisão entre os titulares, sendo experienciado por toda uma coletividade indistintamente, de modo a que todos gozem do bem sem que isso restrinja a sua fruição por parte dos outros.[29]

Quanto ao critério da não rivalidade no consumo, Hefendehl esclarece que tal característica não diria respeito à incapacidade do bem em ser lesionado, pois, se assim fosse, estar-se-ia dizendo que o bem jurídico supraindividual é um ente ideal – algo a ser definitivamente rechaçado.[30] Ao contrário, a não rivalidade no consumo refere-se ao fato de que, se o seu uso se der conforme a lei, possivelmente o seu valor não se diminuirá e tampouco outras pessoas serão privadas da possibilidade de gozá-lo. Somente quando o consumo se desse fora dos conformes legais é que haveria a possibilidade de lesão ou menoscabo

---

como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático. Op. cit., p. 188 e ss; HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el... cit., Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Op. cit., p. 148-149).

28. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Op. cit., p. 19 e 111-112.

29. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. .87, nov.-dez./2010, p. 114.

30. Apenas a título de esclarecimento, entendemos que o bem jurídico deve ser concebido como ente real, capaz de sofrer a ofensa no caso concreto, e não como algo idealizado. Conforme salienta Hefendehl: „Die folgende terminologische Klarstellung ist zu treffen: Die Alternative zu ‚ideell' lautet nicht ‚materiell' (körperlich), sondern ‚real'. Realität wiederum besteht nicht nur aus körperlichen Gegenständen, sondern ebenso aus seelisch-geistigen Phänomenen. Diese Phänomene sind keineswegs wie ideelle Gedankengebilde der kausalen Einwirkung entrückt. Es sind Sachverhalte, die verletzt werden können Die körperlichen wie die vergeistigten Gegenstände sich Teilmengen der Realität. Die Kritik hat sich also gegen die Idealisierung des Rechtsgutsbegriffs und nicht gegen dessen Vergeistigung zu richten" (HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Op. cit., p. 28).

do bem jurídico supraindividual, caso em que a tutela penal poderia, então, se manifestar.[31] Portanto, o critério da não rivalidade deve retratar o fato de que "também o bem coletivo é vulnerável a um consumo irregular e, por isso, passível de redução e destruição. Remanesce a possibilidade, contudo, de que o consumo regular deixe o bem intocado".[32]

A partir do momento em que sabemos qual a composição básica do bem jurídico supraindividual,[33] podemos visualizar com maior clareza os seus contornos e, consequentemente, verificar a legitimidade constitucional da norma penal que se dirija à sua tutela. Esse instrumento conceitual, agora afiado, poderá servir para apontar, ao menos com maior precisão, quando uma incriminação é, ou não, de fato legítima no que diz respeito ao bem jurídico que alegadamente pretende proteger e à coerência quanto à técnica de tutela adotada, dando ensejo à exclusão criteriosa de crimes edificados sobre bens jurídicos apenas aparentemente supraindividuais.[34]

Conforme pontua Hefendehl, "o ônus de fundamentação de um bem jurídico varia segundo o grupo estrutural em que ele se situa", de modo que "sempre que um bem jurídico coletivo é desmascarado em sua qualidade de

31. Idem, p. 112; HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico* como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67.

32. HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico* como a pedra angular da norma penal. Op. cit., p. 67.Contudo, o próprio autor refere que tal critério deve ser mais bem precisado: „Die Frage, ob eine ordnungsmäßige Nutzung bzw. ordnungsmäßiger Konsum das kollektive Rechtsgut unangetastet läßt, ist indes nicht eindeutig zu beantworten. Dies liegt auch daran, daß der Begriff der Nutzung bzw. des Konsums für die verschiedenen Rechtsgutsgruppen unterschiedlich zu bestimmen ist. So mag man zwar das erwähnte Vertrauen in die Sicherheit des Geldverkehrs für Wirtschaftliche Transaktionen nutzen oder die Umwelressourcen verbrauchen (=konsumieren), bei der Sicherheit des Staates aber paßt der Begriff schon weniger" (HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht.*, Op. cit., p. 112).

33. A título de exemplo, podemos aplicar essas três características ao bem jurídico da confiança na segurança da moeda (*Sicherheit des Geldes*). Segundo Hefendehl, este seria um bem de caráter supraindividual, pois "ninguém pode ser excluído da confiança na segurança do dinheiro. Essa confiança não pode ser dividida em cotas a serem atribuídas a um indivíduo. Por fim, o gozo da segurança do direito por uma pessoa em nada diminui o gozo por outra pessoa" (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.87, p. 103-120, nov.-dez. de 2010, p. 114).

34. HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico* como a pedra angular da norma penal. Op. cit., p. 69.

bem aparente, modificam-se as condições de legitimação"[35] da incriminação analisada. Em suma: no momento em que se detectar que a ofensa descrita num tipo penal é, ao contrário do que a norma pareça indicar, dirigida essencialmente contra bens jurídicos individuais e não supraindividuais (conforme as características acima desenvolvidas), então deverá ser a tutela penal em tais termos recusada e, após, repensada tendo em vista a estrutura típica mais adequada à proteção dos bens jurídicos realmente em jogo. Por meio de um tal proceder, cremos que seja possível excluir racionalmente do espaço de tutela jurídico-penal aqueles bens em relação aos quais não se consiga conceber algo de concreto, a não ser, possivelmente, a junção de vários bens de natureza tipicamente individual – chamados por isso mesmo de *pseudo-bens jurídicos*[36] ou de *bens jurídicos aparentes*.[37]

Aliás, vale salientar que "a intensidade da lesão a bem jurídico [...] não muda a qualidade do bem jurídico protegido".[38] O fato de uma conduta ser capaz de irradiar efeitos danosos por sobre um número muito grande e até imprevisível de bens jurídicos individuais não faz com que ela se torne lesiva a um bem jurídico supraindividual. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado ao suposto bem jurídico saúde pública, utilizado na justificação argumentativa do crime do art. 273 do CP brasileiro.[39]

Com efeito, ao procurarmos na saúde pública as características de bem jurídico supraindividual, identificamos que, ao contrário do que o adjetivo sugere, ela denota uma pessoalidade e distributividade que lhe é inerente, porquanto cada indivíduo está apenas ligado à sua própria condição de saúde, não sendo atingido quando, por exemplo, um terceiro desenvolve uma moléstia. Dito de outro modo: se porventura diversas pessoas sofrem em razão de uma epidemia,

35. Idem, p. 70-71.

36. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Op. cit., p. 96.

37. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50-51.

38. HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico* como a pedra angular da norma penal. Op. cit., p. 62.

39. HÖRNLE, Tatjana. *Grob Anstössiges Verhalten*: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 88; ROXIN, Claus. *Strafrecht:* Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, Op. cit., p. 16; GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato* . Op. cit., p. 94.

isso não afeta a saúde de quem não haja contraído aquela específica doença. A possibilidade de que, por ser contagiosa, uma doença venha a atingir um número ainda indefinido de pessoas não muda o fato de que, ainda assim, é a saúde de cada um dos indivíduos que se encontra ameaçada – e não de um todo idealizado e, por isso, inatingível.[40]

De igual modo, quando procedemos à análise da não rivalidade no consumo da saúde pública, notamos logo de início um óbice: esse suposto bem traz consigo uma ideia tão abstrata sobre o que lhe constitui que não se consegue saber sequer como seria possível desfrutar de uma saúde pública "sã". Ora, como saber se há uma rivalidade no consumo deste bem, se nem ao menos conseguimos imaginar como se dá o seu "consumo" ou fruição?[41] O que conseguimos conceber, isto sim, é o gozo da própria saúde por parte de cada indivíduo, de modo a não criar qualquer concorrência no seu aproveitamento pessoal. O mesmo sucede com a característica da não exclusão no usufruto precisamente porque não há como imaginar de que modo seria possível usufruir de uma saúde que seja pública; já o desfrute de uma boa condição de saúde, a seu turno, só pode ser sentido por seu próprio titular, não sendo passível de difusão ou irradiação por uma coletividade.[42]

Ou seja, pode-se dizer que a saúde pública é um bem apenas aparentemente supraindividual porque também em relação a ela não se consegue definir um conteúdo material minimamente palpável. Aquilo que se designa com a expressão "saúde pública" nada mais é do que a soma de vários bens jurídicos individuais;[43] isto é, o objeto a ser tutelado por meio da incriminação da conduta de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais é a saúde de diversas pessoas que se submetam ao uso desses medicamentos inaptos para o consumo.

---

40. ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter.* München, Verlag C. H. Beck, 2005, p. 302.

41. Algo que Anastasopoulou também questiona a partir do delito de consumo de entorpecentes. Idem, p. 303-304.

42. SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, p. 231-246. São Paulo: Ed. RT, set-out 2010, p. 244; HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: _____. *La teoría del bien jurídico*: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático. Op. cit., p.464.

43. ANASTASOPOULOU, Ioanna. Op. cit., p. 303.

Quando voltamos a nossa atenção ao exame de alguns dos crimes que o Código Penal brasileiro descreve sob a epígrafe "contra a saúde pública", percebemos que as condutas ali descritas traduzem, na verdade, um desvalor ligado à possibilidade de que atinjam um número em tese imprevisível de bens jurídicos pessoais, e não à ofensa de um verdadeiro bem supraindividual.[44] E esta conclusão pode perfeitamente ser estendida a todos aqueles crimes relacionados à segurança de medicamentos, uma vez que sempre o que está em risco quando da contrafação ou fraude de tais produtos é, enfim, a saúde humana individual. A consequência disso reflete-se na verificação da ofensa no caso concreto: se as condutas descritas no tipo penal não forem minimamente capazes de ofender o bem jurídico saúde (individual), então não estaremos diante de uma conduta criminosa. Com isso, excluímos do âmbito de incidência do *ius puniendi* crimes de mera conduta, incompatíveis com o modelo de crime como ofensa a bem jurídico.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, é possível, de maneira bastante objetiva e sintética, articular da seguinte forma as conclusões:

(*i*) a teoria do bem jurídico, desenvolvida essencialmente em países de tradição *civil law*, apresenta um argumento voltado à limitação do *ius puniendi*, na medida em que oferece, através de um critério (consubstanciado na exigência de ofensa/lesão a um bem jurídico-penal), um paradigma bastante sólido através do qual é possível, de maneira racional, determinar a legitimidade da imposição (tanto em nível abstrato como concreto) de pena a dada conduta. Deste modo, tendo em vista a carência de fundamentação material do direito penal, a teoria do bem jurídico mostra-se, ainda hoje, capaz de apontar satisfatoriamente a fronteira de legitimidade da atuação estatal de cunho criminal – embora, frise-se, não sem desafios e necessidades de aprimoramento.

(*ii*) Os critérios elaborados por Hefendehl auxiliam no delineamento mais preciso do bem jurídico supraindividual e fortalecem a teoria do bem jurídico enquanto teoria apta a exercer uma função crítica do direito penal. A aplicação de critérios claros torna a análise de tipos penais que envolvam a suposta ofensa a bens jurídicos supraindividuais mais segura. O bem jurídico supraindividual, possui, desta forma, características que lhe são próprias, traços que

44. Algo também assinalado por Anastasopoulou quanto aos delitos assim descritos no Código Penal alemão (ANASTASOPOULOU, Ioanna. Op. cit., p. 302).

lhe conformam e que lhe são peculiares. São eles: a não exclusão no usufruto (*Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung*); a não rivalidade no seu consumo (*Nicht-Rivalität des Konsums*) e, por fim, a não distributividade (*Nicht-Distributivität*). Noutras palavras, de acordo com a proposta de Hefedehl, somente constituirá bem jurídico verdadeiramente supraindividual aquele que ostentar as características acima citadas.

(*iii*) Assim, especificamente no que diz respeito ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no art. 273 do CP brasileiro, entendemos que sua classificação pelo legislador como crime contra a saúde pública é incorreta, uma vez que esta não passa de um bem jurídico apenas aparentemente supraindividual. Com efeito, a saúde pública não constitui um bem dessa natureza por não possuir as características apontadas como essenciais por Hefendehl. Assim, conclui-se que o crime em questão está, em verdade, estruturado sobre a ofensa da saúde individual, e deve, no caso concreto, ser assim interpretado.

5. REFERÊNCIAS

ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter.* München, Verlag C. H. Beck, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, p. 16-29, mai.- ago./2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena:* Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 02.09.2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 80, p. 7-34, set.-out./2009.

ESER, Albin. The principle of "Harm" in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected interests. *Duquesne University Law Review*, 4, p. 345-417, 1966,

FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis). 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato* (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HARCOURT. Bernard E. The collapse of the harm principle. *Journal of criminal law & criminology*. Northwestern University, School of Law. v. 90, n. 01, p. 109-194, 1999.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 87, p. 103-120, nov.-dez./2010.

_____. HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de derecho*. Universidad de Murcia, n. 19, p. 147-158, 2001.

_____. (ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HÖRNLE, Tatjana. *Grob Anstössiges Verhalten*: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

PASEDACH, Christina. *Verantwortungsbereiche wider Volksgesundheit*: Zur Zurechnungs- und Rechtsgutslehre im Betäubungsmittelstrafrecht. Schriften zum Strafrecht, Heft 232. Berlin: Duncker und Humblot, 2012.

ROXIN, Claus. *Strafrecht:* Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 53, p. 9-37, mar.-abr. 2005.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, p. 231-246, set-out/2010.

SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. *In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 122, n. 1, jun./2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inconstitucionalidade da lei dos remédios, de Miguel Reale Júnior – *RT* 763/415-431 (DTR\1999\667);
- Contrafação de medicamentos: uma análise sob a ótica da saúde pública, de Elisa Gattás Fernandes do Nascimento – *RCP* 15/105-132 (DTR\2011\5213); e
- Crime de venda de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (des)necessidade de realização de exame pericial, de Edson Luz Knippel – *RT* 927/ 477-492 (DTR\2012\451313).

86374

O DOLO NO DIREITO ROMANO: CONCEITO, PROVA E SUAS INFLUÊNCIAS POSTERIORES

CRIMINAL INTENT IN ANCIENT ROMAN LAW: CONCEPT, EVIDENCE AND LATER INFLUENCES

PEDRO JORGE COSTA

Doutor e mestre público pela UFPE. Procurador da República em Pernambuco.
pedrojorgecosta@hotmail.com

Recebido em: 07.08.2014
Aprovado em: 17.09.2015
Última versão autor: 27.09.2015

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O trabalho mostra como o conceito de dolo surgiu na Roma antiga. Tratou-se de grande evolução do direito penal a formação do sistema de imputação subjetiva. O conceito de dolo romano permaneceu influente por diversos séculos. De certa forma, mantém-se em algumas teorias contemporâneas. Não apenas isso, as discussões em grande medida continuam em torno dos elementos do dolo romano, conhecer e o querer. Quanto aos meios de prova, aceitaram-se ao longo dos séculos presunções e o uso de indícios sob roupagens outras, como o dolus ex re. Contudo, não houve mudança na adoção de indícios externos, anteriores, concomitantes e posteriores ao fato criminoso, para a prova dos elementos empíricos do dolo. Ademais, o estudo mostra que, tal qual outros conceitos jurídicos, o de dolo não teve desenvolvimento linear, mas formação plasmada de marchas e contramarchas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito romano – Dolo penal – Conceito – Prova – Influências.

ABSTRACT: The article shows how the concept of criminal intent arose in ancient Rome. The formation of subjective imputation system was a great evolution of criminal law. This Roman concept of criminal intent has remained influential for several centuries. Somehow it remains in some contemporary theories. Furthermore, the discussions remain largely around the elements of the Roman criminal intent, i.e., knowing and wanting. As for the evidence, presumptions and the use of circumstantial evidence under other guises, such as dolus ex re, were accepted for centuries. However, there was no change in the adoption of circumstantial evidence, external, previous, concurrent and subsequent to a crime, in order to support the empirical elements of criminal intent. The study concludes that, like other legal concepts, criminal intent did not have linear development, but marches and counter.

KEYWORDS: Roman law – Criminal intente – Concept – Evidence – Influences.

COSTA, Pedro Jorge. O dolo no direito romano: conceito, prova e suas influências posteriores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 37-63, out. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a importância atual do direito romano no dolo – 2. O dolo no direito penal romano – 3. O dolo no direito processual penal romano – 4. Influência do dolo romano no direito penal da Idade Média até a contemporaneidade – 5. A influência do direito romano na prova dos elementos empíricos do dolo – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A IMPORTÂNCIA ATUAL DO DIREITO ROMANO NO DOLO

Trata-se de estudo a respeito da formação do conceito de dolo na Roma antiga e suas influências na doutrina posterior, inclusive a contemporânea. A empreitada se justifica porque, mais que em outros institutos de direito penal, a influência do direito romano no dolo se manteve bastante presente ao longo dos séculos. Assim, a compreensão do dolo penal supõe o entendimento da formação histórica desse conceito. O intuito do trabalho se limita à demonstração dessas influências, sem preocupações com a crítica do direito dela resultante. Então, a doutrina, as leis e a jurisprudência são mencionadas, não propriamente debatidas.

Nessa esteira, mostra-se, inicialmente, como se formou o conceito de dolo no antigo direito romano e a maneira pela qual os juristas da época entendiam que se provavam os elementos empíricos que o compunham. Depois, trazem-se as influências desse conceito em teorias da Idade Média e outras contemporâneas. Por fim, passa-se a demonstrar que a forma de prova dos elementos do dolo na atualidade se mantém, de acordo com a doutrina e a jurisprudência amplamente dominantes, essencialmente a mesma da Roma antiga.

2. O DOLO NO DIREITO PENAL ROMANO

Na Idade Antiga, assim entendido o período da invenção da escrita (entre 4.000 e 3.500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), apenas a Grécia e Roma tiveram contribuições relevantes para a conceituação do dolo penal.[1]

Na Grécia antiga, mostra o jurista argentino Sebastián Soler que se começou a responsabilizar um indivíduo pelos males a uma coletividade. Ao fazer recair sobre alguém a sanção de "expulsão da paz" como ato de abandono à vingança ilimitada do inimigo, a comunidade paradoxalmente lhe dava um direito, o de ser responsável. Com isso, chegou-se a distinguir a vinculação causal entre um

1. ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. El delito: la culpabilidad. Buenos Aires: Losada, 1956, t. V, p. 315.

fato e um sujeito determinado, não sobre toda uma coletividade. No entanto, há diferença entre causar e ser autor de um resultado e a responsabilização penal muita vezes desconsiderava a vinculação subjetiva entre o fato e a pessoa.[2] Então, apesar dessa contribuição, não se chegou propriamente a conceito de dolo na Grécia, o que só ocorreu em Roma.

Para se estudar o antigo direito romano, é preciso ter em mente que seus juristas eram mais práticos que sistemáticos e, até por isso, tratavam questões processuais e de direito material conjuntamente. Então, não há propriamente teoria do dolo na Roma antiga.[3] Os autores posteriores que se voltaram a Roma para lá procurar um conceito de dolo. Também é importante reter que o dolo e a negligência foram formulados pelos pretores, não pela legislação,[4] e que, tendo o direito romano durado aproximadamente 13 séculos, não se tem uniformidade conceitual no período.

Nos seus primórdios, a legislação penal tinha pouco relevo e o arbítrio judicial era enorme, o que refletia na matéria criminal. Nada obstante, pode-se encontrar alguma importância quanto ao elemento subjetivo da conduta nos delitos de homicídio. Regia o direito romano penal em parte dessa época a chamada *Lex Numae* (do rei Numa Pompílio, o qual provavelmente governou entre 716 e 673 a.C.), que previa, sobre o parricídio: "*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto*".[5] Há discussão sobre o significado de "*paricidas esto*" na lei. Predomina atualmente a teoria pela qual se trata de forma sincopada de *paricidatus*, significando "morra do mesmo modo". Assim, a previsão da *Lex Numae* seria a de que "quem matar dolosamente um homem livre deve ser morto do mesmo modo".[6]

2. SOLER, Sebastián. *La raíz de la culpabilidad*. Montevideo: Facultad de derecho y ciencias sociales de Montevideo, 1945, p. 14.

3. PERNICE, Alfred. Der verbrecherische Vorsatz im griechisch-römischen Rechte. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung, Weimar, Band 17, 1896, p. 231.

4. BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: _____; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. (Orgs.). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

5. Em tradução livre: "Se qualquer um com astúcia, e conscientemente, inflige a morte a um homem livre, será considerado parricida". Texto extraído de: FERRINI, Contardo. *Storia delle fonte del diritto romano e della giurisprudenza romana*. Milano; Napoli; Pisa: Ulrico Hoepli, 1885, p. 3.

6. MENDES, Paulo de Sousa. *Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio? In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Orgs.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 627.

Todavia, da terminologia utilizada na *Lex Numae* para descrever o elemento subjetivo, *dolo sciens*, a doutrina só extrai a exigência da consciência, não da vontade, para o dolo. Nenhuma outra passagem dessa lei exigia a vontade.[7]

Fora do âmbito do homicídio, havia delitos onde se aplicava a responsabilidade objetiva e outros que só conheciam a modalidade dolosa. Ao tempo da Lei das Doze Tábuas (450 a.C.), a responsabilidade objetiva não havia desaparecido, conquanto já se encontrasse em decadência. Com efeito, na Lei das Doze tábuas, relativamente a alguns fatos cometidos sem intenção, não se aplicava pena, só tendo lugar a expiação religiosa.[8] A Lei das Doze Tábuas marca o início de período de evolução jurídica sobre o elemento subjetivo que teve em Roma na época imperial o momento culminante.[9]

Na Idade Republicana (509 a 27 a.C.) também começa a haver a distinção entre *crimina* e *delicta*, com formas de persecução processual distintas. O direito penal material só é reformado posteriormente, inclusive com a chamada *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, em 81. a.C., sob o governo de Lúcio Cornélio Sila, promulgada em fase conturbada, de transição do regime republicano para o imperial. A *Lex Cornelia* tratava de homicídios cometidos com uso de armas[10] ou de venenos,[11] falso testemunho doloso para a condenação à morte de inocentes e outros crimes que pudessem levar ao homicídio.

---

7. DEMURO, Gian Paolo. Prolegomeni storici allo studio del dolo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, v. 49, n. 4, ott.-dic. 2006, p. 1.415.
8. MOMMSEN, Theodor. Op. cit., p. 85. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Op. cit., p. 508. TERRAGNI, Marco Antonio. Op. cit., p. 77. Soler levanta a possibilidade de punição por incêndio doloso nessa lei: SOLER, Sebastián. Op. cit., p. 62.
9. ASÚA, Luis Jiménez de.Op. cit., p. 315. Também sobre a importância da Lei: SOUSA NETO. *O motivo e o dolo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 9.
10. *Sicariis* é, em latim, o plural de *sicarius*, palavra derivada de *sica*, "punhal tão curto que podia ser facilmente dissimulado nas pregas do vestuário". O mesmo autor explica que sicários eram membros dos bandos armados ao serviço de facções políticas belicosas que atuavam nos finais da época republicana. MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit., p. 616.
11. D. 48,8,3. Marcianus. "*Eiusdem legis Corneliae de sicariis et veneficis capite quinto, qui venenum necadi hominis causa fecerit vel vendiderit vel habuerit, plecitur.*" Em português: "Por força do capítulo quinto dessa mesma *lex Cornelia* dos sicários e do envenenamento é punido quem, com a intenção de matar outrem, fabricar, vender ou retiver um veneno em seu poder." Tradução de: MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit., p. 645.

Segundo Alexander Löffler, nessa lei, "a vontade má, que não era de modo nenhum nominada na legislação mais antiga, e que no máximo vinha considerada como acompanhamento da *scientia*, foi posta muito em primeiro plano".[12]

Os motivos dessa transformação residiam na nova estrutura estatal e na recepção da ética de Aristóteles. A nova estrutura estatal, declarando o interesse público na punição dos crimes, que deixa de ser mero assunto das partes, limita o direito de vingança. Nesse espaço público, onde não mais se aplicam sanções de acorda com a ideia do Talião, desenvolve-se, sob o influxo de Aristóteles, o princípio da culpabilidade. O desenvolvimento do princípio levou à exclusão da punição para crimes não queridos.

Esta sentença de Paulo (V, 23, 3) representa a superação de um período:[13]

> "(...) deve-se de fato punir a intenção de cada um e não o fato. Por isso quem, querendo matar, e por uma razão qualquer não o pôde fazer, deve ser punido como homicida: e quem, ao invés, por acaso fere com um dardo [...] involuntariamente um homem, deve ser absolvido".[14]

Assim, segundo parte da doutrina, superou-se definitivamente a responsabilidade objetiva pela causação do crime por maiores considerações em torno da vontade do agente. A *Lex Cornelia* usava a expressão *dolo malo* "tanto quanto podemos sabê-lo com base nos fragmentos do Digesto que parecem mais chegados à fonte legal".[15]

Consoante outros autores, ocorre supervalorização da *Lex Cornelia*, que sequer menciona a necessidade de dolo para o homicídio. A supervalorização

12. Tradução livre de: "Der böse *Wille*, der in der älteren Gesetzgebung gar nicht genannt war, und höchstens als Begleiter der scientia in Betracht kam, wird durchaus in den Vordergrund gestellt." LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, B. I. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895, p. 68.

13. Idem, p. 67 e seguintes.

14. Tradução livre da tradução para o italiano de DEMURO, Gian Paolo. Prolegomeni storici allo studio del dolo. Op. cit.,p. 1.417. O trecho em italiano é: "si deve infatti punire l'intenzione di ciascuno non il fatto. Perciò chi, volendo uccidere, e per una qualche ragione non ha potuto farlo, viene punito come omicida: e chi invece per caso ferisce con un dardo [...] involontariamente un uomo, viene assolto." Em latim o texto é: "*Qui hominem occiderit, aliquando absolvitur, et qui non occidit, ut homicida damnatur: consilium enim uniuscuiusque, non factum puniendum est. Ideoque qui, cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur: et is, qui casu iactu teli hominem imprudenter ferierit, absolvitur*".

15. MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit., p. 623.

derivaria de fragmento do Digesto (48, 8, 7, de Paulo, do *libro singulari de publicis iudiciis*): "Na Lei Cornélia o dolo é deduzido do fato. Nessa lei a culpa grave não compõe o dolo".[16]

Para alguns autores, o trecho "*In lege Cornelia dolus pro facto accipitur*" implicaria o entendimento pelo qual fatos inequívocos, a exemplo do porte de arma com o fim de agressão, permitiriam a presunção do dolo, o de matar, nesse caso.

Todavia, a frase somente demonstra a importância que ganhava o elemento subjetivo do crime em Roma. É de se ter mesmo em conta o contexto histórico dessa lei, momento de desordem na época de Sila. A *lex Cornelia* se cuida de lei de ordem pública com o fim de restabelecer a segurança após alguns anos de guerra civil. Tratar do homicídio não foi sua preocupação primária. Era uma "lei de circunstância".[17] Até por isso, fatos diversos, como o incêndio e outros atos preparatórios ou prévios ao homicídio, foram nela criminalizados. Sequer todos os casos de homicídio eram tratados nessa lei: nela não tinha lugar, por exemplo, o homicídio culposo, o preterdoloso e mortes violentas fora de Roma.[18]

Entendido esse contexto, compreende-se que a lei tenha se ocupado apenas indiretamente da intenção do agente, mesmo, curiosamente, tendo servido de referência sobre o dolo por diversos séculos.[19]

Ante a influência dessa lei, vê-se que têm razão os autores que defendem ter sido o dolo contribuição do direito romano tardio.[20]

Corroborando o quanto dito a respeito da inexistência de uma teoria geral do crime na Roma antiga, notam-se já nessa época diversos termos para desig-

16. Tradução livre da tradução para o italiano de DEMURO, Gian Paolo. Prolegomeni storici allo studio del dolo. Op. cit., p. 1.417. O trecho em italiano é: "Nella legge Cornelia il dolo è assunto nel fatto. In questa legge una colpa grave non rientra nel dolo." Em latim: "*In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.*"

17. Em tradução livre de: "*Gelegenheitsgesetz*". MOMMSEN, Theodor. Op. cit., p. 615.

18. MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit., p. 623-626 e 631 e seguintes.

19. DEMURO, Gian Paolo. Op. cit., p. 1.417.

20. HERNÁN LAPORTA, Mario. *El dolo y su determinación en casación*: normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 59. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed.. Granada: Comares, 2002, p. 313.

nar o dolo, aforas os da *lex Cornelia*. Encontram-se nas fontes, entre outros, *dolo, sciens dolo, dolo malo, sciens dolo malo, sciens, sponte, adfectu* e *proposito*, tidos por equivalentes.[21]

A partir de certo período do Principado, o *dolus* abrange a vontade, que requer que o *intellectus* compreenda a maldade do ato. A vontade pressupunha, pois, o conhecimento da antijuridicidade da conduta. O *dolus* romano era a *sciens dolo malo*, fazer algo intencionalmente sabendo de sua maldade. O *dolus bonus*, astúcia, era aceito em algumas circunstâncias, de onde surgiu a necessidade de adjetivar de *malus* o *dolus*.[22] O *dolus*, portanto, era síntese conceitual de compreensão é má intenção, que tinha por sinônimos *dolus malus e sciens dolus malus*. Por isso, Jiménez de Asúa chega a adjetivar de pleonásticas essas duas últimas expressões: no *dolus* já estava a consciência de violar interesses legítimos de terceiros.[23]

Então, a intenção passou a compor o dolo.[24] Esse elemento se indicava inclusive, a partir da República,[25] pelo termo *animus*, com especificação para alguns crimes.[26] Havia indicação da intenção direta nos termos *animus occidendi, animus furandi, animus violandi*, entre outros,[27] ainda bem conhecidos dos penalistas coevos.

21. MOMMSEN, Theodor. .Op. cit., p. 85.

22. S. VIDAL, Humberto. Teoría clásica del dolo. *Doctrina penal*: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires, a. 3, n. 9-12, nov.-dez. 2004, p. 267-8. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Op. cit., p. 511. MOMMSEN, Theodor. Op. cit., p. 86-87. PERNICE, Alfred. Op. cit., p. 205-251, 1896, p. 206. Segundo Karl Binding, não há a menor dúvida entre os romanistas de que o dolo no direito romano abrangia a consciência da injuridicidade da conduta. BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafrechts*: Allgemeiner Teil. 8. ed. Reimpressão da edição de Leipzig, 1913. Aalen: Scientia, 1975, p. 118.

23. ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 316.

24. PERNICE, Alfred. Op. cit., p. 205.

25. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 206.

26. ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 316.

27. Sendo necessária a intenção, parte da doutrina afirma que o dolo eventual não era conhecido pelos romanos. DEMURO, Gian Paolo. Op. cit., p. 1.419-1.420. DELITALA, Giacomo. Dolo eventuale e colpa cosciente. Milano: Vita e Pensiero, 1932, p. 4. Em sentido contrário, Karl Binding viu na culpa lata o que hoje se chamaria de dolo eventual. Vide: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, Reimpressão da edição de Leipzig, 1914. Aalen: Scientia, 1991, v. 2, t. 2, p. 757. Todavia, Contardo Ferrini redarguiu Binding, defendendo se tratar a culpa lata tão somente da espécie

Sob esse conceito, também há fundamento ético, porque se compreende nele a violação intencional da lei moral, em direito civil e em direito penal.[28] O direito penal romano concretizava a lei moral: quem violava normas criminais infringia simultaneamente obrigação no âmbito ético. Por isso que a pena era ética, basicamente retributiva, exigia-se vínculo especialmente intenso entre o fato e o autor, a malícia que constituía o dolo.[29]

Em síntese, o direito romano paulatinamente abandonou a punição objetiva para adotar o princípio pelo qual a má intenção era pressuposto da pena, em progressiva interiorização, passando do relevo do elemento intelectivo para o relevo do elemento volitivo até se chegar ao conceito de *animus*. O dolo em Roma tinha contornos pouco definidos, mas, o que é certo, caráter jurídico e ético.

3. O DOLO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL ROMANO

Para o estudo da prova dos elementos empíricos do dolo, necessário lembrar que o direito processual penal romano não tinha o mesmo apuro teórico do direito penal material. A própria divisão atual entre direito substantivo e adjetivo não se punha em Roma.[30]

Nessa linha, já na época do Principado, a inclusão da noção de *animus*, elemento considerado interno ao agente, trouxe problemas para a prova. Os romanos desenvolveram, então, o estudo das circunstâncias do caso para se concluir pelo dolo.

Na mencionada *lex Cornelia* o mero *ambulare cum telo* era considerado exemplo da vontade de matar, reprovável jurídica e moralmente, ainda que não se consumasse o homicídio.[31] Isso mostra como os romanos faziam de-

---

mais grave de negligência. Ademais, para o autor italiano, os fragmentos utilizados por Binding para defender sua teoria se referem ao dolo no direito privado. A respeito: FERRINI, Contardo. *Diritto penale romano*: esposizione storica e dotrinale. Milano: L'Erma di Bretschneider, 1976, p. 51 e 55-56.

28. MOMMSEN, Theodor..Op. cit., p. 88.
29. LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 28.
30. CASTRO JR., Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 229-230.
31. DEMURO, Gian Paolo. *Prolegomeni storici allo studio del dolo*. Op. cit., 1.421.

rivar de circunstâncias do fato concreto, inclusive o meio empregado pelo agente, o elemento subjetivo. Em alguns fragmentos do Digesto (D. 48,6,11,2 e D. 48,19,16,8) interessam as qualidades morais ou o status social do agente. De fato, se o homem *clementissimus* fosse encontrado armado, deveria se considerar que tinha a intenção de se defender e não de matar (Paulo, Sentenças, 5,23,7).

Todavia, nem sempre se investiga o elemento subjetivo do crime. Os juristas, na prática, inclusive por força de leis e de decisões imperiais que não podiam contestar, muitas vezes faziam derivar o dolo do fato mesmo. Por haver cometido o fato, tautologicamente se deduzia que agiu *sciens dolo malo*.[32] Veja-se que isso não se confunde com a prova indiciária, de dedução a partir de circunstâncias externas do caso concreto.

Ante esse panorama processual, os romanistas discutem, a partir de algumas passagens do *Corpus Juris*, se é possível falar em presunção de dolo mau no direito romano. A presunção derivaria da necessidade de o agente demonstrar a exceção que é o agir sem intenção. A regra do agir humano seria a intenção de produzir o efeito, ou seja, o dolo.

Inobstante, a própria tendência romana em considerar fatos concretos[33] afasta a ideia de que houvesse preocupações com normativizações ou presunções *ex lege*. Os romanos se preocupavam com todas as circunstâncias precedentes, concomitantes e posteriores ao fato criminoso para a pesquisa do dolo, cientes de que a vontade e a resolução humanas se subtraem, como tais, a toda observação sensível.[34]

32. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto. Milano: Giuffrè, 2007, v. I, p. 57.

33. BRANDÃO, Cláudio. O homicídio na cultura greco-romana e a sua posição na dogmática atual. In: BRANDÃO, Cláudio, ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao extremo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 118.

34. BRICOLA, Franco. *Dolus in re ipsa*: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo. Milano: Giuffrè, 1960, p. 9-11. Para exemplificar, encontra-se no Digesto (48,8,1,3) a seguinte passagem: "O divino Adriano dispôs: quem matou um homem pode ser absolvido se no caso não atuou com dolo de homicídio. Ao revés, quem não matou outrem, mas lesionou para matá-lo, deve ser condenado como homicida. E isso se deve decidir ex re, ou seja, a partir do conjunto de circunstâncias, pois quem esgrime uma espada e com ela atravessa a vítima sem dúvida atua dolosamente. Ao revés, quem matou com uma chave grande ou com uma caldeira no curso de uma rixa não atuou dolosamente, apesar de ter utilizado um ferro". Tradução livre da tradução para o espanhol: "El divino Adriano dispuso: quien ha matado a un hombre puede ser absuelto si no se da el caso de que haya actuado con dolo homicida. En cambio, quien no ha

Revelando a necessidade de construção da melhor solução para os fatos em julgamento, Theodor Mommsen chega a afirmar que o conceito de *dolus malus* é uma abstração, que só adquire conteúdo efetivo nos casos concretos.[35] Não havia, pois, presunções para a prova dos componentes empíricos do dolo.

4. INFLUÊNCIA DO DOLO ROMANO NO DIREITO PENAL DA IDADE MÉDIA ATÉ A CONTEMPORANEIDADE

Na Idade Média, o conceito romano de dolo permaneceu tendo grande influência. Nela, inclusive, o dolo volta a ter evolução semelhante à já analisada em Roma, isto é, passando-se da responsabilidade objetiva à subjetiva.

Em um primeiro período, no direito penal germânico, apenas tem relevo o fato objetivamente considerado, tendo a pena por um dos fins o ressarcimento do dano.[36] Michel Foucault ensina que na Alta Idade Média o essencial era o dano: não havia falta, infração, pecado e nem culpabilidade moral.[37] Como explica Nilo Batista, a intervenção penal visava à restauração da paz, de modo

---

matado a otro, pero lo ha lesionado para matarlo, debe ser condenado como homicida. Y esta último debe decidirse *ex re*, es decir, a partir del conjunto de circunstancías, pues quien esgrime una espada y con ella atraviesa a la víctima actúa sin duda dolosamente. En cambio, quien ha matado con una gran llave o con una marmita en el curso de una pelea no ha obrado dolosamente pese a haber utilizado un hierro." HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallès. In: _____. *Imputación y derecho penal*: sobre la teoría de la imputación. Trad. Francisco Baldó Lavilla *et al*. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2009, p. 181-197, p. 187. Em latim, o texto era: "Divus Adrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cuccuma in rixa: quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo."

35. MOMMSEN, Theodor. Op. cit., p. 87.

36. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto. Op. cit., p. 79 e seguintes. HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: _____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II, p. 124. KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 23.

37. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 73 e seguintes.

que o que importava era avaliar se o mero resultado a perturbava.[38] Esse período do direito penal germânico antigo pouco durou.

Efetivamente, na *lex romana visigothorum* (*Breviarium Alarici*, *Breviarium Alaricianum*, em português Código de Alarico ou Breviário de Aniano), compilação de leis romanas promulgada em 506, durante o reinado de Alarico II, lê-se no Livro VIII, Título III: "o crime não ocorre quando não é cometido pela vontade." Porém, note-se que não se tratava de norma geral e sim de trecho a respeito de acidentes envolvendo a lida com arbustos.[39]

Outro marco relevante do período foi, no direito visigótico, o *Liber Iudiciorum* (*Liber Iudicum* ou *Forum Iudicum*), compilação de leis outorgada em 654 e de grande influência na Península Ibérica. Em alguns crimes começa a se delinear a distinção entre fatos voluntários e involuntários, conquanto predominasse a responsabilidade objetiva.[40]

De modo geral, no direito penal bárbaro, usam-se para o dolo expressões vagas derivadas do direito romano e com o sentido de vontade deliberada de cometer o mal. Os termos que os éditos dos reis lombardos usam para designar o dolo no sentido atual são *asto* e *asto animo*. Para o advérbio dolosamente se usavam as fórmulas *in peccatis* e *istigante diabolo*, a revelar que ainda não se havia superado a distinção entre direito penal e religião.[41]

Ainda na Idade Média, aprofundou-se a distinção entre dolo e culpa, tendo inclusive a lei lombarda a adotado, sob as denominações de ato intencional e ato negligente.[42]

Avançando um pouco no tempo, necessário também abrir espaço, ainda que breve, para a influência do direito canônico no conceito de dolo. Isso porque no século XIII os juristas estudam, sobretudo, o direito romano e o direito canônico; já no XIV, a fusão entre direito romano e direito canônico chega a ponto tal que se reputa impossível estudar autonomamente esses ramos. Penalistas célebres como Prosperus Farinacius (1554-1618) são bons exemplos do que se acaba de dizer.[43]

38. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 40-41.

39. "*Crimen videri non potest, quando non est ex voluntate commissum.*" O trecho se encontra em: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op. cit., p. 81.

40. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 91-96. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 124.

41. PERTILE, Antonio. *Storia del diritto italiano*: Dalla caduta dell'impero romano alla codificazione. 2. ed. Roma; Napoli; Milano: Torino, 1892, vol. V: Storia del diritto penale, p. 65.

42. G. PESSAGNO, Rodolfo; J. BERNARDI, Humberto P. *Temas de historia penal*. Buenos Aires: Perrot, 1953, p.72.

43. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto. Op. cit., p. 84.

No tocante ao dolo, o grande mérito do direito penal canônico foi reafirmar, na esteira do direito romano, a relevância do elemento subjetivo, que se perdeu parcialmente no direito penal bárbaro.[44] O direito penal canônico partiu da noção grega da liberdade da vontade do homem como ponto de partida da imputação[45] e do direito romano, sobretudo do Digesto e da *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*.

O elemento subjetivo tinha relevo decorrente das finalidades da pena. Entre elas, estavam a prevenção geral, reconciliar o pecador com a divindade e o fazer se arrepender, para o quê tinha óbvia importância a atitude interna do agente.[46] A relevância do elemento subjetivo emerge dos enunciados dos primeiros livros penitenciais e dos primeiros decretais. Neles, veem-se em alguns cânones, ao lado da palavra *voluntas*, os mesmos termos do direito romano, *dolus, sciens, malitia, animus laedendi,* e *animus occidendi*, entre outros.[47] Então, tal qual no direito romano, o dolo envolve a ideia de maldade, do autor e do fato por ele praticado.

De uma forma geral, igualmente os juristas italianos desse período adotaram o conceito romano de dolo mau e o tornaram pressuposto dos delitos graves.[48] Mais especificamente, a doutrina não vislumbra novidades sobre o dolo trazida pelos glosadores, diferentemente dos pós-glosadores.[49] A Glosa se limitou a parafrasear disposições do *Corpus Juris* romano, sobretudo as do Digesto na epígrafe *dolo malo*. O mesmo se deu na obra mais importante do período, a *Glosa Magna* de Francesco Accursio (1250), que encerrou a escola dos glosadores, iniciada em 1100.[50] Dessarte, os glosadores mantiveram o dolo romando,[51] servindo-se, todavia, de presunções para sua prova.[52]

---

44. LÖFFLER, Alexander. Op. cit., p. 136.
45. KÖSTER, Mariana Sacher de. Op. cit., p. 22.
46. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op. cit., p. 85-86.
47. Idem, p. 87.
48. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 314. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Op. cit., p. 532-533. TERRAGNI, Marco Antonio. Op. cit., p. 77-78.
49. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel.Op. cit., p. 161.
50. Sobre a escola dos glosadores, vide: BRANDÃO, Cláudio. Direito no pensamento jurídico medieval. Op. cit., p. 140-141.
51. S. VIDAL, Humberto. Op. cit., p. 269. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 161.
52. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Op. cit., p. 538. ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*: eine historisch-dogmatische

A concepção romana de dolo trouxe diversos problemas de ordem prática, sobretudo para a prova do elemento anímico, que incluía até a consciência da antijuridicidade da conduta, e para o tratamento dos casos de conduta voluntária cujos efeitos ultrapassavam o elemento volitivo do agente. Isso levou os pós-glosadores e os práticos italianos a adotarem fórmulas que implicavam o abandono do conceito romano de dolo até uma quase volta à responsabilidade objetiva, que não se completou exatamente pela influência de Roma. Tal conflito entre as necessidades práticas e a influência do direito romano levou ao alargamento progressivo do conceito de dolo no medievo.[53]

Dentro dessa tendência, também o direito canônico teve grande importância na revalorização do dolo romano e no seu afastamento, este com a teoria do *versari in re illicita*, cuja formulação Nelson Hungria atribui ao canonista Bernardus Papiensis.[54] Segundo Alexander Löffler, o primeiro autor conhecido a levar ao direito penal a teoria canônica foi Albertus Gandinus (1245-1310).[55]

Nos séculos XII e XIII, sobretudo para crimes de homicídio, aplicou-se na prática a teoria do *versari in re illicita*. Segundo ela, deve se verificar se a morte resultou de conduta proibida. Em caso positivo, o agente responde por ela. Na hipótese de a conduta primeira ser vedada, o agente seria punido mesmo pelo resultado casual posterior. Se a resposta for negativa, ou seja, a conduta primeira permitida, investiga-se o cumprimento do dever de cuidado pelo agente a fim de determinar se cabe o juízo de reprovação.[56] Foi a primeira tentativa de alargar o conceito de dolo do direito romano no direito material. Pela via do direito processual, como visto, os glosadores anteriormente já tinham lançado mão de presunções com a mesma finalidade.[57]

Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius. 2. ed. Aalen: Scientia, 1965, p. 72.

53. LAURENZO COPELLO, Patricia.Op. cit., p. 29-30.
54. HUNGRIA, Nelson.Op. cit., p. 124.
55. LÖFFLER, Alexander. Op. cit., p. 139 e seguintes e menção ao autor na p. 147. Também sobre essa influência do direito penal canônico: ENGELMANN, Woldemar. Op. cit., p. 73 e seguintes. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, a. 15, n. 64, jan.- fev. 2007, p. 223.
56. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto. Op. cit., p. 89-90. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 124-125.
57. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op.cit., p. 161-162.

Era a *versari in re illicita* regra de imputação de fácil aplicação, embora não tivesse caráter geral para todos os delitos. Mesmo não sendo um conceito de dolo, mas regra de imputação apesar da inexistência do dolo, influenciou a doutrina do *dolus generalis*, a *bartoli* e a do *dolus indirectus*, surgidas a partir de problemas que a aplicação dos conceitos romanos traziam na prática.[58]

A doutrina do *dolus generalis* deve seu desenvolvimento ao canonista Johannes Andreae (1270-1348). Para ele, basta à imputação dolosa que o agente *in re illicita* estivesse animado pelo dolo *in genere*. Por outras palavras, não era necessária a referência do dolo a fato ou resultado particular se o agente já estivesse cometendo alguma ilicitude. Assim, seja entendida como forma particular de extensão do dolo do fato-base, seja como extensão do próprio fato típico, seja, por fim, como referência do dolo a objeto generalizado (até porque não teve formulação única),[59] é certo que a teoria era coerente com alguns princípios do direito canônico e influiu na objetivação do dolo pela *doctrina Bartoli*,[60] apesar de não ter, ela própria, muita aceitação.[61]

A *doctrina Bartoli* deve o nome a Bártolo de Sassoferrato (1313?-1357), aluno de Cino de Pistoia (1270-1336), fundador da escola dos pós-glosadores. Bártolo de Sassoferrato teve, no entanto, tamanha influência na escola que os pós-glosadores também são chamados bartolistas.[62] Dizia-se na Idade Média que "ninguém é bom jurista se não for bartolista" ("*nemo bonus iurista nisi bartolista*").

Igualmente quanto ao dolo sua influência foi bastante considerável, pois dominou os debates doutrinários e jurisprudenciais italianos até o século XVI.[63] Até Benedikt Carpzov os autores se manifestavam no sentido de sua doutrina ou da do *dolus indirectus*.[64]

---

58. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen*: In ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina zur Carpzov. Reimpressão da edição de Berlin, 1930. Aalen: Scientia, 1986, p. 108 e seguintes. ENGELMANN, Woldemar. Op. cit., p. 53 e seguintes, 71 e seguintes e 104 e seguintes.
59. Esta é a posição de: ENGELMANN, Woldemar. Op. cit., p. 72.
60. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto. Op. cit., p. 110-112.
61. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen*. Op. cit., p. 110.
62. Sobre a escola, vide: BRANDÃO, Cláudio. Direito no pensamento jurídico medieval. Op. cit., p. 134-145, p. 142-143.
63. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo:* svolgimmento storico del concetto. Op. cit., p. 112.
64. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen*. Op. cit., p. 112-113.

Cino de Pistoia restringia a responsabilidade dolosa em algumas hipóteses de conduta prévia ilícita. Assim, mencionando o Digesto (47.2.54pr.),[65] defendia que quem derruba porta para causar injúria não é responsável pelo furto cometido posteriormente por outrem, pois se deve distinguir entre a vontade maléfica e o propósito delitivo.[66] Isso afastava a responsabilidade objetiva em alguns casos. Por outro lado, Cino de Pistoia tenta fundamentar a responsabilidade em casos de delitos agravados pelo resultado a partir da natureza mesma do crime. Assim, o mandante do crime responderia por todas as consequências dos atos do assaltante porque a razão da responsabilidade estaria ínsita na natureza do fato. Limitava-se, segundo Giacomo Delitala, a estender a aplicação do dolo dos autores aos partícipes.[67]

Bártolo de Sassoferrato finda por adotar a teoria de Cino de Pistoia. De acordo com a *doctrina bartoli*, a conduta ilícita traz em si tendência aos eventos posteriores. Nessa esteira, atos de violência tendem a causar consequências mais graves como as lesões e a morte. A doutrina também traz limitação à imputação de todos os atos posteriores ao ilícito da teoria do *versari in re illicita*.

Tratava-se de generalização da doutrina de Cino de Pistoia para casos distintos do concurso de pessoas. Bártolo defendia a responsabilização do agente pelas consequências naturais da violência. Sendo essas consequências decorrência natural da violência, o agente certamente estaria consciente delas. O fundamento normativo da teoria era o *Codex* de Justiniano (9, 12, 6, conhecido por *lex quoniam*). Por esse fragmento, os autores de uma subtração violenta respondiam por todas as consequências dela advindas, inclusive a morte ou a lesão corporal das pessoas envolvidas.[68] A regra, específica para crimes de violência e exceção às exigências romanas do *dolus malus*, foi generalizada pe-

65. "*Qui iniuriae causa ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.*" Em português, "Quem derrubou uma porta para causar ofensa, ainda que outrem depois leve os bens, não responde por furto: com efeito a vontade e o propósito do réu dão a conotação aos delitos." Tradução livre da tradução para o italiano de DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op. cit., p. 112. O texto em italiano é: "Chi ha abbattuto una porta per recare offesa, anche se di là da altri siano stati portati via i beni, non risponde per furto: infatti la volontà e il proposito del reo connota i delitti."

66. Idem, p. 112.

67. Sobre a teoria dele: DELITALA, Giacomo. Op. cit., p. 5. Igualmente: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op. cit., p. 112.

68. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Op. cit., p. 538.

los comentadores a fim de possibilitar a punição do homicídio sem a prova da consciência das consequências posteriores.

No fundo, uma presunção processual, o conhecimento do agente das consequências normais da violência, tornava-se elemento do conceito de dolo. Se o evento era necessário ou provável, o agente deveria responder por ele. Essa simplificação probatória e a consequente facilidade de aplicação explicam o sucesso da teoria.[69]

Havia, outrossim, renúncia à necessidade de relacionar psicologicamente a vontade do agente e o evento posterior, que provocou sem intenção. Isso a distinguia da teoria do *dolus indirectus* (a ser tratada abaixo). Já Bartolomeo Saliceto (1363-1412) defendia a ideia ao dizer que se estava diante de equiparação ao dolo.[70]

Posteriormente, o próprio Bartolomeo Saliceto e Baldo de Ubaldi (1327-1400) passaram a defender a punição não pela só realização objetiva do perigo. Para eles, o dolo de perigo fundamentaria a punição do agente se este tivesse consciência efetiva das consequências possíveis do seu ato.[71] Com esse acréscimo, a *doctrina bartoli* foi dominante na Itália até quase o fim do século XVI.[72]

Nesse contexto de superação progressiva do conceito romano de dolo, surgiu já no século XVI a teoria do dolo indireto (*dolus indirectus* ou mais precisamente *voluntas indirecta*, pois o termo *dolus indirectus* só foi utilizado posteriormente, na obra de Carpzov), que teve no espanhol Diego de Covarrubias (1512-1577) um de seus principais expoentes. Sua doutrina (e a de outros juristas espanhóis), ao lado do direito canônico, teve larga influência no desenvolvimento da doutrina alemã do dolo.[73]

Influenciado assumidamente pela teoria da vontade indireta do tomismo,[74] Covarrubias relacionou a vontade do autor aos resultados inintencionais de

69. LÖFFLER, Alexander. Op. cit., p. 156 e seguintes. SCHAFFSTEIN, Friedrich. Op. cit., p. 109. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op. cit., p. 113. ENGELMANN, Woldemar. Op. cit., p. 79 e seguintes. DELITALA, Giacomo. Op. cit., p. 6.

70. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Op. cit., p. 538-539. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op. cit., p. 117.

71. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op.cit., p. 117-118.

72. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op.cit., p. 162. ENGELMANN, Woldemar. Op. cit., p. 97.

73. SCHAFFSTEIN, Friedrich. Op. cit., p. 108.

74. Idem, p. 110. Do mesmo autor: *La ciencia europea del derecho penal en la epoca del humanismo*. Trad. Jose Maria Rodrigues Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1957, p. 163 e 170-174. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 163.

sua conduta lançando mão da ideia de previsibilidade. Por outras palavras, consideravam-se queridos os resultados previsíveis que não fossem o fim do agente, mas derivassem comumente de sua ação. Quem quer a causa quer indiretamente o efeito comum. Efeitos acidentais, isto é, imprevisíveis, não compunham a vontade para a teoria do dolo indireto.[75]

Portanto, a vontade relacionada ao evento poderia ser direta ou indireta (ao lado delas, havia o *casus*, hodiernamente correspondente à culpa inconsciente). Quem quisesse ferir outrem e, por causa de golpe forte o matasse, deveria ser punido por homicídio doloso, pois a sua vontade se dirigia diretamente à lesão corporal e indiretamente a todas as suas consequências naturais.[76]

A teoria da *voluntas indirecta* não se diferenciava da *doctrina bartoli* antes do acréscimo da necessidade de consciência das consequências acessórias por Bartolomeo Saliceto e Baldo de Ubaldi senão nos fundamentos e na dosimetria da pena. Em ambas, o agente sofreria a sanção por delito doloso relativamente às consequências meramente previsíveis da ação dolosa antecedente.

Para Bártolo de Sassoferrato, a punição se dava até sem a vontade e pela mesma pena aplicável aos crimes dolosos. Segundo Covarruvias, ao revés, havia relação, indireta, entre a vontade do agente e o resultado. Coerentemente, para este último autor, a vontade indireta correspondia a sanção menor que a direta.[77]

Essa teoria predominou até o final do século XVIII, mas paulatinamente perdeu defensores. Os críticos inicialmente destacavam a inexistência de vínculo volitivo entre o autor e o resultado. Assim, psicologicamente, prever e querer o resultado não poderiam ser equiparados.[78] A principal fonte de críticas a essa teoria do dolo indireto era mesmo a aceitação da mera previsibilidade objetiva do resultado para fundamentar o dolo.[79]

A doutrinadora espanhola Patricia Copello chama a atenção para a confusão de planos que na verdade havia na explicação dos canonistas a respeito do requisito da previsibilidade em sua teoria do dolo indireto. Não estava claro na

75. LAURENZO COPELLO, Patricia. Op. cit., p. 519.

76. ENGELMANN, Woldemar. Op. cit., p. 109-110. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. Op. cit., p. 118.

77. Idem, p. 121-122. DELITALA, Giacomo. Op. cit., p. 8. SCHAFFSTEIN, Federico.Op. cit., p. 173-174. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 163. ENGELMANN, Woldemar. Op. cit., p. 107.

78. LAURENZO COPELLO, Patricia. Op. cit., p. 32.

79. Idem, p. 35.

teoria que o requisito fosse a previsibilidade e não a previsão efetiva do resultado. As referências à previsibilidade do resultado poderiam significar exigências probatórias, até porque a teoria foi desenvolvida, em grande medida, por causa das dificuldades de prova do elemento volitivo do dolo romano.[80]

Os autores do humanismo romanista, a exemplo de Jacobus Cujacius (1522-1590) e Prosperus Farinacius admitiram o conceito romano de dolo, com alguns esclarecimentos pessoais.[81]

Baseada em Bartolus de Sassoferrato (1313-1357), Baldus de Ubaldis (1327-1400) e, sobretudo, Covarrubias,[82] a teoria do dolo indireto do jurista alemão Benedikt Carpzov (1595-1666) dominou o debate doutrinário até o final do século XVIII.

Na sua obra *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium,* datada de 1635, Carpzov adota a vontade indireta de Covarruvias e a sua argumentação em relação ao homicídio. O dolo direto significa a *voluntas perfecta*, presente quando houver a intenção do resultado antijurídico. Para fundamentar essa hipótese, volta à Roma antiga e recorre à *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*. O *dolus indirectus* corresponde à *voluntas indirecta*, a qual abarca as consequências habituais da ação.[83]

As regras gerais de experiência impunham uma espécie de poder-dever de conhecer, afastando a relevância de esperanças vagas, desejos, opiniões ou crenças irrefletidas. Por isso, o *dolus indirectus* é conceito de direito penal material e não probatório.[84]

Não se tratava de mera presunção de dolo[85] como regra para todos os crimes ou sequer todas as condutas. Ele dizia, por exemplo, que: "age dolosamente também aquele que, na intenção unicamente de ferir (outrem) o perfura com uma espada, uma vez que ele sabe, ou ao menos tem de saber, que uma ferida não pode ser provocada, especialmente com uma espada ou outro instrumento semelhante adequado para a morte, de modo seguro e determinado, ainda

80. Idem, p. 35-36.

81. S. VIDAL, Humberto. Op. cit., p. 269. Sobre esses autores: LUISI, Luiz. *Tibério Deciani e o sistema penal. Direito e democracia.* Canoas, v. 1, n. 2, ago.-dez. 2000, p. 192-194.

82. SCHAFFSTEIN, Federico. Op. cit., p. 158.

83. SCHAFFSTEIN, Federico. Op.cit., p. 174.

84. LÖFFLER, Alexander. Op. cit., p. 160.

85. JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.* Berlin, B. 114, n. 3, 2002, p. 594.

mais com uma espada, não se podendo negar, em face desse resultado, que tem o agente vontade de matar, porque sua vontade se dirige à perfuração e também a tudo o mais que venha a ocorrer imediatamente por decorrência da perfuração".[86]

A doutrina hodierna afirma a relevância da teoria de Carpzov. Ingeborg Puppe, por exemplo, afirma que ele corretamente objetivou o requisito volitivo do dolo no conceito de dolo de perigo.[87] Igualmente seria útil para algumas teorias da indiferença.[88]

Para Ingeborg Puppe, o espírito do *dolus indirectus* permanece até hoje no dolo direto de segundo grau, no qual se normativiza a projeção na mente do sujeito do resultado certo ou altamente provável apesar de não intencionado.[89] Segundo Ragués i Vallès, nas máximas de experiência usadas para a prova do dolo também sobrevive a teoria.[90]

Percebe-se, então, que o conceito romano de dolo permaneceu influente por vários séculos, não só, mas também de forma indireta, isto é, como conceito a ser superado ante as dificuldades práticas de sua aplicação. Outrossim, sempre serviu de limite a tentativas de objetivação exacerbada do dolo.

Ademais, em grandes linhas, os elementos conceituais do dolo romano, o conhecer e o querer, ainda dominam as discussões sobre esse elemento subjetivo. Houve, quase que tão somente, variações em torno do que pode ser con-

86. Tradução livre de: "vorsätzlich handelt, weil er weiß oder zumindest wissen mußte, daß auf eine sichere und bestimmte Weise eine Wunde, zumal mit einem Schwert oder einem ähnlichen zum Töten geeigneten Werkzeug, nicht beigebracht werden kann, kann bei dieser Wirkung nicht geleugnet werden, daß ein solcher Tötungswillen hat, weil sein Wille sich auf die Durchbohrung bezieht und auf all das, was sich infolge der vorsätzlichen Durchbohrung unmittelbar ereignet". Em latim o texto, segundo Puppe, é: "in dolo est, & quia seit, aut saltern scire debebat, certo & destinato modo vulnus, praesertim gladio vel simili instrumento, ad homicidium perpetrandum apto, dari non posse, in effectu negari nequit, quin talis habeat animum occidendi, ut cujus voluntas fertur in percussionem, & in omne id, quod ex percussione dolosa immediate contingit". Carpzov, questio 1, nm. 28. PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, B. 103, 1991, p. 24-25.

87. Idem, p. 41.

88. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto. Op. cit.,p. 139.

89. PUPPE, Ingeborg. Op cit., p. 27.

90. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 59.

siderado elemento volitivo (se o consentimento, a aprovação, a indiferença, o querer em sentido jurídico, etc., tal qual nas diversas teorias do dolo eventual e do dolo direto de segundo grau) ou intelectivo (se conhecimento, representação, etc.). Outras discussões são sobre a metodologia para determinar esses elementos (se o ontologismo finalista, o teleológico, etc.) bem como se um deles (teorias cognitivas do dolo) ou ambos (teorias volitivas) são necessários. Por outras palavras, sempre se parte da importância do conceito de dolo e dos elementos já indicados desde a Roma antiga, o volitivo e o intelectivo.

5. A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA PROVA DOS ELEMENTOS EMPÍRICOS DO DOLO

Quanto à prova dos elementos empíricos do dolo, não houve mudança substancial para o que se fazia na Roma antiga. Continua-se a entender provado o dolo, entendido como interno ao agente, se presentes determinadas circunstâncias externas. Por outras palavras, majoritariamente se usam os indícios como meio de prova dos componentes do dolo.[91]

Na Idade Média, adotava-se amplamente a teoria do *dolus ex re*. Por ela, não todas, somente algumas modalidades de cometimento de fatos criminosos implicariam por si só a subsistência do dolo. Circunstâncias concretas do delito permitiriam inferir a presença desse elemento subjetivo. Então, não havia presunção geral de dolo.[92] Também von Weber, em 1825, inspirando-se no Digesto, o qual determinava que a prova do dolo se daria *ex re*, *ex facto* ou *ex insidiis*, dava conceito semelhante do *dolus ex re*.[93]

Algumas dessas formulações parecem entrar na zona cinzenta entre *dolus in re ipsa* e *dolus ex re*. Ramon Ragués i Vallès afirma que o *dolus ex re* permite

91. Não se desconhecem as controvérsias doutrinárias a respeito da caracterização dos indícios como meio (elemento) de prova (factum probans) ou como objeto de prova (factum probandum). Todavia, a nomenclatura é irrelevante para os fins do trabalho. O que importa reter é que os elementos empíricos do dolo comumente se consideram provados por fatos externos. Sobre a questão dos indícios: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no procesos: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 161-165.

92. HRUSCHKA, Joachim. Op. cit., p. 192.

93. VON WEBER. Ueber die verschiedenen Arten des Dolus. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 7, p. 549-580, 1825, p. 564-565.

ter em conta as circunstâncias de cada caso concreto, embora não perca a sua natureza de presunção.[94]

Paulatinamente, o *dolus ex re* perdeu o prestígio doutrinário. Primeiramente porque, no fundo, tratava-se de regra probatória e à época o direito processual penal ainda tinha pouca importância entre os autores, sendo mero apêndice do direito material. Não bastasse isso, era uma das espécies de prova dos elementos empíricos do dolo admitidas à época, sem especificidades relativamente às demais provas indiciárias.[95]

Porém, foi outro o motivo principal para o abandono da teoria do *dolus ex re*. A sua formulação surgiu por causa do veto às provas indiciárias pela *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532. No início do século XIX, até mesmo a vinculatividade dessa regra era posta em xeque. Portanto, o *dolus ex re* se tratava de construção para possibilitar a dispensa, indireta e disfarçada, à regra de vedação do uso dos indícios da *Carolina*.

Depois da queda do sistema de prova legal, a prova indiciária novamente se tornou legítima e resultou inócua a construção do *dolus ex re*, em essência argumentação baseada em indícios do caso concreto, como se procedia no direito romano antigo. Então, o *dolus ex re* perde a utilidade com a consagração de um dos legados da revolução francesa, o princípio da livre apreciação das provas, contraposto às regras rígidas do direito romano e canônico. A partir daí, os juízes podem se utilizar de todos os meios lícitos de prova para formar seu convencimento, aí incluídos os indícios, também para a determinação dos estados mentais componentes do dolo.[96]

O *dolus ex re* se inseria no contexto do direito comum e da adoção do sistema legal de provas. A vedação do uso de indícios chegava a prejudicar o réu, que não podia deles lançar mão para infirmar a presunção relativa de dolo. Isso é diferente do uso de indícios em sistema de livre apreciação das provas para a formação do convencimento do juiz, máxime se informado pela presunção de não culpabilidade. Poderia mesmo o *dolus ex re* ganhar um sentido de presunção ao entender suficientes certos indícios dos componentes psíquicos do dolo e legitimar a impossibilidade de valoração de outros.

São exatamente os indícios o meio de prova mais adotados na atualidade para a prova dos elementos empíricos do dolo. Na doutrina amplamente ma-

94. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 285.

95. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto.. Op. cit., p. 439.

96. Idem, p. 170-171.

joritária,[97] a prova dos elementos intelectivos e volitivos do dolo se faz por indícios externos.[98] Segundo essa corrente, não são possíveis provas diretas dos fatos psíquicos.[99] Apenas se conseguem fatos materiais a partir dos quais se pode arguir que alguém teve vontade, convencimento, conhecimento de um fato, etc. Tais fatos são prévios, concomitantes ou posteriores ao cometimento do crime, embora sejam rechaçadas as figuras do dolo prévio e do dolo subsequente, exatamente como no direito romano antigo.

---

97. Existe autores dissonantes. Hassemer, por exemplo, entende que os indícios não provam, mas compõem o conceito de dolo. Vide: HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 63-84. Ragués i Vallès, a seu turno, defende que os indícios servem à imputação, não à prova, do conhecimento do agente. A respeito: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit.,. Do mesmo autor: Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 15, n. 69, p. 129-155, nov.-dez. 2007. Todavia, para além de serem minoritárias as teorias, elas findam por exigir indícios para a condenação.

98. Vide, por exemplo: FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*: Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale. Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 13. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Trotta: Madrid, 2011, p. 160-164. PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale:* parte generale. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 285. FIORE, Stefano. Il dolo. In: Francesco, Giovannangelo; PIEMONTESE, Carmela; VENAFRO, Emma (Orgs.). *La prova dei fatti psichici*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 53-63, p. 57-58. ROXIN, Claus. *Strafrecht:* Allgemeiner Teil, v. 1. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006, p. 450-451. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 120. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 251. DÖHRING, Erich. *La prueba: sua práctica y apreciación:* la investigación del estado de los hechos del processo. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 329. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*: bases metodológicas. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2007, p. 285. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 174. REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal:* parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 224. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119-145, p. 141.

99. Há também doutrinadores que negam a própria distinção, derivada, sobretudo, da distinção cartesiana entre corpo e espírito, dos aspectos interno e externo da conduta. Por essa ótica, baseada nas novas tendências da filosofia da linguagem, o dolo estaria in actio ipsa. A respeito: PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal: hacia la "exteriorización de lo interno"*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 102-104. Descabe aprofundar essa questão em trabalho cujo intuito se limita à demonstração das influências do dolo romano.

6. CONCLUSÃO

O estudo mostra que o conceito de dolo surgiu na Roma antiga. Tratou-se de grande evolução do direito penal a formação do sistema de imputação subjetiva. O conceito de dolo romano permaneceu influente por diversos séculos. De certa forma, mantém-se em algumas teorias contemporâneas, como a de Ingeborg Puppe e a de Günther Jakobs, porquanto eles expressamente retomam ideias de Carpzov. Não apenas isso, as discussões em grande medida continuam em torno dos elementos empíricos do dolo romano, o intelectivo e o volitivo.

Quanto aos meios de prova, aceitaram-se ao longo dos séculos presunções e o uso de indícios sob roupagens outras, como o *dolus ex re*. Contudo, não houve mudança na adoção de indícios externos para a prova dos elementos empíricos do dolo.

Ademais, demonstrou-se que, tal qual outros conceitos jurídicos, o de dolo não teve desenvolvimento linear, mas formação plasmada de marchas e contramarchas, com objetivações e subjetivações se sucedendo no tempo. Relativamente à prova dos seus elementos empíricos, a conclusão não é diferente, seguindo-se ao período de aceitação dos indícios a adoção de presunções de dolo. Exatamente a influência do direito romano evitou a prevalência temporal das objetivações e das presunções de dolo, o que também mostra sua importância e a necessidade de que não caia no esquecimento.

7. REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. El delito: la culpabilidad. Buenos Aires: Losada, 1956, t. V.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafrechts*: Allgemeiner Teil. 8. ed. Reimpressão da edição de Leipzig, 1913. Aalen: Scientia, 1975.

BORST. Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 2, p. 434-451, 1818.

BRANDÃO, Cláudio. Direito no pensamento jurídico medieval. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. (Orgs.). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 134-145.

_____. Introdução às ideias jurídicas da modernidade. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. (Orgs.). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O homicídio na cultura greco-romana e a sua posição na dogmática atual. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao extremo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRICOLA, Franco. *Dolus in re ipsa*: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo. Milano: Giuffrè, 1960.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO JR., Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no procesos*: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DELITALA, Giacomo. *Dolo eventuale e colpa cosciente*. Milano: Vita e Pensiero, 1932.

DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*: svolgimmento storico del concetto. Milano: Giuffrè, 2007, v. I.

_____. *Il dolo*: L'accertamento. Milano: Giuffrè, 2010, v. II.

_____. Prolegomeni storici allo studio del dolo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, v. 49, n. 4, p. 1.410-1.461, ott.-dic. 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito:* bases metodológicas. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2007.

DÖHRING, Erich. *La prueba*: sua práctica y apreciación: la investigación del estado de los hechos del processo. Trad, Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: El Foro, 1996.

ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*: eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius. 2. ed. Aalen: Scientia, 1965.

FERRINI, Contardo. *Diritto penale romano*: esposizione storica e dotrinale. Milano: L'Erma di Bretschneider, 1976.

_____. *Storia delle fonte del diritto romano e della giurisprudenza romana*. Milano; Napoli; Pisa: Ulrico Hoepli, 1885.

FIORE, Stefano. Il dolo. In: FRANCESCO, Giovannangelo; PIEMONTESE, Carmela; VENAFRO, Emma (Orgs.). *La prova dei fatti psichici*. Torino: Giappichelli, 2010..

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FREUND, Georg. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*: Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.

G. PESSAGNO, Rodolfo; J. BERNARDI, Humberto P. *Temas de historia penal*. Buenos Aires: Perrot, 1953.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. In: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

HERNÁN LAPORTA, Mario. *El dolo y su determinación en casación*: normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Tradução de Ramon Ragués i Vallès. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal*: sobre la teoría de la imputación. Trad.Francisco Baldó Lavilla *et al*. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2009.

HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II..

JAKOBS, Günther. Gleichgütigkeit als dolus indirectus. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. 114, n. 3, p. 584-599, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, B. I. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895.

LUISI, Luiz. Tibério Deciani e o sistema penal.In: *Direito e democracia*. Canoas, v. 1, n. 2, p. 189-208, ago.-dez. 2000.

MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1899.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*: parte generale. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*: hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PERNICE, Alfred. *Der verbrecherische Vorsatz im griechisch-römischen Rechte.* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung, Weimar, Band 17, p. 205-251, 1896.

PERTILE, Antonio. *Storia del diritto italiano*: Dalla caduta dell'impero romano alla codificazione. v. V: Storia del diritto penale. 2. ed. Roma; Napoli; Milano: Torino, 1892.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal:* hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014.

PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 103, p. 1-42, 1991.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 15, n. 69, p. 129-155, nov.-dez. 2007.

_____. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: Bosch, 1999.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROXIN, Claus. *Strafrecht:* Allgemeiner Teil. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006, v. 1..

S. VIDAL, Humberto. Teoría clásica del dolo. *Doctrina penal*: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, a. 3, n. 9-12, p. 265-292, nov.- dez. 2004.

SCHAFFSTEIN, Federico. *La ciencia europea del derecho penal en la epoca del humanismo.* Trad. Jose Maria Rodrigues Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1957.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen*: In ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina zur Carpzov. Reimpressão da edição de Berlin, 1930. Aalen: Scientia, 1986.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 15, n. 64, p. 222-238, jan.* - fev. 2007.

SOLER, Sebastián. *La raíz de la culpabilidad.* Montevideo: Facultad de derecho y ciencias sociales de Montevideo, 1945.

_____. *Derecho penal argentino.* Buenos Aires: Argentina, 1953, t. I..

SOUSA NETO. *O motivo e o dolo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* 4. ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Trotta: Madrid, 2011.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente*: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales. Santa Fe: Rubinal; Culzoni, 2009.

VON WEBER. Ueber die verschiedenen Arten des Dolus. *Neues Archiv des Criminalrechts*, B. 7, p. 549-580, 1825.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Os regimes do dolo civil no direto brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar, de Judith Martins-Costa – *RT* 923/115-143 (DTR\2012\450670); e
- Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica, de Carlos María Romeo Casabona – *RCP* 3/7-32 (DTR\2005\403).

86375

La reapertura del proceso penal en perjuicio del imputado[1]

Reopening criminal procedures against innocent declared defendants

Anette Grünewald

Doutora e Licenciada em Direito. Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Humboldt-Universität de Berlim.
gruenewald@rewi.hu-berlin.de

Autora convidada.

Área do Direito: Penal

Resumen: El artículo discute la posibilidad de reapertura del proceso penal en perjuicio del imputado, según la norma y jurisprudencia alemana contemporánea. El texto presenta ejemplos casos en los cuales el avance de la tecnología ha permitido identificar los autores de delitos tiempos después de la sentencia de absolución. En virtud de estos casos se impulsó recientemente un proyecto de Ley para revisar y ampliar las posibilidades de reapertura del proceso penal frente a nuevas pruebas. Las implicaciones de ofensa a la seguridad jurídica y aplicación de justicia material son debatidas bajo la perspectiva de un derecho penal liberal.

Abstract: This article aims to discuss the possibility of reopening criminal procedures against defendants that were once declared innocent. It does so by analyzing cases that illustrate how the development of specific technologies can produce new evidence of crimes committed by persons previously declared innocent. The article then presents the criminal implications of this scenario according to the norms and jurisprudence in Germany. Given the growing number of such cases there is now a reform project of the German Criminal Procedure Code – which will be discussed extensively – that aims to revise and widen the hypothesis of reopening previously decided criminal procedures. Also taken into account are fundamental questions regarding the trade off between an offense against the res judicata and material justice principles, which are in turn contrasted according to a liberal criminal law perspective.

1. Este artículo fue publicado originalmente en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, De Gruyter, 120 (2008), p. 545 y ss., con el título "Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungusten des Angeklagten". Traducción al castellano de Alan Bompadre, Universidad de Buenos Aires. Traducción publicada en la "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", 2015, Abeledo Perrot (Thompson Reuters). El traductor agradece la colaboración de Ingeborg Mezger y de Guillermo Orce en la corrección del borrador.

PALABRAS CLAVE: Reapertura del proceso penal – Revisión de cosa juzgada – tecnología y prueba en el proceso penal – Justicia material.

KEYWORDS: Reopening of criminal procedures – Review of res judicata – New technologies and proof in criminal procedure – Material justice.

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Justicia *vs.* seguridad jurídica – 2.1 Primacía de la justicia desde la perspectiva histórica del Derecho – 2.2 Primacía de la seguridad jurídica desde la perspectiva histórica del Derecho – 2.3 Conclusión – 3. Art. 103, tercer párrafo de la Constitución – 4. Resolución teórico-liberal del problema de la reapertura.

1. INTRODUCCIÓN

La reapertura del proceso penal está organizada como un recurso extraordinario. Ésta permite dictar una nueva sentencia aun después del cierre del proceso y a pesar de la cosa juzgada material. Ello sólo es posible dentro de los límites dados por la ley (véase especialmente §§ 359 y 362 StPO). Si puede decirse que estas prescripciones relativas a la reapertura del proceso están bien logradas es algo que no es juzgado uniformemente. Se habla al respecto tanto de una "ruptura asistemática del principio", de un "compromiso que no puede satisfacer a nadie",[2] como de "una construcción que, en lo esencial, es óptima".[3] Mientras que en los años setenta del siglo pasado se puede constatar un considerable empeño de reforma y, en los años noventa, nuevamente, fueron emprendidos estimables esfuerzos de reforma, finalmente, el ímpetu se desvaneció. Por lo visto, la cuestión fue clasificada como menos urgente. En los últimos años este cariz ha cambiado de manera repentina e inesperada.[4] De esta forma sugirió el Land Nordrhein-Westfalen un proyecto de ley que

2. *Hellmuth Mayer*, Der Gerichtssaal 99 (1930), p. 299 (314, en lo sucesivo 323, 328); de acuerdo *Dippel*, GA 1972, 97 (106); *el mismo autor* en *Jescheck/Meyer* (Editor), Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im deutschen und ausländischen Recht, 1974, p. 12 (88); todavía más riguroso *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, p. 113 ("Mißgeburt der Gesetzgebung"); tomado en "Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozess", elaborado y presentado en Strafrechtsausschuss der Bundesrechtanwaltskammer, 1971, p. 74.
3. *Hanack*, JZ 1973, 393 (394).
4. Conf. *Waßmer*, Jura, 2002, 454 (460); *Roxin* Strafverfahrensrecht, 25. ed. 1998 § 55, nm. 21; Gössel, en Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 5° Tomo, 25. Ed. 2003, Antes del § 359, nm. 188, *Deml*, Zur Reform des Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1979, p. 173.

ampliaba las posibilidades de reapertura del proceso en detrimento del imputado[5]. Mientras tanto, la Cámara Alta de la República Federal ha puesto en marcha un proyecto de ley análogo, con perspectivas ciertas de que se convierta en ley. El desencadenante de la iniciativa de Westfalia fue un caso ocurrido en Düsseldorf en el año 1993:[6] un hombre entró durante el horario de almuerzo a un videoclub, dominó a la empleada, la ató y le tapó la cabeza con una bolsa de plástico. Selló la bolsa a la altura del cuello con una cinta adhesiva tan fuertemente que la mujer se asfixió. El autor del hecho huyó con un botín de 650 marcos alemanes. A pesar de que pudo ser identificado, no fue posible condenarlo, ya que las pruebas no eran suficientes. En una investigación de la cinta adhesiva emprendida en el año 2004, fueron rescatadas minúsculas partículas de piel, que se podían atribuir al, por aquel entonces, absuelto. En el año 1993 no estaba disponible un método científico con el cual una pequeña partícula de piel habría podido ser sometida a un análisis de ADN. Según la regulación jurídica de aquel entonces, la reapertura del proceso quedaba excluida. Ello se debe a que sólo hay una clase de hechos nuevos que permite una reapertura desfavorable: la confesión judicial o extrajudicial por parte del absuelto (§ 362 número 4 StPO). El proyecto de ley de la Cámara Alta de la República Federal aspira a cambiar esta situación jurídica.[7] La reapertura del proceso en perjuicio del imputado sería posible cuando, como allí se lo llama, "el aferrarse fuertemente a la fuerza de la cosa juzgada del fallo llevara a resultados insoportables desde la perspectiva de la justicia material". Por ende, el § 362 del StPO debería ser complementado con un número 5 y una oración 2°. En función de ello sería admisible una reapertura desfavorable "cuando puedan cotejarse nuevamente las determinaciones que sirvieron de base en el juicio a la luz de nuevas técnicas reconocidas científicamente que no estaban disponibles al momento del juicio y puedan establecerse nuevos hechos o producirse pruebas que, por sí solas, o en conexión con otras ya existentes, sean aptas para condenar al absuelto". Luego, en la oración 2 se dice: "la oración 1 n. 5 rige sólo en casos de homicidio consumado (...), genocidio (...), crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra contra una persona (...) o en caso de instigación consumada a cometer uno de esos hechos para la que esté prevista pena de prisión perpetua". Por lo demás, es necesario que "existan buenas razones para asumir

5. A la propuesta ya se había adherido el Land Hamburgo; cons. Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg, BR-Drucks. 655/07 del 25.09.07.
6. El relato del caso es asequible en: [www.justiz.nrw.de/Presse/reden/10_08_07].
7. Proyecto de ley del Bundesrates, BR-Drucks. 655/07 (Beschluss) del 20.12.07.

que el absuelto resultará condenado". Se supone que con esta regulación, en el caso del videoclub de Düsseldorf, sería posible la reapertura del proceso en contra del absuelto. Al respecto, la ampliación de las posibilidades de reapertura en perjuicio del imputado plantea considerables problemas de legitimación, que serán discutidos a continuación.

2. JUSTICIA *VS.* SEGURIDAD JURÍDICA

Comúnmente se considera que la normativa de reapertura del proceso penal está en una relación de tensión con la cosa juzgada (o bien con el ejercicio de la acción penal o con el principio "ne bis in ídem"), es decir, una relación de tensión entre la seguridad jurídica por un lado y la justicia por otro.[8] Desde luego, esta tensión no es ninguna singularidad específica de la regulación sobre la reapertura del proceso. Los principios de seguridad jurídica y de justicia caracterizan más bien a todo el proceso en su conjunto.[9] Si ambos principios entran en contradicción, lo que también es posible fuera del proceso de reapertura,[10] se genera el conflicto descripto y, con él, la pregunta acerca de cómo debe ser resuelto. Ahora bien, dependiendo de cuál de ambos aspectos se quiera privilegiar más, resultan diferentes configuraciones de las reglas sobre

8. *Grünwald,* ZStW 1974, Beihefte (Teheran), p. 93 s.; *Jürgen Meyer,* Wiederaufnahmereform. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1977, p. 37 ss.; *el mismo autor*, ZStW 84 (1972), p. 909; *Deml* (nota3), p. 39 ss.; *Weber-Klatt,* Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, 1997, p. 18, 35 ss.; *Ziemba,* Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten (§§ 362 ss. StPO), 1974, p. 7 ss.; *Eisenberg,* JR 2007, 360; *Roxin*, Strafverfahrensrecht § 55, nm. 1; *Ranft*, Strafprozeßrecht, 3. Ed. 2005, §70, nm. 2252; *Volk,* Grundkurs stop, 5 Ed. 2006, § 38, nm. 1; *Gössel* (nota 3) Antes del § 359, nm. 11; *Loos*, in: Alternativkommentar zur Strafprozessordnung, Tomo 3, 1996 antes del § 359, nm. 1; *Schmidt*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. ed. 2003, Antes del § 359, nm. 1, 4; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 48 Ed. 2005 anotaciones previas al §§ 359 ss., nm.l; Pfeiffer, Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Ed. 2005, antes del § 359, nm. 1.

9. *Peters,* Strafprozeß, 4 ed. 1985, p. 83 s.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 1, nm. 1 ss.; *Engländer,* Strafprozessrecht, 3. Ed. 2007, § 1, nm. 1; *Beulke*, Strafprozessrecht, 8. Ed. 2005, § 1, nm. ss.; *Volk*, Grundkurs StPO, § 3 (sin embargo, con terminología en parte discrepante); *Gössel*, NStZ 1993, 565 (566); *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 37 s.; *Oehler*, Festschrift für Ernst-Heinrich Rosenfeld, 1949, p. 139.

10. Ejemplos en *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 1, nm. 4; *Engländer*, Strafprozessrecht, § 1, nm. 2.

la reapertura del proceso.[11] Si por el contrario, en la reapertura se aplicaran por igual ambos principios, lo que *prima facie* parecería imponerse, vale decir, tanto a favor del condenado como del imputado, ya no habría diferencia entre la reapertura favorable y la perjudicial.[12] De esta forma, la cosa juzgada (seguridad jurídica) y la justicia son afectadas en la misma medida, si de lo que se trata es de revocar una decisión materialmente incorrecta. Si un fallo errado lleva al afectado, absuelto o condenado, a una posición ventajosa o perjudicial, ello es, antes que nada, irrelevante. Desde este punto de vista, la diferente configuración de la reapertura favorable y la desfavorable al imputado no parece ser convincente; y tampoco es entendible por qué, en casos de reapertura a favor del condenado con frecuencia es censurada una aplicación demasiado restrictiva de las prescripciones de reapertura,[13] mientras que para la reapertura perjudicial se alega, ocasionalmente, por su supresión.[14] Debe asombrar, además, que muchas veces los "errores judiciales" sean puestos bajo la lupa

11. *Oehler*, Festschrift für Ernst-Heinrich Rosenfeld, p. 139; *Deml* (nota 3), p. 42 s.

12. *Rüping*, en: Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, Stand 2004, Art. 103 Abs. 3, nm. 11; *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 70; *Fritz Bauer*, JZ 1952, 209 (210); cons. ya la demanda de *Binding*, en: *el mismo autor*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 2° Tomo, 1915, p. 301 (338).

13. Y en parte fueron reclamados cambios legales que permitiesen una aplicación generosa de la reapertura favorable. Por todos *Hanack*, JZ 1973, 393 (395 ss.); *Schroeder*, Strafprozeßrecht, 3. Ed. 2001, § 36, nm. 342; *Wasserburg*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1983, p. 19 ("humor hostil respecto de la reapertura"); *el mismo autor*, ZRP 1997, 412; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, 1° Tomo, 1970, p. 28 ss.; *el mismo autor*, ibídem, 2° Tomo, 1972, p. 316 s.; *el mismo autor*, ibídem., 3° Tomo, 1974, p. 15 ss.; el mismo autor, Der Neue Strafprozeß, 1975, p. 186 ss.; Dippel (nota 1), p. 90 ss.; *Steffen Stern*, NStZ 1993, 409 (para quien los tribunales de reapertura, como "en el combate de un sacrilegio, pones exigencias desmesuradas); *Strate*, StrafFo 2007, 47; *el mismo autor*, en: [www.strate.net], Der Verteidiger in der Wiederaufnahme, 4 ss., tanto ya *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, p. 47 ss., 84., y *Rosenblatt*, ZStW 23 (1903), p. 581.

14. Especialmente *Dünnebier*, Festgabe für Karl Peters, 1984, p. 333 (346); dudas en cuanto al sentido y significado de la reapertura perjudicial se ven también en *Jürgen Meyer*, ZStW 84 (1972), p. 909 (903); Asimismo en *Frezer*, Strafprozeßrecht II, 1986, caso 17, nm. 151: "Sólo allí donde el imputado es incriminado a partir de una sentencia falsa, en donde un procedimiento renovado pueda repercutir en su beneficio, tiene sentido, bajo determinados requisitos de justicia material, conceder nuevamente prioridad por sobre la seguridad jurídica...".

unilateralmente desde la perspectiva del injustamente condenado,[15] mientras que las absoluciones injustificadas pocas veces son comentadas con un énfasis correspondiente.[16] Puesto que la injusticia es tan grande en un caso como en el otro,[17] la diferente valoración de los casos es, prima vista, poco razonable. No obstante, aun incluyendo el desarrollo histórico, raramente se consideró asimilar la reapertura desfavorable a la favorable. Igualmente quedaron como excepcionales las interpretaciones según las cuales el conflicto de base entre la cosa juzgada y la justicia debiera solucionarse en favor de uno de estos principios con el consiguiente abandono completo del otro; podría haber buenos motivos para que ello haya sucedido así.

2.1 Primacía de la justicia desde la perspectiva histórica del Derecho

El principio de justicia figuraba en primer plano sobre todo en el proceso del derecho común. Esta perspectiva se corresponde con la naturaleza del proceso inquisitivo, que estaba orientado a la obtención de la verdad objetiva. Su objetivo era establecer la verdad y así, alcanzar una decisión judicial justa.[18] Para obtener un panorama de si en este modelo procesal, y en su caso, en qué medida, se contemplaba la reapertura del proceso, hay que distinguir entre las posibles formas de llegar a la decisión judicial.[19] Una "autentica" absolución, vale decir, una sentencia que declarase la inocencia del imputado, implicaba que ésta estuviera probada. A diferencia del moderno y reformado proceso, que se fundamenta en una libre apreciación de la prueba (§261 StPO), el juez del proceso inquisitivo estaba ligado a reglas de pruebas

15. *Hirschberg* (nota 1); *el mismo autor*, Monatsschrift für Kriminalpsycologie und Strafrechtsreform, 21 (1930), p. 395 ss.; *Alsberg* (nota 12); *Wasserburg* (nota 12); de otra opinión sin embargo *Peters*, en el tratamiento que le da en sus tres tomos de "fuentes de errores en el proceso penal" (véase nota 12).
16. Pero véase *Binding* (nota 11), p. 301 (304): "¡una injusticia manifiesta!"
17. Ya *Abegg*, Der Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten, 1852, p. 226 s., y *Arnold*, Der Gerichtssaal 3, 1° Tomo (1851), p. 46 (48).
18. *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3 Ed. 1964, Reimpresión 1964, p. 86 y s.; *Gössel* (nota 3), antes del §359, nm. 3. – Para el origen del proceso penal inquisitivo *Koch*, Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006, p. 37 ss.
19. Para ello *Kleinschrod*, Archiv des Criminalrechts 2, 3° parte (1800), p. 20 (30 s.); *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 10. ed. 1828, §§ 615 y ss.; *Ziemba* (nota 7), p. 11 y ss. p. 27 y ss.

legales.[20] Si según estas reglas, no resultaba posible comprobar la inocencia,[21] no era posible absolver en sentido propio. Por otro lado, el perseguido penalmente era declarado culpable, siempre que su culpabilidad resultara probada, lo que por otro lado tenía que ser juzgado según las reglas de pruebas legales. La prueba completa necesaria para ello, se producía cuando había una confesión o cuando dos testigos intachables declaraban de manera coincidente.[22] Por el contrario, si no se había podido demostrar suficientemente ni la culpabilidad ni la inocencia, no era posible imponer una pena ordinaria ni tampoco absolver (dictar una sentencia que declarase la inocencia). En caso de que hubiera existido, por lo menos, semiplena prueba —de acuerdo con la doctrina de la prueba del derecho común— se podía dictar, a modo de pena extraordinaria, una "pena de sospecha".[23] Si había una sospecha, pero ésta quedaba por debajo del umbral de la "semiplena prueba", le seguía la absolución de la instancia ("*absolutio ab instantia*").[24] Además, existía una forma adicional de absolución por insuficiente comprobación de la culpabilidad. Esta forma de absolución tenía lugar cuando la inocencia no se podía probar según los estatutos de prueba, pero por otra parte, la sospecha que permanecía era tan leve, que la absolución de instancia no parecía adecuada.[25] En todos los casos mencionados, con excepción de una absolución en virtud de la prueba de la inocencia, una reapertura del proceso era posible de manera no problemática, en caso de que aparecieran nuevas pruebas.[26] No obstante, en este caso se trataba más de la continuación del proceso original, que de la reapertura del ya concluido. Estos casos no se pueden comparar con la reapertura de nuestro derecho actual, puesto que tienen más bien la

20. Una reflexión detallada en *Koch* (nota 7), p. 196 y ss.

21. Cons. acerca de las posibilidades de la "prueba de la inocencia" *Schwarplies*, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes "ne bis in ídem" im Strafprozeß, 1970, p. 30 s., 43 y ss.

22. *Koch* (nota 17), p. 98, 117 s.; *Ziemba* (nota 7), p. 11 s.

23. *Koch* (nota 17), p. 202 ss.

24. La mayoría de las veces en contra de caución o vigilancia policial; cons. *Planck*, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, 1844, p. 273; *Ziemba* (nota 7), p. 13 con nota al pie 4; *Koch* (nota 17), p. 207.

25. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (486); *Ziemba* (nota 7), p. 13 nota al pie 4.

26. *Planck* (nota 23), p. 275 ss. *Ziemba* (nota 7), p. 13.

cualidad de sobreseimiento provisional y no la de sentencia final.[27] Solo es comparable el caso de una absolución por la sentencia que declara la inocencia. Mayoritariamente, la reapertura del proceso en este caso fue reconocida con referencia a la realización del postulado de justicia.[28] Sea como fuere, así rigió en casos de pruebas de descargo falsas (declaraciones de testigos, prueba documental) y, además, cuando el juez había sido sobornado.[29] Mientras las razones de esta reapertura eran en gran medida consentidas, únicamente permaneció controvertido cómo actuar en caso de que aparecieran nuevos hechos o pruebas. La reapertura perjudicial al imputado era rechazada sólo en casos aislados;[30] la mayoría se pronunciaba a favor de un nuevo proceso.[31]

Esta concepción resulta obvia, ya que la amplia concesión de la reapertura desfavorable al imputado se deriva, forzosamente, del enfoque unilateral del principio de justicia. En este sentido, a esta forma de ver las cosas no se le puede negar su lógica intrasistemática.[32] La cara positiva, desde la perspectiva

27. *Abegg*, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses mit besonderer Berücksichtigung des Preussischen Rechts, 1833, p. 348 (una "reserva contenida en el concepto"); *Planck* (nota 23), p. 276 (carácter de "sentencia intermedia")"); *Feuerbach* (nota 18), § 615 (absolución de la instancia como "sentencia final incompleta"); en igual sentido *Anton Bauer*, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse, 2° Tomo, 1842, p. 369.

28. *Kleinschrod*, Archiv des Criminalrechts 2, 3° parte (1800), p. 20 (22 s., 27); *Stübel*, Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten mit besonderer Rücksicht aus das Königreich Sachsen, 5° Tomo 1811, §§ 3222, 3262 ss., 3292; *Hencke*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 4. Theil, 1838, p. 766; *Planck* (nota 23), p. 274; pero véase *Feuerbach* (nota 18), § 617; por todos, *Hellmuth Mayer*, Der Gerichtssaal 99 (1930), p. 300 con nota 3.

29. *Henke* (nota 27), p. 767; *Kleinschrod*, Archiv des Criminalrechts 2, 3° parte (1800), p. 20 (22 y s., 31); *Stübel* (nota 27), §§ 3269 s.; adicionales comprobaciones en *Tittmann*, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 3° Tomo, 1824, p. 631 s.

30. *Graf Soden*, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, 2° Tomo, 1792, p. 310 s. ("chicana")

31. Para la opinión dominante: *Abegg* (nota 26), p. 348; *Anton Bauer*, Lehrbuch des Strafprocesses, 1835, p. 351 ss.; *el mismo autor* (nota 26), p. 367 s., 369 ss.; *Kleinschrod*, Archiv des Criminalrechts 2, 3° parte (1800), p. 20 (22, 27 s., 30 s.) Los ordenamientos jurídicos de entonces reflejaban las diferentes opiniones; para ello véase detalladamente *Ziemba* (nota 7), p. 27 ss.

32. En palabras de *Hellmuth Mayer*: ella tiene "un sentido correcto", una "consecuencia lógica", Der Gerichtssaal 99 (1930), p. 299 (302, 304).

del acusado, consiste en que también el injustamente condenado puede, en todo momento, ser absuelto si se aportan nuevas pruebas o si surgen nuevos hechos.[33] Consecuentemente, tanto en un caso como en el otro, se impone la máxima de justicia. Si, como sucedía en el proceso del derecho común, primaba inequívocamente el aspecto de la justicia, entonces queda poco lugar para el criterio de la cosa juzgada; considerando el asunto adecuadamente, éste representa un cuerpo extraño.[34] A eso le corresponde que en aquellos tiempos dominasen ideas poco claras, muy divergentes y en parte bastante rebuscadas respecto del sentido y alcance de la cosa juzgada.[35] Por ello, no se puede hablar de un principio de la cosa juzgada, y menos todavía de uno que resultase reconocido. En este sentido, podría sorprender que la cosa juzgada de una decisión judicial en forma alguna fuera una invención de los tiempos modernos. Ya en el derecho romano se aprecia esta función de la sentencia.[36] A los autores del derecho común esto no les era desconocido; pero esta concepción se consideró o bien anticuada, o bien como una singularidad del proceso de acusación romano, cuyos fundamentos no podían ser trasladados al proceso inquisitivo.[37]

33. *Henke* (nota 27), p. 765 s.; *Anton Bauer* (nota 26), p. 367, 372 ss., 375; *Berner*, GA 2 (1855), p. 472 s.; *Zachariae*, Handbuch des deutschen Strafprozesses, 2° Tomo, 1868, p. 655, 644 s.; al respecto también *Hellmuth Mayer*, Der Gerichssaal 99 (1930), p. 299 (304).

34. Acertado *Gössel* (nota 3), antes de § 359, nm. 3. Conf., por ejemplo *Abegg* (nota 26), p. 347 s., según el cual "los principios de la cosa juzgada y derecho formal no se pueden expresar con propiedad contra el derecho material reconocido y que se debe hacer valer"; ademas *el mismo autor* (nota 16), p. 215; igualmente *Anton Bauer* (nota 26), p. 357, 363 y ss. et passim: "Lo que es contrario a la verdad o al Derecho no puede volverse cierto o justo por el transcurso del tiempo" (en el lugar indicado, p. 364).

35. Con respecto a esto *Kleinschrod*, Archiv des Criminalrechts 2, 3° parte (1800), p. 20 ss.; *Tittmann* (nota 28), p. 632 s.; *Henke* (27), p. 765 s.; *Anton Bauer* (nota 30), p. 337 ss.; *el mismo autor* (nota 26) ss.; *Stübel* (nota 27), §§ 3203 ss.

36. *Liebs*, ZRG Rom. 84 (1967), p. 104 y ss., especialmente 124 ss., 130 y s.; *Landau*, ZRG Kan. 87 (1970), p. 124 y ss.; además, *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (478 y ss.); *Zachariae*, Grundlinien des gemeinen deutschen Criminal-Processes, 1837, p. 290.; *Heffter*, Non bis in idem, 1873, p. 5 y ss.

37. *Henke* (nota 27), p. 764 y s.; *Tittmann* (nota 28), p. 632; *Anton Bauer* (nota 26), p. 355 y ss., 362 y ss. (pero en parte nivelado ibíd. p. 366).

Después de que desde mediados del siglo diecinueve empezara a imponerse el proceso penal reformado,[38] sólo pocos autores estuvieron a favor de la dirección unilateral del postulado de justicia. A estos perteneció *Ortloff*.[39] Como el afán por la verdad material caracterizaba tanto al nuevo proceso penal como al "verdadero y no degenerado proceso de investigación del pasado",[40] el fundamento dominante del "proceso oficial contradictorio" sería, igualmente, la "justicia absoluta y sin límites".[41] Pero ésta sólo podría ser alcanzada, si se garantizaba una "indefinida, absoluta y objetiva verdad de los hechos".[42] De esto derivaba la exigencia, del todo congruente, de que las sentencias penales en principio tendrían que poder ser revocadas sin limitación temporal, siempre que resultase "otra verdad" diferente a las de las absoluciones "infundadas", o a las de las condenas injustas.[43] Como proposición general, *Ortloff* sugirió admitir la reapertura del proceso penal "lisa y llanamente sobre la base de hechos y pruebas nuevos y relevantes, que aparezcan como idóneos para provocar una modificación de las premisas fácticas de la sentencia".[44] Un defensor más importante de esta postura fue *Abegg*, quien, por cierto, la había desarrollado ya en la primera mitad del siglo diecinueve.[45] Sin embargo, a diferencia de *Ortloff*, *Abegg* se apartó y no estuvo dispuesto a seguir el principio en todas sus consecuencias. A decir verdad, también para él, el Derecho penal no podía tener, como así tampoco el Derecho procesal penal, "ningún otro contenido ni finalidad que el de la justicia"; por ello, la verdad material debía ser erigida también cuando ella fuese reconocida tardíamente, en "su derecho de ir contra la existencia meramente formal de una condena judicial".[46] A pesar de

38. *Eberhard Schmidt* (nota 17), p. 324 y ss., 327 y ss.; detalladamente, referido a la reapertura del proceso *Ziemba* (nota 7), p. 32 y ss.
39. *Ortloff* ha expuesto esta interpretación detalladísimamente, aunque él no puede ser descripto como un representante prominente. Incluso se debería decir más: apenas había otro representante importante de dicha opinión en aquel entonces- con la excepción de *Abegg*. Véase sobre esto *supra* en el texto.
40. *Ortloff*, Der Gerichtssaal 23 (1871), p. 184 (196 y s.).
41. *Ortloff*, Der Gerichtssaal 23 (1871), p. 184 (186 y s.).
42. En todo caso, una verdad, "que excluía que otra verdad mejor, al menos de las alcanzables para los hombres, pudiera ser constatada".
43. *Ortloff*, Der Gerichtssaal 23 (1871), p. 184 (188).
44. *Ortloff*, Der Gerichtssaal 23 (1871), p. 184 (197).
45. *Abegg* (nota 16), p. 214 y a. como *supra* en nota 26.
46. *Abegg* (nota 16), p. 215.

eso, *Abegg* aceptó el relajamiento de este principio en favor del acusado, pero remarcó que aquél no se basaba en "estrictos motivos jurídicos sino, por lo menos en parte, sobre consideraciones de equidad, indulgencia y consideraciones específicamente políticas, o exigencias determinadas de la seguridad jurídica, que fueran más o menos reconocibles".[47]

Posteriormente, durante el tiempo del nacionalsocialismo, el aspecto de la justicia experimentó una acentuación comparable. En rigurosa delimitación respecto de la fase liberal ("liberalista") del siglo diecinueve a la que al menos le fue concedido haber formulado "una normativa útil para su tiempo", se reclamó una legislación procesal penal para los "nuevos tiempos" que debería "imponer ante ese reglamento procedimental unitario, procedente de un aparato técnico-formal, un organismo brioso, dentro del marco de la vida nacionalista en su conjunto".[48] El principio "*ne bis in ídem*", impuesto durante el periodo liberal, se aparecía como un fenómeno ya superado, sólo importante durante su tiempo.[49] El principio dominante del proceso penal era la verdad material;[50] a ésta habría que "investigarla con la mayor fuerza" y provocar una decisión judicial con las mejores garantías de justicia posibles.[51] Partiendo de esta premisa, la cosa juzgada se transforma fácilmente en una "traba"[52] contraproducente para el descubrimiento de la verdad. Sin embargo, por otro lado, se protestó en contra de la total insignificancia de la cosa juzgada. No quería llegarse a una situación jurídica como la que había existido en el derecho común en caso de una "*absolutio ab instancia*".[53] La permanente reapertura de cuestiones que estaban (de por sí) resueltas iría en contra de la seguridad y la

47. *Abegg* (nota 16), p. 215 y s., además en 227, muy parecido en *Anton Bauer* (nota 26), p. 375: El Estado tiene la facultad y el deber, "por razones de sensatez", de restringir su derecho a la reapertura del proceso.

48. *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (284).

49. *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (284 y s.).

50. *Doerner*, en: *Gürtner* (editor), Das kommende deutsche Strafverfahren, 1938, p. 428; *Freisler*, Deutsche Justiz 1937, 730 y ss.; *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (284, 286 y s.).

51. *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (286 y s.).- Más patéticamente se expresa *Freisler*: "en cada juez alemán arde como un fuego sagrado la ambición por la mayor justicia alcanzable" (Deutsches Justiz 1937, 730).

52. Así *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (287).

53. *Freisler*, Deutsche Justiz 1937, 730 (731), *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (287).

fortaleza de la vida comunitaria.[54] En ese sentido, se consideró que la función de la cosa juzgada consistía en crear paz y seguridad jurídicas,[55] aunque sobre todo en lo que se refería a su aspecto comunitario.[56] El otro componente de la seguridad jurídica que estaba en el centro de la discusión, sobre todo en el siglo diecinueve, y se refería a la protección de cada ciudadano ante la persecución penal renovada, ya no desempeñaba ningún papel. La seguridad jurídica fue obligatoriamente escamoteada, ya que se quería superar el pensamiento jurídico orientado a la libertad de los ciudadanos. Se negó que pudiera haber una necesidad individual (o bien, más enfáticamente, un derecho) de protección ante las injerencias estatales.[57] Después de eso, la "escisión de la reapertura" sobre la base de si tiene efectos a favor del condenado o en contra del absuelto significó para *Freisler* un "contrasentido irreconciliable con la tarea de la justicia penal".[58] "La tarea de la justicia no puede ser escindida. No puede haber, en el mismo caso, varias justicias o varios grados de justicia; sólo existe justicia o injusticia".[59] Desde este punto de vista no era verdaderamente plausible permitir la reapertura del proceso en caso de que implicase una ventaja para el afectado (condenado), pero sí negársela en circunstancias similares si podía esperarse una desventaja (vale decir: en caso de una absolución). Finalmente, estas consideraciones desembocaron en una equiparación entre la reapertura favorable y la desfavorable,[60] que finalmente también fue convertida en ley por

54. *Freisler*, Deutsche Justiz 1937, 730 (731),

55. *Doerner* (nota 49), 428; *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (287 y s.), en la típica y pasada de moda forma de ese tiempo, hablaba de la cosa juzgada como de la "coronación del proceso".

56. Conf. *Siegert*, Deutsches Strafrecht, 1935, 283 (287); *Doerner* (nota 49), 428 (430); *Freisler*, Deutsches Justiz 1937, 730 (731).

57. *Freisler*, Deutsches Justiz 1937, 730 (731): "Consciente o inconscientemente, la consideración en que se basan semejantes regulaciones es que cada persona necesitará de una protección muy especial contra la intervención del Estado (...)." De igual forma *Doerner* (nota 49), 428 (430).

58. *Freisler*, Deutsches Justiz 1937, 730 (731); de acuerdo *Doerner* (nota 49), 428 (430).

59. *Freisler*, Deutsches Justiz 1937, 730 (731); de acuerdo *Doerner* (nota 49), 428 (430).

60. *Doerner* (nota 49), 428 (430 y s.); conforme *Lobe*, Der Gerichtssaal 110 (1938), p. 239 (254 y s.); conf. además, ya en esta medida la exigencia coincidente de *Siegert*, Deutsches Strafrecht 1935, 283 (288 y s.), y *Freisler*, Deutsches Justiz 1937, 730 (731 y ss.).

un corto tiempo, desde 1943 hasta 1945/6.[61-62] Si se comparten las premisas, la normativa es concluyente. En un sistema en el que la libertad de las personas individuales no vale nada, no resulta necesario tampoco dedicarle ninguna consideración especial. Pero esto ya no puede conciliarse con una concepción del derecho basada en la libertad. Hay que observar que la reglamentación de la reapertura realizada en 1943 no fue aceptada, en aquellos tiempos, sin discusiones. Hubo voces en contra.[63] La pregunta de si debe ser suscripta en toda su extensión la opinión expresada por *Schroeder* acerca de que serían justamente los estados totalitarios los que ofrecen posibilidades mayores para quebrantar la fuerza de la cosa juzgada,[64] será dejada de lado. Habla a favor de esta tesis, además del ejemplo del legislador nacionalsocialista, el hecho de que según un estudio comparativo realizado por el Instituto Max-Planck en los años setenta respecto de la reapertura del proceso penal, sólo dos de los países investigados habían dado forma a la reapertura tanto en perjuicio del absuelto como a favor del condenado y éstos eran la RDA y la URSS.[65]

61. Conf. las referencias en *Ziemba* (nota 7), p. 69, 71 y s., 143.

62. Dritte Verodnung zur Vereinfachug der Strafrechtpflege de 29.05.1943 (RGBl. I [1943], p. 342 y ss.). El § 359 RStPO se formuló, en cuanto a lo que aquí interesa, como sigue: "Un proceso concluido por una sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada se reabrirá nuevamente si son aportados nuevos hechos o medios de prueba que solos o combinados con los anteriores sirven, 1. Para fundamentar la absolución de un condenado o la sanción esencialmente más benigna, o en lugar de la condena, el sobreseimiento del procedimiento; 2. Para fundamentar la condena del absuelto o una sentencia bastante más estricta o, en lugar del sobreseimiento del procedimiento, la condena del acusado (...)". Esta prescripción contenía una especie de cláusula general. Se renunció a la casuística de la regulación anterior, que es en su mayor parte idéntica a las actuales, §§ 359, 362 StPO, ya que los motivos nombrados allí de reapertura propter falsa serían, al mismo tiempo, nuevos hechos o medios de prueba. Conf. respecto de todo *Freisler*, Deutsche Justiz, 1937, 730 (733); *Doerner* (nota 49), 428 (433 y s.); *Lobe*, Der Gerichtssaal 110 (1938), p. 239 (255).

63. Sobre todo debe ser mencionado *Graf zu Dohna*, Deutsches Strafrecht 1936, 16 (21 y ss.); *el mismo autor*, Deutsches Strafrecht 1937, 201 y ss. y, además *v. Hippel*, Der deutsche Strafprozess, 1941, p. 624 con nota al pie 1 –. Por otro lado hay que tener en cuenta que, ya anteriormente (y para el proceso penal reformado), de todas maneras un jurista tan renombrado como Binding tenía en mente un concepto muy parecido al que finalmente fue hecho realidad por los nacionalsocialistas; conf. *Binding* (nota 11), p. 301 (339).

64. *Schroeder*, Strafprozeßrecht, § 36, nm. 339.

65. *Jürgen Meyer*, en *Jescheck* (editor), Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im deutschen und ausländischen Recht, 1974, p. 729 (777). La limitación fue alcanzada sólo

Ocasionalmente se cuestiona al afán por la verdad material que se relaciona con la idea de justicia, si en definitiva puede alcanzarse una verdad mejor.[66] Esta objeción está en principio justificada, en tanto una separación temporal creciente no promete, en general, que pueda mejorarse la dilucidación de la situación de hecho ocurrida. Sin embargo, más allá de eso, con este razonamiento se cuestiona más de lo que comúnmente se cuestionaría. Pues éste no resulta sólo aplicable a la reapertura en perjuicio del imputado o del condenado, sino también a la reapertura en su beneficio y, además, al procedimiento de apelación.[67] Por último, hacer referencia a las inseguridades en la investigación de la verdad podría poner en duda por completo el objetivo del procedimiento consistente en la búsqueda de la verdad material.[68] El concepto de verdad que se presupone sería demasiado exigente; éste recuerda a la eterna y exagerada búsqueda de la verdad en el procedimiento del derecho común y la posterior elevación, tanto discursiva como programática, de este principio. Por el contrario no puede tratarse, en el proceso penal, de una verdad en sentido absoluto, que de todos modos no es alcanzable.[69] Verdad y justicia sólo se pueden ob-

---

mediante plazos. Así, la reapertura perjudicial en la RDA era posible hasta los cinco años posteriores a la sentencia (compárese con *Jürgen Meyer*, en el lugar indicado, p. 766 y *Ziemba* [nota], p. 143 y ss.). Debe añadirse, sin embargo, que según el estudio del momento, la reapertura en perjuicio del imputado fue ampliamente reconocida por sistemas que sin dudas no eran totalitarios; se refería a Austria, Suiza, Suecia y Portugal; conf. *Jürgen Meyer* ZStW 84 (1972) p. 909 (925). Con relación a una conexión de la estructura estatal y el proceso penal es instructivo *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), p. 387 (391 y ss.); veáse además *v. Hentig*, Wiederaufnahmerecht, 1930, p. 8 y ss.

66. *Graf zu Dohna*, Das Strafprozeßrecht, 2° edición 1925, p. 197; *v. Kries*, Lehrbuch des deutschen Strafprozesßrechts, 1892, p. 702; *Gründwald*, ZStW 1974, Beiheft (Teheran), p. 93 (104 ss.); *Deml* (nota3), p. 56 s.; *Weber-Klatt* (nota 7), p. 50 ss.

67. Acerca de semejantes consideraciones referidas al procedimiento de apelación, véase las explicaciones de *Roxin*, Strafprozeßrecht, § 52nm. 5; außerdem *Deml* (nota 3), p. 57.

68. Véase *Abegg* (nota 16), p. 228.- *Frank Meyer*, ZStW 119 (2007), p. 633 (646), señala como "necesitado de discusión", la actualidad de la orientación del proceso penal hacia la verdad material.

69. Ya *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke 7, Ausgabe Moldenhauer/Michel, 1986, § 227 explica en la anotación: "Aquí se pretende conseguir una certeza, no una verdad en un sentido excelso, que es algo eterno...". Conf., además en especial *Gössel* (nota 3), previo al § 359, nm. 6 ss. y *Graf zu Dohna*, Srafprozeßrecht, p. 196 s.; *Heffter* (nota 35), p. 15; *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (475); *Eberhard Schmidt*, JZ 1968, 681; *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, p. 511 (514).

tener "aproximadamente".[70] No aceptar esto llevó a "abandonar la realización de la única y limitada justicia posible, en pos del afán por una justicia absoluta e inalcanzable".[71] Por lo demás, de la objeción se desprende sólo que, en la reapertura, la revisión debería ser convenientemente vinculada a la presentación de nuevos e importantes hechos o pruebas.[72]

También por otras razones hay que ponerle límites al afán por la verdad y la justicia. Porque una máxima semejante puede derivar fácilmente en una perversión del principio de justicia, lo que está a la vista en la absolutio ab instantia del derecho común. De manera que esa era la respuesta consecuente con la meta preestablecida por el afán sin límites por la verdad material y la justicia. "Se creía que en el proceso penal debería decidir sólo la verdad material, sin tener en cuenta que con esta proposición el inculpado podría ser investigado hasta la muerte", dice *Berner*.[73] En otras palabras: una persecución de la justicia "sin piedad" o bien, una justicia a cualquier precio, precisamente, deja de ser justa; como también lo hace una justicia ("aislada") que no incluye el nivel social, una justicia que quiere existir por sí sola.[74] Ya en la antigüedad, en su escrito "*De clementia*", dedicado al *emperador Nerón*, su ex alumno, *Seneca* destacaba (no sin motivo) que la indulgencia formaba parte de la razón.[75]

Más allá de eso, y más elementalmente, la persecución consecuente de la verdad y la justicia significa la renuncia a la seguridad y la paz jurídicas.[76] Porque la seguridad y la paz jurídicas (duraderas) no pueden realizarse des-

70. v. *Hentig* (nota 64), p. 8.

71. *Berner*, GA 3 (1855) p. 472 (473).

72. Conf. ya v. *Hippel*, Strafprozess, p. 611 ("Limitación a casos de importancia"); v. *Kries*, Lehrbuch, p. 702 ("Motivos de especial importancia").

73. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (484); conf. también *Heffter* (nota 35), p. 15. Para la problemática además *Kühl*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983, p. 45 y ss.

74. En este sentido *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe VIII, editada por Wilhelm Weischedel, 8 Ed. 1989 p. 455, si la sociedad civil se disolviera, tendría que ser ejecutado antes hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que "a cada cual le pase lo que sus hechos valen".

75. *Seneca*, De clementia, editado por *Manfred Rosenbach*, 1989, 1. Teil, II 3 y ss. V 3.

76. Instructivo en relación con las ideas de justicia, seguridad jurídica y paz jurídica por todos *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 y ss.; véase además *Fliedner* AöR 99 (1974), p. 242 (253); *Berner*, GA 3 (1985), p. 472 (475); v. *Kries*, Lehrbuch p. 593 s.

pués de semejante renuncia. Pero ambas, seguridad jurídica y paz jurídica son principios a tener en cuenta, más aun, imprescindibles, en cualquier sociedad jurídicamente constituida.[77] En tanto a lo que se dice y se dijo en la literatura, relativo a que esa máxima de justicia debería ser completada con un factor humanístico que se titulaba "consideración",[78] ésta argumentación se queda corta. Porque en este caso no se trata de "aequitas",[79] es decir, equidad que tendría que ser agregada al Derecho estricto. En esta medida, ya *Mittermaier* y *v. Kries* habían destacado, con toda razón, que no eran razones de humanidad, sino de Derecho, las que podrían estar en contra de la reapertura.[80] De modo que, por razones específicamente jurídicas, no resulta admisible que cada sentencia esté, por así decir, bajo la reserva de una nueva o mejor verdad y justicia.[81] Más bien se desprende obligatoriamente de la idea del Derecho mismo, que tiene que llegarse a un cierre de la cuestión que fue juzgada.[82] De forma que la orientación del proceso penal únicamente basada en una justicia "utópica" llevaría a la disolución de la seguridad jurídica.[83] Pero una vez que "la seguridad jurídica en cuestiones penales es suprimida" el Derecho penal pierde su "carácter jurídico".[84] Consecuentemente, una orientación unilateral del procedimiento penal hacia la máxima de justicia no es posible, por razones jurídicas.[85]

2.2 Primacía de la seguridad jurídica desde la perspectiva histórica del Derecho

El enérgico realce de la seguridad jurídica, concretado en la cosa juzgada, se encuentra al principio del siglo diecinueve en el discurso de la Edad Moderna,

77. *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 (514); *Fliedner*, AöR 99 (1974), p. 242 (252 s.).

78. *Heffter* (nota 35), p. 15; comparable *Arnod*, Der Gerichtssaal 3,1° Tomo (1851), p. 46 (48, 50 ["sentimiento de humanidad"], y ya *Abegg*, véase *supra* en nota 46.

79. Pero así *Heffter* (nota 35), p.15.

80. *Mittermaier*, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, 1856, p. 677; *v. Kreis*, Lehrbuch, p. 594, 701.

81. *Fliedner*, AöR 99 (1974), p. 242 (253).

82. *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 (515).

83. *Eberhard Schmidt*, JZ 1968, 681 (682); conf., también *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 (513).

84. Así, acertado *Zachariae* (nota 32), p. 665; conf., en este contexto también *Zaczyk*, GA 1988, 356 (361)

85. *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 (514 y s.).

y se presenta como mucho más característico de esta época que la referencia primaria a la justicia; una posición que podía ser clasificada como reaccionaria aproximadamente a partir de la segunda mitad del penúltimo siglo[86] y que (por ello) cada vez era menos frecuente. En el proceso penal esta evolución fue impulsada por las fuerzas reformadoras de esos años, especialmente por *Mittermaier* y *Zachariae*, los "mayores procesalistas penales de ese tiempo".[87] Sin embargo, como se verá, ambos autores están a favor de una reapertura del proceso moderada y mixta, mientras que, sobre todo *Berner* abogó por imponer la primacía de la seguridad jurídica en todas sus consecuencias.

Como punto de referencia de la discusión científica sobre la cosa juzgada de la sentencia penal para el nuevo proceso penal acusatorio se ofrecía principalmente el *Code d'instruction criminelle* del año 1808, es decir, el Derecho francés que había sido reformado pocas décadas antes. Además, para una legitimación posterior, se tomó como referencia el Derecho romano y canónico, en los cuales también el proceso penal estaba organizado como proceso de acusación.[88] Con la importancia creciente del proceso inquisitivo y sus peculiaridades (especialmente la absolución de la instancia), disminuyó respectivamente la relevancia del "ne bis in ídem". Como ya fue expuesto anteriormente, en esta reforma del procedimiento la cosa juzgada fue considerablemente desacreditada, hasta quedar abolida.

El mencionado *Code d'instruction criminelle* reconoció la cosa juzgada de la sentencia penal en su más amplio sentido. En caso de sentencias absolutorias se sostenía sin restricciones la cosa juzgada. El art. 360 del Code decía: "Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être represe ni accusés à raison du même fait". De todas formas, sobre esto muy pronto se suscitó una diferen-

86. Especialmente a partir de los derechos fundamentales (Grundrechten) de la Iglesia de Pablo (Paulskirche) de 21.12.1848 y de la Constitución del Reino de Frankfurt de 28.3.1849 (acera de ello sólo *Eberhard Schmidt* [nota 17], p. 342).

87. Así *Eberhard Schmidt* (nota 17) p. 291.

88. Acerca del derecho Romano: *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (478 y ss.); *Planck* (nota 23), p. 24 y ss.; *Zachariae* (nota 32), p. 655 y ss.; *el mismo autor* (nota 35), 290 y ss.; *Hefftter* (nota 35), p. 6 y ss.; *Rüping* (nota 11), Art. 103, tercer párrafo, nm. 2; más exhaustivo y ampliamente diferenciado sobre todo *Liebs*. ZRG Rom. 84 (1967), p. 104 (124 y ss.), y *Landau*, ZRG Kan. 87 (1970), p. 124 y ss. Para el derecho canónico: con todo detalle *Landau*, ZRG Kan. 87 (1970), p. 124 (135 y ss.); además *Planck* (nota 23), p. 269 y ss.; *Berner*, GA 3 (1855), 472 (482 y s.); *Zachariae* (nota 32), p. 660 y ss.; *el mismo autor* (nota 35), p. 292 y s.; *Hefftter* (nota 35), p. 8 y ss.; *Rüping* (nota 11), Art. 103 tercer párrafo, nm. 2.

cia de opiniones (en parte desconcertante), sobre cómo debería entenderse el giro "à raison du même fait". Mientras que al principio se partía de los hechos a los que se refería la acusación, posteriormente se puso el acento en la calificación jurídica[89] y se permitió una nueva acusación para otra clasificación jurídica del hecho (ejemplo: imprudencia en lugar de hecho doloso).[90] Que el art. 360, inicialmente, no significaba eso, difícilmente puede ser negado. Pero la interpretación se impuso; a causa de ello se llegó a una limitación de la cosa juzgada que significó un socavamiento considerable del principio.[91] A pesar de que según su estricto texto legal el art. 360 hacía referencia sólo a la absolución ("acquittée"), se veía al fallo condenatorio como incluido. La sentencia del jurado valía como irrevocable; las posibilidades de restringir la cosa juzgada parecían prescindibles.[92] Además, la dogmática del derecho procesal penal llegó a que después de la supresión del proceso (inquisitorio) escrito y las pruebas legales, faltara un fundamento jurídico para la reapertura, en razón de que los jurados no dejaban por escrito los fundamentos de su decisión.[93] Por consiguiente, la cosa juzgada surtió efecto también en perjuicio del condenado. Tres excepciones fueron previstas (art. 443-445):[94] 1) Si dos personas habían sido condenadas mediante sentencias distintas, por razón del mismo delito ("crimen") y ambas sentencias no se pudiesen compatibilizar entre sí, uno de ambos tenía que ser inocente. 2) Si luego de una condena por homici-

89. Esta idea fue explícitamente incluida en la legislación belga de 21.04.1850. Allí se lo formulo así: "á raison du même fait, tel qu'il a été qualifié". Con respecto a este tema véase *Glaser*, en: *el mismo autor*, Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozeß, 1. Teil, 2 Ed. 1883, Reimpresión 1980, p. 603 (628 con nota al pie 68) y *Mittermaier*, Archives des Criminalrechts 1850, 497 (502 y s.).

90. *Mittermaier*, Archiv des Criminalrechts 1850, 497 (498 ss.); *Zachariae* (nota 32), p. 667 ss.; *Glaser* (nota 88), p. 603 (616, 629 ss.).

91. Exhaustivo *Glaser* (nota 88), p.603 (623 ss., 629 ss.) y *Mittermaier*, Archiv des Criminalrechts 1850, 497 (498, 502 y ss.). A la "elogiada teoría", escribe *Glaser* (en el lugar indicado, p. 629) se le quita "todo significado".

92. *Mittermaier* (nota 79), p. 678; *el mismo autor*, Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebruach und Landes-Gesetzbücher, 2. Theil, 1846, p.638. La expresión formulada según el derecho romano ("res iudicata pro veritate habetur") "L'autorité de la chose jugée est souveraine, elle est plus forte que la vérité même" clarifica la postura (conf. también *Zachariae* [nota 32], p.665 con nota 1).

93. *Arnold*, Der Gerichtssaal 3, 1° Tomo (1851), p. 46 (53); *Mittermaier* (nota 79), p. 678 s.

94. Bajo la denominación "revision": conf. sobre ello *Mittermaier* (nota 79), p. 679; *el mismo autor* (nota 91), p. 640 ss.; *Arnold*, Der Gerichtssaal 3, 1° Tomo (1851), p. 46 (54 ss.); *Zachariae* (nota 32) p. 671.

dio se presentaban pruebas suficientes de que la persona (la víctima) todavía vivía después de la sentencia. 3) Si después del dictado de la condena, testigos de cargo hubieran sido juzgados y condenados por el tribunal por falso testimonio, es decir, si sus declaraciones en el proceso habían sido falsas. Por un lado, tanto el significado general que correspondió a la cosa juzgada en el nuevo proceso francés fue positivamente juzgado y considerado un modelo para la legislación alemana, pero por otro, se estaba de acuerdo en que los tres fundamentos de reapertura expuestos eran demasiado restrictivos y arbitrarios, y no satisfacían "las exigencias de justicia".[95]

Para a la literatura científica del Derecho penal alemán resultaba claro que el Derecho alemán debería desprenderse del "mezquino" sistema francés, "construido sobre casuística" y llegar a una concepción general orientada por los principios.[96] Cómo debería lucir una concepción de ese tipo era controvertido. Sin embargo, existió consenso en cuanto a que los motivos de reapertura en beneficio del condenado eran demasiado limitados, mientras que la completa exclusión de una reapertura en perjuicio del absuelto aparecía como demasiado extrema. No obstante, el Derecho francés suministró una base aceptable para la discusión. El intenso debate hasta la formación de la Ordenanza Procesal del Imperio, en el año 1877, no será tratado aquí en detalle.[97] De todos modos, en lo que se refiere a la reapertura perjudicial al imputado, casi ningún autor abogó por su supresión total.[98] Incluso los mayores defensores de un derecho procesal liberal y del concepto de cosa juzgada concedieron la necesidad de admitir una ruptura del "ne bis in ídem" en determinados casos excepcionales.[99] Según *Mittermaier*, en caso contrario existiría el peligro de que "la justicia

95. *Planck*, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, 1857, p. 606 ss.; *Schwarze*, en: v. *Holtzendorff* (Editor.), Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2° Tomo, 1879, p. 323 (333); *Mittermaier* (nota 79), p. 680; *el mismo autor* (nota 91, p. 642; crítica especialmente detallada en *Arnold*, Der Gerichtssaal 3, 1° Tomo (1851), p. 46 (53 ss., 56 ss., 63) y *Schwarze*, Archiv des Criminalrechts 1851, 554 (555 ss.); en sentido contrario *Hellmuth Mayer*, Der Gerichtssaal 99 (1930), p. 299 (313), que reprocha a los autores alemanes "poca comprensión".

96. *Mittermaier* (nota 79), p. 682.

97. Sobre esto informa *Ziemba* (nota 7), p. 43 ss. (para la doctrina), p. 50 ss. (sobre legislación y proyectos de ley).

98. Conf. sin embargo *Arnold*, Der Gerichtssaal 3, 1° Tomo (1851), p. 46 (48 ss.).

99. Veáse *Mittermaier* (nota 79), p. 677, 685. Algo más moderado *Zachariae* (nota 32), p. 675, quien de todas maneras asevera que no es sostenible que nunca, bajo ninguna

sea burlada".[100] Sin embargo, a causa de la sobresaliente importancia que en lo sucesivo se le atribuiría a la cosa juzgada en el proceso penal contradictorio, lo que era seguro es que los casos de reapertura serían excepciones a la regla, y que requerirían de una formulación_suficientemente precisa.[101] Al fin y al cabo, ya en la Ordenanza Procesal del Imperio de 1887, se habían establecido tres motivos propter falsa para la reapertura, y se estableció la confesión como motivo propter nova de reapertura.[102] La formulación de la reapertura en perjuicio del imputado de aquel entonces está estructurada de la misma forma que la actual, y tiene un contenido casi idéntico[103] al de esta última, con lo que el precepto presenta una destacada continuidad.

Siguiendo una consideración históricamente estricta y restrictiva, los motivos de la reapertura propter falsa se basan en la ejecución posterior de un delito que haya sido perpetrado o bien por el mismo imputado o por un tercero instigado por aquel, o bien con su conocimiento para conseguir una absolución (o una condena por un delito menor).[104] Expresado gráficamente: era necesaria la falsificación de un documento, el perjurio o el soborno de un juez.[105] Según esto, la idea fundamental en la que se basa la reapertura perjudicial en

---

circunstancia, y según las exigencias del derecho y la política, pueda ser eliminada una sentencia liberatoria. Extensivamente, en contra *Schwarze* (nota 94), p. 323 (330 y s.); *el mismo autor*, Archiv des Criminalrechts, 1851, 554 (555, 579 y ss.).

100. *Mittermaier* (nota 79), p. 677, 685.

101. *Zachariae* (nota 32), p. 673 y s. *Schwarze* (nota 94), p. 323 (333).

102. Conf. § 402 RStPO de 1.2.1877; RGBI. 1877, p. 253 (325).

103. Únicamente en el caso de un testimonio falso sin juramento doloso, el § 362 N. 2 StPO seria completado; anteriormente se refería sólo a la violación dolosa e imprudente del deber juramentado.

104. *Mittermaier* (nota 79), p. 678, 684 y s.; *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Tomo 3, Abt. 1, 2°. Ed., editado por *Eduard Stegemann*, 1885, reimpresión 1983, p. 264; *Schwarze*, Archiv des Criminalrechts 1851, 554 (580 y ss.); más ampliamente *el mismo autor*, (nota 94), p. 323 (342), según el cual no depende de una culpabilidad del imputado; determinante sería el error en el que se basa la sentencia; y él sería el motivo por el cual la sentencia sería revocada.

105. Estos casos ya son mencionados por *Abegg* como motivos de reapertura por excelencia (nota 26), p. 348; véase además *el mismo autor*, Historisch-praktische Erörtergungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens, 1833, p. 246; ellos se corresponden por otra parte en esencia con los motivos de nulidad elaborados por *Stübel*, conf. *el mismo autor* (nota 27), §§ 3269 y s., y se encuentran posteriormente por primera vez en la ordenanza procesal de Baden de 1845 (sobre ello *Ziemba* [nota 7], p. 35 y s.)

los casos del § 362 N° 1 a 3 StPO es una conducta antijurídica y manipuladora provocada por el imputado, mediante la cual se llega a una sentencia que no habría sido dictada sin esta influencia ("delictiva").[106] Según esta fundamentación, nadie debería gozar "de los frutos de su engaño".[107] Evidentemente, esta tópica argumentativa falla en el cuarto motivo de reapertura, el de la confesión (§ 362 N° 4 StPO). Por un lado, se trata de un comportamiento posterior a la sentencia, no de uno anterior; por otro lado, este comportamiento no es jurídicamente objetable. Por ello, el argumento mencionado de una referencia delictiva, prima facie fuerte desde el punto de vista normativo, no puede ser utilizado en este último caso. En lugar de esto se puede decir que daría "una mala impresión" que el absuelto pudiera "vanagloriarse en todos lados de su culpabilidad, sin reserva, y por así decirlo, burlarse del poder judicial".[108] Resulta dudoso que con esto, la inclusión de la confesión como cuarto motivo de reapertura esté aclarado suficientemente. Puede ser más razonable suponer que en esta excepción se manifiesta la continuación de la importancia destacada que tenía la confesión como regina probationum en el derecho común.[109]

Por consiguiente, debe estarse de acuerdo con la tesis de que el actual derecho de reapertura se configuró tanto con factores del procedimiento francés moderno como con factores del inquisitivo.[110] Criticar la reglamentación como si se tratara de una "ruptura asistemática del principio" y no reconocerla[111] no parece muy adecuado. *Hanack* pone de relieve, acertadamente, que los motivos de reapertura expuestos fueron el resultado de un exhaustivo análisis de esta temática.[112] Todos los aspectos de la reapertura tienen una larga tradición; en forma comparable se encontraban ya en las legislaciones particulares del siglo diecinueve, y se concretaron, como el mejor consenso posible, en la polémica discusión de este tiempo reformador. Cum grano salis puede incluso decirse

106. Acerca de este "principio" *Mittermaier* (nota 79), p. 678, 685, conf. además *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 89 y s., y *Ziemba* (nota 7), p. 51, 52 y 55 y s.

107. *Mittermaier* (nota 79), p. 678; del mismo modo *Schwarze*, Archiv des Criminalrechts 1851, 554 (580); *Hahn* (nota 103), p. 263 y s.

108. *Schwarze*, Archiv des Criminalrechts 1851, 554 (583); además *Mittermaier* (nota 79), p. 667.

109. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 69, nm. 7.

110. *Gössel* (nota 3) previo al § 359, nm. 10 s., 14, 18 y ss.; *Ziemba* (nota 7), p. 36 y ss., 59; *Dippel* (nota 1), p. 13 (85 y ss.).

111. *Hellmuth Mayer*, Der Gerichtssaal 99 (1930), p. 299 (314).

112. *Hanack*, JZ 1973, 393 (394 s.).

que todos los argumentos importantes a favor o en contra de los criterios de reapertura correspondientes fueron tematizados ya en el siglo diecinueve. Si bien el § 362 StPO constituye una especie de resumen de la dedicación de varias décadas, por parte de la literatura y las legislaciones, a la reapertura del proceso,[113] con ello todavía no está explicado si, y en qué medida, la reapertura del proceso penal perjudicial al imputado puede ser suficientemente garantizada desde lo normativo y lo dogmático-procesal, especialmente con atención a la Constitución. En consecuencia, se volverá sobre ello.

Ante todo el progresista y prestigioso procesalista *Mittermaier* fue, en lo sustancial, una base para la regulación dictada. Sus expresiones básicas pueden ser resumidas de la siguiente forma: en primer lugar, la cosa juzgada goza de una primacía absoluta y la reapertura será permitida como mera excepción. En segundo lugar, la reapertura a favor de un condenado está organizada de otra forma que la reapertura en perjuicio del absuelto (o condenado). Para fundamentar esto último, en ese entonces se conformaban con fórmulas retóricas bastante generalizadas.[114] Una fundamentación más profunda de este pensamiento fue desarrollada recién en el siglo veinte, en conexión con el art. 103 párr. 3 GG (al respecto véase punto III). Sin embargo, debe tenerse presente que la reglamentación preveía un equilibrio entre los principios de justicia y seguridad jurídica (cosa juzgada); un equilibrio al que ya en el siglo diecinueve apenas se quería renunciar. Frente a eso, sobre todo *Berner* abogaba a favor de la focalización unilateral en la cosa juzgada.[115] Ésta sería un "principio del Derecho público".[116] El Derecho podría "convertirse por momentos en inseguro", pero no podría "permanecer inseguro". Sólo lo inapelable de una decisión le daría al "orden jurídico la seguridad necesaria".[117] *Berner* se pregunta puntualmente qué valor tendría la absolución, si el absuelto tuviera que "vivir siempre bajo la espada de Damocles de una acusación que en realidad sólo está suspendida".[118] *Berner* apoyó sus

113. *Ziemba* (nota 7), p. 59; *Hanack*, JZ 1973, 393 (394 s.).

114. *Mittermaier* (nota 79), p. 676 y s.; *Schwarze* (nota 94), p. 330 y s.; *el mismo autor* Archiv des Criminalrechts 1851, 554 (580, 582).

115. Además de *Berner* debe ser nombrado *Heffter* (nota 35), especialmente p. 14 y ss., (pero en parte poco claro, véase el mismo autor, ibídem, p. 18). En cuanto a los autores que renuncian al equilibrio de los principios en favor de la justicia supra 1. en nota 38 ss.

116. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (474).

117. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (474).

118. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (475).

razonamientos en forma determinante en el principio de libertad y, por ende, en las conquistas espirituales del siglo dieciocho.[119] Él veía con toda claridad que a causa del apego incondicional a la cosa juzgada, un criminal podría evadirse de su justo castigo. Esta consecuencia sería inevitable; sería producto de querer proteger al inocente de una persecución reiterada.[120] Más allá de esto, según *Berner* este principio debería valer "en cualquier circunstancia", por ende, también en perjuicio del condenado.[121] Consecuentemente, una vez que se ha reconocido la importancia y relevancia del "ne bis in ídem", "tanto para el interés público como para el privado", se tendría que luchar "para sacrificar todas estas objeciones insignificantes al gran principio y llevarlo a cabo consecuentemente"; y eso significa evitar las "medias tintas".[122]

El significado creciente de la cosa juzgada en el siglo diecinueve está en relación con las particularidades históricas de esa época, sobre todo con el fortalecimiento de la burguesía y su postura liberal ilustrada, que se caracterizaba por una sensibilización considerable frente a intervenciones estatales. Entre otras cosas, fue mérito de *Berner* el haber destacado la función de la cosa juzgada como un principio del Derecho ("principio del Derecho público").[123] Frente a este estado de cosas quedan atrás las concepciones según las cuales la cosa juzgada debería fundarse, como limitación de la justicia, solamente en consideraciones de equidad.[124] Por otro lado, centrarse únicamente en la cosa juzgada convence tan poco como hacerlo en la justicia. En este caso se podría hacer la concesión de que esta unilateralidad en gran parte se debía al proceso penal reformado que, en ese entonces, era todavía nuevo, y no estaba establecido. Pero la inflexible imposición de la cosa juzgada no sólo lleva a excluir una reapertura del proceso en perjuicio del absuelto (o condenado), sino que también está en contra de una reapertura en favor del condenado.[125]

---

119. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (475, además, 485).

120. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (475): "lo último solo se puede lograr pagando el precio de lo primero".

121. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (488).

122. *Berner*, GA 3 (1855), p. 472 (477).

123. Conf. además los autores mencionados en la nota 79.

124. Ya crítico v. *Kries*, Lehrbuch, p. 594; *Binding* (nota 11), p. 316 ("de manera diletante"); además *Achenbach*, ZStW 87 (1975), p. 74 (87 en nota al pie 51). Conf. ya *supra* en nota 77 y ss.

125. *Hellmuth Mayer*, Der Gerichtssaal 99 (1930), p. 299 (312, 313); *Grünwald*, ZStW 1974, Beiheft (Teheran), p. 93 (97); *Rüping* (nota 11), Art. 103 párrafo 3, nm. 11.

2.3 Conclusión

Tanto la justicia como la seguridad jurídica (en su manifestación como cosa juzgada) son parte imprescindible del Derecho. Ninguna pertenece en primera medida a la zona de la equidad, sino que más bien son inmanentes al concepto del Derecho.[126] Como principios del Derecho penal son simultáneamente principios del proceso penal.[127] Si se toma esta premisa como base, debe establecerse entre ambos principios una relación armoniosa. En este sentido, ya no convence ver superficialmente el que en la reapertura del proceso cada uno de los principios haya de ser abandonado, por completo, en favor del otro. Además, esta idea se dirige contra opiniones que, en la reapertura desfavorable, quieren darle unilateralmente primacía a la cosa juzgada y que, por el contrario, en la reapertura favorable, otorgan dicha primacía a la justicia.[128] Si bien es verdad que está decidido que debe hacerse una compensación entre ambos principios, con ello todavía no queda aclarado cómo debería hacérsela. Pero tendría que ser evidente que, en general, se abre un amplio campo de acción. Sin embargo, el Derecho constitucional le fija a la reapertura en perjuicio del imputado una cierta limitación.

3. ART. 103, TERCER PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN

Con la adopción de la Constitución del 23 de mayo de 1949, se formuló por primera vez en Alemania en forma completa, como principio constitucional, la prohibición de castigar dos veces.[129] Según ésta prescripción nadie "podrá ser penado más de un vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales". Es indiscutible que, más allá de los términos, el ámbito protegido

126. Con respecto a esto conf. especialmente *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 y ss.

127. Acerca de esta (forzosa) conexión *Zaczyk*, GA 1988, 356 (360 y ss.); además ya *Abegg* (nota 16), p. 215.

128. Conf. las referencias de *Deml* (nota 3), p. 21 y ss. acerca de las propuestas según las cuales, para expresarlo coloquialmente, la cosa juzgada no habría de tomarse seriamente y que frecuentemente sólo la hacen valer en caso de la reapertura favorable. Una cierta ironía de estas posiciones radica en que si se reflexiona sobre ellas consecuentemente, reconducen a las concepciones jurídicas y procesales propias del proceso inquisitivo y que, como mínimo, se acercan a las concepciones de los años treinta del siglo pasado.

129. *Schulze-Fielitz*, en: *Dreier* (editor), Grundgesetz Kommentar, Tomo III, 2000, Art. 103, tercer párrafo, nm. 3 y ss. *Rüping* (nota 11), Art. 103 tercer párrafo, nm. 5 y ss.

por esta norma constitucional también incluye el primer castigo, siempre que el hecho ya estuviera denunciado y le hubiera seguido una absolución; y más allá de eso, se reconoce que no sólo está prohibido el (doble) castigo, sino ya la persecución penal renovada.[130] De ahí que se formule la pregunta de cómo pueden ser compatibilizados el § 362 StPO y el artículo 103, tercer párrafo GG. Porque si nadie puede ser perseguido penalmente por segunda vez en razón del – mismo – hecho ya juzgado, la regulación del § 362 difícilmente se pueda explicar, especialmente porque el artículo 103, tercer párrafo GG no admite excepciones. Por ahora, lo que es seguro es que la prescripción concede un derecho de protección personal. Se habla de un Derecho procesal fundamental (pero esto no debe ser entendido como si se tratare de un Derecho fundamental especial, de menor rango).[131] Puesto que la prescripción está concebida como un clásico derecho a la libertad y establece el derecho de defensa del particular contra actuaciones estatales, es indiscutible que la reapertura favorable (§ 359 StPO) no está afectada por la norma.[132] Por consiguiente, existe un problema de colisión sólo con el § 362 StPO. En este sentido, en principio, el "ne bis in ídem" tampoco está dotado de rango constitucional, a no ser que el condenado tenga que temer un perjuicio.[133] Si es a su favor, se puede renunciar, en gran parte, a la cosa juzgada material (véase especialmente el § 359, número

130. BVerfGE 12, 62 (66); BGHSt. 5, 323 (328 y ss.); *Degenhart*, en: *Sachs* (director), Grundgesetz Kommentar, 2° Ed. 1999, Art. 103,, nm. 83, 89; *Schmidt-Aßmann,* en: *Maunz/Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, 1992, Art. 103, tercer párrafo, nm. 293 y ss., 301; *Hill*, en: *Isensee/Kirchhof* (director), Handbuch des Staatsrechts, Tomo 6, 2001 § 156, nm. 72; *Nolte*, en *Starck* (director), Das Bonner Grundgesetz, Tomo 3, 4° Ed. 2006, Art. 103, tercer párrafo,, nm. 173, 215; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz Kommentar, 8° Ed. 2006, Art. 103,, nm. 60, 63; *Rüping* (nota 16), Art. 103, tercer párrafo, nm. 25 y ss.; *Schulze-Fielitz* (nota 128), Art. 103, tercer párrafo, nm. 25, 30; *Grünwald*, ZStW 1974, Beiheft (Teheran), p. 93 (96 y s.); *Schroeder*, JuS 1997, 227 (228); además ya RGSt. 72, 99 (102).

131. *Nolte*, (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 179, 182; *Schulze-Fielitz* (nota 128), art. 103, tercer párrafo, nm. 14; *Kunig*, en *el mismo* (Editor), Grundgesetz-Kommentar, Tomo 3, 3° Ed. 1996, art. 103, nm. 35 y s.; *Schmidt-Aßmann* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 271; *Rüping* (nota 11), art. 103, tercer párrafo, nm. 15; además, BVerfGE 56, 22 (32).

132. *Schmidt- Aßmann* (nota 129), art. 103 tercer párrafo, nm. 270; *Rüping* (nota 11), art. 103 tercer párrafo, nm. 11; *Degenhart* (nota 129), art. 103, nm. 90; *Kunig* (nota 130), art. 103, nm. 47.

133. Acertadamente subrayado por *Grünwald*, ZStW 1974, suplemento (Teheran), p. 93 (97), y *Deml* (nota 3), p. 48.

5 StPO).[134] Sea como fuere, en este caso no hay una intervención en el ámbito de libertad del ciudadano.

Cuando la restricción de la reapertura perjudicial es interpretada de manera psicologizante, esta dimensión teórica de la libertad no es suficientemente comprendida. Esto sucede cuando se alude a que el imputado ya tuvo que soportar una vez todas las penas inherentes a un proceso penal y no debería tener que sufrir esta humillación de nuevo.[135] Consideraciones de este tipo podrán ser humanamente imaginables y provocar empatía respecto del imputado; pero no llegan al núcleo del problema y dejan de lado un aspecto decisivo.[136] Además, la aseveración frecuentemente expuesta de que una absolución injusta conmovería mucho menos la confianza de la población que la condena errónea de un inocente, se demuestra como igualmente insuficiente.[137] En este sentido ya es criticable que esta tesis, a pesar de que es presentada como "experiencia afianzada",[138] no haya sido nunca asegurada empíricamente. Con semejantes interpretaciones, fácilmente se perderán la fuerza y la capacidad de persuasión de la consideración del problema desde una perspectiva teórica de la libertad. El motivo determinante para la amplia restricción de la reapertura perjudicial debe ser visto más bien en que, en un mismo caso, el ciudadano no debe ser expuesto permanentemente a las reiteradas intervenciones del Estado, mediante las medidas de persecución penal. Si bien existe un deber ciudadano de presentarse ante el juez – siempre y cuando existan elementos de cargo suficientes[139] –, este deber no existe ad infinitum. En principio, el ciudadano debe

134. *Gründwald* opina incluso que en favor del condenado la reapertura del proceso se dejaría ampliar "a gusto" (ZStW 1974, suplemento (Teheran), p. 93 (97). No puede profundizarse aquí acerca de si esto es acertado o no. Sin embargo, si se parte de la base de que cosa juzgada y seguridad jurídica son componentes irrenunciables del concepto de derecho, esta opinión es más que dudosa.

135. Acerca de consideraciones semejantes especialmente *Arnold*, Der Gerichtssaal 3, Tomo I (1851), p. 46 (50 y s.); además *Mittermaier* (nota 91), p. 633; *Glaser* (nota 88), p. 603 (651); *Graf zu Dohna*, Deutsches Strafrecht 1936, 16 (22); *Abegg* (nota 16), p. 215 y s.

136. Ya crítico sobre esto *Binding* (nota 11), p. 301 (307): "el sentimentalismo enfermizo respecto del delincuente debe abandonarse completamente".

137. *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 75; *el mismo autor* (nota 64), p. 780; *Dippel* (nota 1), p. 69; *Deml* (nota 3), p. 137; *Nolte* (nota 129), art. 103 tercer párrafo, nm. 221, ya además *Henkeel*, Strafverfahrensrecht, 2° Ed. 1968, p. 395.

138. Así *Dippel* (nota 1), p. 69.

139. Ya *Hegel* (nota 68), § 221.

poder confiar en la decisión anteriormente alcanzada; por cierto, lo mismo que la generalidad. Esto mismo tiene validez aun cuando esta decisión – como él sabe – lo favorece injustamente.

A pesar de que el art. 103, tercer párrafo GG garantiza incondicionalmente la prohibición de una nueva persecución penal o de un nuevo castigo y, sin perjuicio de que el § 362 contiene una excepción a dicha prohibición general, raramente es sostenida la opinión de que el § 362 es inconstitucional.[140] La interpretación completamente predominante parte de que el § 362 sería compatible con el art. 103, tercer párrafo GG. Cuando el constituyente incluyó la prescripción en la Constitución sólo habría querido establecer constitucionalmente el principio del "ne bis in ídem" ya reconocido en el Derecho procesal penal. Por el contrario, no se pretendía un cambio en la situación legal vigente.[141] Según esto, la "idea general del Derecho procesal anterior a la constitución" (y con ello el § 362) opera como "barrera inmanente" del art. 103, tercer párrafo, GG.[142] Frente a esta reflexión histórica debe de haberse impuesto, entretanto, la opinión modificada según la cual el art. 103, tercer párrafo GG, difícilmente pueda ser asimilada a una mera regulación legal, sino que, más bien, ésta debe respetar las indicaciones de la Constitución.[143] Con ello, al art. 103, tercer párrafo GG le corresponde una función independiente y superpuesta al derecho procesal. Siguiendo esta postura, la reapertura del proceso perjudicial al imputado debe ser fundamentada en forma normativamente consistente a partir del contexto completo de la Constitución. Pero también

140. Principalmente por *Dünnebier*, Festgabe für Karl Peters, p. 333 (345 y ss); Dudas no ya sobre la constitucionalidad sino acerca del sentido del precepto también manifiesta *Nolte* (nota 129), art. 103 tercer párrafo, nm. 22 y ss.

141. BVerfGE 3, 248 (250 y ss.); 12, 62 (66); 56, 22 (27 y s.); *Schmidt-Bleitreu/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, 9° Ed. 1999, art. 103, tercer párrafo; *Hill* (nota 129), § 156, nm. 72; *Kunig* (nota 130), art. 103, nm. 47, *Schulze-Fielitz* (nota 128), art. 103, tercer párrafo, nm. 32; *Degenhart* (nota 129), art 103, nm. 90; *Jarass/Pieroth* (nota 129, art. 103 tercer párrafo, nm. 65.

142. *Jarass/Pieroth* (nota 1299, art. 103, tercer párrafo, nm. 65; *Kunig* (nota 130), art. 103, nm. 47; *Degenhart* (nota 129), art. 103, nm. 90; *Schulze-Fielitz* (nota 128), art. 103 tercer párrafo, nm. 32; *Nolte* (nota 129) art. 103, tercer párrafo, nm. 222; del Derecho Penal *Frister/Deiters*, en Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 2003 § 362, nm. 4; *Schmidt* (nota 7), § 362, nm.3.

143. *Schmidt-Aßmann* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 262; *Rüping* (nota 11), art. 103 tercer párrafo, nm. 16 y ss.; *Wassermann*, en Alternativkommentar zum Grundgesetz, Tomo 2, 1984, art. 103, tercer párrafo, nm. 55.

para los defensores de este punto de vista, el § 362 es considerado conforme a la Constitución. De esta forma, la justicia material representa un principio constitucional reconocido, por lo que no debería ser excluida, ya desde el comienzo, una ponderación entre la seguridad jurídica y la justicia. Aferrarse a la cosa juzgada ya no resulta aceptable, sobre todo en caso de que esto lleve a resultados intolerables ("limite de la intolerabilidad"), y el § 362 le hace justicia a estas demandas.[144] Con esto, el § 362 StPO tal como está, se considera en su mayor parte y sin objeciones como de acuerdo a la Constitución; por otro lado es discutible si y en qué medida estaría permitido ampliar la reapertura perjudicial del proceso penal más allá de las razones expuestas en el § 362 StPO. Sólo es indudable que los criterios de reapertura deben ser claramente determinados y que una reglamentación vaga demasiado general no sería suficiente.[145] Más allá de esto las opiniones son opuestas: algunos consideran excluida una ampliación, dado que el § 362 StPO ya aprovecha totalmente el marco constitucionalmente reconocido,[146] mientras que otros conceden al legislador un espacio de configuración más amplio.[147]

Por consiguiente, la mirada a la literatura y jurisprudencia constitucional arroja el siguiente cuadro: conforme al art. 103, tercer párrafo GG, un procedimiento de reapertura en perjuicio del imputado únicamente es posible en casos excepcionales estrechamente delimitados y claramente estandarizados.[148] Más

144. *Schmidt-Aßmann* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 269; *Rüping* (nota 11), art. 103, tercer párrafo, nm. 12 y s., 18 véase también *Schultze-Fielitz* (nota 128), art. 103 tercer párrafo, nm. 32; *Jarass/Pieroth* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 66; del Derecho penal *Ziemba* (nota 7), p. 77 y ss.; *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 82 y s.

145. *Rüping* (nota 11), art. 103, tercer párrafo, nm. 22; *Jarass/Pieroth* (nota 129), art. 103, nm. 66; *Schmidt-Aßmann* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 270; *Schulze-Fielitz* (nota 128), art. 103, tercer párrafo, nm. 32; *Nolte* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 222.

146. *Degenhart* (nota 129), art. 103, nm. 90; *Schulze-Fielitz* (nota 128), art. 103, tercer párrafo, nm. 32; *Nolte* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 222; *Hill* (nota 129), § 156, nm. 72 ("problemático"); también *Loos* (nota 7), previo al § 359, nm. 2.

147. Especialmente *Rüping* (nota 11), art. 103, tercer párrafo, nm. 19, 21 y s.; además, *Kunig* (nota 130), art. 103, nm. 47; *Schmidt-Aßmann* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 270.

148. Da aquí se sigue, por ejemplo, que un proceso de reapertura perjudicial no podría sostenerse en general a partir de nuevos hechos o nuevas pruebas; una prescripción semejante no satisfaría el carácter de excepción que fija el art. 103, tercer párrafo GG (también véase *Ziemba* [nota 7], p. 210).

allá de ello, si bien es verdad que la prescripción fija un marco (en este caso estrecho), también es cierto que con ello todavía no quedan aclaradas todas las preguntas. En especial, la regulación no prejuzga todo pormenor posible; e igualmente, tampoco debería consolidarse la situación jurídica y permanecer, tal como existía al entrar en vigor la Constitución, sustraída a todo tipo de alteración.[149] Por eso, el art. 103, tercer párrafo GG no excluye "correcciones en los límites"; éste únicamente garantiza "el núcleo" de lo que implica el principio "ne bis in ídem".[150] Por lo tanto, en principio la constitución no se opone de antemano a una ampliación de la reapertura perjudicial para el imputado como la que contiene el proyecto de ley de la Cámara Alta de la República Federal. Sin embargo, la cuestión de si este ensanchamiento al que se aspira deba ser asegurado normativamente, sólo se puede esclarecer mediante una consideración en base a principios.

4. RESOLUCIÓN TEÓRICO-LIBERAL DEL PROBLEMA DE LA REAPERTURA

A pesar del hecho de que el § 362 StPO tendría que considerarse como conforme a la Constitución, en ocasiones se sostiene que la reapertura en perjuicio del absuelto o condenado es superflua; que este instituto se podría eliminar sin objeción alguna.[151] Con ello se pone de relieve unilateralmente los derechos de libertad del imputado que deben obligar a una sujeción a la cosa juzgada, siempre y cuando sea en provecho de éste. Indudablemente el art. 103, tercer párrafo no le cierra el paso a esta pretensión; pues éste no se refiere al tema.[152] Sin embargo, los argumentos expuestos para esta solución no son capaces de persuadir.

149. BVerfGE 56, 22 (34).

150. BVerfGE 56, 22 (34 y s.); *Rüping* (nota 11), art. 103, tercer párrafo, nm. 21 ("estándard mínimo"); *Schmidt-Aßmann* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 266 ("garantía de base").- Por lo demás, el § 362 StPO está en armonía con la CEDH. Según el Art. 104 párrafo 2 del séptimo protocolo adicional (del 22.11.1984) no se excluye la posibilidad de reapertura del proceso en razón de nuevos hechos (o de hechos recientemente conocidos), como así también en virtud de defectos graves.

151. *Knoche*, DRiz 1972, 26 y s.; *Julio B. J. Maier*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1990, p. 789 (793 y s.); *Nolte* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 221; *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 75 (renuncia "defendible"); conf. además la contribución a la discusión de *Eberhard Schmidt, Hauser, Krüger y Eser*, en *Eckert*, ZStW 84 (1972), p. 947 y ss.; además véase ya *Dünnebier supra* nota 139.

152. Conf. aquí mismo, bajo el punto III, en la nota 131; además, *Deml* (nota 3), P, 137 y s.; *Weber-Klatt* (nota 7), p. 359 y s.

En primer lugar se enfatiza que una supresión de la reapertura perjudicial sería posible "sin daño", ya que sólo una "cifra mínima" de casos se verían afectados.[153] Por lo tanto, la insignificante relevancia práctica debe proveer un indicio de que no se cuenta con una necesidad político-criminal para el mantenimiento de la reglamentación.[154] La objeción es extraña e implica una paradoja, porque la reapertura del proceso fue concebida justamente como un recurso jurídico extraordinario, para casos de excepción y no para casos regulares.[155] Más allá de esto, no convence el enfoque solamente pragmático. Con el mismo criterio se podría decir que este razonamiento supone que determinados tipos penales podrían ser derogados, ya que de todas formas éstos apenas existirían en la realidad (por ejemplo: el asesinato).[156] Argumentar así es dedicarse a la estadística, en lugar de a la dogmática.[157] También casos que raramente existen requieren de una solución adecuada, dogmática y normativamente plausible.[158]

En segundo lugar se explica que "las fuentes de errores del proceso penal" deberían "ser restringidas mediante una reforma significativa"; si se lo lograra, ya no se necesitaría una reapertura del proceso.[159] A pesar de que esta objeción no había sido concebida en esta forma, afecta a la reapertura favorable en la misma medida que a la desfavorable. Consecuentemente, después se podría derogar toda reapertura del proceso. Sin embargo, independientemente de ello, es objetable la tesis de que un procedimiento de base óptimamente organizado hace superfluo el procedimiento de reapertura. Una cosa tiene muy poco o nada que ver con la otra. Porque el proceso de reapertura apenas sirve, con posterioridad, para remover errores que ya hubieran podido ser evitados en el proceso principal; más bien sirve para salvar errores que ni siquiera el mejor proceso inicial posible habría podido evitar.[160] Por ello, su razón de ser es am-

153. *Jürgen Meyer*, ZStW 84 (1972), p. 909 (930); en igual sentido *Hauser* und *Krüger* en Diskussionsbeiträgen, *Eckert*, ZStW 84 (1972), p. 937 (947 y s.).

154. *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 73.

155. *Ziemba* (nota 7), p. 243; *Weber-Klatt* (nota 7), p. 363.

156. Así, ya la crítica de *Peters* (nota 12), p. 4, y *Ziemba* (nota 7), p. 243.

157. Conf. en adelante también *Hanack*, JZ 1973, 393, que destaca acertadamente que no puede depender de la cantidad de los errores posibles, sino sólo de su calidad.

158. Que la discusión no necesita llevarse a cabo a partir de "casos de fantasía" (como reza el monitum de *Jürgen Meyer* [nota 7], p. 73) lo prueba el caso de Nordrhein-Westfalen expuesto al principio.

159. *Jürgen Meyer*, ZStW 84 (1972), p. 909 (930).

160. *Hanack*, JZ 1973, 393; *Deml* (nota 3), p.31 y ss.; *Rieß*, NStZ 1994, 153 (155).

pliamente independiente de la configuración del procedimiento principal y de la etapa recursiva;[161] tiene "una limitada función especial".[162]

En tercer lugar se presenta como un argumento realmente atendible el que en otras legislaciones occidentales, más que nada en el círculo jurídico romano y angloamericano, muchas veces no está prevista la reapertura desfavorable del proceso y, hasta el momento, no serían perceptibles consecuencias perjudiciales para el Derecho y la sociedad.[163] Prima facie es posible que esta alusión al derecho comparado pueda convencer, pero mirado en detalle este convencimiento se debilita bastante. Porque si se quiere comprender suficientemente la idea del "ne bis in ídem" y la medida de su realización en otros países, incluyendo las diferencias con el derecho alemán, no es suficiente la simple constatación de que allá no existe un procedimiento de reapertura perjudicial. Porque la amplitud y el significado real de la prohibición sólo se pueden comprender suficientemente en el contexto de las reglas procesales correspondientes y su aplicación práctica.[164] Y al mirar más en detalle se ve que en la mayoría de estos países se parte de un concepto de hecho bastante más estrecho que el de nuestro derecho. Acusaciones penales renovadas que, según la concepción alemana, habría que clasificar como reaperturas (desfavorables) son posibles en muchos casos, no obstante el principio "*ne bis in ídem*", garantizado en forma absoluta.[165] Esto puede ser considerado como una "*reapertura disfrazada in malum*".[166] Al mismo tiempo, con esto se con-

161. Históricamente – y para algunos autores esto aún hoy es válido –, el proceso de reapertura también fue considerado como sustitución del procedimiento de apelación, faltante en causas penales graves (conf. § 74 GVG) (véase *Gössel* [nota 3], previo al § 359, nm. 29; Denkschrift für Bundesrechtsanwaltskammer [nota 1], p. 75; crítico respecto de esto *Rieß*, NStZ 1994, 153 [155]; *Deml* [nota 3], p. 33).

162. Así *Hanack*, JZ 1973, 393.

163. *Julio B. J. Maier*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, p.789 (790 y ss.); *Jürgen Meyer* (nota 64). p. 729 (734 con nota al pie 10 [lista de los estados], 780 y s.); *Nolte* (nota 129), art. 103 tercer párrafo, nm. 221.

164. Exhaustivo en cuanto a esta problemática *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 67; *el mismo autor* (nota 64), p. 729 (732 y ss.739 y s., especialmente 741 y ss., 780 y ss.); *Ziemba* (nota 7), p. 119 y ss., especialmente 124, 125 y ss., 148 y ss.; además *Tiedemann*, Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre, 1969, p. 31 y ss.

165. *Jürgen Mayer* (nota 7), p. 67, habla por el círculo jurídico angloamericano de una "estrechamiento característico del concepto de hecho" que haría en parte "superflua" la reapertura desfavorable.

166. *Tiedemann* (nota 163), p. 37.

tinúa un desarrollo que ha acompañado al instituto de la cosa juzgada desde un principio y que ya al comienzo del siglo diecinueve se podía observar en Francia (véase *supra* II.2.), donde este principio fue erigido sin objeciones. Este resultado falsifica una consideración aislada, superficial y separada del resto del derecho y de la realidad procesal del uso del derecho penal. Por eso, desde el punto de vista del derecho comparado, debería imponerse otra conclusión: la exclusión completa de la reapertura perjudicial parece ser percibida, más allá de las fronteras como insatisfactoria; por lo que, en países en los que por un lado se reconoce ampliamente el uso de la acusación penal y que renuncian a una reapertura perjudicial, se desarrollan interesantes estrategias de evitación para finalmente poder corregir decisiones groseramente contrapuestas al sentimiento de justicia.

Si bien la exigencia de renunciar a una reapertura del proceso en perjuicio del imputado podría resultar inofensiva ante el trasfondo de la tradición jurídica liberal, en la que se basa el nuevo desarrollo de las reflexiones sobre la cosa juzgada (porque uno podría remitirse siempre al bien de la "liberalidad" constitutivo de una sociedad libre), son mejores los fundamentos que hablan a favor de mantener la reapertura perjudicial.[167] Así, la solución que mira unilateralmente los intereses del imputado desgasta demasiado el principio de justicia e ignora el plano de la mayoría. Pero ya que el Derecho penal no puede ser pensado y concebido sólo desde la perspectiva individual, sino que tiene que incluir sustancialmente el plano de la mayoría,[168] la solución "clásica"-liberal que enfoca unilateralmente los intereses del absuelto es de antemano conceptualmente insuficiente; no le hace justicia a la función e importancia del Derecho penal y por ende del Derecho procesal penal. Por otro lado es verdad que hay que destacar igualmente que el principio de libertad vale para cada ciudadano. Una recaída que deje atrás el espíritu del siglo diecinueve es desde todo punto imposible. Entonces, ¿cómo se puede solucionar este problema? En primer lugar, es seguro que no puede ser re-

167. El mismo resultado que aquí *Peters* (nota 12), Tomo 2, p. 321; *Schmidt-Aßmann* (nota 129), art. 103, tercer párrafo, nm. 266, 270, *Deml* (nota 3), p. 138 y s.; *Weber-Klatt* (nota 7), p. 365; veáse además las contribuciones a la discusión de *Bockelmann*, *Schroeder*, *Kleinknecht* y *Engisch* en *Eckert*, ZStW 84 (1972), p. 937 (947 y ss.); ya además *v. Hentig* (nota 64), p. 108, 110; *Graf zu Dohna*, Strafprozeßrecht, p. 197; *el mismo autor*, Deutsches Strafrecht 1936, 16 (23).

168. *Hegel* (nota 68), §§ 95, 218; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, p. 20 y s., 48 y ss.; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2° Edición 1991, 1/8 y ss.; *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, p. 90.

suelto con la referencia global a la justicia o con el concepto del "límite de lo intolerable", desarrollado en el Derecho constitucional, según el cual una reapertura en perjuicio del imputado podría ser posible si la insistencia en la cosa juzgada fuese intolerable (véase *supra* III). Porque tanto en el caso de la justicia como en el del límite de lo intolerable se trata de conceptos generales y, además, altamente abstractos que requieren, en primer lugar, ser concretados.[169] Y mientras no se ofrezcan criterios de concretización normativos convincentes no nos acercamos ni un paso a una solución adecuada; uno se queda varado en clichés altisonantes que, de una forma u otra, pueden ser deshechos en el caso puntual, vale decir, arbitrariamente.

Por el contrario, la tesis aquí sostenida dice: una reducción de la cosa juzgada que vaya en perjuicio del imputado es aceptable, y ello significa que es compatible con el principio de la libertad, si esa reducción puede ser cimentada con la concepción teórica liberal. Según esto, tienen fundamentos los criterios de reapertura que puedan ser atribuidos al ámbito de responsabilidad del imputado. Esto se refiere sobre todo a casos en los que el absuelto (o el condenado), con su comportamiento antijurídico, ha contribuido a conseguir una sentencia (errónea) favorable para él. Esta idea fundamental apunta a las variables de reapertura normadas en el § 362 N° 1 a 3 StPO. Porque si el imputado ha contribuido con su comportamiento antijurídico imputable a que se llegara a esta sentencia que lo favorece, difícilmente pueda invocar la protección de la cosa juzgada o de la seguridad jurídica.[170] Él perdió esta protección a causa de su comportamiento antijurídico; está claro que aquí el argumento de la protección de la confianza no tiene cabida.[171] Tampoco se puede decir que la reapertura del proceso choca con el derecho de libertad del acusado de no ser perseguido dos veces por el mismo hecho; porque, con su comportamiento antijurídico, él mismo ha dado motivo para que se lo persiga nuevamente. Por lo tanto, en estos casos, la reapertura no

169. Conf. en este contexto la acertada critica de *Köhler* a la "ponderación de bienes", ZStW 107 (1995), p. 10 (15 ss.).

170. En una dirección similar van en parte las consideraciones de *Ziemba* (nota 7), p. 38, 181 (no hay "premio" por una influencia criminal sobre el procedimiento"); para el caso de una influencia dolosa del acusado, incluso *Julio B. J. Maier*, opositor de la reapertura perjudicial (veáse nota 150), concede que se podría "con seguridad explicar racionalmente", que estos motivos de reapertura (se alude al § 362 N° 1 a 3 StPO) son "tolerables para el ideario del estado de derecho", Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, p. 789 (794).

171. También *Nolte* (nota 129), Art. 103, tercer párrafo, nm. 223; además *Ziemba* (nota 7), p. 38.

significa una intromisión en la esfera de libertad del acusado, protegida por el Derecho; más bien se puede poner en armonía con el principio de libertad. De esta forma, la libertad no significa solamente no estar expuesto a intromisiones estatales, sino que implica la contracara indispensable de asumir incondicionalmente la responsabilidad por el comportamiento propio. Esta consecuencia de la idea de libertad ya había sido puesta de relieve en parte en el siglo diecinueve, cuando se hablaba de una "actuación delictiva", como ya fue expuesto (II.2.).[172] Sin embargo, esta fundamentación fue rápidamente descuidada por razones pragmáticas, lo que llevó a una extensión de las razones de reapertura in malum.[173] Esta aplicación más extensiva del § 362 N° 1 a 3 § StPO se ha mantenido hasta el día de hoy,[174] y está en armonía con el texto. Con esto, la prescripción se ha distanciado de su segura base teorética liberal.

El principio explicado no puede ser aplicado al cuarto criterio de reapertura, el de la confesión (§ 362 N° 4 StPO). Aquí no hay ni un comportamiento ilegal ni objetable por parte del imputado que haya podido tener repercusión en la sentencia. A diferencia de los mencionados fundamentos de reapertura del § 362 N° 1 a 3 StPO, la confesión sería dada recién después de la sentencia, y esto es un comportamiento permitido. Con ello, la confesión se diferencia estructuralmente en forma notable del resto de los motivos de reapertura. Surge la pregunta de si a pesar de esta diferencia, las exigencias teórico-liberales son suficientes. Al menos la legitimación, com-

172. Veáse *supra* nota 103 y ss.

173. Ya lo dice *Schwarze*, Archiv des Criminalrechts 1851, 551 (581): "Pero razones de peso similar hablan a favor de la reapertura cuando el soborno ha sido realizado por un tercero. Además, esta ley podría ser muy fácilmente eludida. Por otro lado, el imputado siempre va a actuar complotado con el otro (...)". Igualmente *Hahn* (nota 103), p. 264: una reducción de la reapertura desfavorable a casos en los que el acusado mismo hubiera cometido el hecho delictivo, no sería realizable; estaría "en un contrasentido obvio con la necesidad práctica". Se alude al "hecho experimentado" que las actuaciones delictivas "quizá" serían cometidas con la misma frecuencia por los allegados o compañeros del acusado, como por el mismo acusado. Eso vale sobre todo si el acusado estuviera impedido p. ej., a consecuencia de su arresto, de poder ejercer influencia sobre los testigos. Ya que arrestos tienen lugar sobre todo en hechos graves, en estos casos justamente la reapertura estaría dificultada de facto, es decir, estaría "casi completamente excluida". Igual *Ziemba* (nota 7), p. 170.- Critico con esta argumentación *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 91, en nota al pie 520.

174. *Schmidt* (nota 7), § 362 nm. 8; *Pfeiffer* (nota 7), § 362 nm. 2; *Gössel* (nota 3), §362 Nm. 5.- Por el contrario *Loos* (nota 7) §362 nm. 9, considera de todos modos "digno de consideración" el que "se deba imputar al acusado el delito". Sin embargo rechazan este requisito *Frister/Deiters* (nota 141), § 362 nm.

parativamente más débil, de la confesión como criterio de reapertura debería ser buscada en esta disparidad. Una legitimación semejante es señalada por pensamientos críticos encontrados ocasionalmente en la literatura con respecto al sentido y la legitimidad de este motivo de reapertura.[175] No obstante, allí se considera que el problema radica[176] o bien en la aparente falta de certeza del § 362 N° 4 StPO o bien en que se trata de un novum, mientras que el § 362 N° 1 a 3 StPO se refiere a una falsa.[177] A pesar de que esto último no puede ser negado, con razón se puede poner en duda que haya una diferencia normativa tan considerable que con ello el carácter cuestionable de este motivo de reapertura se haría suficientemente plausible. Desde el punto de vista teórico-liberal, estas consideraciones dejan de lado el punto decisivo. Si se tomara como base un estricto entendimiento teórico-liberal, quizá no sería del todo indefendible considerar improcedente este criterio de reapertura en razón de la mencionada singularidad. Con todo, la confesión como motivo de reapertura en perjuicio del imputado se puede fundamentar suficientemente. Ello sucede porque la sentencia tiene la función de establecer la paz jurídica y dar lugar a la tranquilidad jurídica.[178] El acusado que se presenta públicamente, o ante el juzgado, después de una sentencia favorable para él, y "hace una confesión creíble del hecho", hace tambalear esta paz jurídica. El acusado tiene que responsabilizarse por la perturbación de la paz jurídica provocada por su confesión;[179] o sea que ésta se le puede atri-

175. *Jürgen Meyer*, ZStW 84 (1972), p. 909 (927 ss.); *el mismo autor* (nota 7), p. 78 ss.; *el mismo autor* (nota 64), p. 816 ss.; *Julio B. J. Maier*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, p. 789 (794); *Nolte* (nota 129), Art. 103, tercer párrafo, nm. 222. En cambio, otro tratamiento en *Frister/Deiters* (nota 141), §362, nm. 12 y ss.; *Schmidt* (nota 7), §362, nm. 1; véase además *Peters* (nota 12), Tomo 2, p. 321, con la propuesta de que la reapertura perjudicial sea ampliada a otros supuestos de nova con requisitos adicionales; *el mismo autor*, Strafprozeß, p. 671; del mismo modo *Henkel*, Strafverfahrensrecht, p. 395 con nota al pie 5; *Deml* (nota 3), p. 142 y ss.

176. *Nolte* (nota 129), Art. 103, tercer párrafo, nm. 222.

177. Conf. en esta relación *Gössel* (nota 3) previo al § 359, nm. 2 y s.

178. Con respecto a esto especialmente exhaustivo *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 (516 y ss.); además *Ranft*, Strafprozeßrecht, § 1, nm. 2 y ss.; *Peters* (nota 12), p. 1.

179. El concepto de paz jurídica y, respectivamente, de la perturbación de la paz jurídica se utiliza aquí en una forma normativa. O sea que no se trata de demostrar fácticamente estas condiciones en la realidad, menos todavía de "medir" (sea como fuere) la entidad de la perturbación. Se trata por el contrario de cuándo puede esperarse racionalmente un estado semejante (de la paz jurídica); atinado *Schmidhäuser*, Festschrift für Eberhard Schmidt, p. 511 (522).

buir y la seguridad jurídica (como consecuencia de su derecho de libertad) no puede actuar más a favor del acusado si él mismo la ha destruido por su propio comportamiento imputable.[180] Al igual que en los casos del § 362 N° 1 a 3 StPO difícilmente se pueda mantener la protección de la confianza de un acusado que ha eliminado por cuenta propia la confianza en la corrección de una sentencia. Aquí se muestra claramente el segundo aspecto de la seguridad jurídica como principio de protección. La seguridad jurídica no sólo abarca al ciudadano particular (interesado),[181] sino que tiene igualmente un componente dirigido a la generalidad.[182] Si con su comportamiento el acusado ha generado un peligro semejante para la paz jurídica, no puede exigir ser tratado como si no hubiera tenido nada que ver con la inseguridad producida respecto de la corrección de la decisión.[183] Más bien no se lo puede distanciar de las irritaciones generadas, por lo que sólo sería consecuente, por así decirlo, cargarle los "costes" de corregir esta situación. Y estos costes se originan en el hecho de que él tiene que dejar que lo procesen por segunda vez en el mismo asunto, para aclarar la situación. Por eso, el § 362 N° 4 StPO no está en contra de una fundamentación liberal.

Con ello queda demostrado también por qué no puede convencer la propuesta, ocasionalmente encontrada, de que en caso de confesión no se necesitaría ninguna reapertura si se creara una prescripción del tipo del "contempt of court"[184] mientras que, respecto de los casos de comportamiento antijurídico del imputado (por lo tanto en los casos del § 362 N° 1 a 3 StPO), la reapertura no sería necesaria, porque ya se cuenta con la punibilidad del delito cometido (falsificación de documentos, inducción al perjurio etc.).[185] Así, a través del comportamiento antijurídico o de la confesión nace una inseguridad con respecto a

180. Ya en los motivos de la ordenanza procesal penal del imperio se hacía referencia a que permanece dentro del ámbito "de libertad del imputado" si quiere confesar o no, por lo que no hay una puesta en peligro de sus intereses a causa de este motivo de reapertura (*Hahn* [nota 103], p. 264). Y antes de esto *Schwarze*, Archiv des Criminalrechts 1851, 551 (583), expone: en caso de confesión se permitiría la reapertura "como consecuencia de una actuación del mismo inculpado (...); es un hecho firme y determinado, creado por el acusado mismo. Él mismo ha provocado la reapertura". De manera comparable más recientemente *Weber-Klatt* (nota 7), p. 388.

181. Para estos aspectos p. ej. *Achenbach*, ZStW 87 (1975), p. 74 (87).

182. Acertadamente puesto de relieve por *Weber-Klatt* (nota 7), p. 62.

183. Para este aspecto y el término de la inseguridad *Hanack*, JZ 1973, 393 (394).

184. *Eser* en *Eckert*, Tagungsbericht, ZStW 84 (1972), p. 937 (948); *Jürgen Meyer* (nota 64), p. 729 (781).

185. *Jürgen Meyer*, ZStW 84 (1972), p. 909 (927); *el mismo autor* (nota 7), p. 89 y s.

la exactitud de la primera sentencia. Esta inseguridad no puede ser remediada mediante el castigo de los hechos siguientes y menos aun mediante un tipo penal que únicamente sanciona el desacato a la dignidad del tribunal. Un tipo penal de esa clase sólo lleva a expresiones de desaprobación sobre la provocación de la inseguridad, pero no remedia la inseguridad propiamente dicha.[186] Resumiendo: los motivos de reapertura establecidos en el § 362 N° 1 a 4 StPO cumplen con las exigencias de una concepción teórica liberal; justamente con base en ella debe nuevamente ser acentuado que el § 362 N° 1 a 3 StPO debería ser interpretado en forma bastante más restrictiva, en contra de la opinión reinante.

Por último, queda todavía por esclarecer si el nuevo N. 5 del § 362, tal como lo propone el proyecto la Cámara Alta de la República Federal, es igualmente teórico-liberalmente inofensivo. Para recordarlo: una reapertura perjudicial debería ser admisible "cuando sobre la base de nuevos métodos de investigación técnicos, reconocidos científicamente, que no estaban a disposición cuando se pudieron examinar por última vez las constataciones que fueron la base de la sentencia, se le agregan nuevos hechos o medios de prueba que, por sí solos o en conexión con las pruebas anteriores, son aptos para condenar al absuelto". Si se siguen las consideraciones expuestas *supra*, este motivo de reapertura no se puede integrar. Pues aquí no hay comportamiento del imputado que haya provocado la perturbación de la paz jurídica. Hechos o pruebas que hayan sido obtenidos en base a nuevos métodos de investigación, tales como análisis de ADN, y la expectativa altamente probable de condena del imputado no deben ser cargados al ámbito de responsabilidad de éste; se trata de "indicios recogidos laboriosamente de cualquier otra parte y artificialmente reunidos".[187] Dado que está fuera del alcance del imputado el influir en cómo el progreso científico desarrollará nuevos métodos de conocimiento, no se lo puede cargar con ese riesgo. Pues al contrario que en los casos del § 362 N° 1 a 4 StPO, aquí el imputado ya no puede prever si tendrá que enfrentarse a posteriores intervenciones estatales; él está entregado a éstas. Ello no se ve afectado por la referencia global a la "protección a la víctima",[188] es decir, la generalidad; de otro modo la (estricta) derivación de los motivos de reapertura a partir de la concepción liberal-teórica

186. También critica la propuesta *Ziemba* (nota 7), p. 165 y s., 195 y s., y *Weber-Klatt* (nota 7), p. 370 y ss., 401 y s.

187. *Schwarze*, Archiv des Criminalrechts, 1851, 551 (583).

188. *Kunig* (nota 130), Art. 103, nm. 47, defiende la idea de que la ampliación de los motivos de reapertura en perjuicio del acusado sólo debería producirse con deberes de protección fundamentales, por lo tanto, con la idea de la protección de la víctima. Sin embargo, "en este momento no se puede llevar a cabo la demostración de los requisitos constitucionales correspondientes".

podría ser evitada, y finalmente anulada. Por eso, en este caso una reapertura del proceso no se puede legitimar con bases teórico-liberales. En consecuencia, las limitaciones previstas, a saber, la circunscripción a casos de homicidio consumado, genocidio etc., no pueden lograr nada más contra esta conclusión, como tampoco puede hacerlo la creencia de que existen buenas razones para asumir que el absuelto podría resultar condenado. Pues el principio de libertad, en estos casos, está fundamentalmente en contra de una reapertura desfavorable; y lo que ya está en contra de un principio no puede ser mejorado con restricciones. Se puede discutir frente a esto, pero sólo al margen, una limitación del actual § 362 N° 1 a 4 StPO a delitos graves.[189] De forma que no se puede considerar sin más que un comportamiento antijurídico del acusado (§ 362 N° 1 a 3 StPO) o una confesión (§ 362 N° 4 StPO), sobre todo en delitos menores, puedan generar una perturbación tan grande de la paz jurídica como para que se imponga una reapertura en perjuicio del imputado.

El no tener en cuenta en la discusión las implicaciones teórico-liberales (ya mencionadas) para establecer la extensión y límites de la reapertura del proceso desfavorable al imputado, lleva o bien a una exigencia exageradamente "liberal" de eliminar completamente el instituto, o bien a una extensión del § 362 StPO ya no conducida por principios, tal como lo tiene previsto el proyecto de la Cámara Alta de la República Federal. Ninguna de las opciones convence.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Revisão criminal, de Gilberto Passos de Freitas – *RBCCrim* 6/244-271 (DTR\2011\2874); e
- Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso, de Kai Ambos – *RBCCrim* 121/127-160 (DTR\2016\219960).

189. Acerca de estas reflexiones *Deml* (nota 3), p. 144 (orientación conforme al catálogo de competencias del § 74 segundo párrafo GVG); *van Essen*, Kriminalistik 1996, 762 (764 [§ 138 StGB como parámetro]); por el contrario, una limitación a casos de asesinato y genocidio parece ser demasiado estrecha, conf. *Jürgen Meyer* (nota 7), p. 84.

86376

A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF

The position of the interrogatory on Rite of Drugs act and their (in)compatibility with the constitutional criminal procedure: a critical to the case law of TJRS, TRF4, STJ and STF

Augusto Tarradt Vilela

Mestrando em direito, linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bolsista do programa de Pós-Graduação em Processo Penal do Instituto de Direito Penal Económico Europeu e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogado criminalista.
tarradt@gmail.com

Recebido em: 29.07.2015
Aprovado em: 29.04.2016
Última versão autor: 20.05.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: A pesquisa ora apresentada possui a pretensão de analisar a compatibilidade, ou não, da alteração quanto ao momento do interrogatório estabelecida pela Lei 11.719/2008 aos delitos definidos na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). De acordo com essa reforma, o interrogatório, no procedimento comum, passou a ser realizado ao fim da audiência de instrução e julgamento. A superveniência dessa matéria implicou diretamente discussão sobre a expansão dessa nova interpretação processual-constitucional aos procedimentos de cunho especial, razão pela qual se elaborou este estudo, a fim de aquilatar de forma axiomática a viabilidade ou não de aplicação da nova ordem normativa à lei especial, sem que haja a clara obstaculização em razão de antinomia de regras.

Abstract: The research presented has the pretension to analyze the compatibility, or not, of the change in the moment of the interrogatory established by Law 11.719/2008 to the crimes defined in Law 11.343/2006 (Drugs Act). In accordance with this reform, the interrogatory, in the common procedure, started to be adopted at the end of instruction and trial hearing. The occurrence of this matter resulted directly discussion about the expansion of this new procedural and constitutional interpretation to the special procedures, which is why we developed this study, with the purpose to assess the axiomatic form the viability or not about the new normative order application of the special law, with no exist rules thwarted because of the antinomy.

Por essas evidências, aprofunda-se o estudo a fontes mais específicas quanto à aplicabilidade das normas, a fim de que se alcance o real objetivo de elucidar se o interrogatório, nos termos da Lei de Drogas, é (in)compatível com o chamado processo penal constitucional, no intuito de findar a discussão remanescente e fixar um posicionamento mais adequado ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Interrogatório - Procedimento - Lei de Drogas - Reforma processual - Processo Penal Constitucional.

On this evidence, deepens the study to more specific sources as to the applicability of standards, so as to achieve the real goal of elucidating the interrogatory, in according to the Drug Act, is (in)compatible with the so-called constitutional criminal procedure, with a view to ending the remaining discussion and set a more suitable to the subject positioning.

KEYWORDS: Interrogatory - Procedure - Drugs Act - Procedural reform - Constitutional Criminal Procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in) compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF - 2.1 Processo penal constitucional - 2.2 Aplicação prática - Uma análise sobre o posicionamento jurisprudencial quanto ao assunto - 2.2.1 Entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 2.2.2 Entendimento do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região - 2.2.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça - 2.2.4 Entendimento do Supremo Tribunal Federal - 2.2.5 Quadro sinótico quanto à posição dos Tribunais objetos do estudo - 2.3. Críticas à aplicação prática jurisprudencial - 2.3.1. Direito Processual como Direito Público - A necessidade de aplicação de garantias sem provocação - 2.3.2. Critérios determinantes para aplicação da norma - 2.3.3. A possibilidade de resolução da controvérsia (ou sua ampliação) - Uma decisão paradigma - 3. Conclusão - 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento deste trabalho está atrelado à discussão quanto à compatibilidade (ou não) do procedimento do interrogatório previsto na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) com o processo penal (constitucional), uma vez que a reforma processual de 2008 alterou essa disposição no procedimento comum, basicamente, efetuada por três leis, quais sejam, Leis 11.689/2008 – procedimento do júri – 11.690/2008 – provas – e 11.719/2008 – procedimentos.

Com o aprofundamento dessa análise, portanto, intenciona-se responder a seguinte problemática: o procedimento do interrogatório na Lei de Drogas é compatível com o processo penal brasileiro norteado e tutelado por preceitos constitucionais?

A importância da resolução dessa problemática está diretamente relacionada às garantias processuais que são concedidas pela Constituição Federal aos cidadãos brasileiros, bem como à imprescindível pacificação doutrinária e jurispru-

dencial quanto ao tema, uma vez que, mesmo havendo certo posicionamento majoritário quanto ao assunto, ainda não se tem uma segurança definitiva.

Com a análise dessa situação, tem-se como objetivo geral o estudo e a análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal Federal Regional da 4.ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, acerca da temática apresentada. De forma específica, objetiva-se o desenvolvimento crítico quanto à posição dos tribunais, a fim de analisar-se se a resolução do problema encontrada pelas Cortes é a mais adequada e se está de acordo com o sistema processual penal e constitucional brasileiro.

Com a efetivação das novas normas, discussões surgiram quanto a sua aplicabilidade, sendo uma dessas a extensão do novo regramento do interrogatório que, agora, passa ao final da audiência de instrução e julgamento, a outros procedimentos especiais, como a Lei 11.343/2008 – Lei de Drogas –, o que influenciou na elaboração dessa pesquisa.

Assim, esta pesquisa fora desenvolvida e conduzida ao modo de verificar a influência da alteração processual de 2008 no interrogatório e, principalmente, no previsto pela Lei 11.343/2006, expondo-se os problemas causados por essa antinomia normativa e propondo-se uma forma de resolução desse conflito.

Utiliza-se, para elaboração deste estudo, a metodologia indutiva dedutiva, ratificada pelas técnicas de revisão bibliográfica e de pesquisa legislativa e jurisprudencial, sendo esta última sobre decisões proferidas no período de 2013 a 2015.

A partir desta metodologia, inicia-se a análise do processo penal como processo constitucional penal e a aplicação da legislação especial e constitucional em sua conformidade. Em segundo momento, parte-se para a análise das jurisprudências consolidadas do TJRS, TRF4, STJ e STF, em que se constatou o maior número de decisões e declarações de pacificações do tema expondo seus posicionamentos e razões por assim os tomarem, utilizando-se de quadro sinótico para melhor elucidação.

Noutro momento, realiza-se uma crítica aos entendimentos dos tribunais, desenvolvendo-se críticas às posições jurisprudenciais e se esquadrinha a diferença de entendimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ao fim, apresenta-se a conclusão sobre todo o estudado e apresentado.

Pelas razões acima apresentadas, destarte, pretende-se alcançar, com essa pesquisa, a exposição de um estudo sobre a aplicação do novo entendimento quanto ao momento do interrogatório na Lei 11.343/2006, com fundamento em conteúdos doutrinários, bem como a aplicação prática do que vem ocorrendo quanto ao tema, mostrando-se a aplicabilidade sob a ótica jurisprudencial

de casos selecionados pela aplicação direta da legislação, em que os julgadores manifestam-se pela aplicabilidade ou não da lei especial do tráfico de drogas quanto ao interrogatório, definindo-se, com isso, qual posição seria tida como mais adequada aos preceitos avocados pela Constituição Federal e pelo Direito Processual Penal.

2. A POSIÇÃO DO INTERROGATÓRIO NO RITO DA LEI DE DROGAS E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, TRF4, STJ E STF

A Lei 11.343/2006[1] trouxe, em seu art. 57, a obrigatoriedade da oitiva do réu no início da audiência de instrução, seguindo sistemática semelhante ao do expresso no Código de Processo Penal antes da reforma de 2008.

Pela lei especial, o réu será notificado e intimado para apresentar defesa prévia, mecanismo esse que diferencia o procedimento do tráfico de drogas do antigo regulamento do CPP, em que o réu era citado para imediata audiência, sem que pudesse apresentar uma defesa preliminar.

Ocorre que a Lei de Drogas, mesmo fornecendo essa garantia defensiva da apresentação de defesa antes do recebimento da denúncia, deu continuidade à compreensão de que o acusado não se manifestaria depois da apresentação de todas as provas, sendo ele o responsável pela inauguração da solenidade instrutória.

A permanência deste ato, destoando-se do preconizado pela reforma processual penal de 2008, desequilibrou a depreensão de ampla defesa e contraditório, não sendo compatível com aquilo que se entende por processo penal constitucional, como ficará explicado em próximo tópico.

2.1 Processo penal constitucional

A Constituição Federal de 1988 instituiu direitos fundamentais e garantias ao cidadão, sendo a norma máxima que um país pode possuir, causando, consequentemente, abrangência em todo sistema jurídico nacional.

1. BRASIL. *Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm]. Acesso em: 25 abr. 2015.

Esta Carta Magna consagrou princípios para que se construísse uma sociedade igualitária e garantidora dos direitos do indivíduo e da coletividade, um dos motivos pelos quais Ulysses Guimarães,[2] Presidente da Assembleia Constituinte, chamou-a de "Constituição Cidadã". Com essa construção, todas as condutas, privadas ou públicas, devem ser constituídas sob a luz da Carta Republicana, a fim de que não haja afrontas e que a supremacia do Estado Democrático de Direito seja mantida.

O Processo Penal não é diferente, porquanto, é um ato público em que se constitui uma relação jurídica entre os sujeitos,[3] sendo o meio pelo "qual se manifesta a jurisdição"[4] devendo respeitar as ordens emanadas pela Constituição Federal, tais como a garantia da ampla defesa e do contraditório.

Acoplado aos motivos constitucionais, vieram os tratados celebrados entre o Brasil e outras entidades internacionais, acordos esses que estabelecem um olhar necessariamente protetor ao indivíduo, tais como a Declaração dos Direitos Universais do Homem,[5] Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,[6] entre outros tratados que fornecem garantias ao cidadão.

Dessa forma, quando a Constituição, influenciada por outros documentos normativos internacionais e seguida por outros, estabeleceu normas que trouxeram garantias ao cidadão – mais tocante ao processo, para aprofundamento deste estudo –, construiu um conceito de "Processo Constitucional" que se tornou, na esfera penal, o "Processo Penal Constitucional".

---

2. GUIMARÃES, Ulysses. *[Discurso]* 27 jul. 1988, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, 1988. Discurso recitado pelo Presidente da Assembleia Constituinte. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm]. Acesso em: 25 abr. 2015.
3. BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los pressupuestos processales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa, 1964, p. 01.
4. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 657
5. NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nova Iorque, 1948. Disponível em: [http://br.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html]. Acesso em: 25 abr. 2015.
6. BRASIL. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm]. Acesso em: 25 abr. 2015.

A concepção do Processo Penal Constitucional é desenvolvida a partir de um entendimento de que todas as normas elaboradas para normatização da matéria deverão seguir os preceitos constitucionais, desde seus princípios até as regras mais minuciosas da Carta Maga.

É assim que Grinover[7] explicita a imprescindível atuação processual relacionada ao "espírito da Constituição", quando aprofunda o estudo no tópico "Constituição e processo":

> Mas o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é *ler* as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. (...). (Grifo da autora).

O alcance de um processo fundamentado na ordem constitucional só poderá ser atingido, conforme Fernandes,[8] com uma "introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual".

A Constituição, então, fornece um objeto fundamental no processo penal que não pode ser modificado, sob pena de afrontar a própria Norma Maior, o que demonstra que o direito processual penal não pode ser visto como mero ato a ser disciplinado pelo legislador ordinário em qualquer ponto, devendo sua essência garantidora manter-se intacta.

Figueiredo Dias[9] ressalta que:

> Hoje, porém, tende por quase toda a parte a ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que, mesmo contendo uma reserva segundo a qual o direito que asseguram bem à lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do *núcleo essencial* daquele direito. (Grifos do autor).

7. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 14.
8. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 22.
9. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 75.

Clareadas as noções de o que constituiria a ideia de Processo Penal Constitucional, tem-se que esse não pode ser efetivado sem a observância da Constituição Federal, sob pena de afrontar a própria Constituição e a legitimidade de punir do Estado.

Fernandes[10] conclui, quando de sua análise sobre a interação entre processo e Estado, que:

> Disso tudo extrai-se que o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade.

Portanto, o processo penal como meio legitimador da persecução penal do Estado, pode-se entender, só possuirá sua eficácia e validade quando regulado e praticado dentro dos parâmetros fornecidos pelas normas constitucionais, sendo, nessa situação, reconhecido como um Processo Penal Constitucional. Assim, qualquer ato contrário ao estabelecido pela Constituição será um ato atentatório à soberania do Estado Democrático de Direito.

2.2 Aplicação prática – Uma análise sobre o posicionamento jurisprudencial quanto ao assunto

Muitos foram os momentos em que se discutiu o instante do interrogatório quanto à Lei de Drogas, existindo precedentes por toda a justiça brasileira, mas, aqui para o estudo, a intenção é analisar a jurisprudência no âmbito do Tribunal de Justiça gaúcho, Tribunal Federal da 4.ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Os entendimentos quanto ao instante em que deve ocorrer o interrogatório são diversos. Todavia, claramente, tem-se que o entendimento majoritário de todos os tribunais é pela impossibilidade de realocação do interrogatório quando se estiver discutindo crimes previstos na Lei 11.343/2006.

10. FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 22.

2.2.1 Entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Iniciando-se pelo entendimento "favorável",[11] percebe-se que apenas o Tribunal de Justiça gaúcho, dentre os anteriormente citados, permanece com uma discussão mais aprofundada e divergente quanto ao tema.

Alguns dos desembargadores do TJRS vêm interpretando a adequação do interrogatório como um ato passível de anulação, sendo reconhecido como nulidade relativa, em que se deve comprovar o prejuízo, e que, para sua realocação, deve haver o pleito da defesa.

É o entendimento seguido pelo Des. João Batista Marques Tovo,[12] em que afirma, quanto ao momento do interrogatório, que:

> O entendimento desta Câmara é no sentido de que a não realização do interrogatório do réu ao final da instrução, nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal, constitui violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. E que a previsão contida no art. 57 da Lei 11.343/2006 deve ser interpretada à luz da reforma processual introduzida pela Lei 11.719/2008.
>
> Todavia, no caso concreto não houve impugnação oportuna da defesa – como se constata da leitura do termo de audiência de folha 78 – que estava presente no ato, tendo realizado diversas perguntas ao réu, inclusive. Aliás, sequer

11. Coloca-se o termo entre aspas, porquanto não se tem ao certo, neste momento do trabalho, a compreensão de que os entendimentos mais benéficos ao réu sejam, necessariamente, favoráveis, razão pela qual se desenvolvem algumas críticas no próximo item.

12. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70059809996, da 3ª Câmara Criminal. Apelante: Douglas Roberto Machado Franco. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 26 de março de 2015. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70059809996%26num_processo%3D70059809996%26codEmenta%3D6223822+70059809996+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70059809996&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=26/03/2015&relator=João%20Batista%20Marques%20Tovo&aba=juris]. Acesso em: 27 abr. 2015.

> foi arguida a referida nulidade nas alegações finais, a defesa vindo a fazê-lo somente no presente recurso, em nítida violação ao princípio da lealdade processual. E apesar de sustentado que "tem-se entendido que há flagrante prejuízo à defesa a observância de tal procedimento" (f. 131), não foi indicado no que ele consistiria.[13]

O entendimento supramencionado estabelece requisitos para que seja aplicado o previsto no art. 400 do Código de Processo Penal aos delitos estabelecidos na Lei de Drogas, quais sejam, o pedido da defesa e, sendo esse tempestivo, a demonstração de prejuízo ao réu por ter sido ouvido ao início da audiência. Caso não seja pedida a oitiva do réu ao final da instrução ou, se intempestiva, sido demonstrado o prejuízo posteriormente, não haverá nulidade.

Outro entendimento – esse majoritário – emanado também pelo Tribunal de Justiça gaúcho, pela pessoa do Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes,[14] expõe a compreensão de que havia discussão quanto ao momento em que se deveria ouvir o réu nos procedimentos da Lei de Droga, em razão da reforma processual de 2008 e de entendimentos anteriores do Supremo Tribunal Federal, destacando, então, o seguinte:

> Não desconheço que o interrogatório é ato processual destinado ao exercício da defesa pessoal do acusado, através do qual se concretiza uma das faces da garantia da ampla defesa: aquela exercida diretamente pela pessoa a quem é imputada a prática de determinada infração penal, e que

13. Esse entendimento também é contido na Apelação Crime 70057128795, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 16/04/2015.

14. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação 70063217194*, da 3ª Câmara Criminal. Apelante: Leonardo Prates Pinheiro. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 16 de abril de 2015. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70063217194%26num_processo%3D70063217194%26codEmenta%3D6254413+70063217194++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8-&lr-lang_pt&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8-&numProcesso-70063217194&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=16/04/2015&relator=Sérgio%20Miguel%20Achutti%20Blattes&aba=juris]. Acesso em: 27 abr. 2015.

> guarda para com a defesa técnica uma relação de complementariedade.
>
> Nesta perspectiva, a Lei 11.719/08, ao situar o interrogatório como último ato da audiência de instrução e julgamento, o fez em sintonia com o texto constitucional, reforçando a efetividade da mencionada garantia constitucional.
>
> No entanto, como a alteração legislativa está inserida no capítulo que disciplina o procedimento comum ordinário, se estabeleceu controvérsia acerca do alcance desta norma, especificamente no tocante aos procedimentos especiais, como é o caso da Lei 11.343/06.

Continua a autoridade julgadora, em mesmo acórdão, a expor que além do atual entendimento do STF em utilizar do princípio da especialidade quanto à definição do momento do interrogatório, permanece a utilizar a tese de que deveria a defesa, se fosse o caso, ter pronunciando-se, manifestando o interesse de que o acusado fosse ouvido ao final da instrução em momento adequado, seguindo a lógica da nulidade relativa.

Quando da realização deste trabalho, fora perceptível que esse entendimento apresentado consolidou-se como majoritário dentro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Demais decisões emanadas por diferentes câmaras e desembargadores seguem na interpretação de que deve ser acompanhado o princípio da especialidade, preponderando o disposto na Lei 11.343/2006 ao expresso no art. 400 do CPP, como se pode perceber nos seguintes julgados:

- Apelação Crime 70062431549, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 25/03/2015;
- Apelação Crime 70057131435, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 23/04/2015;
- Apelação Crime 70053708400, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 12/03/2015.

Assim, o que se extrai do posicionamento do tribunal estadual é que se tem uma posição majoritária de que se deve manter o interrogatório no início da audiência de instrução e julgamento, por força do princípio da especialidade e por influência do preconizado pelas Cortes do STJ e STF.

Malgrado, não se tem o descarte do entendimento diverso – minoritário –, havendo, ainda, defensores da realocação do interrogatório ao final da solenidade de instrução e julgamento, desde que pleiteado pela defesa em momento oportuno.

2.2.2 Entendimento do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região

Apesar dos delitos previstos na Lei de Drogas não serem habitualmente processados na justiça federal, havendo sua jurisdição sobre casos muito específicos em relação ao tema, como é na situação de tráfico internacional de drogas, também se tem as razões firmadas no âmbito do Tribunal Federal da 4.ª Região.

Ao que se pôde constatar da pesquisa realizada, o TRF4 não possuía, quando da elaboração deste trabalho, divergência sobre o tema, firmando sua jurisprudência na mesma corrente majoritariamente defendida na esfera estadual, o entendimento de que o princípio da especialidade deve prevalecer e, consequentemente, manter o interrogatório ao início da solenidade de instrução e julgamento.

Essa consonância é representada pela fundamentação desenvolvida pelo Juiz Federal Luiz Carlos Canalli[15] quando do julgamento de apelação, tendo referido o seguinte:

> Os apelantes argúem, também, a nulidade do interrogatório, por ter seguido o disposto no art. 57 da Lei 11.343/06, com sua oitiva ao início da audiência e não ao final como preconiza o art. 400 do Código de Processo Penal.
>
> Sem razão, contudo. Isso porque, havendo legislação específica, como é o caso da Lei 11.343/06, o processamento deve segui-la, somente se cogitando de aplicação da lei geral, o CPP, em caso de lacunas ou omissões, o que no ponto não se verifica.

Segue o julgador, na decisão referida, expondo que esse também é o entendimento do STJ.

15. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4.ª Região). Apelação 5004823-79.2012.404.7204/SC, da 7.ª Turma. Apelante: Narciso Franco Mazacotte. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Luiz Carlos Canalli. Porto Alegre, 29 de outubro de 2013. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6172889]. Acesso em: 29 abr. 2015.

Tem-se que essa, atualmente, é a tese pacificada na esfera do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região quanto ao instante do interrogatório nos processo que envolvam a Lei 11.343/2006, conforme se pode perceber, se verificado, nos precedentes abaixo identificados:

- TRF4, ACR 5003750-63.2012.404.7110/RS, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 18/12/2014;
- TRF4, HC 5022893-57.2014.404.0000/PR, Sétima Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, juntado aos autos em 30/09/2014;
- TRF4, Correição Parcial 5002030-17.2013.404.0000/SC, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Gilson Luiz Inácio, juntado aos autos em 06/03/2013.

Dessa forma, o que se depreende é que, no âmbito do TRF4, o entendimento pacificado é o de que não há nulidade quando ouvido o réu em primeiro momento e, pela não menção nos acórdãos mencionados e outros analisados, nem sequer há possibilidade de realocação ao final da instrução, mesmo se houvesse pedido defensivo tempestivo.

2.2.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Adiante na análise dos posicionamentos dos tribunais, tem-se, como se pôde observar nas decisões de outros tribunais, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento na compreensão da sobreposição da Lei 11.343/2006 ao Código de Processo Penal, em razão do princípio da especialidade.

Expõe-se o atual entendimento do STJ com o fundamentado pela Min. Maria Thereza de Assis Moura[16] emitido quando de julgamento de *habeas corpus* direcionado àquela Corte:

> Com a reforma processual penal, trazida pela Lei 11.719/2008, no procedimento comum [ordinário (CPP, art. 400); sumário (CPP, art. 531); e sumaríssimo (art. 81 da Lei 9.099/1995)], de fato, o inter-

16. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 300.008-SP*, da 6.ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 03 de fevereiro de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1379858&num_registro=201401840080&data=20150211&formato=PDF]. Acesso em: 30 abr. 2015.

> rogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento, antes dos debates.
>
> Contudo, o procedimento da Lei de Drogas não é o comum, mas um daqueles que compõe o repertório dos especiais. Daí, até que eventual alteração legislativa seja efetivada, justifica-se que o interrogatório seja realizado no início da audiência de instrução e julgamento, nos termos do art. 394, § 2.º, do Código de Processo Penal.
>
> Não há falar, portanto, em qualquer pecha no procedimento, eis que se limitou ao disposto na norma vigente (...).

Esse entendimento é corroborado por outros acórdãos também emitidos por esta Corte, tais como:

- STJ, HC 245.752/SP, 6.ª Turma, Relator p/ Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 20/02/2014;
- STJ, HC 293.675/PB, 5.ª Turma, Relator p/ Acórdão Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 10/03/2015;
- STJ, RHC 44.015/SP, 6.ª Turma, Relator p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 04/09/2014.

Contudo, apesar da influência desse entendimento, tido como majoritário, ter alastrando-se pelos demais tribunais, é perceptível a existência de posição minoritária diversa que ainda defende a realocação do interrogatório da Lei de Drogas como causa de nulidade relativa, sustentando-se o já apresentado quando da análise da jurisprudência minoritária do TJRS.

É o que se consegue extrair da seguinte decisão:

- STJ, HC 14.032/PB, 5.ª Turma, Relator p/ Acórdão Min. Felix Fischer. Julgado em: 05/05/2015.

Portanto, expostos ambos posicionamentos dessa Corte Superior, denota-se que sua jurisprudência está divida em dois entendimentos: (i) o da preponderância da Lei de Drogas ao Código de Processo Penal em razão da especialidade (majoritário) e (ii) o da compreensão de que se trata de nulidade relativa, devendo ser arguida a realocação em momento oportuno e demonstrado prejuízo (minoritário), sendo que a decisão de maior influência sobre os outros tribunais, tais como TRF4 e TJRS, é a primeira.

2.2.4 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Consoante o apresentado na análise jurisprudencial de outros tribunais, tem-se que, na atualidade, o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido utilizado para embasar todas as decisões que seguem a tese de que, pelo princípio da especialidade, exige-se que a lei especial prepondere à geral.

O STF pacificou seu entendimento quando do julgamento de *habeas corpus* pela segunda turma cuja presidência do julgamento era do Min. Ricardo Lewandowski.[17]

No julgar do caso, a turma analisou *writt* impetrado contra o Superior Tribunal de Justiça que, ao negar agravo regimental, decidiu pela inexistência de nulidade quando o acusado é ouvido ao início das audiências de instrução e julgamento.

Quando da análise meritória, o ministro relator fundamentou que o pedido de aplicação do art. 400 do CPP não poderia proceder, porquanto a ordem prevista no art. 57 da Lei 11.343/2006 deve preponderar ao regulamento processual comum.

Justificou que o art. 394, § 2.º, do CPP, prevê, em sua segunda parte, que o procedimento comum será aplicado em todos os processos, salvo quando houver disposição contrária, no caso, o art. 57 da Lei de Drogas.

Continuou a exposição de seu entendimento afirmando que haveria, além disso, a necessidade de comprovação de prejuízo da parte quando do pedido, e não ficou demonstrado.[18]

No corpo do acórdão,[19] aduziu o ministro relator:

---

17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 122.229-SP*, da 2.ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 03 de maio de 2014. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5978793]. Acesso em 30 abr. 2015.
18. Ao ler o fundamento do Ministro, apesar de não ter dito que não ficou demonstrado o prejuízo ao réu, no momento em que argumenta da necessidade dessa comprovação e não reconhece a nulidade, o entendimento de que não houve a comprovação do prejuízo é consequência.
19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 122.229-SP*, da 2.ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 03 de maio de 2014. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5978793]. Acesso em 30 abr. 2015.

> Vê-se, portanto, que essa norma dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior a oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. (...).
>
> (...) Em outras palavras, realizado o interrogatório do paciente sob o comando previsto no art. 57 da Lei de Drogas, não há razão jurídica para determinar a sua renovação como último ato da instrução.

Essa posição do STF surgiu quando do julgamento do HC 113.625/RJ, também de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

A tese defendida pelo citado ministro fora aceita pela Suprema Corte, tendo outros ministros, em momento oportuno, manifestando-se a favor, tal como o Min. Gilmar Mendes,[20] quando do julgamento de agravo regimental em recurso extraordinário com agravo, em que asseverou "ademais, esta Corte tem entendimento pacífico de que quando o réu é processado com incidência na Lei de Drogas, o rito especial nela previsto deve ser adotado (...)".

Conforme se pode colher da análise dos julgados dos outros tribunais, esta posição do Supremo Tribunal Federal influenciou diretamente às outras instâncias para que passassem a adotar a tese da especialidade quanto aos casos em que se discutiam delitos previstos na Lei 11.343/2006.

Portanto, e ao fim, verificou-se que, nos termos da realização desta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal pacificou sua decisão no sentido de que não há possibilidade de ocorrer a realocação do interrogatório ao final da audiência de instrução e julgamento quando se estiver discutindo delitos previsto na Lei 11.343/2006.

2.2.5 Quadro sinótico quanto à posição dos Tribunais objetos do estudo

A fim de que se tenha uma percepção mais objetiva e clara quanto ao posicionamento dos Tribunais objetos deste estudo, exibe-se quadro sinótico elucidando seus entendimentos.

---

20. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental 823.822-ES*, da 2.ª Turma. Agravante: Antonio Carlos Vivacqua Suter. Agravado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de agosto de 2014. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6622565]. Acesso em 30 abr. 2015.

Tribunal	Posição
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Um dos tribunais aqui pautados que possui divergência em sua jurisprudência. (i) A posição majoritária é de que, em razão do princípio da especialidade, não há nulidade quanto à permanência do interrogatório ao início da audiência de instrução e julgamento quando o delito for um dos previstos na Lei 11.343/2006. (ii) A posição do interrogatório nos delitos processados pelo rito da Lei de Drogas pode ser alocada ao final da solenidade de instrução e julgamento, desde que pleiteada pela defesa em momento oportuno. Entende a essa jurisprudência minoritária como nulidade relativa.
Tribunal Regional da 4.ª Região	Posiciona-se pela não existência de nulidade processual quanto à posição do interrogatório nos delitos processados pelo rito da Lei de Drogas, em razão do Princípio da Especialidade e com base em precedentes do STJ e STF.
Superior Tribunal de Justiça	Outro dos tribunais que possui divergência, sendo sua primeira posição a de que (i) deve ser respeitado o Postulado da Especialidade, não havendo nulidade na manutenção do interrogatório ao início da audiência de instrução e julgamento quando os delitos forem os abrangidos pela Lei 11.343/2006, bem como em precedentes do STF. O outro (ii) entendimento é de que se trata de nulidade relativa, devendo haver o pleito de realocação do interrogatório em momento oportuno e demonstrado prejuízo.
Supremo Tribunal Federal	Assume o entendimento de que não há nulidade processual quanto à posição do interrogatório ao início da audiência de instrução e julgamento quando o delito está abarcado pela Lei de Drogas.

2.3. Críticas à aplicação prática jurisprudencial

É sabido que os magistrados, aqueles que constituem o tribunal – seja esse qual for –, possuem autonomia suficiente para se posicionarem quanto a determinados casos.

Todavia, nem sempre suas decisões levam em conta todas as possibilidades possíveis dentro de um caso, causando graves distorções quanto a algumas matérias, ainda mais quando essa decisão é emanada de tribunal supremo como o STF, pois o estudo de fundamento jurídico elaborado no âmbito desse tribunal atinge, consequentemente, as demais instâncias e tribunais, podendo-se, em caso de frágil análise, causar grande contradição e problemática jurídica a nível nacional.

Por essas e outras razões, propõe-se uma crítica quanto ao posicionamento dos tribunais aqui elencados, a fim de que se possa concluir se seus entendimentos são ou não os mais adequados ao caso (do interrogatório ao final da instrução nos delitos processados pela Lei 11.343/2006).

2.3.1. Direito Processual como Direito Público – A necessidade de aplicação de garantias sem provocação

Tem-se que o direito, como ciência, é dividido em duas grandes esferas, o direito privado e o direito público (dicotomia essa que, segundo Ferraz Júnior,[21] fora fundada em conhecido trecho de Ulpiano: "O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares"), cada uma com suas peculiaridades e distinções, tendo como base a dicotomia pelo interesse que enquanto para um é público, para o outro é privado.

O direito público, notadamente, parte da concepção de que as normas abrangidas por esse conceito são públicas, de interesse público, isto é, não são regulamentadas pela vontade dos envolvidos, mas tão somente pela norma.

Justen Filho[22] fornece a seguinte definição para o direito público:

> O regime de direito público se caracteriza pela redução da autonomia individual e pela criação dos poderes jurídicos destinados a assegurar a satisfação dos direitos fundamentais e a realização da democracia. A aplicação do regime de direito público destina-se a reduzir o risco de não serem atendidas certas necessidades reputadas como essenciais e de sacrifício dos valores fundamentais.

21. FERRAZ JÚNIOR, Tercio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 105.

22. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 90-91.

Essa definição demonstra que o direito público é algo que transcende a vontade individual de cada indivíduo e que, pode-se concluir, deve ser aplicado independentemente do desejo de alguém, uma vez que a ordem de direito público é emanada da norma.

O direito processual penal, assim como o direito processual em si, por essas características, é tido como direito de cunho público, porquanto a persecução penal é atividade estatal. Contudo não só por isso se constitui como tal, pois, de acordo com Figueiredo Dias[23]:

> Tal como o direito penal, também o direito processual penal constitui *uma parte do direito público*; não só porque, como em todo o direito processual, nele intervém sempre o Estado no exercício de uma das suas funções, a função jurisdicional, mas sobretudo porque a perseguição e condenação dos criminosos é, como atrás se disse, matéria própria de uma comunidade constituída em Estado.
>
> Como todo o verdadeiro direito público, tem o direito processual penal na sua base o problema fulcral das *relações entre o Estado e a pessoa individual* e da *posição desta na comunidade*, bem podendo dizer-se que a sua história não é senão o produto flagrante da transacção destas duas forças vectoriais, constituindo assim um dos indicadores mais sensíveis de qualquer variação na forma de acentuação de uma daquelas ideias no mundo do Direito. (Grifos do autor).

Absorvendo-se, portanto, que o direito processual penal é uma matéria de direito público e que essa é pautada pela norma e não por uma vontade individual, tem-se que o processo como instrumento é um fenômeno que o Estado utiliza para validar suas condutas, como explica Sundfeld:[24]

> A formação do querer do Estado não pode ser disciplinada de modo idêntico ao dos particulares. Uma vontade submetida a fins (a do Estado) e outra livre (a dos particulares) são instrumentadas diversamente. A livre tem seu canal de expressão: o indivíduo. A vontade funcional e canalizada no processo, do qual

23. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. cit., p. 58-59.

24. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 93-94.

> o agente é apenas um elemento. Não houvesse processo para formação da vontade funcional, ela seria idêntica à da vontade livre: centrada no agente (...).
>
> O processo é, então – em perfeita coerência com a idéia central do direito público, de realizar o equilíbrio entre liberdade e autoridade –, a contrapartida assegurada aos particulares pelo fato de serem atingidos por atos estatais unilaterais. Sem que a decisão do Estado (a lei, a sentença, o ato administrativo) deixe de ser ato de autoridade, protege-se o indivíduo a ser afetado: condicionando a produção de um ato a um processo do qual ele possa participar. Sob este ângulo, o processo cumpre papel eminentemente ligado à tutela dos interesses e direito dos particulares.

As razões que levam o Estado a agir, incluindo-se sua atitude no interagir do processo, deve ser regulamentada pela norma, sendo o objeto dessa fornecido, de forma incondicional e igualitária, àqueles que estão diante de ato regulamentado pelo direito público.

Nesse momento, então, discute-se a viabilidade de relativizar a realocação do interrogatório do acusado ao início ou ao final da audiência de instrução e julgamento, uma vez que os conceitos acima esposados dão conta de que tudo aquilo que é de direito público deve ser levado ao indivíduo, aplicado independentemente da vontade desse ou do próprio Estado.

Este subtítulo, por sua matéria, claramente põe-se a criticar o posicionamento "favorável" minoritário que ainda persiste no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e em parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme discutido em texto anterior.

De acordo com parcela dos entendimentos do TJRS e STJ, o interrogatório pode ser transmitido ao final da solenidade de instrução e julgamento, desde que pleiteada pela defesa essa observância.

Contudo, parece que ambos os tribunais acabaram agindo de forma equivocada. Isso porque não se comportaram de acordo com o que preceituam as normas de cunho público, como anteriormente dito, e, agora, reforçado: o agir do Estado é regulamentado pelo direito público, ressalvado quando estiver na posição e discussão da esfera particular, sendo imprescindível que aplique a norma independentemente da sua vontade ou da vontade do indivíduo.

Se se permitisse tal ação estatal – como vem ocorrendo – tropeçar-se-ia na igualdade, ainda mais dentro da esfera penal, âmbito esse de extrema delicadeza, uma vez que o assunto é a liberdade do indivíduo. Haveria, nesse caso, uma

conduta de iniquidade, pois o Estado, presidindo (magistrado) e perseguindo (Ministério Público) o indivíduo, admite que esse possa deixar de ser ouvido ao final da audiência de instrução que, em tese e conforme o já explanado, é mais benéfico a si, porque seu patrono deixou de solicitar a realocação.

O Estado acaba omitindo-se em fornecer uma posição que, de acordo com a norma, independe da vontade do indivíduo ou sua. Portanto, ou o Judiciário estabelece a ação procedimental nos moldes do art. 400 do CPP, ou adota o previsto no art. 57 da Lei 11.343/2006, pois o *procedere* deve ocorrer na vontade da lei, não na vontade do indivíduo/Estado (esse último como parte interessada), razão pela qual se deve unificar o entendimento, sob pena de haver uma preterição por parte do Poder Público, porquanto alguns serão agraciados com a ampla defesa e outros não.

2.3.2. Critérios determinantes para aplicação da norma

O entendimento majoritário dos tribunais estabeleceu que o critério que deve ser utilizado para aplicação da norma quando do conflito entre o art. 400 do CPP e o art. 57 da Lei de Drogas é o da especialidade, devendo esse artigo preponderar àquele.

Entretanto, sabe-se que outros métodos existem para aplicação da norma e, em nenhum momento, fora estabelecido – expressamente – nos julgados o motivo pelo qual não haveria a incidência de outros critérios determinantes para sobreposição do art. 57 da Lei 11.343/2006 ao art. 400 do CPP.

Kelsen[25] reconhece a possibilidade de normas entrarem em conflito – antinomia[26] – e define que o conflito normativo pode ser uni e bilateral, de necessária ou possível violação, bem como de violação total ou parcial.

Bilateral é "se o cumprimento ou aplicação de cada uma das duas normas envolve, necessariamente ou possivelmente, uma violação da outra".[27] Unilateral dá-se "se apenas o cumprimento ou aplicação de uma das duas envolve uma violação da outra".[28]

25. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1968, p. 157-158.
26. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad.Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 247.
27. KELSEN, Op. cit., p. 157.
28. Idem, p. 157.

Violação total é quando "uma norma impõe uma conduta determinada, a outra proíbe justamente esta conduta (impõe a omissão da conduta)".[29] Parcial é "se o conteúdo de uma norma só em parte é diferente do conteúdo da outra norma".[30]

Quanto ao ser necessária ou possível a violação, Kelsen exemplifica casos demonstrando que se a norma obriga a prática da norma conflitante, essa será necessariamente violadora, contudo, se trouxer a característica condicional, será parcialmente violadora.

Adequando a teoria de Kelsen à aplicabilidade das normas do art. 400 do CPP e do art. 57 da Lei de Drogas, temos a seguinte consequência:

Art. 400 do CPP	Art. 57 da Lei 11.343/2006
Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.	Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.
Conflito bilateral.	É visível a bilateralidade do conflito, uma vez que a aplicação de uma das normas, consequentemente, viola a outra norma, pois ambas possuem caráter impositivo, ou seja, deve ser aplicado da maneira informada.

29. Idem, p. 157.

30. Idem, p. 157.

Conflito parcial.	Embora o tema deste trabalho demonstre que, no que é pertinente ao interrogatório, há violação total, o conteúdo textual-normativo de ambos artigos carregam mais do que uma imposição, porquanto tratam de orientação da audiência de instrução e julgamento, mantendo-se, no demais, idênticos os dispositivos, tais como a ordem de oitiva das testemunhas.
Violação necessária.	A violação caracteriza-se como necessária, porque não há uma exceção, devendo todos aqueles delitos previstos na Lei 11.343/2006 seguirem o procedimento dessa ou do Código de Processo Penal.

Resultado final, o conflito entre as normas do art.400 do CPP e do art. 57 da Lei 11.343/2006, estudadas neste trabalho, é bilateral, de violação parcial e necessária.

Com a análise elaborada pelos critérios de verificação de conflito entre normas desenvolvido por Kelsen, tem-se, então, que efetivamente há uma contenda entre os dois textos normativos, devendo, assim, haver uma resolução.

Dessa forma, foram vários os preceitos desenvolvidos para que se pudesse chegar a uma solução quando duas normas contrariarem-se.

Malgrado, é Bobbio[31] que realmente desmonta o instituto da antinomia e demonstra a efetiva forma de solucionar o óbice. O autor apresenta alguns relevantes critérios para extinguir a antinomia, notadamente: hierárquico, cronológico e de especialidade.

O critério da *hierarquia* ocorre quando as normas antinômicas estão em desnível, sendo uma de ordem superior à outra, por exemplo, uma lei constitucional é contrariada por uma lei ordinária, é claramente visível que a lei constitucional, por possuir uma escala superior, deve ser a válida.

O critério *cronológico* fundamenta que se duas normas de mesmo nível contrapõem-se, deve ser válida aquela que sucedeu a anterior, pois, de acordo com

31. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 249.

Bobbio,[32] "é regra geral no direito que a vontade sucessiva ab-rogue a anterior, que de dois atos de vontade da mesma pessoa, seja válido o que se realizou por último no tempo".

Agora, destaca-se o critério da *especialidade*, preceito esse utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e demais tribunais para embasar a impossibilidade de causa de nulidade quando o réu é interrogado ao início da solenidade de instrução e julgamento.

Segundo este modo, a norma especial deveria sobrepor-se à norma geral, ou seja, o art. 57 da Lei 11.343/2006 deveria preponderar ao art. 400 do CPP em razão desse ser geral e daquele ser especial.

Consoante os estudos de Bobbio:[33]

> Também nesse caso a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que derroga uma lei mais geral, ou seja, que subtrai a uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diversa (contrária ou contraditória).

É evidente que o sistema de solução de antinomia fora desenvolvido para a simples resolução de conflitos normativos, mas o que se denota da situação apresentada é que não se está diante de uma mera contrariedade normativa, porquanto se deu, com a reforma processual de 2008, uma nova concepção de ampla defesa e contraditório, ou seja, essa nova interpretação ampliou direitos e conceitos fundamentais para beneficiar o cidadão.

Ao posicionar o interrogatório ao fim da audiência de instrução e julgamento, o legislador reconheceu que o exercício de ampla defesa outrora praticado não era adequado, devendo ser, nos procedimentos comuns, realocado o interrogatório ao fim da solenidade.

Essa nova concepção de ampla defesa é constatada pela exposição de motivos elaborada pelo Poder Executivo quando do envio da proposta legal ao Congresso Nacional.

Na referida exposição de motivos[34] – conforme já apresentado, mas se repete para fins de melhor visualização –, constou o seguinte conteúdo quanto à alteração dos procedimentos, parte em que se enquadra o interrogatório:

32. Idem p. 250.

33. Idem p. 253.

34. BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de lei da câmara nº 36, de 2007*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal,

> Os procedimentos previstos no vigente Código de Processo Penal muito se distanciam dos objetivos do processo moderno, especialmente no que diz respeito à celeridade, à defesa efetiva e ao sistema acusatório. O procedimento sumário, conforme estabelecido no Código, permite que a ação penal seja exercida pelo próprio juiz e pela autoridade policial, o que não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, razão pela qual desde 1988 não vem sendo aplicado, tornando letra morta diversos dispositivos do Código.
>
> No atual procedimento ordinário, o fracionamento da instrução jamais encontrou qualquer justificativa que pudesse compensar a demora excessiva que proporciona à prestação jurisdicional. Além disso, a identidade física do juiz, obrigatória no processo civil, não encontra qualquer previsão no processo penal.
>
> São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia; interrogatório do acusado somente após a produção da prova, procedimento oral realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa, interrogado o acusado, produzidas as alegações finais das partes e prolatada a sentença. O juiz poderá rejeitar a acusação, liminarmente ou no momento do recebimento da denúncia ou queixa, bem como absolver sumariamente o acusado, após facultar às partes a produção de provas. (...).

Da forma expressa pela autoridade originária do projeto de lei, fora necessária uma proposta de reforma ao Código de Processo Penal, porquanto o diploma legal, da forma em que estava, não fornecia uma "defesa efetiva"

---

relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. p. 20-21. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=40019&tp=1]. Acesso em: 17 abr. 2015.

e afastava-se de um «processo moderno» [termos expressos no documento citado]. Isso quer dizer que as medidas propostas eram imprescindíveis para que o processo penal estivesse em consonância com o disposto na Constituição Federal, conclusão lógica, porquanto se não está sendo fornecido uma "defesa efetiva" ao cidadão, não se está sendo respeitado o Princípio da Ampla Defesa, logo há violação da Constituição.

Portanto, conclui-se que a alteração no Código de Processo Penal não fora pura e simplesmente aplicada para alterar a forma na qual se procedia o interrogatório do réu, mas para que houvesse o necessário cumprimento de Norma Superior.

O que se tem é uma falsa impressão de que a antinomia ocorre entre duas normas de mesmo nível, mas de espécies diferentes (geral e especial), pois o Código de Processo Penal fora reformado para que estivesse de acordo com a Constituição, ao contrário do art. 57 da Lei 11.343/2006.

É por esse motivo que não se pode aplicar o princípio da especialidade tão somente porque a regra afirma, afinal, o intérprete jurídico não pode limitar-se a afirmar que "a regra é essa", pois se assim fosse, não haveria a necessidade de submeter contrariedades aos juristas, porque a norma informaria diretamente a solução.

Tem-se, então, que a antinomia não ocorre entre normas do mesmo nível, como referido, mas entre normas de escalas desiguais, isso porque o conflito existe entre norma especial (art. 57 da Lei 11.343/2006) e norma constitucional (art. 5.°, LV, da CF/1988). Logo, a regra que deve ser aplicada é a da *hierarquia*, devendo o interrogatório passar ao final da instrução, por força da Constituição Federal, uma vez que essa impõe ao Estado a concessão de ampla defesa ao cidadão quando processado e, como expresso pelo autor do projeto de Lei que reformou o Código de Processo Penal, por ter sido constatado que não se estava, como o mecanismo que persiste na Lei de Drogas, cumprindo-se a "defesa efetiva".[35]

Contudo, a solução não é assim tão simples. Demonstrado o entendimento de que o critério hierárquico persiste, pois a norma efetivamente violada pelo

35. BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de lei da câmara n.° 36, de 2007*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. p. 20-21. Disponível em:[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=40019&tp=1]. Acesso em: 17 abr. 2015.

art. 57 da Lei 11.343/2006 é constitucional e não ordinária, entra-se, então, em um conflito de critérios, uma "antinomia de segundo grau".[36]

Assim, passa-se a um novo embate, a avaliação de qual dos critérios devem ser aplicados, o hierárquico ou o da especialidade.

Bobbio[37] aduz que não há uma resolução definitiva para situação, mas:

> Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: caso se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial possa derrogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico estariam destinados a ser rapidamente esvaziados de todo conteúdo.

Inobstante a conclusão incerta de Bobbio[38] ao afirmar que há possibilidade de aplicar tanto um quanto o outro em razão de que "não existe uma regra geral consolidada", tendo em vista que o próprio autor reconhece que na teoria o mais salutar seria a aplicação do critério hierárquico e que a Constituição carrega em seu cerne muito mais do que o mero conceito de norma procedimental, como ocorre com o dispositivo normativo 57 da Lei de Drogas, faz-se parecer que deve preponderar, hierarquicamente, o previsto no art. 400 do CPP em detrimento do referido art. 57 da Lei 11.343/2006, isso porque o previsto no Código encontra escopo na Lei Maior.

Assim, a crítica quanto ao método adotado pelo Supremo Tribunal Federal só pode ser uma: que inadequada a solução para o conflito de normas, por não ter adentrado, neste caso, no cerne da discussão, qual seja, uma lei reformada aos moldes da Constituição Federal, e que concede a devida ampla defesa ao réu, ser suprimida por uma norma que está em desacordo com os preceitos da Carta Maior apenas pela incidência do Princípio da Especialidade.

2.3.3. A possibilidade de resolução da controvérsia (ou sua ampliação) – Uma decisão paradigma

Ao longo de todo o trabalho, fora possível conceber que a jurisprudência majoritária entende que não há possibilidade de mover-se o interrogatório,

36. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 263-264.

37. Idem p. 264-266.

38. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 263-264.

quando o delito está previsto na Lei de Drogas. Isso porque a Lei 11.343/2006 é especial e prevê expressamente que o interrogatório será no início da solenidade de instrução e julgamento.

Entretanto, tem-se uma gritante controvérsia quanto a esse respeito, contenda que vai além do apresentado neste objeto de estudo.

Consoante demonstrado, os tribunais, de forma geral, alteraram seu posicionamento pelo chamado "efeito cascata", i.e., as decisões de tribunais superiores refletiram diretamente nos de alçada menor.

De acordo com o anteriormente elucidado, quem iniciou a definição da impossibilidade de estabelecer o interrogatório ao final da instrução fora o Min. Ricardo Lewandowski quando dos julgamentos do *Habeas Corpus* 113.625/RJ e Agravo Regimental 823.822-ES.

Nos termos do explicado quando da análise desse entendimento, ficou evidente que o ministro utilizou-se da fundamentação de que o princípio da especialidade impõe que a norma especial prepondere à ordinária. Contudo, essa interpretação do Supremo Tribunal Federal expressa uma mera mecânica e não um ato de interpretar, como referido.

Ocorre que esse entender do ministro não fora sempre assim, havendo um claro conflito em sua posição quanto à mesma matéria, mas em fatos diferentes. Quando do julgamento do Agravo Regimental em Ação Penal 528[39] (Anexo G), originária do STF, o ministro sustentou posicionamento diverso, asseverando que não só pode, mas deve ocorrer a realocação do interrogatório.

No caso da referida ação, tratava-se de discussão que procedia sobre a Lei 8.038/1990 – lei que "Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal"[40] e prevê o interrogatório ao início da audiência de instrução e julgamento

39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Penal n.º 528, do Plenário. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Wlaudecir Antonio da Costa Rabelo e Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872]. Acesso em: 06 mai. 2015.

40. BRASIL. *Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm]. Acesso em: 06 mai. 2015.

por força do art. 7.º[41] da mencionada lei – em que dos dois acusados, um fora citado, mas não compareceu à solenidade para interrogatório, e o outro nem sequer fora encontrado, tendo, então, o Ministério Público Federal pleiteado que fosse determinada a intimação dos procuradores do réu citado para que apresentasse sua defesa, bem como que se expedisse nova "carta de ordem e interrogatório" ao réu não citado.

Quando desse pedido, o relator da Ação Penal 528, Min. Ricardo Lewandowski, decidiu da seguinte forma, como consta no acórdão do agravo regimental na ação penal 528:[42]

> Em vista do previsto na Lei 11.719/2008, que modificou o art. 400 do CPP e transferiu o interrogatório para o final do processo, considerando a nova sistemática mais favorável à defesa, na presente ação penal os réus serão interrogados ao final.

Ou seja, de forma a exceder o pedido do Ministério Público Federal, o ministro, de ofício, dispõe que o interrogatório de ambos os réus deveria ser alocado ao final da audiência de instrução e julgamento, situação que gerou a interposição do agravo regimental aqui e agora estudado.

Na forma do agravo interposto pelo MPF, não poderia ter o ministro aplicado o previsto no art. 400 do CPP, porque a Lei 8.038/1990 é lei de caráter especial e, portanto, prepondera à lei ordinária (Código de Processo Penal).

O agravo fora recebido e remetido à apreciação do plenário que, de forma *unânime e nos termos do voto do relator* (Min. Ricardo Lewandowski), negou provimento ao agravo.

A motivação fora emanada em sentido contrário ao entendimento do próprio STF quanto ao realocar o interrogatório ao final da audiência de instrução e julgamento no rito da Lei de Drogas, i.e., permitiram que o réu fosse interrogado ao final da instrução.

No mérito do recurso, reconheceu o Min. Ricardo Lewandowski que:

---

41. Art. 7º – Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

42. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Penal n.º 528, do Plenário. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Wlaudecir Antonio da Costa Rabelo e Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872]. Acesso em: 06 mai. 2015.

> Não se pode negar que se trata de um tema de altíssima relevância, dado o reflexo que a referida inovação legal exerce sobre o direito constitucional à ampla defesa, embora não tenha tido ainda o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de posicionar-se definitivamente a respeito dele, nem mesmo em sede de questão de ordem.

Após afirmar a delicadeza do assunto, referiu que o tema chegou a ser debatido no âmbito da Suprema Corte, tendo o Min. Celso de Mello manifestando-se na sessão plenária de 07.10.2010, na questão de ordem suscitada nos autos da Ação Penal 470.

O Min. Ricardo Lewandowski, então, – colacionando ao acórdão do agravo a fundamentação do Min. Celso de Mello quando da sessão plenária mencionada no parágrafo anterior, cujo conteúdo é completamente favorável ao posicionamento do interrogatório ao final da audiência de instrução e julgamento, uma vez que a constitucionalização do processo penal abarcou a ampla defesa e contraditório –, demonstrou-se favorável ao momento do interrogatório ser ao final da audiência de instrução e julgamento.

Seguindo-se no voto do relator Min. Ricardo Lewandowski,[43] após elucidar o entendimento do Min. Celso de Mello quando de julgamento de outro processo, posicionou-se a favor e mais:

> Tendo em conta essas judiciosas constatações, afirmar que é essencial aos sistemas processuais respeitarem à plenitude do direito de defesa e ao contraditório afigura-se, no mínimo, despiciendo, pois tais premissas encontram-se assentadas não apenas no ordenamento pátrio, mas revelam-se [sic] como alguns dos mais caros valores do Estado Democrático de Direito, assim sendo reconhecido pela grande maioria das nações civilizadas.

Nessa linha, parece-me relevante constatar que, se a nova redação do art. 400 do CPP possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no art. 7º da Lei 8.038/1990, em homenagem aos princípios constitucionais aplicáveis ¡a espécie.

---

43. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Penal n.º 528, do Plenário. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Wlaudecir Antonio da Costa Rabelo e Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872]. Acesso em: 06 mai. 2015.

Ora, possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo, mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório.

O ministro relator, sem entrar no mérito formal, estabelece que o direito de ampla defesa deve ser respeitado e, inclusive, diz que a inobservância desse direito e do contraditório seria algo "despiciendo".

Consoante o entendimento do Min. Ricardo Lewandowski – nesse acórdão –, tendo a reforma do art. 400 do CPP oferecido um exercício eficaz superior ao que fornece o art. 7.º da Lei 8.038/1990, deveria aquele ser aplicado.

Mais, adentrando na questão formal sobre os critérios de antinomia suscitado pelo MPF, ressaltou:

> Voltando a discussão para um aspecto mais formal, entendo que o fato de a Lei 8.038/90 ser norma especial em relação ao Código de Processo Penal, de cunho nitidamente geral, em nada influencia o que aqui se assentou.
>
> É que, a meu sentir, a norma especial prevalece sobre a geral apenas nas hipóteses em que estiver presente alguma incompatibilidade manifesta e insuperável entre elas. Nos demais casos, considerando a sempre necessária aplicação sistemática do direito, cumpre cuidar para que essas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente.

É perceptível que, mesmo o ministro afirmando que se faria uma análise formal, não se teve uma revisão especificamente técnica por parte da Corte, contudo, o mais importante fora explicitado: o direito da defesa, a proteção ao réu, é causa que prepondera em relação a qualquer conflito normativo, qualquer antinomia, pois se trata de percepção moral e política.

Apesar dessa decisão ter sido proferida sobre situação fática distinta das previstas na Lei 11.343/2006, o fato é que a matéria de direito é exatamente a mesma, coincidindo entre ambas as leis (Lei 8.038/1990 e Lei 11.343/2006).

Isso tão é verdade que, quando do julgamento do agravo discutido neste item, manifestou-se o Min. Luiz Fux[44] que, no mesmo julgamento, ressaltou a seguinte situação:

> Inclusive, Ministro Lewandowski, Vossa Excelência com esse acórdão resolve hoje uma questão pontual doutrinária que é a referente à lei de drogas, que prevê o interrogatório como o primeiro ato do processo. Tem havido uma discussão doutrinária sobre se não deveria ser o último ato da instrução. E é como salientou o Ministro Ayres Brito. primeiro, o interrogatório passou por aquela modificação de ser contraditório, ou seja, o próprio advogado pode inquirir também.
>
> E, agora, então, nessa colocação – talvez a melhor delas –, naquele último momento processual, quando ele, ao ser interrogado, poderá falar sobre todas as provas coligidas.

A problemática, então, transcende o esperado, porquanto não se tem o motivo pelo qual entendeu a Suprema Corte que quando o processo estiver sob a égide da Lei 8.038/1990 o interrogatório será realocado ao final, mesmo a lei especial prevendo o contrário e, inclusive, podendo o juízo, de ofício, assim o fazer. Entrementes, quando estiver tramitando na forma da Lei 11.343/2006, nem sequer requerendo poderá o interrogatório ser posto ao fim da solenidade.

Essa divergência jurisprudencial quanto ao mesmo conteúdo jurídico, nitidamente, acaba violando preceitos integrados na Constituição Federal, como o da igualdade material e formal, isso porque, ao julgar de forma favorável para uns e desfavorável para outras circunstâncias de conteúdo eminentemente jurídico, a distinção está ocorrendo entre os sujeitos e não sobre a matéria.

Nesse sentido, paira a seguinte questão: qual a diferença entre o réu que responde a ação por delito previsto na Lei de Drogas e o acusado que é processado em ação originária do STF? Afinal de contas, tem-se que ambos são réus, cidadãos.

44. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Penal n.º 528, do Plenário. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Wlaudecir Antonio da Costa Rabelo e Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872]. Acesso em: 06 mai. 2015.

Diante desses motivos, o que se denota é que a negativa de concessão de realocação do interrogatório dos réus processados por crimes pertencentes à Lei 11.343/2006 com base no princípio da especialidade pode ser superada, assim como ocorreu com o problema que havia na Lei 8.038/1990, porquanto, conforme o entendimento do ministro relator de ambas as decisões: "considerando a sempre necessária aplicação sistemática do direito, cumpre cuidar para que essas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente".[45]

3. CONCLUSÃO

A Lei 11.719/2008 alterou os procedimentos dentro do Código de Processo Penal, sendo uma dessas alterações a do interrogatório, realocando-o, quantos aos procedimentos comuns, ao final. Essa mudança fez com que a discussão sobre a possibilidade de aplicá-la aos procedimentos especiais viesse à tona, causando grande divergência no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Propôs-se, então, utilizando-se da metodologia indutiva dedutiva, por análises de legislação e jurisprudência, bem como por meio de revisão bibliográfica, um estudo mais aprofundado quanto a esse tema, transcorrendo-se desde os preceitos básicos do processo penal até os elementos utilizados pelas Cortes para realizarem o julgamento de casos que possuíam essa problemática.

A partir da pesquisa realizada, constatou-se que as Cortes tomaram, em sua grande maioria, a séria posição de não permitir o alcance da alteração trazida pela reforma processual de 2008 às leis especiais, ou melhor, à Lei de Drogas. Esse posicionamento evidentemente não esgotaram os motivos pelos quais não haveria essa possibilidade, pois, conforme o desenvolvido, o processo penal é o meio utilizado para que o Estado possa legitimar sua atuação, devendo esse, logo, fornecer condições suficientes ao réu de, em paridade de armas, resistir a essa demanda nos termos que impõe a Constituição Federal.

Mesmo que os critérios utilizados para definição de procedimentos, como fora estudado, não permitam que essa reforma alcance as leis especiais, observou-se que os princípios norteadores do processo penal (e da ordem constitucional como um todo), definem que deve ser concedido ao réu o direito de

45. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Penal n.º 528*, do Plenário. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Wlaudecir Antonio da Costa Rabelo e Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872]. Acesso em: 06 mai. 2015.

ampla defesa e contraditório, sendo que o projeto de lei que definiu a alteração processual de 2008 reconheceu que se deveria alterar os dispositivos lá elencados, por falta de uma defesa efetiva.

Isso porque o interrogatório era realizado ao início da audiência de instrução e julgamento, tendo o Estado reconhecido que o melhor momento para efetivar a ampla defesa estatuída na Constituição Federal era, nos termos da Constituição e de tratados internacionais, o momento final da solenidade, uma vez que ali seria o interregno adequado para o réu exaurir sua autodefesa de forma a ter conhecimento de todo arcabouço probatório.

Contudo, utilizando-se do princípio da especialidade, entendeu a posição majoritária dos tribunais, em consequente "efeito cascata" – em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal – que por ser a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) específica, essa deveria preponderar ao preconizado no Código de Processo Penal, e tão somente isso.

No decorrer da pesquisa buscou-se evidenciar que a fundamentação utilizada pela Corte Suprema é, no mínimo, insuficiente para demonstrar o porquê esse conflito normativo antinômico fora resolvido pelo simples critério da especialidade, sem que se adentrasse efetivamente na discussão da matéria.

A posição do Poder Judiciário, claramente, mostra-se contrária ao que se entende pelo processo penal constitucional que, como visto, estabelece que as diretrizes do processo penal deverão ser tomadas conforme a ordem constitucional, sob pena de uma norma inferior violar a principal norma de uma república, causando grande prejuízo ao jurisdicionado.

Mais. A motivação do Supremo Tribunal Federal manteve-se em atuar de uma forma exata, quase matemática, porquanto se restringiu a explicar uma fórmula: pelo princípio da especialidade a lei especial prepondera à geral, deixando de expor o real motivo de existir uma Corte com homens de notável saber jurídico, qual seja, uma análise analítica e particular do que é proposto.

Não bastasse a fragilidade dessa explicação, a teoria dos critérios de resoluções de antinomias aprofundada por Bobbio deram conta de demonstrar que existe, sim, a possibilidade de aplicar-se uma norma que, quando caracterizada pela sua hierarquia – o que ocorrera, porque ao alterar o dispositivo processual penal deu-se novo sentido à Constituição e não apenas ao diploma processual –, a teoria explica que é o mais salutar aplicar a hierarquicamente superior em detrimento da norma especial, para que não se gere uma insegurança, permitindo-se que leis ordinárias revoguem dispositivos constitucionais.

Ademais, evidenciou-se que o Supremo não conseguiu, ainda, delinear um efetivo posicionamento quanto a isso, ou, propositalmente, criou uma diferen-

ciação entre os réus que respondem pela Lei 11.343/2006 e os que respondem pela Lei 8.038/1990. Decidiu que quando se estiver discutindo sobre essa lei, deverá o acusado ser interrogado ao final da audiência de instrução e julgamento, mas se estiver diante daquele diploma legal, o acusado deverá ser ouvido no início da solenidade.

De fato não se tem bem ao certo os reais motivos que levaram a Corte Constitucional a desenvolver essa dicotomia entre os acusados, pois não se está a discutir matéria fática, mas de direito, até porque, quando da decisão que não só permitiu, mas obrigou a posição do interrogatório dos réus que respondiam pela Lei 8.038/1990 ao final da audiência de instrução e julgamento, o mesmo relator, Min. Ricardo Lewandowski, admitiu que se tratava de algo superior à mera digladiação de normas, tendo, inclusive, o Min. Fux afirmado que ali se tinha a resolução da problemática envolvendo os crimes previstos na Lei de Drogas. Contudo, não fora assim que se encerrou a discussão.

Tem-se, então, que apesar de toda a construção e ciência dos reais motivos de existência do processo, de seus procedimentos, do interrogatório, dos princípios basilares da defesa e da ordem constitucional, bem como mesmo os critérios resolutivos de antinomia permitindo que se aplicasse a norma mais benéfica, permaneceu o Supremo Tribunal Federal a decidir de forma errática, concedendo a uns o direito pleno da ampla defesa e a outros apenas uma demonstração.

Portanto, conclui-se que a aplicação mais adequada, evidentemente, é a absorção do art. 57 da Lei 11.343/2006, não apenas pelo art. 400 do CPP, mas também pela ordem constitucional, impondo-se, no particular, uma alteração no rumo das decisões da Suprema Corte brasileira.

4. BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. *Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.

_____. *Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 245.752/SP*, da 6.ª Turma. Paciente: Analysa Alves. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 20 de fevereiro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 293.675/PB*, da 5.ª Turma. Paciente: Solange Barbosa de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Min. Gurgel de Farias. Brasília, 10 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 300.008-SP*, da 6.ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 03 de fevereiro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 314.032/PB*, da 5.ª Turma. Paciente: José Alfredo Rodrigues de Sousa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 05 de maio de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n.º 44.015/SP*, da 6.ª Turma. Recorrente: Júlio César Aparecido de Sousa. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogério Scietti Cruz. Brasília, 04 de setembro de 2014.

_____. Supremo Tribunal de Federal. *Súmula n.º 523*. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental n.º 823.822-ES*, da 2.ª Turma. Agravante: Antonio Carlos Vivacqua Suter. Agravado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Penal n.º 528*, do Plenário. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Wlaudecir Antonio da Costa Rabelo e Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 122.229-SP*, da 2.ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 03 de maio de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (4.ª Região). *Apelação n.º 5003750-63.2012.404.7110/RS*, da 8.ª Turma. Apelante: Joao dos Reis Zucchi Filho. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (4.ª Região). *Apelação n.º 5004823-79.2012.404.7204/SC*, da 7.ª Turma. Apelante: Narciso Franco Mazacotte. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Luiz Carlos Canalli. Porto Alegre, 29 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (4.ª Região). *Correição Parcial n.º 5002030-17.2013.404.0000/SC*, da 8.ª Turma. Corrigente: Boris Laban. Corrigido: Juízo Federal da Vara Federal e Juizado Especial Federal de Laguna. Relator: Juiz Federal Gilson Luiz Inácio. Porto Alegre, 06 de março de 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (4.ª Região). *Habeas Corpus n.º 5022893-57.2014.404.0000/PR*, da 7.ª Turma. Paciente: Carlos Sergio Fionna. Impetrado: Juízo Federal da 5.ª Vara Federal de Londrina. Relator: Des. Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 30 de setembro de 2014.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los pressupuestos processales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa, 1964.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed.RT, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIMARÃES, Ulysses. *[Discurso]* 27 jul. 1988, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, 1988. Discurso recitado pelo Presidente da Assembleia Constituinte. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm]. Acesso em: 25 abr. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1968.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nova Iorque, 1948. Disponível em: [http://br.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html]. Acesso em: 25 abr. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70062431549*, da 1.ª Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Jonatas Silva Bandeira. Relator: Des. Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 16 de março de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70057131435*, da 2.ª Câmara Criminal. Apelante: Alexsandro Velasque Ferreira. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva. Porto Alegre, 23 de abril de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70053708400*, da 2.ª Câmara Criminal. Apelante: Alexsandro Velasque Ferreira. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre, 12 de março de 2015. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande

do Sul. *Apelação n.º 70059809996*, da 3ª Câmara Criminal. Apelante: Douglas Roberto Machado Franco. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 26 de março de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70063217194*, da 3ª Câmara Criminal. Apelante: Leonardo Prates Pinheiro. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 16 de abril de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As inovações no interrogatório no processo penal, de José Theodoro Corrêa de Carvalho – *RT* 828/463-477, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/787-807 (DTR\2004\656); e
- Interrogatório, de Paulo Hamilton Siqueira Júnior – *RT* 795/729-754 (DTR\2002\555).

86377

Tempos da investigação: o transcurso do inquérito policial no Sistema de Justiça Federal

The times of police investigations: the transcourse of the inquérito policial *in the Federal Justice System*

Bruno Amaral Machado

Pós-doutorado em sociologia (UnB – John Jay). Doutor em sociologia jurídico-penal (Universidade de Barcelona). Professor do programa de mestrado e doutorado em direito do Uniceub.
brunoamachado@hotmail.com

Cristina Zackseski

Doutora em Estudos Comparados sobre as Américas (UnB). Professora da Faculdade de Direito (UnB).
cristinazbr@gmail.com

Rene Mallet Raupp

Especialista em estatística (UFPA). Especialista em sistemas de banco de dados com ênfase em mineração de dados (data mining) (UFPA). Assessoria e consultoria em pesquisas sócio-jurídicas.
rene.raupp@gmail.com

Recebido em: 23.10.2015
Aprovado em: 27.04.2016
Última versão autor: 19.05.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar análise exploratória do transcurso do tempo de investigação policial realizada nos inquéritos policiais que investigam casos de corrupção e delitos econômicos no sistema de justiça federal. A proposta insere-se em projeto de pesquisa financiado pela ESMPU (Escola Superior do Ministério Público da União), com a colaboração do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Abstract: This article intends to present an exploratory analysis of the time spent on investigations of corruption and economic crimes through the procedure of the inquérito policial (police inquiry) in the federal justice system. Our text is part of a major Project sponsored by the ESMPU (Escola Superior do Ministério Público da União) and the Fórum Brasileiro de Segurança Pública. According to Law 5010,

De acordo com o art. 66 da Lei 5.010, de 1966, o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 15 a 30 dias. A partir do parâmetro normativo, buscamos identificar: os tempos médios das investigações policiais, possíveis correlações entre os tempos da investigação e o oferecimento de denúncias ou de arquivamentos pelo MPF, bem como as diferenças e similitudes entre os Estados selecionados neste estudo. No final discutimos algumas hipóteses explicativas para o descumprimento dos prazos processuais e possíveis efeitos na persecução penal a partir da literatura e informados pela parte qualitativa da mesma pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação policial - Inquérito policial - Corrupção e delitos econômicos - Tempo - Morosidade.

of 1966, article 66, the Police investigation must be concluded within 15 to 30 days. From this point we search to identify: medium times of investigations, the correlations with the prosecution percentages of cases finished and the differences detected on the States selected on this research. Finally we discuss some hypothesis for neglecting the legal procedures and we argue some consequences for prosecution.

KEYWORDS: Police investigation - Inquérito policial - Corruption and economic crimes - Time.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Tempo, direito e processo penal - 3. Práticas processuais e do inquérito policial: além do tempo da investigação policial - 4. Metodologia - 4.1 *Box Plot* - 4.2. Esquema dos Cinco Números - 4.3. Teste de diferença de médias - 5. Tempos da investigação - 6. Discussão e hipóteses explicativas - 7. Conclusões - 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, estudos no campo da segurança pública têm direcionado o foco para a atuação das Polícias Judiciárias no desempenho da atividade de investigação policial. A forma como o inquérito policial (IPL) é percebido por outros atores e organizações como o Ministério Público e o Judiciário também tem despertado o interesse de especialistas. Argumenta-se que a discricionariedade, a morosidade dos procedimentos burocratizados e a falta de articulação entre distintas organizações seriam alguns dos fatores que explicariam o desempenho do sistema de justiça criminal (ADORNO, PASINATO, 2007; AZEVEDO, VASCONCELOS, 2011; COSTA, 2011; MACHADO, 2014; MISSE, 2010 e 2011; RATTON, TORRES, BASTOS, 2011, VARGAS, RODRIGUES, 2011).

A relação entre tempo e tramitação processual é um dos temas centrais de interesse nos estudos da administração de justiça. No campo de estudos do processo, argumenta-se que a morosidade excessiva configura violação do *due process of law* (TUCCI, 1997). O tempo repercute diretamente no processo penal. A consequência mais relevante é a prescrição, que leva à ex-

tinção da punibilidade (art. 107 do CP). A hipótese pode ser coloquialmente descrita como forma de impunidade prevista em lei em razão do decurso do tempo. Além disso, o lapso temporal afeta direta ou indiretamente a qualidade da prova produzida.

Há aparente consenso entre juristas e cientistas sociais de que o tempo é um dos principais aliados da impunidade penal, especialmente nos casos de corrupção e delitos econômicos.[1] Recentemente, na esteira do caso Lava Jato, houve intensa movimentação de setores da sociedade civil, da mídia e de instituições contra a corrupção no sentido de providenciar ajustes de funcionamento do sistema de controle. O MPF iniciou forte campanha com um pacote de medidas, destacando-se alteração dos prazos prescricionais e a racionalização do sistema recursal, apontado como um dos responsáveis pelas prescrições intercorrentes reconhecidas pelos tribunais superiores em razão do tempo transcorrido (Ministério Público lança no Rio campanha contra a corrupção. Disponível em: [http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/08/ministerio-publico-federal-lanca-no-rio-campanha-contra-corrupcao]. Acesso em: 18 set. 2014).

O objetivo deste artigo é apresentar análise exploratória do transcurso do tempo de investigação policial realizada nos IPLs (inquéritos policiais) que investigam casos de corrupção e delitos econômicos no sistema de justiça federal. Os dados que utilizamos para este propósito são frutos de projeto de pesquisa financiado pela ESMPU (Escola Superior do Ministério Público da União) e com a colaboração do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.[2] A partir de estudos exploratórios e deliberação com o comitê de pesquisa da ESMPU, decidimos aprofundar o estudo em relação à justiça federal nas seguintes UFs (unidades da federação): Distrito Federal (DF), SP (São Paulo),

1. Conferir extensa discussão da literatura sobre o controle penal da corrupção e dos delitos econômicos no primeiro capítulo do relatório de pesquisa. A seleção dos tipos penais ajusta-se ao conceito de crime de colarinho branco proposto por Susan Shapiro: crimes praticados no exercício de ocupação profissional (MACHADO, COSTA, ZACKSESKI, 2015, p. 42-62).

2. Agradecemos os comentários de Ana Luisa Rivera e Antonio Suxberger a este texto, que apresenta dados do relatório de análise estatística. A pesquisa partiu de demanda da direção da ESMPU, responsável pelo financiamento, e foi realizada entre janeiro de 2014 e julho de 2015. O Fórum gerenciou os recursos financeiros e a remuneração dos pesquisadores, integrantes dos grupos de pesquisa Política Criminal (Uniceub/UnB) e Nevis (UnB). A coordenação coube aos seguintes pesquisadores: Arthur Costa, Bruno Amaral Machado (Coordenador-geral) e Cristina Zackseski.

PE (Pernambuco) e Paraná (PR). Na pesquisa buscamos, a partir de diferentes técnicas quantitativas e qualitativas, descrever e analisar as realidades e as contradições da investigação criminal por meio do inquérito policial e a persecução criminal nos casos de corrupção e de delitos econômicos.[3] Procuramos compreender, especialmente, o papel do inquérito em investigações em crimes dessa natureza. Assim, indagamos como são realizadas as investigações, a produção probatória, bem como as condições que possibilitam a persecução penal.

De acordo com o art. 66 da Lei 5.010/1966, o inquérito policial deve ser concluído em 15 dias, quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por igual prazo com autorização do juízo competente. Infere-se que o prazo para a conclusão do inquérito policial é de 30 dias se o acusado estiver solto, de acordo com o Código de Processo Penal. Que razões explicam o descumprimento dos prazos legais? Que consequências o lapso temporal acarreta para a persecução penal? Que peculiaridades podem ser destacadas em relação à investigação dos delitos econômicos e corrupção? A partir do parâmetro normativo, buscamos identificar: os tempos médios das investigações policiais; possíveis correlações entre os tempos da investigação e o oferecimento de denúncias ou de arquivamentos pelo MPF, especialmente em relação aos crimes econômicos e corrupção, bem como as diferenças e similitudes entre as UFs selecionadas neste estudo. Ao final, apresentamos e discutimos hipóteses explicativas para o descumprimento dos prazos processuais e possíveis efeitos na persecução penal.

2. TEMPO, DIREITO E PROCESSO PENAL

As relações entre tempo e direito inspiram discussões filosóficas e vêm assumindo lugar relevante nas análises teóricas contemporâneas. Uma das teses centrais na análise de Ost é a de que o tempo deve ser concebido fundamentalmente como instituição social, e não um dado físico ou psíquico. O autor investe no que identifica como fragilidades do direito como fenômeno que

3. Na pesquisa foram utilizadas técnicas estatísticas descritivas e técnicas qualitativas de análise documental, entrevistas em profundidade e grupos focais com servidores públicos lotados em distintas organizações de fiscalização/controle, policiais federais, procuradores da República e magistrados federais. Conferir descrição detalhada das técnicas de pesquisa, a relação dos participantes (anonimato preservado) bem como o transcurso do trabalho de campo no relatório final da pesquisa (MACHADO, COSTA, ZACKSESKI, 2015a, p. 15-20).

institui o tempo. Assim, relaciona formas de "destemporalização", tais como, para mencionar uma delas, o rechaço ao caráter evolutivo e finito do tempo, descrito como linear (sem fissuras) (OST, 2005, p. 12-20).

Na abordagem sistêmica o tempo articula-se diretamente à função do direito em relação ao passado: estabilização de expectativas normativas. A determinação das comunicações individuais depende de complexo comunicativo que recorre ao tempo. Em outras palavras, funda-se em comunicações passadas e potenciais conexões futuras. Nesse sentido, as normas jurídicas configuram um conjunto de expectativas simbolicamente generalizadas. A relação indica a função do direito quanto ao futuro: esforço de preparação para um futuro incerto (LUHMANN, 2005, p. 183-187).

Os debates sobre o tempo e o direito podem ser encontrados em diferentes disciplinas jurídicas (CARNELLI, 1960; ROCHA, 2007, p. 190-191). A instituição do tempo na modernidade é central para compreender, por exemplo, o surgimento da pena privativa de liberdade. O modo de produção capitalista possibilitou, no âmbito penal, que a unidade temporal fosse transformada em medida das sanções penais (MATTHEWS, 2003, p. 64-70). A quantificação em dias, meses e anos de restrição da liberdade tornou-se a forma de punição mais difundida na modernidade, ocupando o lugar das penas corporais.

No direito processual o tempo relaciona-se ao devido processo legal. No processo penal, o ideário da correção do exercício da jurisdição penal supõe a observância estrita das formalidades (CALAMANDREI, 1960, p. 37 e ss.; CRUZ, 2013, p. 2). A diferenciação do direito processual penal moderno deve ser observada sob a matriz do Estado Constitucional de Direito. A prestação jurisdicional submete-se a procedimentos pré-estabelecidos, cujo objetivo é conferir previsibilidade aos atos judiciais e estabelece ônus processuais às partes. Define-se roteiro de práticas e papéis assumidos por distintos sujeitos processuais. A positivação fundamenta-se, assim, no princípio da segurança jurídica e o tempo processual constitui-se em garantia positivada na forma de ritos procedimentais. De outro ângulo, critica-se que a morosidade processual pode afetar a prestação jurisdicional.

O tema é objeto de regulação internacional desde meados do séc. XX. A Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos, de 1950, consagrou na Europa o direito fundamental a um "processo em tempo rápido". Para a efetividade do diploma internacional, foram instituídos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Comissão Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (NICOLLIT, 2006, p. 26). De fato, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos

Humanos conformam balizas para o estabelecimento de critérios para aferir o que seria ao "razoável duração do processo". Ao aferir a dilação probatória, o tribunal leva em conta o comportamento das partes e das organizações incumbidas da realização dos atos processuais (juízes e auxiliares da justiça), assim como a complexidade da demanda (NICOLLIT, 2006, p. 73-78).

No Brasil, conforme EC 45/2004, a Constituição determina no art. 5.º, LXXVIII, que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação". A ausência, contudo, de instrumentos legais hábeis a dar concreção ao comando constitucional demanda a reflexão e soluções pragmáticas, tanto de juristas quanto dos tribunais. Certamente, mensurar a razoabilidade da duração do processo intriga tribunais em diferentes países (NICOLLIT, 2006, p. 65). Em estudo recente sobre o posicionamento do STF em relação ao excesso de prazo na formação da culpa, argumentou-se que o tribunal se vale de dois caminhos na distinção do prazo razoável: "limites temporais objetivos ou análise casuística". Em leitura inspirada pelo texto de Ost, conclui-se que o tribunal abandona o curso do tempo físico e "opta por temporalizar o conceito de razoável duração do processo com base na complexidade do caso e da gravidade da infração que, por vezes, possuem mais peso para justificar a manutenção da prisão processual" (HADDAD, QUARESMA, 2014, p. 652).

A preocupação com o tempo da investigação criminal vem ocupando há bastante tempo a atenção de juristas. Em análise do direito comparado, Chouke aponta diferentes tendências: "a). determinação específica ou não do prazo para ultimação; b). O termo *a quo* para a sua contagem; c. O controle caso seja excedido e, d) Sanções em caso de superação sem manifestação" (CHOUKE, 1995, p. 136). Critica-se que a solução brasileira, ao definir no CPP o prazo de 10 dias para o caso de indiciado preso e 30 dias para solto, sugere rigor legislativo, o que na prática revela-se inoperante. Se, no caso de indiciado preso a consequência do excesso de prazo é a concessão da liberdade provisória, não há mecanismo que torne efetivo o prazo processual. Em regra, a "barreira cronológica" gera a prática de concessões de prazos dilatórios. Na ausência de controles institucionais, a prescrição é descrita como forma atípica de controle (CHOUKE, 2006, p. 138-140). O debate sobre o espectro de incidência do princípio da razoabilidade na fase de investigação policial também tem despertado a atenção de juristas. Argumenta-se que o mencionado princípio incide nas hipóteses em que há o indiciamento. Dessa forma, se dentro de prazo razoável não são identificados indícios de autoria e materialidade o procedimento deve ser arquivado (NICOLLIT, 2006, p. 111).

3. PRÁTICAS PROCESSUAIS E DO INQUÉRITO POLICIAL: ALÉM DO TEMPO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

A preocupação em relação ao tempo processual e a morosidade vem ocupando, apenas recentemente, a agenda das ciências sociais. Nos últimos anos, o campo da segurança pública tem dedicado atenção sobre as condições em que são realizadas as investigações policiais e em que ocorre a prestação jurisdicional. Contudo, ainda são escassos os estudos empíricos que avaliem as condições em que são desempenhadas tais funções. As críticas não se limitam à fase do inquérito policial e se dirigem aos processos cíveis e criminais. Os procedimentos cíveis também são retratados como excessivamente burocratizados e orientam-se pelo que Santos descreve criticamente como "cultura do papel". A tramitação desenvolve-se em roteiro de atos formais sucessivos, não raramente marcados pela repetição da instrução e argumentações desnecessárias (SANTOS, 2008, p. 130-131).

Como esboço de sistematização de pesquisas relevantes para o propósito deste artigo, destacamos estudos sobre as práticas processuais e inquisitoriais na tradição do processo penal brasileiro. Em pesquisa seminal sobre a atuação do sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro, no período compreendido entre 1942 e 1967, considerou-se a hipótese de que a administração de justiça se constitui em "subsistemas frouxamente integrados". Policiais, promotores e magistrados atuariam segundo lógicas diferenciadas (COELHO, 1986). As recentes pesquisas sobre as relações entre promotores e policiais evidenciam a desarticulação; os contatos limitam-se às necessidades burocráticas dos IPLs, conforme sugere estudo realizado em Belo Horizonte (VARGAS, RODRIGUES, 2011, p. 6). A ausência de articulação entre policiais e promotores de justiça também foi objeto de análise em pesquisa realizada no Distrito Federal (COSTA, 2011; MACHADO, 2014). O fenômeno é discutido em outros contextos nacionais. Apresenta-se como forma estrutural assumida pelo sistema de justiça na modernidade. A partir de análise da peculiaridade dos Estados Unidos e Reino Unido, Garland sugere que a disjunção constituiu-se na forma idealizada para conferir legitimidade em âmbito em que as organizações buscam atender metas de controle do delito de forma cerimonial (GARLAND, 2008).

Estudos recentes adensaram o campo de investigação do sistema de justiça criminal. De forma sintética, constatamos que o foco dirige-se à seletividade dos processos decisórios, orientados de forma discricionária, o que é relevante para análise do tempo de tramitação dos procedimentos. Inspirado pela obra seminal de Becker (Outsiders), Misse sugere distinguir criminalização – processo de definição legal de uma prática como crime – de *criminação*, consis-

tente na "efetiva interpretação de eventos como crimes, por indivíduos em contextos singulares e por agências em cumprimento da lei" (MISSE, 2011, p. 3). Na descrição de Misse, a *criminação* depende não apenas da dimensão cognitiva na interpretação do fato, mas também de situações concretas que facilitem a coleta das evidências do crime. Nos flagrantes delitos o processamento é imediato, contrastando com os casos que dependem da busca de provas. Nesta última hipótese, o andamento depende do critério utilizado pela autoridade policial (MISSE, 2011, p. 4).[4]

Pesquisas recentes indicam que grande parte das ocorrências policiais pela prática de crimes não gera IPLs. Na pesquisa capitaneada por Misse no RJ, detectou-se que menos de 1% dos crimes graves geraram inquéritos policiais (MISSE, 2011, p. 10). A determinação legal de que seja instaurado IPL para todo crime noticiado não corresponde à prática policial. Soluções foram criadas para balancear a carga de trabalho. No RJ instituiu-se o procedimento denominado de VPI – verificação de procedência de investigação, cujo propósito é avaliar a viabilidade da investigação antes de se instaurar IPL, o que não é comunicado ao Judiciário ou ao MP (MISSE, 2011, p. 6). Estudo realizado no Rio Grande do Sul indicou que o principal gargalo ocorre na transição da Polícia ao MP, onde se perdem grande parte das ocorrências (AZEVEDO, VASCONCELOS, 2011, p. 3). As razões são variadas. A desconfiança das pessoas e o receio de represálias dificultam as investigações. Como o volume de IPLs é muito superior à capacidade operacional das Polícias, aqueles casos com indícios suficientes ou submetidos à pressão midiática são priorizados (AZEVEDO, VASCONCELOS, 2011, p. 12). Em análise da tramitação do inquérito policial no Distrito Federal, Costa aborda a discricionariedade dos atores e organizações como variável relevante para compreender o funcionamento do sistema de justiça criminal. O estudo avalia que a definição das prioridades também interfere nos tempos da investigação e do processo (COSTA, 2011, p. 3).

O tempo das investigações policiais é um dos temas que vem ocupando a atenção dos especialistas. Em pesquisa sobre o desempenho do sistema de justiça em Portugal, a morosidade constituiu-se em variável fundamental para avaliar o desempenho das organizações e atores envolvidos. Como categoria de análise, cunhou-se o termo "morosidade necessária" para descrever o cumprimento de prazos processuais segundo as práticas dos atores e instituições inter-relacionados. Entre os achados deste estudo, destacamos a necessidade

4. Avalia Misse que o inquérito é a peça "mais importante de incriminação no Brasil" (2011, p. 5).

da busca de equilíbrio entre a tramitação dos processos e a segurança jurídica. Deve-se buscar rapidez, preservando-se os direitos dos envolvidos. O tempo excessivo, por outro lado, prejudica a produção da prova e compromete o esclarecimento dos fatos (SANTOS, MARQUES, PEDROSO, 1996). Esta pesquisa relaciona-se diretamente ao estudo "Os tempos da justiça: ensaio sobre a duração e morosidade processual" (FERREIRA, PEDROSO, 1997). A partir de detalhada investigação empírica da tramitação de processos na justiça cível, criminal e trabalhista, os autores propõem categorias para analisar o tempo de tramitação processual. Os pesquisadores denominam "duração necessária" ou "duração legal", quando o tempo de tramitação corresponde aos prazos processuais estabelecidos em lei. Segundo Ferreira e Pedroso, a morosidade está associada à duração excessiva e não razoável para os interesses das partes. Quando a lei prevê formalismos exagerados ou desnecessários os autores denominam de morosidade legal. A morosidade pode também resultar do volume de trabalho ou da organização do sistema de justiça. Pode estar relacionada à ação direta dos sujeitos processuais e das partes, de forma intencional ou não. Reconhecem os autores que em um sistema marcado por deficiências organizacionais nem sempre é tarefa simples distinguir entre as duas situações (FERREIRA, PEDROSO, 1997, p. 1-7).

Anos depois, os estudos conduzidos em Portugal inspiraram pesquisa conduzida pelo NEV/USP sobre a tramitação dos processos criminais para apurar os casos de linchamento em São Paulo. Dedicou-se atenção à morosidade processual e "aos usos sociais do tempo judicial", recorrendo-se ao conceito de "tempo médio" como parâmetro para categorizar o transcurso dos atos cartorários, especialmente quando não há específica determinação legal (ADORNO, PASINATO, 2007, p. 133). No estudo capitaneado por Adorno, argumenta-se que a lentidão da justiça brasileira decorre do acúmulo de processos, da excessiva burocratização dos procedimentos e do elevado número de recursos. Há "disseminação de sentimentos coletivos segundo os quais, se a justiça tarda, as leis não são aplicadas". O medo em razão da sensação de insegurança aparece de forma recorrente nas sondagens de opinião. Há crença generalizada de que a impunidade seria causada pelos trâmites burocráticos É recorrente o argumento de que a "responsabilidade penal se esvai no tempo" (ADORNO, PASINATO, 2007, p. 132-133).

Pesquisas recentes trouxeram novas informações para o campo de estudos do tempo da investigação policial. Estudo sobre o tempo transcorrido entre a data dos homicídios ocorridos em Recife e a instauração do IPL apontou que as variáveis determinantes são o volume de casos e a ausência de definição de prioridades (RATTON, TORRES, BASTOS, 2011, p. 5). A análise dos

tempos de investigação dos IPLs indica que a maioria demora bem mais de 30 dias, prazo processual previsto, sendo frequentes as solicitações de retorno para continuidade das investigações. As prisões em flagrante seriam determinantes para a redução do tempo da investigação (p. 8). A partir de entrevistas em profundidade e análise etnográfica, concluem os autores que as razões que levam à priorização dos casos associam-se à repercussão midiática, à pressão da família da vítima ou à facilidade prática para a elucidação. Isso explicaria porque os flagrantes são finalizados de forma mais rápida (RATTON, TORRES, BASTOS, 2011, p. 15).

4. METODOLOGIA

Para o objetivo deste artigo – análise exploratória do transcurso do tempo de investigação policial no sistema de justiça federal – apresentamos os resultados das análises estatísticas realizadas a partir dos dados relativos a IPLs que tiveram manifestação de denúncia ou arquivamento em 2012, com foco nos tipos penais relacionados mais adiante neste mesmo item, referentes ao sistema de justiça federal. Os dados foram obtidos a partir do Sistema Único do MPF referentes a 2012, ano selecionado por apresentar dados consistentes para análise estatística.[5] A análise estatística dos tempos da investigação abrange inicialmente o total de registros da base de dados do MPU (Tabela I.1 e I.2 e Figuras I.1 a I.4, item 4), o que permite cotejar nacionalmente os tempos de tramitação da investigação criminal em relação a todos os tipos penais registrados e confrontá-los com os tempos de tramitação dos IPLs que apuram os crimes de interesse da pesquisa, em 2012. Em seguida, o foco é ajustado para os tempos de tramitação dos IPls em relação os delitos econômicos e corrupção, no sistema de justiça federal em 4 UFs: DF, SP, PE e PR.

Partimos de proposta inicial da ESMPU, resultado de experiências profissionais de alguns dos atores diretamente envolvidos na investigação e na persecução penal no âmbito federal. A lista foi reconstruída entre março e outubro de 2014, após a realização de entrevistas exploratórias, conforme explicitado no relatório de pesquisa (MACHADO, COSTA, ZACKSESKI, 2015).

A nossa intenção não foi apresentar relação exaustiva, mas elaborada com base nas percepções dos sujeitos da pesquisa (policiais federais, membros do

5. Inicialmente pretendíamos analisar os dados registrados em 2010, o que se mostrou inviável pelas inconsistências identificadas, o que se repetiu em 2011. Em futuros estudos pretendemos confrontar com os dados registrados nos anos subsequentes.

MPF e magistrados federais) com experiência profissional na investigação, persecução penal e julgamento de delitos econômicos e corrupção. Na pesquisa consideramos os seguintes crimes: Peculato (art. 312 CP); Inserção de dados falsos para obter vantagem indevida (art. 313 CP); Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314 CP); Concussão (art. 316 CP); Corrupção passiva (art. 317 CP); Corrupção ativa (art. 333 CP); Sonegação de contribuição previdenciária (art. 337/A CP); Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337/B CP); Tráfico de influência internacional (art. 337/C CP); Crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7492/1986); Crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1919); Crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores (Lei 9.613/1998); Crimes da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993).

4.1 Box plot

O desenho esquemático, *box plot, box-and-whisker plot,* ou caixa-de-bigodes (como é chamado na literatura portuguesa) é uma representação gráfica das distribuição dos dados que se utiliza do esquema dos cinco números. O *box plot* foi desenvolvido pelo estatístico John W. Tukey como forma de representação dos quartis (TUKEY, 1977).[6]

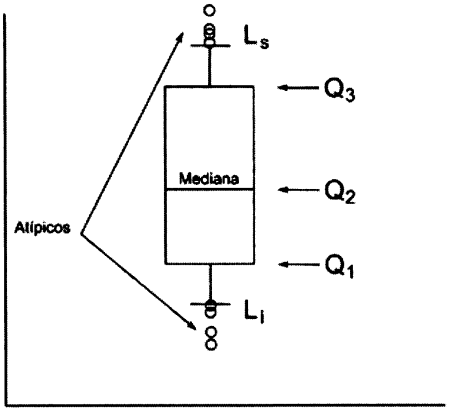
Consideremos um retângulo onde estão representados a mediana e os quartis. A partir do retângulo, para cima, segue uma linha até o ponto mais remoto que não exceda $L_s = Q_3 + (1,5) \times D_q$ (terceiro quartil mais uma vez e meia o intervalo interquartil), chamado limite superior. De modo similar, da parte inferior do retângulo, para baixo, segue uma linha até o ponto mais remoto que não seja menor do que $L_i = Q_1 - (1,5) \times D_q$ (primeiro quartil menos uma vez e meia o intervalo interquartil), chamado limite inferior.

Os valores compreendidos entre esses dois limites são chamados valores adjacentes. As observações que estiverem acima do limite superior ou abaixo do limite inferior são chamadas de pontos exteriores. Essas são observações destoantes das demais e podem ou não ser chamados de *outliers*[7] ou valores atípicos. O *box plot* dá uma ideia da posição, dispersão, assimetria, caudas e dados discrepantes.

6. O *box plot* pode ser apresentado tanto na vertical quanto na horizontal. Escolhemos esta última representação por considerarmos mais adequada para a comparação das diversas categorias estudadas.

7. Em estatística, *outlier*, ou valor aberrante ou valor atípico, é uma observação que apresenta um grande afastamento das demais da série (que está "fora" dela), ou que é inconsistente.

Figura II.1 – *Box plot*



4.2. Esquema dos Cinco Números

Esquema dos cinco números: mínimo, 1° quartil, mediana, 3° quartil e máximo pode ser utilizado para qualquer conjunto de dados em escala de mensuração no mínimo ordinal. O esquema de cinco números é preferível ao uso da média e desvio padrão quando a distribuição dos dados for muito assimétrica, como é o caso, neste estudo, dos tempos de tramitação de inquéritos:

Mínimo (ou mínimo amostral) – é o menor valor observado; 1° quartil (Q_1) – em uma lista ordenada de dados, o primeiro quartil (ou quartil inferior) é a medida de ordem que deixa 25% dos dados abaixo dela; Mediana – ou 2° quartil (Q_2) em uma lista ordenada de dados, a mediana é a medida de ordem que deixa metade dos dados abaixo dela; 3° quartil (Q_3) – em uma lista ordenada de dados, o terceiro quartil (ou quartil superior) é a medida de ordem que deixa 75% dos dados abaixo dela; Máximo (ou máximo amostral) – é o maior valor observado.

4.3. Teste de diferença de médias

O teste *t* de diferença de médias, desenvolvido por Student[8] em 1908, verifica se duas populações possuem médias iguais (STUDENT, 1908). Quando não se pode garantir a homoscedasticidade (variâncias iguais), utiliza-se o teste de Teste t de Welch (ou teste de Welch-Aspin), que é uma adaptação do teste t

8. Pseudônimo de William S. Gosset. Gosset trabalhava na Cervejaria Guiness, na Irlanda, e o uso de pseudônimo é atribuído normalmente como forma de permitir a divulgação das novas técnicas estatísticas na comunidade científica sem que a concorrência tomasse conhecimento do uso das novas técnicas por parte da Guiness.

de Student para populações com variâncias possivelmente diferentes. O teste utilizado neste estudo é o de Welch.

5. TEMPOS DA INVESTIGAÇÃO

A tabela I.1 apresenta várias estatísticas referentes ao tempo (em dias) entre a instauração do IPL e a manifestação de denúncia ou arquivamento, inclusive as estatísticas de ordem utilizadas para a confecção do *box plot* da figura I.1. Ressaltamos que não foi possível computar o tempo de tramitação entre a remessa da PF e data de entrada no MPF. Consideramos, assim, como parcela do tempo de investigação, os lapsos temporais consumidos na remessa dos IPLs e pedidos de retorno para novas diligências, bem como o tempo que o MPF levou para determinar o destino da investigação policial.[9]

Nesta primeira análise foram considerados *todos os tipos penais registrados em todas as UFs*. Conforme explicamos no relatório parcial de pesquisa quantitativa, após a extração dos dados da base do Único-MPF, no ano de 2012, eliminamos as inconsistências decorrentes do inadequado preenchimento. O número de inquéritos policiais encerrados, na nossa análise, foram aqueles que geraram denúncias ou arquivamentos do MPF (MACHADO, RAUPP, ZACKSESKI, 2015). A inspeção do gráfico *box pot* sugere que o tempo de arquivamento é, em regra, superior ao de denúncia. Tal hipótese é confirmada ao se aplicar o teste t de diferenças de médias.[10]

Tabela I.1 – Tempo de denúncias e arquivamentos – 2012

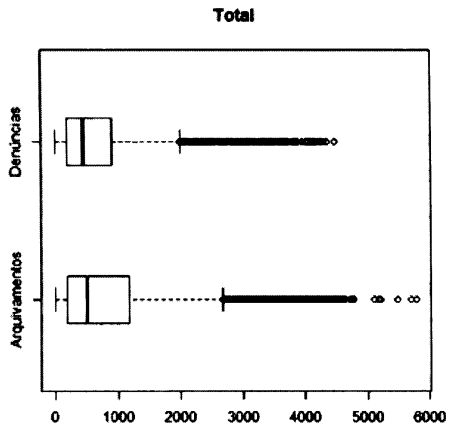
ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	16.343	41.373
MÉDIA	643,48	787,16
DESVIO PADRÃO	639,30	798,51
MÍNIMO	0	0
1° QUARTIL	181	186

9. O prazo para o oferecimento da denúncia é dia 5 dia nos procedimentos com indiciado preso e de 15 dias em caso de indiciado solto. Durante a pesquisa qualitativa detectamos, contudo, que muitas vezes o oferecimento da denúncia ou arquivamento excede o prazo legal. Detectamos, também, padrões de controle da Corregedoria do MPF para os inquéritos com excesso de prazo nos gabinetes das Procuradorias da República. Além disso, um volume importante das investigações retorna à PF para novas diligências, o que sugere insatisfação com a prova produzida.

10. Valor-p < 0,0001.

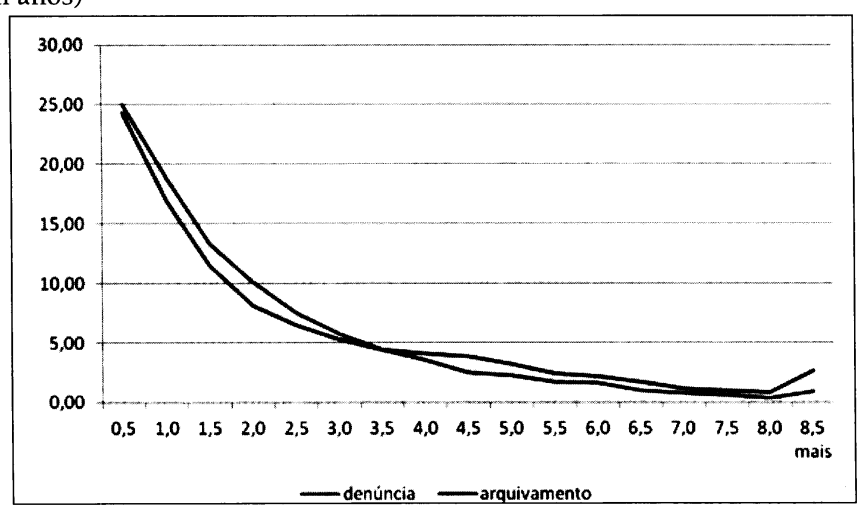
MEDIANA	437	494
3º QUARTIL	907	1.180
MÁXIMO	4.468	5.783

Figura I.1 – Comparação dos tempos de denúncia e arquivamento



Utilizando-se de escala semestral, calculamos o percentual de IPLs que geraram denúncia ou arquivamento em cada período, e construímos o gráfico da Figura I.2. Percebe-se que, até três anos (1.095 dias), o percentual de denúncias é ligeiramente superior ao de arquivamentos. Com duração de três anos e meio, há percentual igual de denúncias e arquivamentos. A partir desse patamar, há maior quantidade de arquivamentos.

Figura I.2 – Distribuição percentual dos tempos de denúncia e arquivamento (em anos)

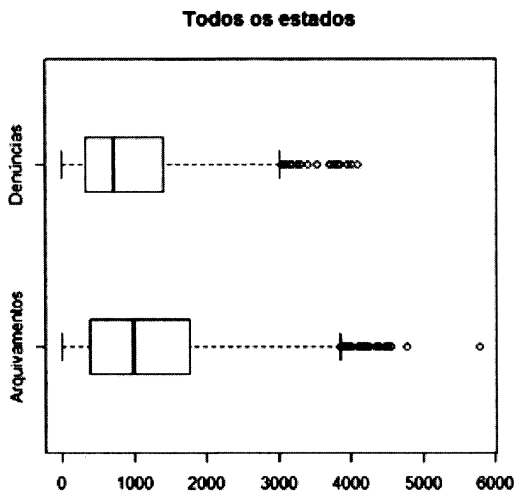


Considerando *somente os tipos penais selecionados na pesquisa (corrupção e delitos econômicos)*, ainda no âmbito de todo o território nacional, temos as estatísticas da Tabela I.2 ilustradas na Figura I.3. Verifica-se maior dispersão e tempo médio maior nos arquivamentos.[11]

Tabela I.2 – Tempo de denúncias e arquivamentos – 2012

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	1.839	4.933
MÉDIA	948,11	1.178,90
DESVIO PADRÃO	778,55	929,45
MÍNIMO	0	0
1º QUARTIL	332,5	386
MEDIANA	721	987
3º QUARTIL	1.410	1.772
MÁXIMO	4.097	5.783

Figura I.3 – Comparação dos tempos de denúncia e arquivamento

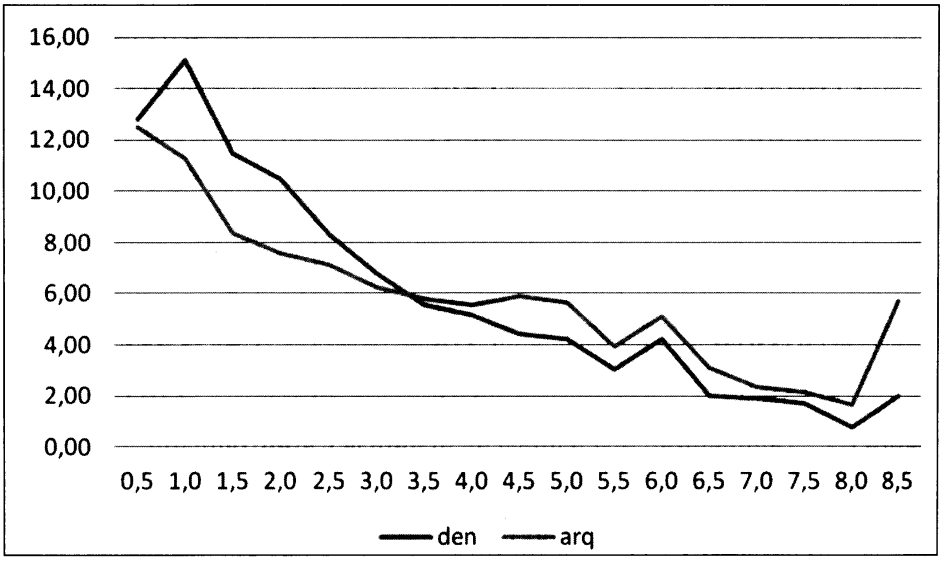


Utilizando-se novamente de escala semestral, calculamos o percentual de IPLs que geraram denúncia ou arquivamento em cada período, considerando-se somente os tipos penais foco da pesquisa, em todo o território nacional, e construímos o gráfico da Figura I.4. Até três anos, o percentual de denúncias é bem

11. Valor-p < 0,0001.

superior ao de arquivamentos. Novamente, com duração de três anos e meio, há percentual igual de denúncias e arquivamentos. A partir desse patamar, há maior quantidade de arquivamentos.

Figura I.4 – Distribuição percentual dos tempos de denúncia e arquivamento (em anos)



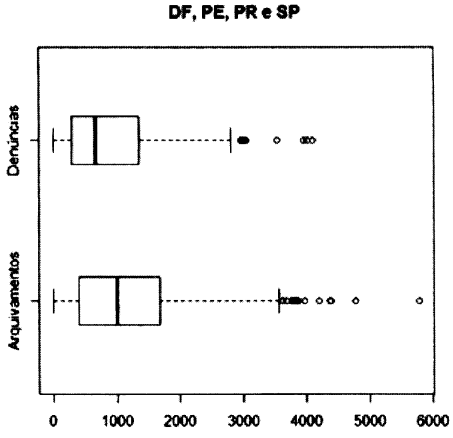
A Tabela I.3 apresenta as estatísticas dos tempos de denúncia e arquivamento para os *tipos penais e UFs selecionados na pesquisa*. Mantém-se o padrão de maior dispersão e maior tempo médio dos arquivamentos.[12]

Tabela I.3 – Tempo de denúncias e arquivamentos – 2012

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	415	2.169
MÉDIA	909,50	1.144,03
DESVIO PADRÃO	793,70	878,21
MÍNIMO	0	0
1° QUARTIL	281,5	396
MEDIANA	661	1.009
3° QUARTIL	1.348,5	1.677
MÁXIMO	4.097	5.783

12. Valor-p <0,0001

Figura I.5 – Comparação dos tempos de denúncia e arquivamento



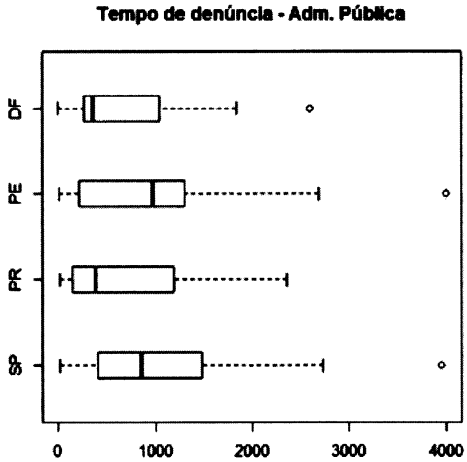
A Tabela I.4 apresenta resumo estatístico dos *tempos de denúncia das UFs selecionadas*. Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura I.6. Cada UF estudada tem diferentes distribuições de tempo de denúncia, embora o teste t de diferença de média tenha indicado que as médias do Paraná e do Distrito Federal são semelhantes, e menores que as de São Paulo e Pernambuco, que também são estatisticamente semelhantes.[13]

Tabela I.4 – Distribuição do tempo de denúncia por UF – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	87	55	148	125
MEDIA	789,67	1.314,49	677,14	1.089,81
DESVIO PADRÃO	784,59	949,36	598,83	823,81
MÍNIMO	0	6	15	0
1º QUARTIL	256,5	618	197,75	482
MEDIANA	414	1.172	480,5	912
3º QUARTIL	1.197,5	1.872,5	1.046,25	1.484
MÁXIMO	3.537	4.005	2.807	4.097

13. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p=0,000892; DF x PR: valor-p=0,2502; DF x SP: valor-p=0,007914; PE x PR: valor-p<0,0001; PE x SP: valor-p=0,1317; PR x SP: valor-p<0,0001.

Figura I.6 – Distribuição dos tempos de denúncia – Crimes Contra a Administração Pública – 2012



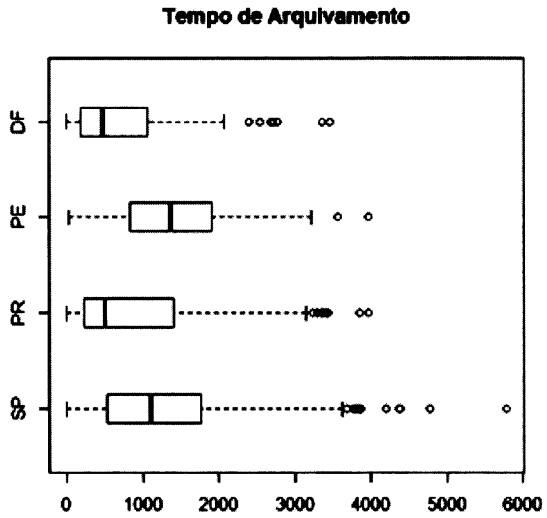
A Tabela I.5 apresenta resumo estatístico dos tempos de arquivamento das UFs selecionadas. Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura I.7. Cada UF estudada tem um tempo médio de arquivamento diferente[14] das demais, à exceção de São Paulo e Pernambuco que apresentaram tempos médios estatisticamente iguais.

Tabela I.5 – Distribuição do tempo de arquivamento por UF – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	191	105	328	1.545
MÉDIA	712,38	1.380,51	929,49	1.226,86
DESVIO PADRÃO	698,75	837,76	926,06	866,29
MÍNIMO	0	27	0	0
1º QUARTIL	179	837	233	525
MEDIANA	474	1.366	497	1.108
3º QUARTIL	1.065	1.909	1.400	1.767
MÁXIMO	3.459	3.963	3.967	5.783

14. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p<0,0001; DF x PR: valor-p=0,002667; DF x SP: valor-p<0,0001; PE x PR: valor-p<0,0001; PE x SP: valor-p=0,0721; PR x SP: valor-p<0,0001.

Figura I.7 – Distribuição dos tempos de arquivamento



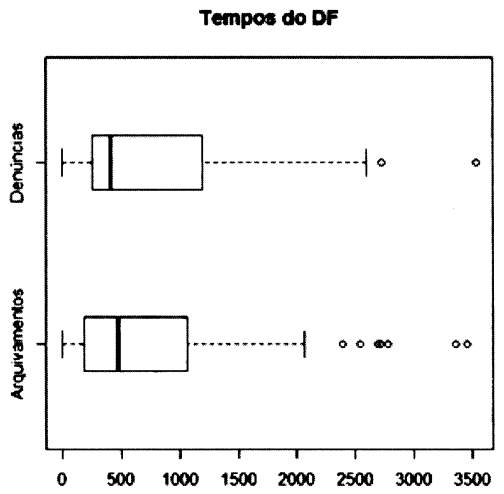
A Tabela I.6 compara os tempos de denúncia e arquivamento no DF. A análise gráfica da Figura I.8 indica que não há diferença significativa na distribuição dos tempos de denúncia e arquivamento nem dos tempos médios no DF.[15]

Tabela I.6 – Distribuição do tempo de denúncia e arquivamento no DF – 2012

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	87	191
MÉDIA	789,67	712,38
DESVIO PADRÃO	784,59	698,75
MÍNIMO	0	0
1° QUARTIL	256,5	179
MEDIANA	414	474
3° QUARTIL	1.197,5	1.065
MÁXIMO	3.537	3.459

15. Teste t de diferença de médias: valor-p=0,4322.

Figura I.8 – Comparação dos tempos de denúncia e arquivamento no DF



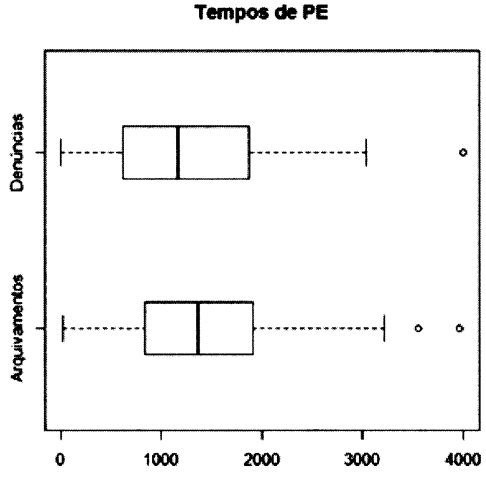
A Tabela I.7 compara os tempos de denúncia e arquivamento em PE. Novamente, a análise gráfica da Figura I.9 indica que não há diferença significativa na distribuição dos tempos de denúncia e arquivamento nem dos tempos médios em PE.[16]

Tabela I.7 – Distribuição do tempo de denúncia e arquivamento em PE – 2012

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	55	105
MÉDIA	1.314,49	1.380,51
DESVIO PADRÃO	949,36	837,76
MÍNIMO	6	27
1º QUARTIL	618	837
MEDIANA	1.172	1.366
3º QUARTIL	1.872,5	1.909
MÁXIMO	4.005	3.963

16. Teste t de diferença de médias: valor-p=0,6648.

Figura I.9 – Comparação dos tempos de denúncia e arquivamento em PE



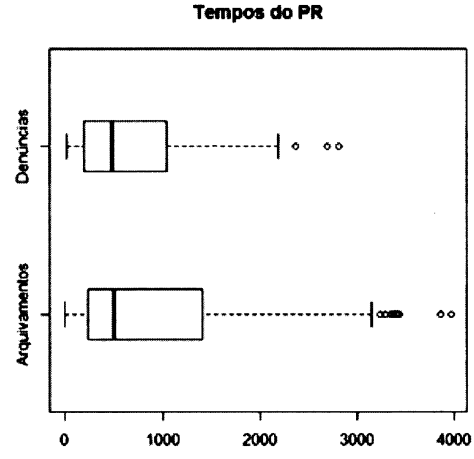
A Tabela I.8 compara os tempos de denúncia e arquivamento no PR. A análise gráfica da Figura I.10 permite comparar os tempos de denúncia e arquivamento no PR. No PR há diferença significativa nas médias[17] e na dispersão dos dados, sendo que o tempo médio de denúncia é menor do que o dos arquivamentos.

Tabela I.8 – Distribuição do tempo de denúncia e arquivamento no PR – 2012

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	148	328
MÉDIA	677,14	929,49
DESVIO PADRÃO	598,83	926,06
MÍNIMO	15	0
1° QUARTIL	197,75	233
MEDIANA	480,5	497
3° QUARTIL	1.046,25	1.400
MÁXIMO	2.807	3.967

17. Teste t de diferença de médias: valor-p = 0,0004206.

Figura I.10 – Comparação dos tempos de denúncia e arquivamento no PR

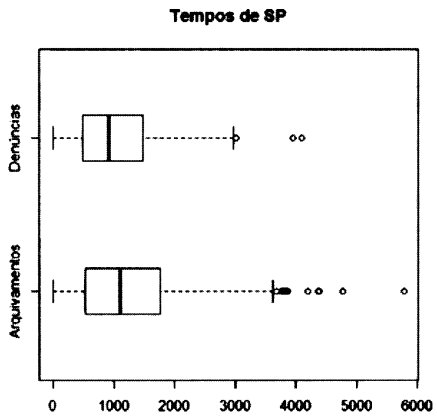


A Tabela I.9 compara os tempos de denúncia e arquivamento em SP. Novamente, a análise gráfica da Figura I.11 permite comparar os tempos de denúncia e arquivamento em SP. Em SP a média do tempo de denúncias é inferior à média do tempo de arquivamento. Verificamos, uma vez mais, maior dispersão dos tempos de arquivamento.

Tabela I.9 – Distribuição do tempo de denúncia e arquivamento em SP – 2012

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	125	1.545
MÉDIA	1.089,81	1.226,86
DESVIO PADRÃO	823,81	866,29
MÍNIMO	0	0
1º QUARTIL	482	525
MEDIANA	912	1.108
3º QUARTIL	1.484	1.767
MÁXIMO	4.097	5.783

Figura I.11 – Comparação dos tempo de denúncia e arquivamento em SP



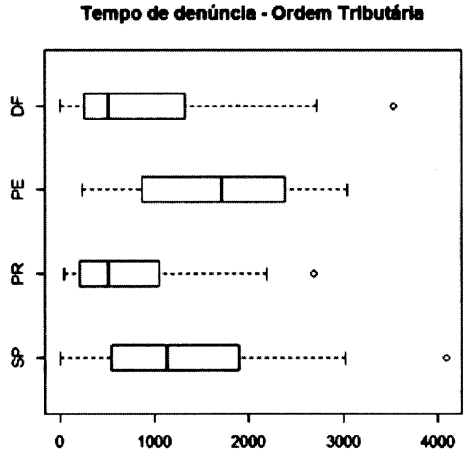
A Tabela I.10 apresenta resumo estatístico dos *tempos de denúncia das UFs selecionadas para os Crimes Contra a Ordem Tributária*. A distribuição dos tempos de denúncias para os Crimes Contra a Ordem Tributária são semelhantes para o Distrito Federal e Paraná. São Paulo e Pernambuco apresentam os maiores valores.[18]

Tabela I.10 – Distribuição do tempo de denúncia por UF – Crimes Contra a Ordem Tributária – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	32	23	90	54
MÉDIA	941,5	1700,65	683,01	1247,72
DESVIO PADRÃO	881,52	836,87	588,25	897,19
MÍNIMO	0	227	33	0
1° QUARTIL	255,5	867,5	206	546,25
MEDIANA	509	1709	505	1124,5
3° QUARTIL	1297	2385	1026,5	1822,75
MÁXIMO	3537	3042	2692	4097

18. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p=0,002121; DF x PR: valor-p=0,1309; DF x SP: valor-p=0,1267; PE x PR: valor-p<0,0001; PE x SP: valor-p=0,03904; PR x SP: valor-p<0,0001.

Figura I.12– Distribuição dos tempos de denúncia – Crimes Contra a Ordem Tributária – 2012



A Tabela I.11 apresenta resumo estatístico dos *tempos de arquivamento das UFs selecionadas para os Crimes Contra a Ordem Tributária.* Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura I.13. O Distrito Federal apresenta os menores valores, seguido do Paraná, São Paulo e, por fim, Pernambuco. Somente São Paulo e Pernambuco apresentam tempos médios estatisticamente iguais.[19]

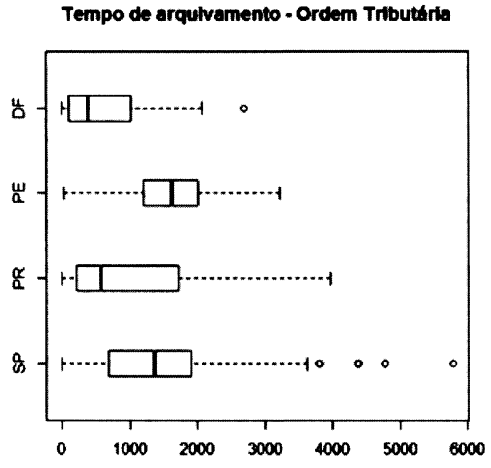
Tabela I.11 – Distribuição do tempo de arquivamento por UF – Crimes Contra a Ordem Tributária – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	50	35	153	618
MÉDIA	593,94	1562,74	1040,307	1372,56
DESVIO PADRÃO	619,33	756,70	1031,843	893,01
MÍNIMO	0	28	0	0
1° QUARTIL	106	1199,5	206	682,25
MEDIANA	386	1616	568	1359

19. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p < 0,0001; DF x PR: valor-p=0,0003192; DF x SP: valor-p<0,0001; PE x PR: valor-p = 0,001071; PE x SP: valor-p=0,1601; PR x SP: valor-p = 0,0003206.

3º QUARTIL	992,75	2015,5	1719	1903,75
MÁXIMO	2690	3220	3967	5783

Figura I.13 – Distribuição dos tempos de arquivamento – Crimes Contra a Ordem Tributária – 2012



A Tabela I.12 apresenta resumo estatístico dos *tempos de denúncia das UFs selecionadas para os Crimes Contra o Sistema Financeiro*. Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura I.14. Cada UF estudada tem diferentes distribuições de tempo de denúncia, embora o teste t de diferença de média tenha indicado que somente o Distrito Federal e São Paulo tenham médias estatisticamente distintas.[20]

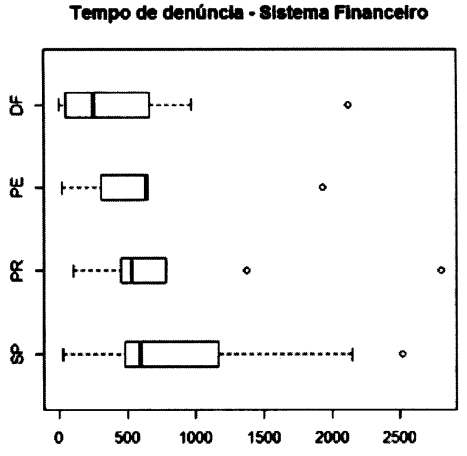
Tabela I.12 – Distribuição do tempo de denúncia por UF – Crimes Contra o Sistema Financeiro – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	13	6	10	29
MÉDIA	478,23	696,17	817,1	886,72
DESVIO PADRÃO	593,23	654,87	772,9517	665,18

20. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p=0,5051; DF x PR: valor-p=0,2665; DF x SP: valor-p=0,0578; PE x PR: valor-p = 0,7442; PE x SP: valor-p=0,5374; PR x SP: valor-p = 0,803.

MÍNIMO	0	22	100	25
1° QUARTIL	49	383	463,25	482
MEDIANA	251	637	526	594
3° QUARTIL	659	648	763,5	1166
MÁXIMO	2120	1931	2807	2521

Figura I.14 – Distribuição dos tempos de denúncia – Crimes Contra o Sistema Financeiro – 2012



A Tabela I.13 apresenta resumo estatístico dos *tempos de arquivamento das UFs selecionadas para os Crimes Contra o Sistema Financeiro*. Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura II.15. Distrito Federal e Paraná possuem distribuição de tempo de arquivamento estatisticamente semelhantes[21] e menores que os tempos de Pernambuco e São Paulo, que são estatisticamente semelhantes entre si.

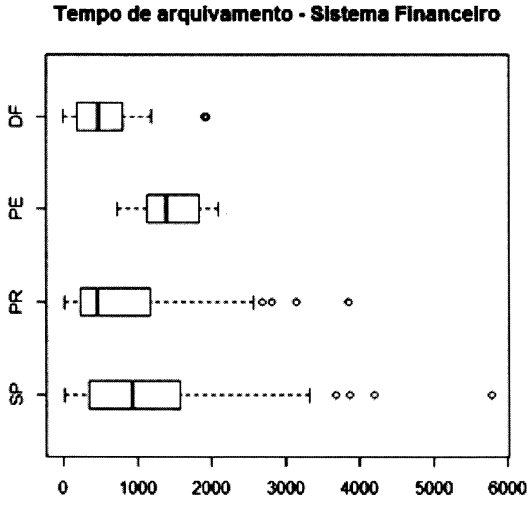
Tabela I.13 – Distribuição do tempo de arquivamento por UF – Crimes Contra o Sistema Financeiro – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	27	7	58	242

21. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p = 0,002404; DF x PR: valor-p=0,08919; DF x SP: valor-p<0,0001; PE x PR: valor-p = 0,01887; PE x SP: valor-p=0,111; PR x SP: valor-p = 0,05841.

MÉDIA	563,48	1450,29	831,03	1085,30
DESVIO PA-DRÃO	517,58	508,58	909,26	895,60
MÍNIMO	0	732	14	8
1º QUARTIL	177	1134	233,25	346
MEDIANA	474	1394	452,5	927,5
3º QUARTIL	800,5	1833	1179	1584,5
MÁXIMO	1939	2092	3858	5783

Figura I.15 – Distribuição dos tempos de arquivamento – Crimes Contra o Sistema Financeiro – 2012



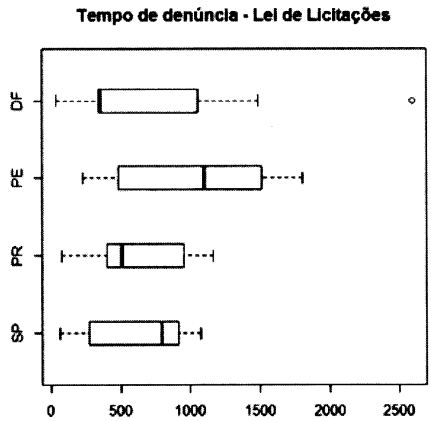
A Tabela I.14 apresenta resumo estatístico dos *tempos de denúncia das UFs selecionadas para os Crimes da Lei de Licitações*. Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura I.16. O teste t de diferença de média não indicou diferença nos tempos de denúncias para os Crimes da Lei de Licitações para nenhum UF estudada.[22]

22. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p=0,3063; DF x PR: valor-p=0,6596; DF x SP: valor-p=0,8259; PE x PR: valor-p = 0,1842; PE x SP: valor-p=0,2414; PR x SP: valor-p = 0,8282.

Tabela I.14 – Distribuição do tempo de denúncia por UF – Crimes da Lei de Licitações – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	16	7	6	6
MÉDIA	704,56	1019,57	601,33	652,67
DESVIO PADRÃO	653,68	647,80	395,60	402,67
MÍNIMO	40	227	74	62
1° QUARTIL	352,75	485	414	373,5
MEDIANA	359	1103	508	793,5
3° QUARTIL	990,5	1516	856,25	915,75
MÁXIMO	2595	1805	1163	1077

Figura I.16 – Distribuição dos tempos de denúncia – Crimes da Lei de Licitações – 2012



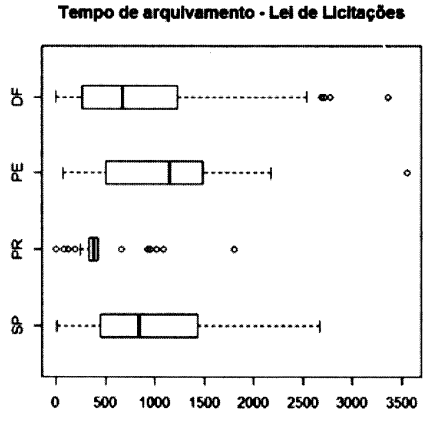
A Tabela I.15 apresenta resumo estatístico dos *tempos de arquivamento das UFs selecionadas para os Crimes da Lei de Licitações*. Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura II.17. No que se refere aos tempos de arquivamentos para Crimes da lei de Licitações, o teste t aponta que o Paraná apresenta tempos substancialmente menores, enquanto que as outras três UFs têm tempos estatisticamente semelhantes.[23]

23. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p = 0,3289; DF x PR: valor-p=0,004063; DF x SP: valor-p = 0,4369; PE x PR: valor-p = 0,003857; PE x SP: valor-p=0,7686; PR x SP: valor-p = 0,001469.

Tabela I.15 – Distribuição do tempo de arquivamento por UF – Crimes da Lei de Licitações – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	54	21	25	31
MÉDIA	896,26	1103,38	492,24	1036,45
DESVIO PADRÃO	819,15	811,89	392,97	781,33
MÍNIMO	0	69	1	7
1º QUARTIL	273,5	499	336	445
MEDIANA	666,5	1150	380	841
3º QUARTIL	1227	1489	419	1429
MÁXIMO	3360	3558	1805	2672

Figura I.17 – Distribuição dos tempos de arquivamento – Crimes da Lei de Licitações – 2012



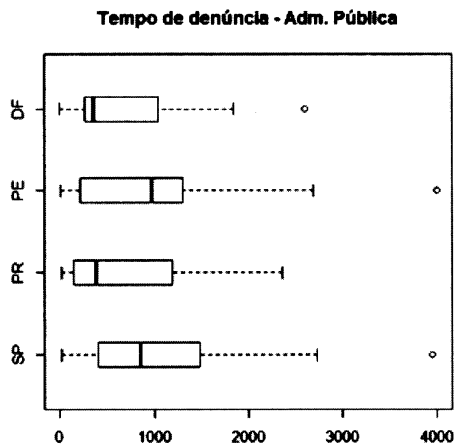
A Tabela I.16 apresenta resumo estatístico dos *tempos de denúncia das UFs selecionadas para os Crimes Contra a Administração Pública.* Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura I.18 O teste t de diferença de médias apontou diferenças somente entre o Paraná e São Paulo.[24]

24. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p=0,3742; DF x PR: valor-p=0,4341; DF x SP: valor-p=0,2203; PE x PR: valor-p = 0,1511; PE x SP: valor-p=0,9484; PR x SP: valor-p = 0,03948.

Tabela I.16 – Distribuição do tempo de denúncia por UF – Crimes Contra a Administração Pública – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	25	17	41	25
MÉDIA	762,04	1042	618,37	1063,28
DESVIO PADRÃO	778,39	1104,27	602,17	929,33
MÍNIMO	0	6	15	14
1° QUARTIL	270	215	151	405
MEDIANA	359	971	390	859
3° QUARTIL	1041	1303	1190	1484
MÁXIMO	2595	4005	2364	3955

Figura I.18 – Distribuição dos tempos de denúncia – Crimes Contra a Administração Pública – 2012



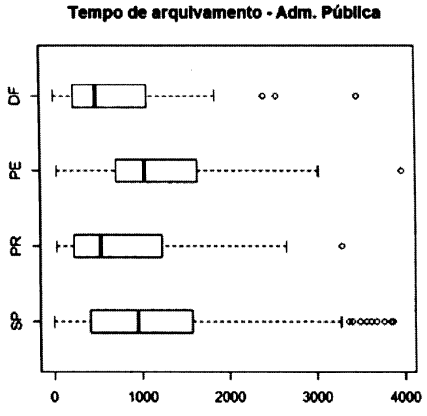
A Tabela I.17 apresenta resumo estatístico dos *tempos de arquivamento das UFs selecionadas para os Crimes Contra a Administração Pública.* Para uma melhor visualização dos dados, confira o gráfico *box plot* da Figura I.19. O Distrito Federal e o Paraná apresentam distribuição de tempo de arquivamento semelhante, e que são significativamente menores do que os de Pernambuco e São Paulo, que não apresentam diferença estatisticamente significante.[25]

25. O teste t de igualdade de médias foi aplicado nos tempos das quatro UFs, dois a dois, indicando diferença nas médias ao nível de significância de 5%: DF x PE: valor-p =

Tabela I.17 – Distribuição do tempo de arquivamento por UF – Crimes Contra a Administração Pública – 2012

ESTATÍSTICA	DF	PE	PR	SP
CONTAGEM	55	40	79	531
MÉDIA	737,98	1308,1	834,44	1103,53
DESVIO PADRÃO	713,62	929,39	795,10	827,32
MÍNIMO	0	27	25	0
1º QUARTIL	220	745,75	222,5	406,5
MEDIANA	483	1035,5	532	951
3º QUARTIL	1065	1604	1232	1571,5
MÁXIMO	3459	3963	3286	3863

Figura I.19 – Distribuição dos tempos de arquivamento – Crimes Contra a Administração Pública – 2012



Inferimos pela distribuição das ações penais propostas e arquivamentos promovidos no transcorrer de 2012, que há um percentual de denúncias ligeiramente superior. Ao atingir três anos e meio, os percentuais de denúncia e arquivamento são equivalentes; após esse patamar, o número de arquivamentos é mais elevado. Porém, nos casos de corrupção e delitos econômicos, a grande diferença ocorre nos três primeiros anos de investigação, quando os percen-

0,001796; DF x PR: valor-p=0,4642; DF x SP: valor-p = 0,0006734; PE x PR: valor-p = 0,007547; PE x SP: valor-p=0,1832; PR x SP: valor-p = 0,006235.

tuais de denúncia são significativamente superiores aos arquivamentos. Nesse caso, evidencia-se que a rapidez da investigação está associada ao maior volume de inquéritos policiais que geram ações penais, ou seja, a variável tempo indica o perfil da investigação com maior probabilidade de que seja objeto de persecução penal. A pesquisa indicou que Distrito Federal e Pernambuco não apresentam diferenças significativas nos tempos de denúncia e arquivamento, ao contrário de São Paulo e Paraná, onde os tempos médios de denúncia são inferiores aos de arquivamento. Além disso, indicou que São Paulo e Pernambuco apresentam, de forma geral, médias de tempo de denúncia e arquivamento superiores aos do Distrito Federal e do Paraná.

6. DISCUSSÃO E HIPÓTESES EXPLICATIVAS

Algumas questões levantadas pela análise dos tempos de investigação criminal no sistema de justiça federal podem ser extraídas para a discussão. Da análise dos dados estatísticos extraímos conceitos que descrevem o transcurso da investigação policial. Denominamos morosidade média os tempos médios da investigação policial, conforme o tipo penal ou legislação selecionada. A morosidade máxima relaciona-se aos casos que absorveram o maior tempo até a decisão do MPF pelo arquivamento ou denúncia. No interregno entre a decisão policial de instaurar o IPL e a decisão do MPF, que considera concluída a investigação (arquivando ou denunciando), detectamos (conforme pesquisa qualitativa – amostra no DF, entrevistas e grupos focais) reiteradas devoluções para atender às demandas policiais bem como retornos à PF de IPls nas hipóteses em que o MPF diverge da conclusão policial e requisita diligências para formar a convicção final sobre o fato e o enquadramento típico.[26]

Além disso, das abordagens teóricas referidas, selecionamos as categorias que consideramos úteis para análise do tempo da investigação criminal. Privilegiamos os conceitos de morosidade necessária (legal) e morosidade organizacional (intencional ou não). Nesta última (organizacional), selecionamos na literatura alguns fatores que interpretamos como recorrentes:

a) A discricionariedade dos atores organizacionais que priorizam ou retardam os procedimentos conforme critérios pouco (ou nada) transparentes;

26. Importante enfatizar que, no lapso temporal devem ser computados os tempos de remessa dos autos pela PF com solicitações de prorrogação de prazos.

b) A excessiva burocratização na tramitação do inquérito policial, que consome grande parte do tempo em fórmulas cartoriais e recorrentes remessas dos autos com solicitações de dilação probatória.

Uma constatação inicial na nossa pesquisa, em sintonia com os estudos mencionados, é a de que os prazos legais do inquérito policial não são, em regra, atendidos, à exceção dos casos de prisão em flagrante, quando o excesso de prazo pode levar ao relaxamento da prisão. Uma das questões recorrentes na literatura é a insuficiência da estrutura material e humana das Polícias para atender ao número crescente de ocorrências policiais, o que levaria a diferentes formas de gerenciamento da carga de trabalho.

Na nossa pesquisa, alguns dados são relevantes para cotejar os tempos da investigação dos casos de corrupção e dos delitos econômicos. Notamos que 25% dos IPLs que geraram denúncias levaram até 281 dias para a conclusão, ao passo que nos IPLs arquivados a investigação demorou até 396 dias. Identificamos que 50% dos IPLs arquivados demoraram até 1009 dias e 50% dos IPLs levaram até 661 dias para o oferecimento da denúncia. Os dados indicam que 75% dos IPLs foram arquivados em até 1677 dias e o mesmo percentual de IPLs com denúncias levou até 1348 dias. Destacamos que um IPL que apurava a prática de crime contra a ordem tributária em São Paulo demorou 5783 dias para ser arquivado e uma denúncia foi oferecida em procedimento que apurava crime contra a ordem tributária 4097 dias depois de instaurado o IPL. Uma hipótese que se anuncia na parte qualitativa é a da eventual suspensão do procedimento de investigação pelo financiamento da dívida fiscal.

No transcorrer do estudo não foi possível detectar o que seria exatamente a morosidade necessária da investigação policial por meio do IPL. A diversidade de temas não recomenda generalizações. Por outro lado, podemos denominar morosidade média o tempo médio de tramitação dos IPLs até a conclusão, com o oferecimento da denúncia ou arquivamento. Os tempos médios das investigações dos crimes econômicos e corrupção no sistema de justiça federal, em 2012, foram de 909 dias para os IPLs que geraram denúncias e 1144 dias para os IPLs arquivados. Além disso, denominamos morosidade máxima o tempo máximo necessário para a finalização da investigação policial. Conforme já ressaltado, o tempo é variável relevante para análise das investigações policiais com maior probabilidade de gerar a persecução penal. O maior volume de ações penais propostas no período engloba os IPLs com até 3 anos para sua finalização.

Ao contemplar os percentuais de denúncias em relação aos IPLs concluídos em 2012 é possível avançar algumas questões para reflexão. Após a extração dos dados, cotejamos a média nacional (27,7%) com as seguintes médias de de-

núncia nos IPLs nas UFs selecionadas: SP (8,13%); DF (29,08%); PR (31,09%) e PE (34,16%). Em São Paulo, Estado que apresenta o terceiro percentual mais baixo (RR – 2,5% e AC – 5,88%), encontramos a morosidade máxima registrada. Devemos destacar, de outro lado, que o Estado de Pernambuco apresentou o maior percentual de denúncias nas UFs do foco de estudo, embora apresente tempos médios de investigação semelhantes a SP, inclusive tempos superiores, de acordo com o tipo penal investigado.

Como exemplo, em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, o tempo médio dos IPLs arquivados em Pernambuco é de 1450 dias, contra 1085 dias em SP, 831 dias no PR e 563 dias no DF. Os tempos médios de tramitação dos IPLs que geraram denúncias foram: 478 dias no DF, 696 dias em PE, 817 dias no PR e 887 dias em São Paulo.

Em relação aos crimes contra a administração pública,[27] notamos que Pernambuco e São Paulo apresentam os maiores tempos médios de investigação, 1042 e 1063 dias, respectivamente. Os tempos médios dos IPLs arquivados apresentam as seguintes médias: DF (737 dias); PR (834 dias); PE (1308 dias); SP (1103 dias). Entre os Estados selecionados, PE e SP registram os IPLs com denúncia com o maior lapso temporal, 4005 e 3955 dias, respectivamente. Em relação aos IPLs arquivados, PE e SP foram os Estados com maior tempo de investigação, com 3963 dias e 3863 dias.

Ao cotejarmos as fases da pesquisa (quantitativa e qualitativa) identificamos informações relevantes que podem ser classificadas como manifestações da morosidade organizacional. Os critérios utilizados pelos policiais para definir os casos prioritários explicam, em parte, as diferenças nos tempos de tramitação dos inquéritos policiais, observação válida também para a investigação no âmbito federal. Uma das questões evidenciadas na fase qualitativa do nosso estudo é a ausência de transparência sobre a definição das prioridades da Polícia Federal. Os sujeitos da pesquisa, especialmente os procuradores entrevistados, acusam a opacidade da atividade policial (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015, p. 433). Uma das primeiras hipóteses não diverge das pesquisas sobre a investigação policial nos Estados. Argumentamos que

27. Nesta pesquisa, conforme explicamos na metodologia, englobam os seguintes crimes: Peculato (art. 312 CP); Inserção de dados falsos para obter vantagem indevida (art. 313 CP); Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314 CP); Concussão (art. 316 CP); Corrupção passiva (art. 317 CP); Corrupção ativa (art. 333 CP); Sonegação de contribuição previdenciária (art. 337/A CP); Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337/B CP); Tráfico de influência internacional (art. 337 do CP).

os casos que se apresentam de fácil elucidação, como os flagrantes delitos, tendem a ser concluídos de forma rápida. Em relação aos delitos econômicos e corrupção, a análise do fluxo evidenciou registros de investigações concluídas em um único dia. O encerramento da atividade investigativa sugere que eventuais provas periciais solicitadas foram encaminhadas posteriormente. Por outro lado, há registro de inquérito policial que tramitou 5.783 dias até que fosse promovido o arquivamento.

Conforme indicam as pesquisas no campo do inquérito policial, que classificamos como manifestação da morosidade organizacional, a discricionariedade na definição das prioridades policiais supõe diferentes possibilidades de análise, conforme sugere a fase qualitativa da pesquisa.[28] Como se trata de organização hierárquica, podemos afirmar que as prioridades da cúpula tendem a ser exigidas nas diferentes unidades e as determinações são gerenciadas pelas superintendências, de acordo com a região e com a matéria. A partir da análise das notícias veiculadas no sitio oficial da PF, notamos que as chamadas operações são apresentadas como a "vitrine" da PF. Há especial interesse em descrevê-las minuciosamente ao longo dos anos. Na prática, contudo, não necessariamente as investigações das operações são de fato priorizadas nas diferentes unidades do organograma institucional, pois estas podem concorrer entre si e, inclusive, com outras atividades desempenhadas pela PF, como a emissão de passaportes ou a atuação em "grandes eventos" (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015b, p. 425 e ss.). A cadeia hierárquica coexiste, contudo, com a razoável autonomia dos delegados na definição das prioridades naqueles casos que não se diferenciam "na pilha de inquéritos policiais".

Outras variáveis devem ser consideradas para compreender as formas assumidas pela morosidade organizacional. Conforme esclarecemos, no cômputo dos prazos da investigação foram considerados os lapsos temporais consumidos na remessa ao sistema de justiça federal com solicitação de retorno para a continuidade das investigações. Além disso, consideramos que a investigação que a PF considera concluída muitas vezes retorna com requisição do MPF para diligências complementares, o que sugere divergência atinente à suficiência probatória entre delegados da PF e procuradores da República. A pesquisa qualitativa mostra que nem sempre os prazos processuais para o oferecimento

28. Destacamos, especialmente, as informações obtidas com os sujeitos da pesquisa, que participaram das entrevistas em profundidade e grupos focais (policiais federais, procuradores da República e magistrados federais) (MACHADO, COSTA, ZACKSESKI, 2015a, p. 15-20).

das denúncias são obedecidos, por diferentes razões: eventuais acúmulos de procedimentos e processos, a necessidade de gerenciar a carga de trabalho, o tempo necessário para a elaboração de laudos periciais considerados necessários, a demora de diferentes instituições públicas em responder a ofícios e a realização de diligências complementares, diretamente pelo MPF, antes do oferecimento da denúncia ou arquivamento (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015b, p. 425 e ss.).

7. CONCLUSÕES

As pesquisas no campo da investigação policial apontam para uma diversidade de temas relevantes para a discussão contemporânea sobre a atuação do sistema de justiça criminal. Compreender os critérios utilizados na seleção e priorização dos casos pelas diferentes organizações e atores envolvidos permite a construção de instrumentos de *accountability*. A literatura sugere que o tempo é uma das variáveis relevantes no estudo da atividade de investigação policial. Se a morosidade excessiva prejudica a futura persecução penal e os estudos confirmam a percepção de especialistas de que a prova se esvai com o passar dos anos e a prescrição penal acarreta a impunidade pelo lapso temporal, o tema torna-se central nas pesquisas do sistema de justiça criminal.

Na pesquisa sobre a investigação e a persecução penal dos crimes econômicos e corrupção foi possível mapear os tempos médios e tempos máximos e cotejar as diferenças entre os Estados, de acordo com o crime investigado. Detectamos que até três anos há um número significativamente maior de denúncias em relação aos arquivamentos. Como ressaltamos, os dados sugerem que o transcurso do tempo é variável associada à maior ou menor quantidade de IPLs que embasam futuras ações penais. Constatamos que Distrito Federal e Pernambuco não apresentam diferenças significativas nos tempos de denúncia e arquivamento, diferentemente do que identificamos em São Paulo e Paraná, onde os tempos médios de denúncia são inferiores aos de arquivamento. São Paulo e Pernambuco apresentam, de forma geral, médias de tempo de denúncia e arquivamento superiores aos do Distrito Federal e do Paraná.

Neste artigo apresentamos algumas hipóteses para discussão e pesquisas futuras. Há uma diversidade de motivos para a morosidade organizacional detectada: a insuficiência dos meios disponibilizados para a investigação policial, a concorrência desta atividade com as de polícia administrativa, não se descartando eventual inércia do MPF no direcionamento dos casos considerados mais relevantes ou eventuais atrasos no oferecimento da denúncia (decorren-

tes de diversas razões), o que certamente significa que há uma demanda pela definição de pautas transparentes sobre a priorização dos casos.

Se o princípio da duração razoável do processo incide sobre a fase do inquérito policial, devemos buscar parâmetros para avançar algumas propostas, não sendo razoável o arquivamento obrigatório (NICOLLIT, 2006, p. 111). De um lado, este é o momento para retomar o debate sobre a oportunidade da ação penal, que muitas vezes se exerce na prática, sem qualquer transparência ou critérios objetivos. De outro lado, a previsão dos prazos processuais mostra-se incompatível para a investigação da criminalidade complexa, que demanda a realização de perícias, bem como o envolvimento de diferentes agências e organizações. O que supõe ampliar o debate sobre os limites e o formato do inquérito policial como instrumento para a investigação. O excesso de formalismo e a burocratização não são obviamente exclusividade do inquérito policial. Mas certamente há que se pensar em procedimentos que contemplem as múltiplas realidades da investigação, as novas demandas diante da criminalidade transnacional e organizada, e a necessidade de sistemas de comunicação que fomentem as interações entre os diferentes atores que participam direta ou indiretamente da fase pré-processual.

8. REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia Pasinato. A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 131-155. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a05v19n2.pdf]. Acesso em: 18 set. 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; VASCONCELOS, Fernanda Bestetti. O inquérito policial em questão – situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal. *Sociedade e Estado*, v. 26, n. 1, Brasília, jan.-abr. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100004]. Acesso em: 18 set. 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: EJEA, 1960.

CARNELLI, Lorenzo. *Tempo e Direito*. Trad. Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

COELHO, Edmundo Campos. A administração de justiça no Rio de Janeiro: 1942-1967. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 29, n. 1, p. 61-81.

COSTA, Arthur T. M. É possível uma Política Criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF. *Sociedade e Estado*, 26, n. 1, Bra-

sília, jan./abr. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922011000100006&script=sci_arttext]. Acesso em: 22 set. 2016.

_____; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (Coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos:* uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Marco legal e criminológico, modelos organizacionais e relatório de análise estatística do fluxo do sistema de justiça federal. v. I. Relatório final de pesquisa. Brasília: ESMPU/ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015a.

_____; _____; _____. (Coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos:* uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. v. II. Relatório de análise qualitativa. Brasília: ESMPU/ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015b.

FERREIRA, Antônio Casimiro; PEDROSO, João. *Os tempos da justiça:* ensaio sobre a duração e morosidade processual. Oficina do CES, n. 99. Coimbra: CES, 1997.

GARLAND, David. *The culture of control.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; QUARESMA, Lucas Bacelette Otto. Dois lados da mesma moeda: o tempo no STF. *Revista Direito GV*, n. 20, p. 639-654, jul. – dez. 2014.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005.

MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal*: diferenciação organizações, interações organizacionais e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MATTHEWS, Roger. *Pagando el tiempo*: una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra, 2003.

Ministério Público lança no Rio campanha contra a corrupção. Disponível em: [http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/08/ministerio-publico-federal-lanca-no-rio-campanha-contra-corrupcao]. Acesso em: 22 set. 2016.

MISSE, Michel. *O Inquérito Policial*: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Boolink, 2010.

_____. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Sociedade e Estado*, v. 26, n.1, Brasília, jan.-abr. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100002]. Acesso em: 22 set. 2015.

OST, François. *O tempo do Direito.* Trad. Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

RATTON, José Luiz; TORRES, Valéria; BASTOS, Camila. Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da governança. *Sociedade e Estado*, v. 26, n. 1, jan.-abr. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922011000100003&script=sci_arttext]. Acesso em: 18 set. 2016.

ROCHA, Leonel Severo. Efetividade, tempo social e direito. *Revista Jurispoiesis*, ano 10, n. 10, p. 179-193, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Manuel M. Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais na sociedade contemporânea*. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa et alli. *Para um novo Judiciário*: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2008.

STUDENT. The probable error of a mean. *Biometrika*, vol. 6, n. 1, mar. 1908, p. 1-25.

TUCCI, José Rogério Lauria. *Tempo e Processo*. SP: Ed. RT, 1997.

TUKEY, John W. *Exploratory Data Analysis*. NY: Addison-Wesley, 1977.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado *Sociedade e Estado*, vol. 26, n.1, Brasília, jan.-abr. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100005]. Acesso em: 18 set. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de justiça federal, de Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski e Rene Mallet Raupp – *RBCCrim* 118/299-329 (DTR\2016\676); e
- Crimes econômicos – aspectos práticos e jurídicos, de Gilson Langaro Dipp – *RDB* 32/7-14, *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 7/869-877 (DTR\2006\245).

86378

Homicídios passionais e suas diferentes narrativas

Passionate homicides and your different narratives

Bibiana C. Barbosa

Mestre em Psicologia Clínica (Unisinos). Técnica Superior Penitenciária Psicóloga (Susepe).
bibianabarbosa@gmail.com

Vera Regina Röhnelt Ramires

Doutora em Psicologia Clínica (PUC-SP). Mestre em Psicologia (PUC-RS). Professora-titular e pesquisadora do PPG em Psicologia da Unisinos. Decana da Escola de Saúde (Unisinos).
vramires@unisinos.br

Recebido em: 05.08.2015
Aprovado em: 30.04.2016
Última versão do autor: 19.05.2016.

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo teve como objetivo analisar as discrepâncias entre a narrativa de homens que mataram suas companheiras e as informações sobre o crime contidas nos documentos judiciais. Participaram três homens condenados pelo homicídio qualificado de suas companheiras. Com base no procedimento de estudo de casos múltiplos, foram realizadas quatro entrevistas semiestruturadas com cada participante. Também foram analisados os processos de execução criminal, os inquéritos policiais, os depoimentos de testemunhas e fotografias. Os relatos dos autores dos crimes continham informações, motivações e elementos diversos dos apresentados pelos demais documentos analisados. Tais discrepâncias foram discutidas, considerando-se questões relativas ao processamento da memória de todos os envolvidos, as falsas memórias, as distorções cognitivas e os diferentes interesses e perspectivas no contexto do sistema judiciário. A inexistência de uma narrativa congruente e a impossibilidade de apreensão de uma verdade única sobre os crimes ocorridos também foram problematizadas.

Abstract: The purpose of this study was to analyze the discrepancies between the accounts by men who killed their lovers and the information contained in legal documents about their crimes. Three men convicted of the first-degree murder of their lovers were interviewed. Based on the multiple case study procedure, three semi-structured interviews were conducted with each convict. We also analyzed their court records, police reports, witness statements, and photographs. The accounts by perpetrators of crimes contained information, motivations, and elements that differed from those found in the other documents analyzed. Such discrepancies were discussed, considering questions regarding the processing of the memory of all those involved, false memories, cognitive distortions and different interests and perspectives in the context of the judicial system. The absence of a coherent narrative and the seizure of the impossibility of a single truth about the crimes occurred were also problematized.

Barbosa, Bibiana C.; Ramires, Vera Regina Röhnelt. Homicídios passionais e suas diferentes narrativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 185-211, out. 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes passionais - Homicídio - Relacionamentos amorosos - Falsas memórias - Distorções cognitivas.

KEYWORDS: Crimes of passion - Murder - Love relationships - False memories - Cognitive distortions.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Método - 2.1 Delineamento - 2.2 Participantes - 2.3 Procedimentos de coleta dos dados - 2.4 Procedimentos de análise dos dados - 3. Resultados - 3.1 Caso 1 - 3.2 Caso 2 - 3.3 Caso 3 - 4. Discussão - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os índices de violência têm aumentado de modo expressivo nas últimas décadas (CORONEL;WERLANG, 2011). Minayo e Souza (1997) pontuam que a violência versa em ações humanas de indivíduos, grupos ou classes que acarretam a morte de outros seres humanos ou que afetam sua integridade física, moral, mental ou espiritual. Araújo (2002) refere que a violência é perpassada por uma série de processos complexos de produção e reprodução, estando pautada em uma multicausalidade. A autora elucida que o impacto causado nas relações interpessoais pode afetar profundamente as relações familiares. Para Lourenço e Carvalho (2001), a violência no meio familiar não possui fronteiras culturais, sociais, econômicas, religiosas, étnicas, de idade ou gênero.

Schraiber et al (2002) explanam que desde a década de 70 a violência contra a mulher tem recebido crescente atenção e mobilização. Waiselfisz (2015) enfatiza que esta modalidade de violência não é um fato novo. A violência doméstica é descrita como um fenômeno que compromete gravemente a integridade física e/ou psicológica de suas vítimas sendo o homicídio sua forma mais extrema (JEANJOT; BARLOW; ROZENBERG, 2008). Huss (2011) postula que uma área crescente de preocupação é a dos homicídios em relacionamentos violentos.

É considerável o índice de mortes violentas por homicídios (MALMQUIST, 2006). Na realidade brasileira, entre 1991 e 2000, o homicídio representou o principal motivo de morte por causa externa, com importante impacto social (JOSEF; SILVA, 2002). Waiselfisz (2015), com base em sua pesquisa realizada em todos os estados brasileiros, informa que entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, aumentando 21% na década. Estes dados representam 13 homicídios femininos diários no Brasil. A taxa nacional de homicídio, que em 2003 era de 4,4 por 100 mil habitantes mulheres, passa para 4,8 em 2013, apresentando um aumento de 8,8% na década.

Estudos referentes à violência doméstica apontam que as mulheres são as principais ofendidas (TJADEN; THOENNES, 2000). Mcfarlane et al (1999) colocam que as mulheres são mais propensas a ser mortas por seu parceiro íntimo do que os homens. Campbell et al (2007) também afirmam que pessoas do sexo feminino possuem um risco muito maior de ser mortas por seus companheiros do que estes pelas companheiras, e que esse risco aumenta quando existem desavenças entre o casal. Tjaden e Thoennes (1998) corroboram esta questão informando que existe maior risco de agressão a mulheres por parte de pessoas próximas, como parceiros e familiares, do que por pessoas desconhecidas. Heise, Pitanguy e Germain (1994) aludem que a violência perpetuada por um parceiro ou pessoa próxima atinge cerca de 20 a 50% das mulheres ao redor do mundo ao menos uma vez na vida.

Na mesma direção, Mascoli (2015), em sua tese de doutorado, esclarece que ao analisarem-se os estudos estatísticos de mortes por violência, as mulheres correspondem a uma parcela inferior quando comparada ao sexo masculino. Contudo, a autora ressalta que destes homicídios femininos, 70 a 80% são perpetrados por seus companheiros, enquanto que os homicídios masculinos são efetivados por pessoas desconhecidas ou sem vínculos parentais. Waiselfisz (2015) informou que dos 4.762 homicídios de mulheres ocorridos em 2013 no Brasil, 50,3% foram perpetrados por um familiar da vítima. Este número representa aproximadamente sete mortes de mulheres diárias, cujo autor foi um familiar. Mais especificamente, tratando-se do parceiro ou ex-parceiro, são quatro casos a cada dia.

Meneghel e Hirakata (2011), em seu estudo sobre homicídios femininos no Brasil, apontaram que entre 2003 e 2007 houve aproximadamente 20 mil mortes de mulheres no país. Em sua maioria, estas vítimas eram mulheres jovens, solteiras e de baixa escolaridade, e aproximadamente um terço dos óbitos ocorreu no domicílio da vítima.

É importante notar que episódios de violência contra a mulher usualmente ocorrem na esfera do lar. Cortez e Souza (2010), ao estudarem a perspectiva de homens agressores, referiram que a maioria dos episódios de violência nos casais ocorre no local de moradia, que acaba por delimitar simbolicamente o poder de ação sobre o parceiro. Deslandes, Gomes e Silva (2000), na mesma direção, colocaram que, na maioria das vezes, a violência praticada contra a mulher ocorre em ambiente familiar. Para Bourget, Gagné e Whitehurst (2010), o histórico de violência contra mulheres é o principal fator de risco para homicídios de esposas. Desta forma, consequentemente, coloca-se o local de habitação como principal espaço em que ocorrem tanto as agressões quanto os homicídios de parceiros íntimos. Waiselfisz (2015) pontua que no Brasil

31,2% dos homicídios de mulheres ocorrem em via pública e que 27,1% dos casos acontecem no domicílio. Para este autor, este dado indica a alta domesticidade dos homicídios de mulheres.

Segundo Waiselfisz (2012), com base em sua pesquisa sobre homicídios no Brasil, a arma de fogo é o principal instrumento empregado nestes casos, tanto femininos quanto masculinos, só que em proporção diversa. Já objetos cortantes, penetrantes, contundentes, sufocação etc. são mais ligados à violência contra a mulher. No estudo de Bourget, Gagné e Whitehurst (2010), os métodos de estrangulamento e facadas apareceram em segundo lugar no que se refere ao assassinato de mulheres.

Com relação ao planejamento da situação de homicídio, Santiago e Coelho (2010), ao realizarem entrevistas com autores de crimes passionais, constataram que todos os participantes informaram que o delito não foi planejado. Por outro lado, Goussinsky e Yassour-Borochowitz (2012), ao estudarem homens violentos e condenados pelo assassinato de suas esposas em Israel, colocaram que a violência letal nesses casos, usualmente, não ocorreu de forma espontânea, sendo, sim, um ato planejado e premeditado, motivado por um sentimento de desespero e desejo de destruição. Poucos homens nessa pesquisa admitiram ter premeditado os assassinatos. Para os autores, na maioria dos casos, o homem já chega à cena do crime equipado com uma arma, faca ou outro material, sendo a perda do controle uma escolha antecipada.

Para Borges e Alencar (2006), o homicídio é uma forma de violência que atesta contra o valor da vida e aquele que o cometer viola uma regra de convívio social e um fenômeno de valor moral. Segundo Goussinsky e Yassour-Borochowitz (2012), a visão de que o assassinato é a forma mais extrema de violência pode explicar a motivação do homicídio da parceira, sendo muito importante a investigação de suas condições e emoções.

Segundo Gauer e Guilhermano (2001), todo comportamento humano é resultado da interação do cérebro com o ambiente, e estes encontram-se constantemente sofrendo influências do meio. Um dos processamentos mais importantes e determinantes para o comportamento humano é a memória. Segundo Eisenkraemer (2006), a memória e o aprendizado são fundamentais para a experiência humana. Jaffard (2006) explica que ela é uma função inteligente, que permite que os seres humanos e animais se beneficiem de experiências passadas, para resolver problemas apresentados pelo meio.

Foster, Hillbrand e Silverstein (1993) e Palmini (2004) elucidam que através da memória são revividas representações mentais de emoções e experiências (presentes, passadas e futuras). Estas irão se relacionar com o estímulo,

apresentado no momento, proporcionando ao indivíduo uma instrumentalização sobre quão boas ou ruins foram as experiências vivenciadas.

Para Del Pino e Werlang (2008), qualquer nível de dificuldade no processamento da memória poderia prejudicar os indivíduos homicidas no resgate de vivências passadas. Di Gesu (2008) explana que a lembrança da situação ocorrida não reconstrói o fato tal qual ocorreu na realidade, sendo que a memória, ao ser evocada, apresenta uma síntese aproximativa do que foi percebido.

Kandel e Squire (2003) apontam que as fragilidades da memória são universais na experiência humana, e que, mesmo que uma memória tenha sido estabelecida e registrada, ainda pode ser modificada. Neste contexto, apresentam-se as falsas memórias, que, segundo Pergher e Stein (2001), são geradas espontaneamente, como resultado do processo normal de compreensão, proveniente de distorções mnemônicas endógenas.

Em uma situação de homicídio em que há uma reação intensa de agressividade, pode haver modificações no registro e na evocação das memórias. Di Gesu (2008) coloca que seu autor pode estar sujeito a interferências de diversas ordens (viés do entrevistador, jornais, orientações de advogados ou familiares etc.).

Considerando as percepções do indivíduo e suas possíveis alterações frente ao delito do homicídio, pode-se também considerar as distorções cognitivas em relação ao cometimento e justificativa do cometimento de um crime. O termo distorções cognitivas foi originalmente usado por Beck (1979) para descrever conteúdo cognitivo idiossincrático indicativo de conceptualizações distorcidas ou irrealistas. Para Moura e Koller (2008), as distorções cognitivas podem ser compreendidas como crenças disfuncionais relacionadas à visão que o indivíduo tem sobre as outras pessoas, si mesmo e o mundo. E a elas são incorporadas significados pessoais, proporcionando uma visão subjetiva das relações.

Couto (2013) explica que apesar de ocorrerem em nível cognitivo, as distorções cognitivas podem ser expressadas de várias formas, ou seja, a sua presença em nível mental pode traduzir e manifestar-se através de verbalizações, atitudes ou comportamentos. Campanati Souza (2012) coloca que homens autores de violência doméstica contra a mulher, usualmente, minimizam ou negam o cometimento do ato violento e, quando o reconhecem, tendem a justificá-lo através de causas externas. Desta forma, distorções de culpabilização, e a minimização e negação de elementos podem ser encontradas também em situações de homicídio.

Friestad (2012) coloca que em casos de violência conjugal nos quais ocorrem agressões, a função deste processo seria permitir ao agressor continuar a praticar atos de violência, diminuindo ou eliminando a experiência de culpa, vergonha ou redução de sua autoestima. Nos casos de homicídio, este processo de distorção pode ocorrer em período anterior (justificando seu comportamento) e/ou posterior ao cometimento do crime (proporcionando ao homicida uma forma mais branda e tolerável de lidar com seu próprio comportamento).

Os fenômenos da memorização, das falsas memórias e das distorções cognitivas não ocorrem somente com o autor da violência, mas podem também acometer os demais indivíduos envolvidos com a situação de homicídio. Por tratar-se usualmente de um crime intrafamiliar, é capaz de mobilizar, em medidas diversas, sentimentos, comportamentos, percepções e distorções em todas as pessoas relacionadas. Deste modo, tanto o perpetuador da violência quanto as demais pessoas podem fornecer informações não condizentes quando relatam suas percepções acerca do ocorrido.

Considerando a importância e gravidade das situações de violência conjugal, a frequência com que ocorrem e as contribuições da literatura acerca dos processos psicológicos e cognitivos envolvidos, fica clara a necessidade de investigações que contribuam para sua elucidação. Com base em tais premissas, o objetivo deste estudo foi analisar as narrativas de homicidas passionais sobre o crime cometido contra suas parceiras, confrontando-as com as informações contidas nos documentos processuais.

2. MÉTODO

2.1 Delineamento

O estudo seguiu uma abordagem qualitativa, pautada pelo procedimento de estudo de casos múltiplos. De acordo com Yin (2010), o estudo de caso permite investigar um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto de vida real.

2.2 Participantes

Participaram deste estudo três homens com 28, 32 e 58 anos de idade, condenados pelo homicídio qualificado de suas companheiras. Homicídio qualificado ocorre quando o êxito letal da vítima é desejado por motivos particulares pelo autor, evidenciando uma ação intencional (DEL PINO; WERLANG, 2008). Para Mirabete e Fabrinni (2011), o homicídio qualificado é aquele que

ocorre por motivos determinantes, com recursos que demonstram maior periculosidade do agente e menor possibilidade de defesa da vítima.

Os participantes foram escolhidos por conveniência, com a condição de terem praticado homicídio contra suas companheiras e estarem condenados por esta modalidade de crime. Contou-se com indicação dos profissionais de segurança pública atuantes nos estabelecimentos prisionais para a escolha dos casos estudados.

As penas impostas aos participantes desta pesquisa variaram de 15 a 19 anos de prisão, sendo que, no período em que ocorreram as entrevistas, dois participantes encontravam-se cumprindo pena em regime fechado e um em regime semiaberto.

2.3 Procedimentos de coleta dos dados

O estudo foi aprovado por Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade qual se vinculam as pesquisadoras. Também fora autorizada sua realização pela instituição de segurança pública, uma vez que é órgão responsável pela custódia dos participantes durante a privação de liberdade. Os participantes foram esclarecidos sobre os objetivos da pesquisa e informados sobre sua modalidade de participação, que ocorreria em caráter voluntário, e não acarretaria implicações e alterações em seu processo de execução criminal, assim como não afetaria o andamento de seu cumprimento de pena.

Após a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido pelos participantes, foram realizadas quatro entrevistas semiestruturadas com cada um. Também foram utilizadas uma ficha sociodemográfica e realizada uma análise documental, tendo sido consultados o processo de execução criminal e o inquérito policial (em que constam depoimentos das testemunhas, do autor do crime, dados sobre a situação ocorrida, fotografias, entre outros documentos) referentes a cada caso. As entrevistas foram gravadas em áudio e posteriormente descritas para análise. Ocorreram nos estabelecimentos prisionais em que os participantes cumpriam suas penas. Nos casos em que se verificou a necessidade de encaminhamentos posteriores às entrevistas para outros profissionais, tais recomendações foram feitas para atendimento junto ao setor técnico atuante nos respectivos estabelecimentos prisionais.

2.4 Procedimentos de análise dos dados

Os dados foram analisados de acordo com o método de proposições teóricas de Yin (2010). Como primeiro passo, foi realizada uma descrição abrangente de

cada caso, organizando-os de forma cronológica, com foco na narrativa sobre o crime. Após, foram captadas e organizadas as informações incluídas no processo de execução criminal e demais documentos estudados. Foi então utilizada a técnica de Construção de Explanação, visando confrontar o relato dos participantes com as informações dos documentos processuais, identificando convergências e divergências e buscando construir uma explanação sobre as mesmas. Posteriormente, foi utilizada a síntese de casos cruzados, buscando identificar convergências e divergências entre os casos.

3. RESULTADOS

3.1 Caso 1

O caso 1 é de um homem de 58 anos, que cumpre uma pena de 15 anos pelo cometimento do homicídio de sua companheira, com a qual conviveu maritalmente por cerca de 14 meses. Segundo o relato apresentado por ele, o casal, inicialmente, tinha um bom relacionamento, costumava conversar, frequentar bailes e tinha uma convivência saudável. Após determinado período de convívio, a companheira retomou o antigo hábito de ingerir bebidas alcoólicas, o que comprometeu o andamento do relacionamento. De acordo com o participante, a companheira passou a apresentar um comportamento violento, agredi-lo fisicamente e verbalmente, inclusive, em determinada data, tentou acertá-lo com o auxílio de um instrumento cortante (faca). Também passou a prejudicá-lo no trabalho e deixou de realizar as tarefas domésticas. O participante informou que as agressões ocorriam na frente de familiares e amigos, e que ele não tinha o costume de ingerir bebidas alcoólicas.

Em diversos momentos, o casal dialogou sobre o relacionamento e a possibilidade de separação usualmente foi cogitada. Como a companheira prometia mudar seu comportamento e cessar o uso de bebidas alcoólicas, ele aceitava e o casal decidia continuar junto. Segundo o participante, ele nunca revidou as agressões e tentava verbalmente acalmá-la para que conseguissem conversar.

Em determinado dia, após uma discussão, quando ela se encontrava sob efeito de álcool, ele decidiu ir embora do lar e arrumou seus pertences. Por não aceitar a situação, a companheira apanhou um pedaço de madeira que se encontrava no quarto e passou a tentar agredi-lo. O participante, conforme seu relato, conseguiu segurar a investida dela, tomando o pedaço de madeira e revidando. Segundo ele, atacou-a apenas uma vez, na parte lateral de sua cabeça. Ela veio a falecer em seguida, devido ao impacto da agressão. Ele então

fugiu do local e após alguns dias apresentou-se na delegacia de polícia para entregar-se à justiça.

Ao analisar o documento elucidado pela perícia médica referente ao homicídio, pode-se notar que, diferentemente do que foi explanado pelo participante, "foi uma paulada só que eu dei" (sic) e "era uma madeira com quina" (sic), a arma utilizada para realização do crime foi um instrumento corto contundente (machado) e que foram-lhe aplicados três golpes. Também foi explanado pelos peritos técnicos que a vítima sofreu as agressões enquanto dormia, o que não condiz com a informação trazida pelo participante, de que se encontravam em uma situação de discussão no momento do ataque.

Também foi observado que o participante informou nunca ter revidado ou praticado algum ato de violência contra a companheira, que de acordo com ele, frequentemente avançava e praticava atos contra ele. Entretanto, conforme os relatos de testemunhas e familiares da vítima, o participante costumeiramente a agredia verbalmente e fisicamente, sendo que a vítima temia por sua vida.

Segundo o relato de testemunhas ouvidas no caso, o casal costumava agredir-se mutuamente, sendo que a vítima pretendia separar-se do agressor e abandonar o lar. Ao contrário da versão relatada por ele, de que a vítima não aceitava a separação, as testemunhas explicaram que era o participante quem não aceitava esta possibilidade e acabou cometendo o crime. O participante também informou não fazer uso de bebidas alcoólicas, o que foi contrariado pelos testemunhos anexos ao processo.

3.2 Caso 2

O caso 2 tratava-se de um homem de 28 anos que assassinou a companheira com a qual manteve união estável por cerca de 8 anos. O casal se conheceu na adolescência, por intermédio de amigos do bairro, iniciaram um namoro e após três meses de relacionamento, ele passou a residir na casa de familiares dela. Em seguida decidiram ter um filho, e logo mudaram-se de cidade em busca de melhores oportunidades de trabalho. O casal, em diversos momentos, separou-se, permanecendo por alguns meses afastados. Nestes períodos, relacionavam-se com outras pessoas. Posteriormente a uma destas separações, de acordo com o participante, o casal retomou o casamento e a companheira comunicou ao marido de que iria jantar com amigos da empresa em que trabalhava. Após horas sem contato, o participante passou a preocupar-se com o sumiço da companheira e iniciou uma série de ligações para o celular dela, não obtendo retorno.

Na manhã seguinte, ele decidiu procurá-la indo até a residência da mãe dela. No caminho, foi informado de que ela se encontrava dormindo, na casa da genitora, após uma noite de festa. O participante adentrou na casa da mãe dela, conversou com a sogra, que lhe informou que a filha havia comparecido a um baile de carnaval e encontrava-se descansando no quarto. O participante adentrou o quarto, onde iniciaram uma discussão e ele então passou a questioná-la sobre o fato, sendo informado de uma possível traição por parte dela. Foi até a cozinha, onde pegou uma faca, retornou ao quarto e passou a desferir-lhe golpes com o instrumento.

Após acertá-la algumas vezes, não suportou a ideia de ter cessado a vida da companheira. Tentou suicídio, cortando o próprio pescoço. Depois de cortar-se, abraçou-a e permaneceu ali até a chegada de familiares e do serviço de saúde, sendo levado ao hospital. A família da vítima informou que o homicídio ocorreu na frente ao filho do casal, pois foi este quem abriu a porta da residência após a insistência dos familiares. De acordo com o participante, o casal havia retomado o relacionamento após curto período de separação, sendo que somente algumas pessoas tinham conhecimento desta informação. Conforme o relato de familiares, o casal encontrava-se separado, e a vítima não pretendia retomar o casamento, tanto que compareceu a um baile de carnaval. Também informaram que o agressor não se conformava com a situação de rejeição e a procurava frequentemente. Desta forma, a motivação maior para o cometimento do crime teria sido a possibilidade de abandono do relacionamento por parte da vítima.

Outra informação divergente foi a questão do filho do casal ter presenciado o cometimento do homicídio. A família da vítima apontou que sim, que o menino assistiu ao ocorrido e abriu a porta para que entrassem na casa após o ato. Já o participante afirmou que a criança não estava presente no momento das agressões, e que nem chegou a visualizá-lo na casa naquele dia. Ele cogitou a hipótese do menino tê-los visto após o episódio concretizado.

3.3 Caso 3

O participante 3 esteve em um relacionamento com a vítima. Ele, que no início se encontrava em um casamento há quatorze anos, deixou a esposa para ficar com a nova companheira. De acordo com ele, o casamento já não andava bem e somente coabitavam a mesma residência.

O participante passou a residir com a nova companheira e, segundo ele, tinham uma ótima convivência, ela era uma pessoa cuidadosa, carinhosa, que gostava dele, pela qual ele também informou ser muito apaixonado. Após um

período de relacionamento, ele foi informado por um colega de trabalho dela de que ela o estaria traindo. Concomitante a esta denúncia, passou a observar que o comportamento da companheira havia se modificado, ela não estava mais tão presente no relacionamento e frequentemente tinha que permanecer no trabalho fazendo horas extras.

Em determinado dia resolveu segui-la na saída do trabalho, constatando que ela ingressou no veículo de um colega. Ele seguiu o carro e acabou flagrando-os quando ingressavam em um motel. No local, barrou a entrada dos dois, gritou com ela e desferiu golpes contra o veículo do amante. O rapaz fugiu e ele logo foi embora, retornando para sua residência.

Ela teria ido ao seu encontro buscando a possibilidade de dialogar sobre o ocorrido, o que ele não desejava. Porém, acabou optando por conversar com ela em um lugar afastado, visando uma maior privacidade. No decorrer da conversa, o celular dela tocou, sendo o amante quem lhe telefonava. Ao perceber a situação e ouvir insultos do amante através do viva-voz do telefone, o participante descontrolou-se e matou-a com apenas um golpe em sua garganta. Ele então abandonou o corpo no local e foi embora. No dia seguinte, por não acreditar no ocorrido, retornou ao local algumas vezes, constatando que ela estava morta. Ele então resolveu cobrir o corpo com terra e folhas. Nesta data, foi trabalhar, acabou colidindo o transporte que dirigia contra outro veículo e permaneceu em estado de coma durante alguns meses. Quando acordou, admitiu o crime cometido e foi preso.

A análise do laudo pericial, fotografias e relatos de testemunhas trouxeram informações divergentes quanto ao relacionamento que o casal vivenciava no momento do crime. Para o participante, o casal apenas passava por um período turbulento no relacionamento. Conforme as testemunhas, o casal encontrava-se separado, a vítima tinha medo do agressor e não queria mais continuar mantendo contato e relacionando-se com ele. Informaram também que o autor do crime frequentemente a perseguia e tentava retomar, sem êxito, o relacionamento.

Conforme constatado nos documentos analisados, o casal estava separado no período em que ocorreu o crime, e em determinada data, o autor do homicídio perseguiu a vítima, obrigou-a a adentrar em seu veículo e conduzindo-a para um local ermo. Neste local, amarrou suas mãos e pés, e a asfixiou. Após, enterrou o corpo. Referente a situação da traição no motel, não constam informações em nenhum dos documentos sobre este acontecimento, assim como, em nenhum momento das entrevistas, foi relatado que a vítima foi amarrada.

Outra informação divergente foi sobre a forma utilizada para provocar a morte. O laudo médico pericial alude que a morte ocorreu por asfixia, tendo, para isso, o agressor mantido a vítima sob seu domínio e durante minutos obstruído sua respiração. De acordo com o participante, havia sido apenas um golpe certeiro.

Referente ao uso de substâncias psicoativas, em entrevistas, o participante externou ter apenas utilizado o "rebite" quando laborava nas estradas. Entretanto, em depoimento fornecido à polícia, ele afirmou que na data do crime estava sob efeito de cocaína.

4. DISCUSSÃO

Com base nos resultados descritos acima, observa-se que informações importantes narradas pelos participantes, como o relacionamento do casal, o modo como o crime ocorreu, o instrumento utilizado e até mesmo a motivação para sua execução, são contrastantes com os relatos das testemunhas e outros documentos processuais. Analisando os conteúdos encontrados, busca-se compreender tais divergências, explorando possíveis hipóteses que auxiliem na sua elucidação.

Uma explicação possível para esta discrepância de informações pode estar relacionada ao processamento da memória referente à situação ocorrida. O autor do delito, as testemunhas e demais pessoas envolvidas no processo desenvolverão diferentes registros mentais alusivos a esta vivência.

Para Kandel e Squire (2003), a memória é o cimento que une a vida mental e preserva a história pessoal do indivíduo. É um processo pelo qual aquilo que é apreendido persiste ao longo do tempo. Sternberg (2000) clarifica que a memória é o meio através do qual os indivíduos recorrem às suas experiências passadas e utilizam estas informações no presente. Este processo envolve mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação das informações. Blagov e Singer (2004) apontam que memórias de eventos marcantes constituem marcos determinantes na organização da história de vida do indivíduo. Permitem que sujeito possa expressar-se através de sua própria trajetória singular. Segundo Einsenkraemer (2006), ela não é um fenômeno tão perfeito e pode apresentar incongruências, sendo que em alguns momentos, torna-se difícil distinguir algo que foi somente imaginado de um evento real.

Para Albuquerque e Santos (1999), existem acontecimentos imaginados que assumem propriedades de acontecimentos reais. Os autores também colocam que em situações cotidianas, pode-se confundir o contexto e o conteúdo

dos acontecimentos, principalmente após um intervalo de retenção. Assim, as pessoas tendem a confundir o episódio fictício com suas memórias atuais.

Miramontes (2012) elucida que a memória proporciona que os indivíduos recuperem, codifiquem e armazenem inúmeras informações. Gauer e Gomes (2008) destacam que o ato de recordar envolve diversas habilidades cognitivas, e que nem todos os eventos são registrados de forma duradoura ou podem ser lembrados com facilidade. Estes autores argumentam que existem eventos que já trazem em si uma marca duradoura, contudo, existem outros que se tornam marcantes com o decorrer do tempo. Para eles, o que está implícito neste processamento é a capacidade de memorizar as vivências e julgá-las reflexivamente. Desta forma, qualquer indivíduo envolvido em um processo criminal fará um exercício de retomada das informações armazenadas no momento de explanação referente ao ocorrido.

Azevedo Souza (2012) destaca que a inquirição das testemunhas e vítimas é componente importante nas investigações de um crime e coloca-se como principal elemento de prova no processo penal. Di Gesu (2010) elucida que usualmente as pessoas não estão habituadas a descrever com tantas riquezas de detalhes as situações que vivenciam, e sob este prisma a tomada de depoimentos de testemunhas configura-se como uma testagem de memória sobre o evento em questão. A autora explica que ao vivenciar uma situação, os indivíduos focam emapenas alguns aspectos do evento, não armazenando na memória informações referentes a todas as partes envolvidas.

Considerando que o crime de homicídio gera uma emoção para quem o vivência, presencia ou possui alguma vinculação, a narrativa deste fato poderá tornar-se comprometida ou deficitária (DI GESU, 2010). Rubin, Schrauf e Greenberg (2003) informam em seu artigo que as propriedades atribuídas aos acontecimentos podem variar de acordo com a importância que o sujeito atribui ao ocorrido, a frequência com que ele foi ensaiado, repensado e dialogado, o tempo transcorrido e sua especificidade. Gauer e Gomes (2008) explicam que as vivências podem ser lembradas em palavras, imagens, narrativas ou sensações, através de histórias coerentes ou fragmentos desorganizados dos acontecimentos.

Conway e Pleydell-Pearce (2000) esclarecem que a recuperação de um evento na memória ocorre através de pistas atualizadas que conduzem a uma investigação ativa das informações em um banco de dados armazenado. Neisser (2000) coloca que esse conteúdo registrado pode ser modificado se as informações entram em desacordo com as demandas e metas atuais. Essas mudanças podem estar relacionadas às questões de julgamentos, em que o indivíduo avalia e reavalia ponderando e modificando sua significação. Nesse sentido, tanto

o autor do homicídio, quanto as demais testemunhas no momento em que fornecem seus relatos referentes ao crime, podem trazer informações distintas e, inclusive, modificadas. Com o passar do tempo, os envolvidos podem acrescentar ou reformular a vivência de acordo com as reflexões e inferências que fizeram ao longo do tempo. Di Gesu (2010) postula que até mesmo a influência da mídia, o transcurso do tempo e a metodologia da inquirição podem influenciar nos conteúdos explanados pelas testemunhas e perpetrador do delito.

Kandel e Squire (2003) explicam que o processamento da memória possui fragilidades e, uma vez que algum tempo tenha se passado, o registro daquilo que aconteceu pode se tornar incerto. Os autores colocam que muitas vezes, quando se tenta evocá-la, erros criativos como a fabricação de algumas partes e extinção de outras podem ocorrer. Para eles, a memória funciona pela extração de um significado, e não como um registro literal daquilo que acontece.

Mazzoni (2005) coloca que durante os processos judiciais, nos testemunhos, a pessoa, ao verbalizar sua versão, recorre à memória episódica e, mesmo que a memória esteja estabelecida e registrada, ainda pode ser modificada, angariando novas recordações. Como pode-se averiguar, os autores são categóricos em afirmar que a memória pode apresentar incongruências e sofrer influências de diversos elementos durante seu armazenamento. Desta forma, as discrepâncias encontradas nos relatos das testemunhas, indivíduo homicida e documentos processuais podem ser advindas deste processamento, que ocorreu de maneira singular e dificilmente apresentaria conteúdos análogos.

Está claro que a memória não é um registro passivo das experiências vividas (LAROCHE, 2006). Sendo assim, a ocorrência das falsas memórias poderia ser outra possibilidade para esclarecimento das diferenças entre os vários discursos encontrados nos resultados deste trabalho. Pergher e Stein (2001) pontuam que as falsas memórias referem-se a uma ampla gama de fenômenos que vem sendo constatada em pesquisas experimentais de diversos âmbitos, como na área jurídica ou de psicoterapia. Estes autores argumentam que elas podem ser formadas de maneira espontânea, sendo que o indivíduo evoca acontecimentos que na realidade não aconteceram, sendo posteriormente recordados como ocorridos.

Além das falsas memórias que ocorrem espontaneamente, existem outras que podem ser estabelecidas através de sugestões externas, seja de forma acidental, seja deliberada como uma falsa informação (BRAINERD; REYNA, 1995). Neufel, Brust e Stein (2010) explicam que nos casos em que o indivíduo acolhe uma falsa informação que lhe é ministrada, posteriormente ele a incorpora como sua própria memória original. Essa diferenciação é essencial

quando se espera que a pessoa relate suas experiências de forma fidedigna, como durante o andamento de um processo penal.

Mazzoni (2005) coloca que pelo simples fato de rememorar a situação ocorrida, pode-se modificar seu conteúdo. Observa-se que os participantes da pesquisa, assim como as testemunhas envolvidas nos processos correspondentes, tiveram que narrar o homicídio em diversos momentos, contextos e para diversas pessoas, valendo-se também da assessoria de profissionais da área jurídica, que podem ter interferido na sequência e conteúdo das informações prestadas. Di Gesu (2008) explica que as recordações estão sujeitas a contaminações, e quanto maior o tempo entre o fato ocorrido e suas declarações, maior a possibilidade de ser incorporados elementos externos e percepções, podendo causar uma confusão entre o que realmente aconteceu e as informações adquiridas posteriormente através da mídia, amigos, policiais, advogados etc. Einsenkraemer (2006) explana que uma falsa memória nem sempre ocorre em oposição à realidade, pois pode funcionar como uma reformulação, mesmo que radical, dos acontecimentos.

Albuquerque e Santos (1999) colocam que existem memórias das quais o indivíduo dificilmente esquecerá, e muitas vezes podem impedir o registro de novas informações. Além disso, a não recordação de todas as coisas que ocorreram pode exercer uma função de proteção a esse indivíduo. Di Gesu (2008) explana que as recordações são fortemente influenciadas pelas emoções e sentimentos, o que, neste contexto, minimiza a observância de detalhes do acontecimento. Sendo o delito de homicídio provocador de fortes emoções, pode também sofrer influências desta ordem.

Albuquerque e Santos (2000) apontam que os efeitos na memória serão mais marcantes na medida em que o estado emocional influenciar em seu processamento cognitivo. Miramontes (2012), em sua tese de doutorado, postula que a interação entre as falsas memórias e as emoções é tema com resultados divergentes na literatura. Ela explica que alguns autores argumentam que a informação emocional é mais lembrada que uma neutra, pois as emoções aumentam a chance de ser armazenadas como uma memória verdadeira (HUANG; YEH, 2006). Esta memória seria menos propensa a um esquecimento ou distorções. Howe (1991) e Hudson, Fivush e Kuebli (1992) concordam com este pensamento, explicando que a implementação de falsas memórias não ocorre para o sujeito quando este vivencia uma situação em que esteja emocionalmente vinculado. Memórias traumáticas ou carregadas emocionalmente estariam imunes a este tipo de contaminação. Entretanto, dados recentes da literatura discordam dessa prerrogativa (LINDSAY et al, 2004; BRAINERD et al, 2010; El

SHARKAWYA et al, 2008) e apontam que a memória em eventos emocionalmente impactantes podem sim ter seu conteúdo distorcido.

Kandel e Squire (2003) postulam que a evocação da memória é um processo criativo de reconstrução, não é meramente uma reprodução automática de informações. Concordando, Mazzoni (2005) explica que a memória não é reprodutiva e está articulada a uma série de processos relativos à atenção e à percepção. Azevedo Souza (2012) alude que no momento em que a pessoa presta depoimento é impossível lembrar-se de todos os detalhes. Além disso, as falsas memórias podem ser acrescentadas a estas recordações. Recai sobre o depoente uma forte demanda cognitiva e emocional, desta forma, a coleta destas informações deve ser realizada com técnicas adequadas, sob pena de afetar a qualidade dos depoimentos.

Di Gesu (2010) destaca ser importante não confundir as falsas memórias com mentiras. A autora argumenta que em situações de mentiras o indivíduo tem conhecimento de que o evento não é verdadeiro, enquanto nas falsas memórias ele acredita que realmente ocorreu. Desse modo, não há como deixar de considerar que a versão fornecida pelos autores de homicídios passionais, testemunhas e demais participantes da situação pode ser meramente baseada em orientações ou modificada visando obter benefícios ao longo do processo criminal. Podendo qualquer um dos envolvidos recriar a história, acrescentando ou omitindo elementos, a fim de buscar vantagens pessoais.

Mais especificamente tratando-se dos autores de homicídio, Del Pino e Werlang (2006) destacam que realizar estudos com este público envolve uma série de dificuldades, por se tratar de pessoas encarceradas e que sofrem influência de efeitos do sistema prisional. Nesse sentido, deve-se considerar também que as narrativas dos autores dos crimes estão sujeitas a múltiplas interferências, incluindo o próprio contexto de narração destes conteúdos. Os entrevistados encontravam-se privados de liberdade, construindo uma história para alguém que trabalha no sistema prisional.

Pontua-se ser importante observar que ao relatarem e justificarem o cometimento do crime, após terem sofrido uma traição, abandono ou humilhação por parte das companheiras, os autores de homicídios podem obter benefícios. Angariar vantagens processuais (diminuição da pena, até uma absolvição) e pessoais (empatia das pessoas, menor aversão para com o crime cometido). Isso pode fazer com que alterem a versão apresentada em depoimentos e entrevistas, podendo acrescentar ou omitir detalhes importantes da situação delituosa. Esta mesma advertência pode ser realizada para as testemunhas envolvidas, ou familiares da vítima convidados a prestar depoimentos. Estes podem buscar, por meio do modo e do conteúdo explanado, dar um tom de maior emoção ao

fato ocorrido, visando uma maior penalidade ao autor do crime. Podem trazer conteúdos que busquem amenizar o comportamento da vítima e colocá-la como figura imaculada.

Outra possível explicação sobre a incoerência de alguns dados apresentados é a premissa de que muitas vezes o autor da violência, ou as testemunhas envolvidas, podem apresentar distorções cognitivas (culpabilização, negação, minimização) de seus atos, verbalizações ou percepções. Segundo Beck (1979), a cognição consiste em um conjunto de processos que abrangem a atenção, memória, percepção, interpretação, produção e compreensão da linguagem, aprendizagem e a capacidade de tomar decisões. É o processo que permite a sistematização de informações que são assimiladas e das respostas que são produzidas. Beck e Alford (2000) definem cognição como uma função que envolve deduções sobre as experiências pessoais e a ocorrência e controle de eventos futuros. Através dela pode-se identificar e prever relações entre situações, facilitando a adaptação ao ambiente. Sternberg (1969) esclarece que os processos cognitivos são aqueles que permitem ao indivíduo assimilar os estímulos ambientais, codificar a informação transmitida pelo meio em representações mentais, armazenar este conteúdo na memória para ser utilizado e recuperar as informações da memória para subsequentes processos cognitivos.

Segundo Bahls e Novolar (2004), o termo distorções cognitivas foi originalmente utilizado por Beck em 1979 para descrever o conteúdo cognitivo idiossincrático indicativo de conceituações distorcidas ou irrealistas. Knapp (2007) explica que distorções cognitivas são vieses temáticos na forma como o indivíduo interpreta suas experiências. De acordo com o autor, as distorções podem levar a uma conclusão equivocada da situação, mesmo quando a percepção do ocorrido está acurada.

Couto (2013) coloca que uma distorção qualifica o conteúdo que foi adulterado, ou seja, é uma modificação da forma original, uma mudança no aspeto real de um dado objeto. Assim, pode-se considerar uma distorção cognitiva como uma cognição que de fato não corresponde à verdade, não é simétrica à realidade. Para Kendall (1992), as interpretações realizadas a partir das experiências têm impacto nas consequências emocionais e comportamentais das mesmas, sendo possível que uma interpretação negativamente desajustada da realidade possa levar a consequências negativas. Para Couto (2013), as distorções cognitivas podem ser consideradas como um fator de risco para o cometimento de atos violentos. Entretanto, não são fenômenos exclusivos destes episódios.

Anderson e Dognson (2002) elucidam que o processamento cognitivo que ocorre durante um episódio agressivo inclui percepções distorcidas, interpre-

tações seletivas e abstração de alguns elementos. Barriga et al (2000) explicam que as percepções distorcidas não são um fenômeno exclusivo de situações de violência e podem ocorrer em diversos eventos do cotidiano. Deste modo, pode-se viabilizar que tanto os autores dos homicídios passionais quanto pessoas envolvidas neste acontecimento podem, inconscientemente, distorcer de alguma forma a realidade presenciada ou conhecida.

Barriga et al (2000) postulam que algumas distorções cognitivas podem compreender uma categoria que nomearam de "egocentrismo". Nesse tipo de distorção, o indivíduo foca exclusivamente em suas opiniões, expectativas, necessidades e direitos, sendo que as ideias e necessidades dos outros raramente são consideradas ou respeitadas. Isso torna o próprio propósito do indivíduo como uma prioridade, desconsiderando qualquer outra possibilidade de busca por uma verdade. Pontua-se novamente que em um processo de homicídio, distorções desse tipo podem ocorrer, na medida em que cada envolvido busca sua própria forma de registrar o episódio e retratá-lo em momento posterior.

As distorções ocorrem em nível cognitivo, entretanto, podem ser manifestadas através de diversas formas, como verbalizações e condutas (COUTO, 2013). Quanto ao indivíduo homicida, Flora (2001) destaca que este funcionamento cognitivo pode possibilitar a racionalização, justificação e minimização dos atos praticados, verificando-se frequentemente o sentimento de "direito" a executar tais comportamentos.

Pode-se observar, em alguns casos, a distorção cognitiva de culpabilização do outro, que envolve a atribuição da culpa pelo próprio comportamento delituoso a outra pessoa, estado, grupo ou objetos exteriores, que não o próprio indivíduo, como, por exemplo: estava bêbado, sob o efeito de drogas, irritado etc. (COUTO, 2013). Observa-se que, ao utilizar-se de uma distorção de culpabilização, o indivíduo desloca a responsabilidade de um resultado pessoal negativo para fontes externas, acarretando benefícios pessoais, que auxiliam a manter sua autoestima, diminuir a ansiedade e evitar julgamentos (SNYDER e HIGGINS, 1988). Esse tipo de distorção pode ser realizada tanto pelo o autor do crime quanto por qualquer outra pessoa envolvida, pois nas mais diversas perspectivas a culpabilização pode ser uma forma de amenizar tais sentimentos. Não somente o autor do delito pode deslocar a motivação para o ocorrido a terceiros ou à própria vítima, como testemunhas e familiares podem atribuir a culpa somente ao autor do delito ou a outras pessoas e situações.

A minimização ou negação também são distorções que podem ser encontradas e que visam diminuir ou eximir o sentimento de culpa pelo próprio comportamento. Exemplificando a questão da minimização de episódios de agressão, um dos participantes relatou sobre uma situação de violência contra a víti-

ma "nós tivemos uma briga, uma discussão, eu acabei fazendo besteira... agredi verbalmente, só verbalmente..." (sic), sendo que no boletim de ocorrências a vítima relatou "que passou a ofendê-la, fazer ameaças que iria matá-la, que só não agrediu, pois os familiares o contiveram... que pegou-a pelos cabelos arrastando-a para fora e com uma faca ameaçava matá-la" (sic). Henning, Jones e Holdford (2005) colocam que, usualmente, o agressor tende a minimizar a severidade e as consequências de seus atos. Cortez, Padovani e Williams (2005), em sua investigação sobre agressores de mulheres, também verificaram que estes apresentam negação e/ou minimização de seus atos de violência contra as parceiras, o que apóia os dados encontrados neste estudo. Novamente, pode-se também considerar que estas modalidades de distorções podem acometer a todos os envolvidos no delito, ou até mesmo aqueles que tenham alguma proximidade com a situação ou pessoas relacionadas. A tendência de observar somente alguns aspectos, diminuir a participação ou comportamentos, ou até mesmo negar a ocorrência de algumas situações ou atitudes, pode acontecer em diversas proporções. As testemunhas, por exemplo, podem negar atitudes positivas do réu ou situações experienciadas por elas, com o objetivo final de puni-lo pelo ocorrido. Assim como o autor pode desconsiderar eventos vivenciados ou conhecidos, visando diminuir sua participação ou explicá-la de uma maneira mais conveniente.

Dessa forma, não se pode desconsiderar que processos inconscientes podem estar presentes para proteger o agressor da culpa, vergonha e tornar mais suportável conviver com o comportamento realizado. Da mesma forma, para os terceiros envolvidos, tais processos podem estar presentes visando obter benefícios pessoais e busca por "justiça". Assim, a culpabilização, negação, minimização da agressão ou do ato cometido, como processo inconsciente, involuntário, também pode explicar a discrepância dos dados encontrados nas versões dos participantes e naquelas contidas nos documentos processuais. Não deixando de considerar o relato de Mann e Beech (2003), que sintetizam a visão de alguns autores de que as distorções são apenas desculpas dadas de forma consciente, visando benefícios ao perpetuador ou a terceiros, o que realmente pode ocorrer.

Por fim, deve-se considerar também as próprias características e dinâmica do sistema judiciário. Em tal contexto, no decorrer de um processo da natureza e gravidade como um homicídio passional, os papéis e poderes em jogo estão longe de estar equilibrados. A classe social da pessoa que está sendo julgada e do seu entorno, incluindo seu *status* cultural e educacional, também poderá ser um fator determinante no sentido das narrativas encontradas. Assim, a trajetória do julgamento dos crimes passionais também poderá ser

impactada pela configuração e pela dinâmica de funcionamento do sistema judiciário em questão, podendo estar refletida nas várias narrativas produzidas nesse contexto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de homicídio passional é um tipo de homicídio comumente ligado a situações de violência doméstica e perpetrado na esfera do lar. Diferencia-se dos demais pela proximidade relacional entre o ofensor e sua vítima. Observou-se, através da análise documental e dos relatos apresentados pelos participantes deste estudo, que eles narraram suas justificativas, motivações e circunstâncias de maneira distinta daquela apresentada pelas testemunhas, pelo Ministério Público e pelo inquérito policial. Para explorar possíveis explicações para tais divergências, algumas hipóteses foram levantadas.

A primeira hipótese foi relativa ao processo de memorização da situação ocorrida, quando podem acontecer interferências de diversas ordens, tanto para o autor do crime como para todos os envolvidos. Uma delas diz respeito à possibilidade da criação de falsas memórias pertinentes ao relacionamento, ao crime e ao pós-crime, que podem ser adquiridas ao longo do tempo e vivenciadas como verdade pelos indivíduos.

A readequação da história, através da orientação e interferência de terceiros, também é um importante fator a ser considerado, uma vez que pode-se vislumbrar angariar benefícios processuais, diminuição da pena ou até mesmo uma melhor aceitação das outras pessoas em face do crime cometido. Por fim, outra possibilidade elencada foi a de que ocorre um processo inconsciente de culpabilização, minimização ou até mesmo de negação das situações vividas. O indivíduo que comete o crime, através deste mecanismo, pode obter uma forma de lidar psiquicamente com o ato praticado, assim como as pessoas envolvidas podem visar a busca de uma forma de justiça e punição pelo ocorrido.

Os vários poderes e interesses em jogo no contexto do sistema judiciário também foram fatores considerados entre as hipóteses explicativas das narrativas incongruentes. A dinâmica de funcionamento desse sistema não pode ser desconsiderada ao se analisar as narrativas produzidas em tal contexto, e suas possíveis consequências.

Considera-se como uma limitação deste estudo o fato de ter sido realizado em ambiente prisional e por profissional inserida no local. Esta situação pode, de algum modo, provocar alterações na forma e no conteúdo das informações trazidas pelos participantes. Por tratar-se de indivíduos privados de liberdade há longo período, eles podem sofrer efeitos do cárcere (prisio-

nização) e trazer informações perpassadas por este viés, ainda mais quando ainda inseridos neste local.

Também pondera-se como possível limitação as entrevistas terem sido executadas por uma pessoa do sexo feminino. Esta questão pode ter influenciado na prestação de informações e dados referentes aos casos. Os participantes podem ter omitido subsídios em relação à situação ocorrida e suas percepções referentes ao sexo feminino, assim como, nesta perspectiva, ter acrescentado elementos ao narrar suas histórias.

Pontua-se, também, que os participantes não foram avaliados quanto a possíveis patologias mentais, que poderiam interferir em seus comportamentos e escolhas ao longo da vida, ou possivelmente até levá-los ao cometimento do delito. Patologias mentais também poderiam influenciar quanto aos elementos relatados por eles durante as entrevistas e os vieses de suas percepções. Sugere-se que futuras análises sobre a saúde psíquica destes indivíduos possam ser empreendidas.

Agrega-se como um importante limitador deste estudo o fato de nenhuma das testemunhas, familiares ou demais envolvidos com o crime terem sido entrevistados pessoalmente. Contou-se apenas com a análise de seus relatos inseridos nos documentos pesquisados. Finalizando, pontua-se que uma investigação mais detalhada, abrangendo os demais envolvidos, poderia elucidar de forma mais abrangente a situação ocorrida e ampliaria a compreensão sobre esta modalidade de homicídio.

Este estudo não buscou identificar uma verdade absoluta ou definitiva sobre os homicídios cometidos. Cada linha narrativa analisada é perpassada por sua própria verdade, sua própria história, experiência e suas crenças. Com relação às hipóteses levantadas, é possível que elas não sejam excludentes, mas complementares, podendo estar presentes nos diferentes casos, em medidas variáveis. A interface entre a Psicologia e o Direito revela-se como uma área promissora no sentido de contribuir para a compreensão e o desvelamento da complexidade do interjogo entre a dimensão da subjetividade, objeto de estudo da primeira disciplina, e os efeitos do comportamento dos indivíduos, dos quais se ocupam os profissionais da segunda.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Pedro Barbas de; SANTOS, Jorge Almeida. "Jura dizer a verdade?..." Traições e fidelidades dos processos mnésicos. *Psicologia:* Teoria e Prática, v. 2, p. 257-66, 1999.

_____; _____. Memória para acontecimentos emocionais: contributos da psicologia cognitiva experimental. In: *Rev. Portuguesa Psicossomática*, v. 2, n. 2, jul.-dez. 2000.

ANDERSON, D.; DODGSON, P. Empathy deficits, self-esteem, and cognitive distortions in sexual offenders. In: Y. FERNANDEZ (Eds), *In their shoes*. Oklahoma City: Woods 'N' Barnes, 2002. p. 73-90.

ARAÚJO. Maria de Fátima. Violência e abuso sexual na família. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 7, n. 2, p. 3-11, jul.-dez. 2002.

AZEVEDO SOUZA, Bernardo de. O fenômeno das falsas memórias e sua relação com o processo penal. *Jus Societas*, v. 6, n. 1, p. 1-17, 2012.

BAHLS, Saint Clair; NOVOLAR, Ariana Bassetti Borba. Terapias cognitivo-comportamentais: Conceitos e pressupostos teóricos. In: *Revista eletrônica de psicologia*, n. 04, Curitiba, jul. 2004.

BARRIGA, Alvaro. *et al.* Cognitive Distortion and Problem Behaviors in Adolescents. *Criminal Justice and Behaviour*. v. 27, n. 1, p. 36-56, 2000.

BECK, Aaron. *Cognitive therapy of depression*. New York: Guilford Press, 1979.

BECK, Aaron T.; ALFORD, Brad A. *O poder integrador da terapia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

BLAGOV, P. S.; SINGER, J. A. Four dimensions of self-defining memories (specificity, meaning, content, and effect) and their relationships to self-restraint, distress, and repressive defensiveness. In: *Journal of personality*, v. 72, n. 3, p. 481-512, 2004.

BORGES, Luciana Souza; ALENCAR, Heloisa Moulin. Moralidade e homicídio: um estudo sobre a motivação do transgressor. In: *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 19, n. 3, p. 451-9, 2006.

BOURGET, D.; GAGNÉ, P.; WHITEHURST, L. Domestic homicide and homicide-suicide: the older offender. In: *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 38, n. 3, p. 305-311, 2010.

BRAINERD, C. J.; REYNA, V. F. Autosuggestibility in memory development. In: *Cognitive Psychology*, v. 28, n.1, p. 65-101, 1995.

BRAINERD, C. J. et al. Developmental reversals in falses memory: effects of emotional valance and arousal. In: *J. Exp. Child Psychol*, v. 107, n. 2, p. 137--154, 2010.

CAMPANATI SOUZA, Amanda. *Atendimento psicossocial a homens no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher*. In: Trabalho de conclusão (Curso de Psicologia), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

CAMPBELL, Jacquelyn. *et al.* Intimate partner homicide: review and implications of research and policy. In: *Trauma Violence Abuse*, v. 8, n. 3, p. 246-269, 2007.

CONWAY, M. A.; PLEYDELL-PEARCE, C. W. The construction of autobiographical memories in the self-memory system. In: *Psychological Review*, v. 107, n. 2, 261-288, 2000.

CORONEL, Márcia Keller; WERLANG, Blanca Susana Guevara. Resolução de problemas em homicidas e tentadores de suicídio. In: *Boletim de Psicologia*. v. 61, n. 134, p. 103-116, 2011.

CORTEZ, Miriam Béccheri; PADOVANI, Ricardo da Costa; WILLIAMS, Lucia Cavalcanti Albuquerque. Terapia de grupo cognitivo-comportamental com agressores conjugais. *Estudos de Psicologia*, v. 23, n. 1, p. 13-21, 2005.

CORTEZ, Mirian Béccheri; SOUZA, Lidio de. A violência conjugal na perspectiva de homens denunciados por suas parceiras. In: *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 62, n. 2, p. 129-142, 2010.

COUTO, Julia M. *Crenças, distorções cognitivas e violência em relações de namoro*. 2013. 65 p. In: Dissertação (Mestrado em Psicologia Forense Criminal), Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz, 2013.

DEL PINO, Viviane; WERLANG, Blanca Susana Guevara. Homicídio e lobo frontal: revisão da literatura. *Interação em Psicologia*, v. 10, n. 1, p. 127-37, 2006.

DEL PINO, Viviane; WERLANG, Blanca Susana Guevara. Flexibilidade mental na resolução de problemas em indivíduos que cumprem pena por homicídio qualificado. In: *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 21, n. 1, p. 142-150, 2008.

DESLANDES, Suely F.; GOMES, Romeu; SILVA, Cosme Marcelo Furtado Passos da. Caracterização dos casos de violência doméstica contra a mulher atendidos em dois hospitais públicos do Rio de Janeiro. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 16, p. 129-137, 2000.

DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias. In: *Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais)*, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2008, 102 p.

DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

El SHARKAWYA, J. *et al.* False memories of emotional and neutral words. In: *Behavioural Neurology*, v. 19, n. 1-2, p. 7-11, 2008.

EISENKRAEMER, Raquel Eloisa. Nas cercanias da memória. In: *Ciências e Cognição*, v. 9, p. 97-110, 2006.

FLORA, Rudy. *How to work with sex offender's*. Handbook for criminal justice, human services, and mental help professional. New York: Haworth Clinical Practices Press, 2001.

FRIESTAD, Christine. Making sense, making good, or making meaning? Cognitive distortions as targets of change in offender treatment. In: *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 56, n. 3, p. 465--482, mai., 2012.

FOSTER, H. G; HILLBRAND, M.; SILVERSTEIN, M. Neuropsychological deficit and aggressive behavior: a prospective study. In: *Progress in Neuropsychopharmacoloy and Biological Psychiatry*, v. 17, n. 6, p. 939-946, 1993.

GAUER, Gabriel. J. Chittó; GUILHERMANO, Taís. Ferla. Fatores biológicos associados a conduta agressiva. In: GAUER, Gabriel. J. Chittó (org.). *Agressividade: uma leitura biopsicossocial*. Curitiba: Juruá, p. 11-33, 2001.

GAUER, Gustavo; GOMES, William Barbosa. Recordação de eventos pessoais: memória autobiográfica, consciência e julgamento. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 24, n. 4, p. 507-514, out.-dez., 2008.

GOUSSINSKY, Ruhama; YASSOUR-BOROCHOWITZ, Dalit. "I killed her, but I never laid a finger on her": A phenomenological difference between wife-killing and wife-battering. In: *Aggression and Violent Behavior*, v. 17, n. 6, p. 553-564, 2012.

HEISE, Lori; PITANGUY, Jacqueline; GERMAIN, Adrienne. In: *Violence against women:* The hidden health burden. Washignton (DC): World Bank Discussion Papers, n. 255, 1994.

HENNING, Kris; JONES, Angela R.; HOLDFORD, Robert. "I didn't do it, but if I did I had a good reason": minimization, denial and attributions of blame among male and female domestic violence offenders. In: *Journal of Family Violence*, v. 20, p. 131-139, 2005.

HOWE, Mark L. Misleading children's story recall: Forgetting and reminiscence of facts. In: *Developmental Psychology*, v. 27, n.5, p. 746-762, 1991.

HUANG, Yang-Ming. YEH, Yei-Yu. Memory errors on emotional lures: Is it possible to mistake a positive stimulus for a negative one?. In: *Cognition and Emotion*, v. 20, n. 5, p. 646-670, 2006.

HUDSON, Judith A.; FIVUSH, Robyn; KUEBLI, Janet. Scripts and episodes: The development of event memory. In: *Applied Cognitive Psychology*, v. 6, p. 483-505, nov., 1992.

HUSS, Matthew. T. *Psicologia forense:* pesquisa, prática clínica e aplicações. Porto Alegre: Artmed, 2011.

JAFFARD, Robert. A diversidade da memória. In: *Revista Viver Mente e Cérebro*, v. 2, Edição Especial, p. 5-7, 2006.

JEANJOT, R. H.; BARLOW, Patrícia; ROZENBERG, Serge. Domestic violence during pregnancy: survey of points and the healthcare provides. In: *Journal of Women's Health*, v. 17, n. 4, p. 557-67, 2008.

JOSEF, Flavio; SILVA, Jorge Adelino Rodrigues da. Psiquiatria forense no Brasil: modelo de entrevista semiestruturada para emprego em pesquisa psiquiátrico-forense, com utilização do Hare PCL-R. In: *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 51, n. 1, p. 47-54, fev., 2002.

KANDEL, Eric. R; SQUIRE, Larry. *Memória:* da mente às moléculas. Porto Alegre: Artmed, 2003.

KENDALL, Philip. C. Childhood coping: Avoiding a lifetime of anxiety. In: *Behavioural Change*, v. 9, p. 229-37, dez. 1992.

KNAPP, Paulo. *Teoria cognitivo-comportamental na prática psiquiátrica.* Porto Alegre: Artes Médicas, 2007.

LAROCHE, Serge. Marcas da identidade. In: *Revista Viver Mente e Cérebro*, v. 2, p. 36-43, 2006.

LINDSAY, D. Stephen. *et al.* Eyewitness suggestibility and source similarity: Intrusions of details from one event into memory reports of another event. In: *Journal of Memory and Language*, v. 50, p. 96-111. jan., 2004.

LOURENÇO, Nelson; CARVALHO, Maria João Leote de. Violência Doméstica: Conceito e Âmbito. Tipos e Espaços de Violência, Themis. In: *Revista da Faculdade de Direito da UNL*, v. 3, p. 95-121, 2001.

MALMQUIST, Carl. P. *Homicide:* a psychiatric perspective. Washington, DC: Amer Psychiatric Pub, 2006.

MANN, Ruth; BEECH, A. Cognitive distortions, schemas, and implicit theories. In: WARD, Tony; LAWS, Richard; HUDSON, Stephen. *Sexual deviance:* Issues and controversies. Thousand Oaks, CA: Sage, p. 135-153, 2003.

MASCOLI, Luisa Maria Carreira Ferreira. *Homicídio intrafamiliar: contribuições para a avaliação de risco.* 2015. 442 p. In: Tese (Doutorado em Ciências Sociais), Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2015.

MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. In: *Revista Viver Mente e Cérebro*, v. 149, p. 78-84, jun., 2005.

McFARLANE, Judith. M. *et al.* Stalking and intimate partner feminicide. In: *Homicide Studies*, v. 3, n. 4, p. 300-316, nov., 1999.

MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. Feminicídios: homicídios femininos no Brasil. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 564-574, 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos. Violência e saúde como um campo interdisciplinar e de ação coletiva. In: *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. 4, n. 3, p. 513-531, nov., 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal:* parte especial: arts 121 a 234-B do CP. 28 ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRAMONTES, Julia Marisol Martínez. *O papel da atenção nos efeitos da valência emocional nas memórias verdadeiras e falsas.* 2012. In: Tese (Doutorado em Psicologia). Faculdade de Psicologia, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, dez., 2012.

MOURA, Andreína da Silva; KOLLER, Sílvia Helena. A criança na visão de homens acusados de abuso sexual: um estudo sobre distorções cognitivas. In: *Psico – USF*, v. 13, n. 1, p. 85-94, jan.-jun., 2008.

NEISSER, U. Snapshots or benchmarks? In: U. NEISSER; L. E, HYMAN (ed.), *Memory observed:* remembering in natural contexts. New York: Worth Publishers, p. 68-74, 2000.

NEUFEL, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila G.; STEIN, Lilian Miltnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lílian Milnitsky (org.). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-38.

PALMINI, André. O cérebro e a tomada de decisões. In: P. Knapp (Org.), *Teoria cognitivo-comportamental na prática psiquiátrica*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2004. p. 71-88.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. In: *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 14, n. 2, p. 353-66, 2001.

RUBIN, D. C.; SCHRAUF, R. W.; GREENBERG, D. L. Belief and recollection of autobiographical memories. *Memory and cognition*, v. 31, n. 6, p. 887-901, set., 2003.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. O crime passional na perspectiva de infratores presos: um estudo qualitativo. In: *Psicologia em Estudo*, v. 15, n. 1, p. 87-95, jan.-mar., 2010.

SCHRAIBER, Lilia Blima. *et al.* Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. In: *Rev. Saúde Pública*, v. 36, n. 4, p. 470--477, ago., 2002.

SNYDER, C. R., & HIGGINS, Raymond. L. Excuses: Their effective role in the negotiation of reality. In: *Psychological Bulletin*, v. 104, p. 23-35, 1988.

STERNBERG, Saul. Memory scanning: Mental processes revealed by reaction time experiments. In: *American Scientist*, v. 57, n. 4, p. 421-57, 1969.

STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

TJADEN, Patricia; THOENNES, Nancy. *Prevalence, incidence, and consequences of violence against women:* findings from the national violence against women survey: research brief. Washington (DC): National Institute of Justice/Centers for Disease Control and Prevention, 1998.

TJADEN, Patricia; THOENNES, Nancy. *Extent nature consequences of intimate partner violence:* Findings from national violence against women survey. National Institute of Justice and the Centers for Disease Control. NCJ Publication, 2000.

YIN, Robert K. *Estudo de caso:* planejamento e métodos. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

WAISELFISZ, Julio Jiacobo. *Mapa da violência 2012*. Atualização: Homicídios de mulheres no Brasil. Centro de Estudos Latino-americanos. ago., 2012.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015*. Homicídio de mulheres do Brasil. Brasília, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres, de Andrea Borelli – *RBCCrim* 54/9-42 (DTR\2005\327);
- Homicídio Passional – Uma discussão entre Crime Privilegiado e Qualificado, de Carla Viviane Bertoch Baptista – *RBCCrim* 116/113-146 (DTR\2015\1360);
- O tratamento penal da violência doméstica no Brasil: uma abordagem crítica, de Érika Mendes de Carvalho – *Ciências Penais* 4/207-233 (DTR\2006\21); e
- Tipologia dos homicídios: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, de Klarissa Almeida Silva – *RBCCrim* 74/339-360 (DTR\2008\545).

86379

JUSTIÇA RESTAURATIVA E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO PELAS/PARA MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA POSSÍVEL ARTICULAÇÃO EM ÂMBITO JURÍDICO-CRIMINAL?

RESTORATIVE JUSTICE AND LEGAL MOBILIZATION BY/FOR WOMEN VICTIMS OF DOMESTIC VIOLENCE: A POSSIBLE ARTICULATION IN A CRIMINAL SUBJECT?

CRISTINA REGO DE OLIVEIRA

Doutoranda em "Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI" pela Faculdade de Direito e pelo Centro de Estudos Sociais, todos da Universidade de Coimbra. Bolsista do Programa de Doutoramento Pleno no Exterior pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), Processo 1668/2015-3. Mestre em Ciências-Jurídico Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia e em Sociologia Política, ambas pela Universidade Federal do Paraná/UFPR. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, também pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/Paraná. Trabalhou no desenvolvimento do "Núcleo de Apoio à Vítima de Estupro" de Curitiba, órgão do Ministério Público do Estado do Paraná responsável pelo apoio jurídico e psicológico das vítimas, maiores de 18 anos, que foram estupradas.
cris.regodeoliveira@gmail.com

Recebido em: 11.10.2015
Aprovado em: 20.04.2016
Última versão autora: 01.05.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Utilizando-se dos referenciais críticos adotados pela criminologia, pela vitimologia e pelas teorias feministas pós-coloniais, o texto problematiza a correlação existente entre as demandas dos movimentos feministas que mobilizam o Direito (Penal) e o aparato tradicional de justiça para a proteção da mulher, especialmente àquela vítima de violência doméstica/familiar, e a possibilidade, em tese, de que formas diferenciadas de resolução do conflito,

ABSTRACT: Taking the critical frameworks adopted by criminology, victimology and by the feminist postcolonial theories, the article highlights the correlation between the feminist demands for mobilization of Criminal Law, using the traditional penal system to protect women – especially victims of domestic violence –, and the possibility that alternative ways to solve the conflict, as can be restorative justice, attend the interests of these women. Presenting some

tal qual a justiça restaurativa, tutelem, de forma satisfatória, os interesses dessas vítimas, refletindo também na conquista de garantias. Apresentando-se algumas das denúncias ao sistema clássico de justiça quanto ao tratamento dispensado à mulher – especialmente relacionado à sua revitimização e ainda, em face das estruturas patriarcais que são inerentes ao conhecimento teórico e prático do Direito – e analisando-se alguns dos pressupostos que sustentam o novo modelo restaurativo de justiça, reflete-se como (e se) seus instrumentos podem resultar em ações positivas para o empoderamento da mulher e para a transformação das práticas sexistas presentes na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Feminismos liberal e pós-colonial – Mobilização do direito – Violência doméstica contra mulher – Justiça restaurativa – Práticas restaurativas.

criticism to the traditional system of justice, related to the treatment of women – especially related to revictimization and also concerned to the patriarchal structures that are inherent in the theoretical and practical knowledge of law – the restorative justice model brings an opportunity to reflect how (and if) their instruments can result in positive actions for women's empowerment and for the transformation of sexist practices presents in society.

KEYWORDS: Liberal and post-colonial feminisms – Legal mobilization – Restorative justice – Domestic violence against women – Restorative practices.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Objetivos da investigação (da opção metodológica) – 3. Mobilização/legalização de direitos e proteção das mulheres: uma lógica conciliável com as funções do sistema jurídico (penal)? – 3.1 Da mobilização à legalização de direitos no âmbito da violência doméstica – 3.2 Da crítica feminista à representação das mulheres no/pelo direito tradicional – 4. Leituras críticas sobre o tratamento das mulheres pela Justiça Penal – 4.1 Estudos de gênero: sobre a manutenção do sexismo pelas ciências jurídico-criminais – 4.2 Perspectivas vitimológicas sobre o papel da mulher no sistema penal – 5. Da intersecção entre a justiça restaurativa e as reinvindicações feministas pela emancipação da mulher: uma possível articulação? – 5.1 Os desafios da participação da mulher nas práticas restaurativas – 5.2 Considerações sobre a atuação do ofensor nos encontros restaurativos – 5.3 Qual o papel da comunidade nas práticas restaurativas? – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Declamava Carlos Lyra, em suas canções poéticas, que "Maria *que é minha* é Maria Ninguém/Maria Ninguém é Maria *como as outras também*/Marias tão frias cheias de manias, Marias *vazias* pro nome que têm/Maria Ninguém é um *dom que muito homem não tem*".[1] A inferiorização dessas mulheres anônimas,

1. LYRA, Carlos. *Maria Ninguém*, 1959.

invisíveis, cotidianamente violentadas em suas relações de proximidade, emudecidas por seus algozes e transformadas em objetos foi mote de denúncia nos mais variados movimentos feministas, especialmente destinados à ruptura das dinâmicas de dominação baseadas nas discriminações de gênero.

Para tanto, inúmeras foram as estratégias de mobilização utilizadas para o empoderamento das mulheres na sociedade. Evidentemente, o chamamento do direito para a proteção institucional através da legalização de garantias e criminalização[2] de comportamentos teve, sem dúvida, importância inicial para desvelar as violências cometidas na esfera privada e torná-las de interesse público, seja para fins de conscientização da problemática situação das vítimas reféns em seus nichos domésticos[3] seja para viabilizar políticas de Estado destinadas à cessação dessa condição.

Entretanto, se no primeiro momento a "publicização-penalização do privado"[4] parecia ser a opção mais afeta à proteção das mulheres, sabe-se hoje, com o desenvolvimento de teorizações críticas (especialmente criminológicas e vitimológicas), que o sistema tradicional de justiça *produz/reproduz violações* (por via de ação ou omissão), especialmente porque desempenha funções de exclusão e de discriminação de sujeitos, baseando-se em estereótipos sociais (de classe, sexo, raça, dentre outros).

Com as denúncias de que o sistema penal destina-se ao controle social (sendo, como narrado por Bourdieu,[5] um poder estruturado e estruturante), evidencia-se que as hierarquias do patriarcado são também reproduzidas nos instrumentos de criação e aplicação do Direito, devendo-se refletir se as mulheres estão realmente tuteladas por tais regras. É por tal razão que Braithwaite, de

2. Em verdade, a diversidade de posturas assumidas pelos movimentos feministas pugnam, ao mesmo tempo e de forma paradoxal, pela descriminalização de certos comportamentos (aborto) e a criminalização de outros (assédio sexual, feminicídio etc.), o que é resultado, de acordo com ANDRADE, da ausência de uma *Política Criminal Feminista* direcionada à firmemente questionar a utilização (ou não) do sistema de justiça criminal, especialmente no Brasil. Cfr., ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Sequência*, v. 18, n. 35, 1997, p. 41-49.

3. Nesse sentido, cfr. SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa*. Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra, 2014, p. 743 e ss.

4. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Op. cit., p. 43.

5. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

forma reflexiva, questiona quais alternativas são possíveis em um sistema aparentemente fechado, onde a masculinidade e as estruturas androcêntricas são, ambas, as causas e a cura putativa da violência? [6]

Na tentativa de construção de uma resposta à assertiva, apresenta-se um novo modelo destinado ao tratamento de conflitos criminais – qual seja, a *justiça restaurativa* e seus instrumentos práticos. Será explanada a viabilidade da aplicação desse recente "paradigma" em relação às vítimas de ilícitos praticados no âmbito doméstico/familiar, questionando sua eficácia, expondo os maiores problemas de sua incidência e destacando a possibilidade de atendimento aos reclames dos movimentos pela proteção das mulheres.

2. OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO (DA OPÇÃO METODOLÓGICA)

O posicionamento crítico de contestação das funcionalidades (essencialmente repressivas e punitivas) atribuídas ao modelo jurídico-penal tradicional parece agregar, nos mais diversos campos, discursos heterogêneos que buscam a redução das plúrimas manifestações dessa violência: assim, as correntes teóricas garantistas, criminológicas da reação social e crítica, vitimológicas, abolicionistas, dentre outras, denunciam as mazelas de um sistema excludente e seletivo.

Porém, em contrariedade, ainda são inúmeros os movimentos (especialmente feministas) que lutam pela positivação de direitos (leia-se, de "direitos humanos") através da ação do Estado, como forma de estabelecimento de garantias fundamentais, ainda que, para tanto, utilizem-se da legislação criminal para concretizar avanços em matérias socialmente sensíveis. Nessa linha, o referencial teórico escolhido para avaliar esse discurso estará detido numa perspectiva sociojurídica, apoiando-se no conceito de *mobilização do direito* (ou mobilização jurídica) para analisar as mais variadas formas de emprego de instrumentos legais na transformação de dinâmicas sociais estratificadas.

Entretanto, ao passo que o *uso do direito* expande-se em diversos contextos, não há que se ignorar a insurgência de um paradigma diverso, que aposta em novos parâmetros para a resolução de conflitos. Portanto, optou-se por abordar o movimento (complexo e heterogêno) de *justiça restaurativa* e sua possível integração com o pensamento feminista, essencialmente para ques-

6. BRAITHWAITE, John; DALY, Kathleen. Masculinities, violence and communitarian control. In: MILLER, Susan (org). *Crime, control and women*. Feminist implications of criminal justice policy. London: Sage publications, 1998, p. 151.

tionar se a forma como as mulheres são tratadas pelo sistema jurídico-criminal seria a mais adequada para garantir direitos e transmutar as relações patriarcais[7] de poder.

Obviamente, far-se-á um recorte (epistemológico) em virtude da abrangência das duas temáticas centrais: diante da complexidade e da variedade de métodos que viabilizam a aplicação da justiça restaurativa, optou-se por referenciar apenas àqueles nos quais estão envolvidos uma pluralidade de participantes,[8] para além dos diretamente envolvidos na ofensa – (*e.g., family group conference, peacemaking circles* etc.) – na intenção de que os questionamentos sejam analisados numa perspectiva teórica ampliada, especialmente diante do papel que a comunidade assume nessas práticas.

7. O patriarcado é questão central nas lutas feministas. Ainda que de fundo polissêmico, Duarte o conceitua de forma ampla como "sistema de dominação masculina que oprime as mulheres através das instituições estatais, sociais, económicas e culturais". Cfr. DUARTE, Madalena. *Para um direito sem margens*: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres. Tese de Doutoramento em Sociologia apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013, p. 14.

8. Obviamente, *não se ignora* que a *mediação penal* é um dos principais instrumentos restaurativos utilizados em todos os países (especialmente nos da Europa e nos Estados Unidos) sendo, inclusive, adotada nos casos afetos à violência de gênero (*e.g.* projetos desenvolvidos na Espanha que podem ser analisados em FERNANDÉZ NETO, Josefa; RAMÓN, Anna María Solé. *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género*. Un enfoque actual práctico. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 119-140 e, ainda, na Áustria, cfr. o trabalho de CHRISTA PELIKAN. *Victim-offender mediation in domestic violence cases – A research report*. Disponível em: [http://www.restorativejustice.org/10fulltext/pelikan-christa.-victim-offender-mediation-in--domestic-violence cases-a-research-report]. Acesso em: 28 ago. 2015). Em Portugal, a Lei 21/2007, de 12 de junho, relacionada à Mediação Penal de Adultos, não autoriza o uso da prática para crimes públicos (tal qual a violência doméstica). É de se conferir que a Lei 112/2009, de 16 de setembro, possibilitava o encontro restaurativo somente durante a suspensão provisória do processo ou na fase de cumprimento da pena e desde que para "restaurar a paz social, tendo em conta os legítimos interesses da vítima, garantidas que estejam nas condições de segurança necessárias e a presença de um mediador penal credenciado para o efeito" (art. 39). Entretanto, a possibilidade prevista nesse artigo foi revogada pela Lei 129/2015, de 03 de setembro. Ressalva-se que, mesmo não sendo a mediação o objeto específico de análise desse texto, será, por vezes, considerada nos argumentos que expõem as questões positivas e negativas acerca da justiça restaurativa no cenário da violência doméstica.

Ademais, também no espaço de desenvolvimento das correntes feministas,[9] inúmeras são as abordagens teóricas sobre o assunto, que variam e são reconstruídas (frise-se, mas não sobrepostas) conforme as posições políticas e de gênero adotadas por seus ativistas (dentre elas, as feministas liberais, radicais, marxistas, pós-coloniais, pós-modernas etc.).

Assim sendo, a hipótese de partida detém-se na problemática relação que se conforma entre a convocação do Estado (Penal) pelas feministas (liberais) para a resolução de conflitos, conquista de direitos humanos das mulheres e proteção contra crimes direcionados às questões de gênero, uma vez que, por vezes, é esse mesmo sistema o principal agente violador. Confirmando-se essa premissa, questiona-se, sequencialmente, se as práticas restaurativas são antagônicas às conquistas das mulheres, e se podem (ou não) oferecer alguma resposta mais satisfatória às vítimas do conflito.

Importante frisar que as premissas em discussão não serão espacialmente delimitadas, ou seja, não serão restringidas em razão das práticas adotadas singularmente pelos Estados, apesar de, por horas, serem citadas as poucas experiências realizadas, a título de exemplificação de propostas concretizadas. Tentar-se-á, nesse espaço, apresentar abordagens teoréticas gerais sobre as hipóteses de pesquisa, intencionando que sejam utilizadas (sempre que possíveis) para reflexão em diversos cenários e peculiaridades culturais.

Delimitam-se os titulares da tutela estatal em consonância com os tipos de comportamentos que se pretende coibir. Evidentemente, enquanto *categoria heterogênea,* são inúmeras as possíveis violações correlacionadas às questões de gênero – tais como a violência sexual no âmbito familiar (ou praticada por desconhecidos), abusos contra crianças e adolescentes, agressões físicas e psicológicas, assédios no ambiente laboral, dentre outros –, razão pela qual, tal como descrito por Daly, violência de gênero é um conceito guarda-chuva,[10] ou seja, um termo que abarca inúmeros significados e significantes. Assim, para especificar o objeto de pesquisa, optou-se por considerar, ainda que no campo

9. Ainda que não exista uma disciplina única imposta a todas as correntes, pode-se citar, como eixo comum de crítica, a noção de que se "o feminismo procurou, em sua prática enquanto movimento, *superar todas as formas de organizações tradicionais, permeadas pela assimetria e pelo autoritarismo*". In: ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo?* São Paulo: Abril, 1985, p. 8.

10. DALY, Kathleen. Sexual assault and restorative justice. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather (org). *Restorative justice and family violence.* Cambridge University: Cambridge, 2002, p. 68.

teórico, àquelas mulheres *adultas*[11] que suportaram delitos praticados no âmbito das *relações domésticas*[12] (de intimidade, ou violência relacional íntima),[13] como resultado da hierarquia de um sexo sobre outro.

A estratégia de investigação utilizada para obter conhecimento válido sobre a problemática suscitada foi centrada, exclusivamente, em revisão bibliográfica, que foi realizada durante (curto) período de pesquisa no "*Leuven Institute of Criminolgy* – LinC", vinculado à KU – Leuven, na Bélgica e, ainda, no "*European Forum for Restorative Justice* (EFRJ)", também em Leuven.

Aqui, vale ressaltar que, durante a análise do estado da arte, inúmeros foram os autores que alertaram sobre a existência de poucas avaliações quantitativas e qualitativas sobre o assunto,[14] destacando a dificuldade de se comprovar, empiricamente, quais seriam as contribuições da justiça restaurativa em relação à

11. A escolha pela mulher adulta para a fundamentação teórica da adoção (ou não) da justiça restaurativa deve-se à presunção de que a maioridade a torna capaz e consciente da aceitação sobre os benefícios e os riscos de adesão a esse modelo diferenciado de solução do conflito.

12. Não se ignora a posição dos téoricos da *sociologia do conflito familiar*, os quais destacam que, mesmo em pequeno número, existem mulheres que praticam violência contra homens, especialmente em âmbito doméstico. Entretanto, por opção metodológica, o presente estudo tratará apenas da mulher que foi vítima de violência doméstica. Apenas para elucidar a questão, cfr. MACHADO, Carla; CARIDADE, Sónia; SOUSELA, Luísa. Género e violência na intimidade: que relação? *Revista do CEJ*, n. 13, p. 21-42, 1º semestre de 2010.

13. Termo adotado por Lamas Leite, em razão de sua maior plasticidade e rigor terminológico, apesar do termo "violência doméstica" ser o de maior apropriação técnica pelos direito penal e a criminologia. *Julgar*, n. 12, p. 25-66, set.-dez., 2010.

14. Destacando serem poucas as análises empíricas aptas a demonstrar os resultados das práticas restaurativas nessa seara e, especialmente, se referenciadas aos adultos, cfr. ; DALY, Kathleen; STUBBS, Julie. Feminist theory, feminist and anti-racist politics, and restorative justice Op. cit., p. 157; STUBBS, Julie. Justice gendered violence: What does restorative justice offer? In: BOLITHO, Jane; BRUCE, Jasmine; GAIL, Mason. *Restorative justice for adults:* an emerging practice. Sydney: Institute of Criminology, 2012, p. 199-200. PTACEK, James. Resisting Co-optation. Three feminist challenges to antiviolence work. In: _____ (org). *Restorative justice and violence against women*: Oxford, 2010, p. 10; BAZEMORE, Gordon; EARLE, Twila Hugley. Balance in the response to family violence. Challenging Restorative Principles. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather (org). *Restorative justice and family violence*. Cambrigde: Cambridge Press, 2002, p. 153-154; DALY, Kathleen. Restorative justice and sexual Assault. An archival study of court and conference cases. *British Journal of Criminology*, v. 46, n. 2, 2006, p. 334-356.

temática da violência de gênero no contexto familiar.[15] Aqui, ressalta-se que as restritas experiências em andamento direcionam-se a jovens, como ocorre na Austrália e na Nova Zelândia, mas estas não serão adotadas na íntegra durante a pesquisa, vez que estará destinada à análise da violência praticada em desfavor de mulheres adultas.

Por tal razão, o texto pretende, antes de apresentar respostas às problemáticas suscitadas, refletir, no campo teorético, as possibilidades críticas de assunção de novas práticas relacionadas aos problemas afetos à violência doméstica.

De forma sistemática, o artigo será dividido e apresentado em três tópicos: o primeiro deles aponta como a mobilização de ativistas feministas pela consolidação de direitos resulta na criação de leis, com conteúdo material jurídico-criminal, destinadas à garantia e proteção das mulheres, tomando-se como referencial a edição da Lei Maria da Penha no Brasil (Lei 11.340/2006). Após, pretende-se analisar desde o pensamento *pós-colonial* (pós-moderno ou pós-estrutural), qual a eventual importância (emancipatória) desses instrumentos jurídicos para a transformação das hierarquias sociais que inferiorizam as feminilidades.

Na sequência, a segunda parte explora, desde uma visão emergente do interior do sistema penal, como as regras criminais atuam (no campo do simbólico e do real) na estruturação das relações de poder patriarcais, e se as agentes femininas selecionadas pelo sistema (enquanto vítimas) são, ou não, tuteladas por tais normas.

15. Justamente em razão dos poucos estudos acerca do assunto, importa citar que em âmbito europeu existem dois projetos desenvolvidos em parceria com o "European Forum for Restorative Justice": a) "*Restorative Justice in cases of domestic violence: Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs*" (2014-2016), coordenado pelo "Verwey Jonker Instituut", na Holanda (informações disponíveis em: [http://iars.org.uk/content/RJandDV]); b) "*Developing integrated responses to sexual violence: An interdisciplinary research project on the potential of restorative justice*" (2013-2015), desenvolvido pelo Instituto de Criminologia de Leuven (informações disponíveis em: [https://www.law.kuleuven.be/linc/english/research/researchdaphnesexualviolence.html]). Como resultado desse último projeto, foi lançado relatório sobre a aplicação das práticas restaurativas no âmbito de crimes sexuais, em data 29.09.2015. Para tanto, cfr. MADSEN, Karin Sten; MERCER, Vince. *Doing restorative justice in cases of sexual violence:* a practice guide. Leuven: Leuven Institute of Criminology; University of Leuven, 2015. Disponível em: [http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/09/Doing-restorative-justice-in-cases-of-sexual-violence_practice-guide_Sept2015.pdf]. Acesso em: 29 set. 2015.

Finalmente, o último tópico destina-se a apresentar a justiça restaurativa, destacando-se as principais críticas atinentes à aplicação de seus princípios balizadores, bem como de alguns de seus instrumentos, nos conflitos correlacionados à violência de gênero. Assim, serão destacados os principais fundamentos que apoiam e excluem a incidência das práticas, contrapondo-as às tradicionais formas de resolução desses conflitos.

3. MOBILIZAÇÃO/LEGALIZAÇÃO DE DIREITOS E PROTEÇÃO DAS MULHERES: UMA LÓGICA CONCILIÁVEL COM AS FUNÇÕES DO SISTEMA JURÍDICO (PENAL)?

3.1 Da mobilização à legalização de direitos no âmbito da violência doméstica

É notória a insurgência, nos últimos anos, de *ações*[16] destinadas à tutela de sujeitos vulneráveis (em regra, crianças, mulheres e idosos) que pugnam pela consagração de direitos e garantias, efetivadas de formas diversas, nos cenários locais, regionais e globais. Objetivando, em regra, a criação de normas (em âmbito internacional e nacional) que se destina(ria)m a viabilizar e concretizar medidas de redução da violência, *mobiliza-se o direito* para a conquista de instrumentos protetivos, dentro e fora dos tribunais.

De forma mais amplificada (ou seja, para além do uso tradicional voltado à resolução do conflito), a *mobilização* dirige-se "aos processos sociais e ju-

16. Tais ações consolidam-se mediante estratégias diversas: a) podem ser identificadas no terceiro setor (cita-se, no Brasil, a título exemplificativo, a importante atuação de duas Organizações Não Governamentais: o *Centro Feminista de Estudos e Assessoria* (Cefemea – 1989), que tem como objetivo "contribuir para o fortalecimento do feminismo e da democracia incidindo nos Poderes Públicos para a garantia de direitos das mulheres" (Disponível em: [http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1444&Itemid=94]) e ainda, o *Coletivo Feminista – Sexualidade e Saúde*, destinado à proteção do direito fundamental à saúde da mulher (cfr. [http://www.mulheres.org.br/site/]); b) tem incidência no interior das instituições acadêmicas (cfr, em Portugal, a criação do *Intimate*, vinculado ao Centro de Estudos Sociais ([http://www.ces.uc.pt/intimate/])); c) em âmbito político, como recentemente verifica-se no Brasil através do desenvolvimento do *#partidA*, que se intitula como partido *por e para mulheres*, preocupado com "questões concernentes aos direitos humanos, à solidariedade, e à defesa das pautas do campo da esquerda" (cfr. [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/40835/filosofa+marcia+tiburi+cria+partido+feminista+para+mulheres+crise+de+representacao+sempre+existiu.shtml]). Todos os acessos foram realizados em: 9 ago. 2015.

rídicos de significação e conscientização dos direitos. Para tanto (...) inclui, por exemplo, o uso individual e coletivo dos tribunais, mobilizações na esfera legislativa, lutas em torno da aplicação das leis, projetos educativos com enfoque no conhecimento das leis e dos tribunais".[17] Nesse cenário, os sujeitos são personagens centrais, visto que, como defendido por MCCANN, tal concepção "desloca o foco dos tribunais para os usuários e utiliza o direito como um recurso de interação política e social".[18]

Se, de acordo com SANTOS, tais mobilizações podem ter como objetivo "a ressignificação dos direitos humanos, a constituição de 'novos' sujeitos de direitos humanos e/ou a promoção mais ampla de transformações sociais, culturais, políticas, jurídicas e/ou económicas",[19] os diversos movimentos de contestação das instâncias hegêmonicas de poder conformam discursos (em tese, de *resistência*) que pretendem desvelar injustiças e invisibilidades, afetas aos sujeitos marginalizados.

No que concerne aos movimentos feministas, são plúrimas as abordagens e estratégias (práticas e teoréticas) utilizadas para a proteção e consequente empoderamento da mulher, nos espaços público e privado. A partir das décadas de setenta/oitenta (exponencialmente nos Estados Unidos), as *feministas liberais*[20] defendiam a paridade de tratamento (ético, jurídico, social, político)

17. SANTOS, Cecília MacDowell. A mobilização transnacional do direito e a reconstrução dos direitos humanos. In: _____ (org.). *A mobilização transnacional do direito.* Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 2012, p. 14. McCann dispõe de forma mais genérica que a mobilização do direito "refere às ações de indivíduos, grupos ou organizações em busca da realização de seus interesses e valores." Não se ignora que, em determinados contextos políticos e econômicos, tais mobilizações tenham um efeito perverso, visto que podem pugnar pelo retrocesso de direitos/garantias (como se observa, via de exemplo, na proposta de redução da maioridade penal no Brasil). In: MCCANN, Michael. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos "usuários". *Revista da EMARF.* Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 182.

18. MCCAN, Michael. Op. cit., p. 182

19. SANTOS, Cecília MacDowell. A mobilização transnacional do direito e a reconstrução dos direitos humanos. Op. cit., p. 14.

20. Na relação desse movimento com as ações do Estado, as ativistas destacavam a possibilidade criação de políticas de redistribuição que, se gerenciadas por mulheres, poderiam resultar em políticas públicas facilitadoras de mudanças estruturais. Para tanto, nessa seara, poderia ser o Direito um mecanismos de transformação. Cfr. DUARTE, Madalena. Para um direito sem margens: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres. Op. cit., p. 24 e ss.

e de oportunidades, sustentando que a diferenciação estratificada em discursos sexistas[21] (e, portanto, não raro, justificada por condições *naturais e biológicas*) deveriam ser afastadas, sob a égide da "igualdade" e da construção da "cidadania", pilares essenciais para a consolidação de dignidade enquanto exercício efetivo de direitos humanos.

Com a denúncia de que "o 'masculino' e o 'feminino' são criações culturais e, como tal, são comportamentos apreendidos através do processo de socialização que condiciona diferentemente os sexos para cumprirem funções sociais específicas e diversas",[22] contesta-se a legitimidade das relações de *poder patriarcais (androcentristas)*, o processo histórico que as originou, e luta-se pela modificação dessa ideologia, enquanto medida de resistência e possibilidade de formas alternativas de exercício de poder.

No campo jurídico, pugna-se que o Estado seja o garantidor de liberdades individuais, de forma suficiente a alterar a dinâmica sexista: para tanto, a *legalização* (e a *universalização*) de direitos é vetor fundamental para o avanço das pautas liberais vez que, de acordo com Donnelly, a consolidação de regras jurídicas são classificadas por seus protagonistas como instrumentos centrais na luta por direitos humanos.[23] Como exemplo desse "cenário de lutas", veja-se que a demanda pela positivação resultou na criação da "Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres",[24]

21. Evidentemte que a definição de gênero carrega consigo inúmeras complexidades. Adotando-se o referencial de FRASER propõe que o conceito de gênero (e as implicações que dele derivam para as lutas feministas) seja analisado sob um viés *bidimensional*: a) na perspectiva *distributiva*, relacionada com a face política e econômica, "gênero aparece como uma diferenciação semelhante a classe, enraizada na própria estrutura econômica da sociedade", o que autorizaria a discriminação das mulheres no mercado de trabalho; b) na dimensão do *reconhecimento,* de cunho discursivo-cultural, gênero é uma diferenciação de *status*, ou seja, "um padrão institucionalizado de valor cultural que privilegia traços associados com *a masculinidade*, assim como desvaloriza tudo que seja codificado como "feminino". FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional de justiça de gênero. In: _____ (org). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 64-65.

22. ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. Op. cit., p. 55.

23. DONNELLY, Jack. The virtues of legalization. In: GARCÍA-MECKLED, Saladin (org). *The legalization of human rights*. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law. London: Routledge, 2006, p. 68.

24. Define como *standard* que a discriminação contra a mulher evidencia-se em qualquer "distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como

aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1979 e ratificada (com reservas) pelo Brasil em 1984.

No Brasil, a temática da *violência* contra as mulheres torna-se conteúdo central das agendas feministas, especialmente no contexto de redemocratização (décadas de setenta a noventa).[25] Especialmente preocupadas com a violação cotidianamente suportada no âmbito *privado* das relações afetivas, evidenciou-se alguma oportunidade *política* de incorporação de discursos protetivos nas pautas governamentais, o que resultou, inicialmente, na aliança entre Estado e representantes de movimentos sociais, através da criação de órgãos institucionais[26] voltados à prestação de serviços integrados na seara jurídica, psicológica e de orientação às vítimas.

Aqui, se (teoricamente) as políticas públicas institucionais parecem ser canais determinantes para a redução das discriminações contra grupos vulne-

---

objectivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios, político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio" (art. 1.º). Disponível em: [http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dm conv-edcmulheres.html]. Acesso em: 25 ago. 2015.

25. A existência de lutas feministas no Brasil retrocede ao movimento sufragista (ainda no séc XIX, seguindo-se até a consolidação do direito ao voto no ano de 1932). Durante a ditadura militar, foram ativistas articuladas à grupos de esquerda que denunciaram as violações suportadas pelas mulheres, especialmente no âmbito doméstico. Entretanto, foi com a Carta Constitucional de 1988 que estratégias de *mobilização política* foram êxitosas na positivação de demandas afetas à proteção da mulher, tais como a licença maternidade, integração na previdência social etc. Surgiram, ainda na década de oitenta, organizações de apoio à mulher vítima de violência, como a *SOS Mulher*. Para a análise detalhada da linha histórica do feminismo no país, cfr. PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

26. Visando a incorporação das reivindicações das mulheres nas políticas sociais de Estado, em 1985 foi criado no Brasil, pelo então presidente José Sarney, o *Conselho Nacional dos Direitos da Mulher* (CNDM), integrado por membros da sociedade civil e representantes do governo. E, no Estado de São Paulo, criou-se, em 1983, o *Conselho Estadual da Condição Feminina* (CEF) e o *Centro de Orientação Jurídica e de Encaminhamento à Mulher* (Coje), sendo também o Estado no qual surgiu a primeira *Delegacia da Mulher* (1985). Todos os detalhes sobre o papel destes órgãos estão contidos em SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 89, jun. 2010, p. 156-157.

ráveis (o que se verifica, em geral, através de ações afirmativas), também não se ignora que o Direito Penal foi convocado pelo Estado (e pelos movimentos plurais) no enfrentamento da violência contra a mulher, especialmente através da *ameaça sancionatória*, em tese, apta a coibir a prática de violações. Como exemplo, cita-se a regulação estatal de conflitos através da Lei 9.099/1995 – que edifica a estrutura dos Juizados Especiais Criminais, destinados aos crimes de *menor potencialidade ofensiva*, e que foi resultado de (alguma) reforma na administração da justiça –, destacando-se, ao tempo de sua criação, a narrativa de que com a facilitação do acesso à Justiça viabilizaria-se a tutela satisfatória das vítimas de violência.

Entretanto, a "pouca gravidade simbólica, moral e jurídica dado os casos de violência",[27] vislumbrada na flagrante ineficácia do Poder Judiciário no tratamento de tais conflitos, mobilizou ativistas e demais organizações feministas na busca por mecanismos jurisdicionais mais eficazes. Nessa linha, o emblemático caso de violação doméstica à que fora submetida Maria da Penha foi levado[28] à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ocasião em que o

27. SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. (Des) constitutindo gênero no Poder Judiciário. *Ex aequo*, n. 31, 2015, p. 46. Para alguns, o tratamento da violência doméstica teria sido *banalizado pelo uso de penas restritivas de direitos* (via de exemplo, cestas básicas) em detrimento de medidas de cunho sancionatório mais radicais. Foi por essa razão, inclusive, que a legislação específica posterior (Lei 11.340/2006) afastou a aplicação material e processual da Lei 9.099/1995. Entretanto, Azevedo cita que não há consenso sobre o significado da implantação dos Juizados, vez que "alguns perceberam os JECrim *como benéficos à luta das mulheres* por darem visibilidade ao problema da violência de gênero, que antes não chegava ao âmbito judicial em virtude da obrigatoriedade do inquérito policial, que acabava não sendo realizado. Outros entenderam que os Juizados ampliaram a rede punitiva estatal, judicializando condutas que antes não chegavam até o Judiciário, mas em muito pouco contribuíram para a diminuição do problema da violência conjugal, pela impunidade decorrente da banalização da alternativa da cesta básica." Cfr. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CRAIDY, Mariana. Conflitos de gênero no judiciário. Aplicação da Lei 11.340/2006 pelos Juizados de violência doméstica e familiar de Porto Alegre/RS. In: *Relações de gênero e sistema penal.* Violência e conflituosidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EdiPucRS, 2001, p. 12.

28. A denúncia à Corte foi apresentada pela vítima, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (Cejil), pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), uma vez que se passaram aproximadamente 15 (quinze) anos (1983-1998) sem uma resposta jurisdicional à ofendida em decorrência da violência cometida por seu cônjuge, que ainda permanecia em liberdade. Para maiores dados, cfr. o relatório da aludida Corte. Disponível em: [http://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm]. Acesso em: 15 jul. 2015.

Brasil foi responsabilizado por "negligência, omissão e condescendência com relação à violência doméstica contra as mulheres, recomendando a adoção de medidas relacionadas ao caso individual – inclusive estabelecendo o pagamento de compensação à vítima",[29] recomendando, ainda, a criação de políticas públicas no território nacional.

O campo discursivo pela reinvidicação do uso tradicional do direito resultou na edição da *Lei 11.340/2006*[30] (Lei Maria da Penha), destinada não apenas a "superar a situação de violência, mas, também, representar uma política de redistribuição e reconhecimento, através de uma *política judicial de gênero*".[31]

3.2 Da crítica feminista à representação das mulheres no/pelo direito tradicional

Destacada a importância da mobilização do direito para a consolidação de *standards* normativos de proteção das minorias (nos cenários nacionais e internacionais), a complexidade das estruturas sociais que se pretende regulamentar suscita posições críticas sobre a *legalização*, uma vez que, como defende KAPUR, a lei encerra consigo um discurso complexo e contraditório,[32] devido, sobretudo, a seu conteúdo político. Nessa linha, Baxi elucida que "as normas de direitos humanos são simultaneamente *constituídas por, e constitutivas das*

29. Sobre a mobilização transnacional do direito (ou litigação transnacional) e a utilização da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, de 1994 como fundamentos para a condenação do país, cfr. SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado. Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 7, ano 4, 2007, p. 44-45.

30. Ressalta-se que a pressão dos movimentos sociais (ONG feministas), em parceria com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (criada em 2003), culminou na criação da referida legislação, uma vez que apenas a recomendação da Corte Interamericana não foi suficiente para a consolidação da normativa. Para maiores informações, cfr. [http://www.spm.gov.br/sobre/a-secretaria]. Acesso em: 09 set. 2015.

31. SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. Op. cit., p. 47 (sem grifos no original).

32. KAPUR, Ratna. Revisioning the role of law in women's human rights struggles. In: GARCÍA-MECKLED, Saladin (org). *The legalization of human rights*. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law. London: Routledge, 2006, p. 102.

relações de poder-saber, tanto incluindo como excluindo representações de diferentes necessidades sociais e de sujeitos".[33]

Ainda que para Donnelly sejam inúmeras as *virtudes da legalização* enquanto estratégia válida e eficaz para a conquista de direitos (humanos) – razão pela qual a define como instrumento,[34] e não fim em si para a erradicação de desigualdades –, assume-se, numa perspectiva mais *pessimista*, que se o evidente *gap* entre direitos formalmente consagrados e o atual estado de desvantagem dos grupos vulneráveis não foi alterado em decorrência do processo de legalização,[35] seria viável permitir que novos métodos fossem legítimos na tutela dos sujeitos.

Ora, sendo a norma o resultado de processsos de luta pela imposição de poder no campo determinado de um discurso (político, econômico e social), evidentemente que sua construção pode ser autoritária e parcial, uma vez que elimina heterogeneidades e manifestações plúrimas acerca do seu conteúdo: se a lógica positivista[36] e racionalista aponta para a criação de regras gerais, universais, neutras e abstratamente aplicáveis a todos os sujeitos do ordenamento,[37] os seus receptores são construções *estereotipadas*, privadas de individualidades e de singularidades históricas.

33. UPENDRA BAXI *apud* SANTOS, Cecília MacDowell. A mobilização transnacional do direito e a reconstrução dos direitos humanos. Op. cit., p. 19 (sem grifos no original).

34. DONNELLY, Jack. Op. cit., p. 70-71.

35. KAPUR, Ratna. Op. cit., p. 101.

36. Obviamente, a concepção positivista do direito afasta quaisquer ponderações valorativas (especialmente de cunho político), tornando-o "um conjunto de normas e regras que foram validadas através de testes aplicados à realidade, pelo que não se deve questionar a justiça da aplicação de determinada regra, mas apenas se foi aplicada segundo o procedimento normalizado". DUARTE, Madalena. Para um direito sem margens: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres. Op. cit., p. 16.

37. Questionando-se as teorias contratualistas, que reforçam a supremacia do direito estatal na proteção dos direitos individuais centrados na igualdade dos sujeitos, as feministas questionam se neste contrato foram tidas em consideração. Neste sentido, DUARTE, utilizando-se da teoria do Contrato Sexual, de Carole Pateman, dispõe "que o contrato original institui, no sentido patriarcal, liberdade e dominação: a liberdade dos homens e a submissão, inclusive sexual, das mulheres". Cfr. mais detalhes sobre a construção teórica em DUARTE, Madalena. Idem, p. 17 e ss.

Analisando-se a demanda pelo reconhecimento dos direitos das mulheres com a contribuição (e desde a ótica) dos feminismos *contra-hegemônicos*[38] – tais como o *pós-colonial* –, aponta-se que os diversos institutos jurídicos protetivos justificam-se na concepção "abstrata" de mulher, embasada no modelo eurocêntrico (branca e heterossexual), e adjetivada como vítima, inferior, invisível, subalterna, dependente, sempre dominada e submetida aos discursos sexistas. Seria, então, possível atentar que as "mulheres brancas que dominam o discurso feminista atual raramente questionam se sua perspectiva sobre a realidade das mulheres corresponde ou não às experiências vividas das mulheres como um grupo coletivo".[39]

Em outros termos, se as correntes feministas pugnam pela edificação de direitos através (e essencialmente) da legalização, restariam ceifadas do campo de lutas àquelas subjetividades que estão alheias (e para além) do perfil que se pretente tutelar? Criticando universalismos e abstrações, as considerações sobre a pluralidade de mulheres permitem questionar, nas palavras de Chakravorty: "*Quem pode falar e por quem? Quem ouve e por quê? Como se representa a si e aos outros?*".[40]

Evidente que a crítica ao feminismo liberal deriva da imposição legislativa na criação de modelos de comportamento (uma vez que com a análise do discurso permite-se compreender o poder das leis na construção de significantes)[41] e, se algumas mulheres não se sentem representadas nestas dinâmicas, destaca-se que "estes feminismos vistos como sistemas de poderes de umas mulheres sobre as outras *não só não percebem a diversidade* e os processos parti-

38. A intersecção entre os enfoques do feminismo ocidental (voltado à crítica da construção cultural do gênero) e àqueles afetos ao pós-colonialismo (interessado nas relações de descolonização, luta pela libertação de domínios do patriarcado, que "considera as mulheres como pobres, ignorantes, analfabetas, curvadas sobre o trabalho, indistinguíveis entre si, confinadas na cozinha e nos seus múltiplos e infindáveis desesperos; pacientes, silenciosas, mudas, e obedecem quando são mandadas calar e ficam invisíveis tanto fora como dentro de suas casas"), amplia o campo de estudo do tratamento dispensado à mulher, que não mais está construída no arquétipo de subordinada do terceiro mundo. *Agrega-se ao discurso as potencialidades das experiências de resistência de mulheres concretas e politizadas*". Cfr. CUNHA, Teresa. *Never trust Sindarela*. Feminismos, pós-colonialismos, Moçambique e Timor-Leste. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23, sem grifos no original.

39. BAHRI, Deepika. Feminismo e/no pós-colonialismo. *Estudos feministas*. Florianópolis, n. 21, v. 2, mai.-ago. 2013, p. 662.

40. CHAKRAVORTY *apud*, BAHRI, Deepika. Idem, p. 661.

41. KAPUR, Ratna. Op. cit., p. 104.

culares em que as *opressões* ocorrem como também se tornam cegos e invisíveis aos processos de apropriação, cooptação, resistência e criação de alternativas que estão operativas no mundo".[42]

No campo da proteção das vítimas de violência doméstica, o enquadramento teórico acima parece justificar essa desconstrução: as mulheres concretas e múltiplas, com vivências históricas em contextos diversos, apoiam, em todos os casos, que os homens violadores sejam sancionados através da atuação do sistema penal? (e as relações que não foram abrangidas nessa dinâmica no ato de criação da norma, tais como as homoafetivas? Suas especificidades foram também objeto de análise e tutela?).

Ainda, uma visão progressista permitira supor que, diante das dinâmicas relacionais, seria possível à mulher optar por escolher alternativas ao encarceramento ou, de forma mais ampla, ao uso do sistema penal para a resolução do seu conflito? Questiona-se se a norma é eficaz na diminuição dessas violações e transformação das dinâmicas sociais patriarcais ou, de outro lado, se é o Estado um dos agentes reprodutores dessa opressão? São reflexões que permeiam toda a explanação desse trabalho.

4. LEITURAS CRÍTICAS SOBRE O TRATAMENTO DAS MULHERES PELA JUSTIÇA PENAL

4.1 Estudos de gênero: sobre a manutenção do sexismo pelas ciências jurídico-criminais

Dahl aponta que a "divisão dos sexos na sociedade é tão profunda, que se torna *invisível*".[43] Então, se a justiça de gênero reflete ideias consensuadas e culturalmente aceitas sobre os papéis dos homens e das mulheres na comunidade[44] e, uma vez que a realidade social é um contínuo processo de interação entre sujeitos, os significantes são resultados da diversidade econômica, cul-

42. CUNHA, Teresa. Op. cit., p. 47-48.

43. DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*. Uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 6 (sem grifos no original).

44. GARCIA, Venessa; MCMANIMON, Patrick. *Gendered justice*. Intimate partner violence and the criminal justice system. United Kingdon: Rowman and Littlefield Publishers, 2011, p. 8.

tural, de classes etc, dos atores envolvidos, ainda que tais relações não sejam (conscientemente)[45] perceptíveis aos seus protagonistas.

Enquanto sub-sistema social, convoca-se também o direito (e, evidentemente, seus atores e seus instrumentos) a desenvolver um papel na construção, proteção e afirmação da mulher. Entretanto, o conhecimento (*e. g.* científico, artístico, literário), *a priori*, permaneceu autorizado apenas para (e em função) dos homens, enquanto sujeitos produtores do saber: como denunciado por Larrauri,[46] a lógica patriarcal é constantemente reproduzida pelas ciências (e, frise-se, pelo campo jurídico), sendo aplicada e ensinada desde uma perspectiva masculina (e, portanto, discriminatória), criando realidades distorcidas e fragmentadas, nas quais prevalecem a hegemonia androcêntrica.

Novos desenvolvimentos teóricos[47] passam a analisar o papel do direito na manutenção das estruturas sociais. Nesse sentido, Larrauri evidencia que as hierarquias patriarcais estão consolidadas em *todos os poderes do Estado*, quais sejam, na elaboração das normas penais pelo Legislativo, na aplicação

45. Tal como define Bourdieu, "o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem". Bourdieu, Pierre. Op. cit., p. 7-8.

46. LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal:* Violência doméstica. Montevideo: B de F, 2008, p. 20.

47. Sobre os estudos desenvolvidos pela *Teoria Feminista do Direito* (*Feminist Jurisprudence*), e pela *Critical Legal Studies* e suas peculiaridades na denúncia da produção masculina do conhecimento, cfr. DUARTE, Madalena. O lugar do Direito nas políticas contra a violência doméstica. *Ex aequo* [online]. n. 25, p. 59-73. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S0874-55602012000100006&script=sci_arttext]. Acesso em: 5 ago.2015. Destacando alguma postura comum entre essas correntes, denota-se a "crítica ao liberalismo, enquanto ideologia capitalista ocidental, por moldar o mundo em termos de valores contraditórios como razão/desejo, liberdade/necessidade, individualismo/altruísmo, autonomia/comunidade, subjetividade/objetividade. O sistema legal tende a sustentar estas contradições e não almeja resolver os verdadeiros conflitos que nelas se alojam ou que a elas dão origem. Pelo contrário, estes são conceitos abstratos que permitem aos tribunais, nas suas decisões, irem oscilando entre um valor e outro sem aparente (e/ou real) coerência, tornando-se os direitos instáveis, relativos e manipuláveis. Contestam esta abstração defendendo que nenhum direito pode ser universal nem estar dissociado de um contexto social, espaço e tempo específicos". Cf. DUARTE, Madalena. *Para um direito sem margens*: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres. Op. cit., p. 20.

do direito pelos Tribunais e na execução das sanções pelo Executivo.[48] Seria, então, contraproducente o uso desses mecanismos nas lutas feministas emancipatórias?

Exatamento nesse sentido, Duarte questiona o potencial transformativo do direito na ruptura das relações patriarcais de poder: analisando a complexidade social, destaca que os "tribunais são também instrumentos políticos e, portanto, sujeitos a pressões; o judiciário necessita de outras extensões estatais para produzir reforma social significativa; as elites políticas têm de ser concordantes com a produção de mudança, pelo que o mais elegante raciocínio legal pode não ser eficaz; os tribunais não possuem as ferramentas necessárias para desenvolver rapidamente políticas adequadas e implementar decisões que preparem reformas sociais significativas".[49]

Assim, o discurso da igualdade formal (de conceitos e práticas jurisdicionais) no tratamento de homens e mulheres deve ceder espaço à *substancial*, uma vez que as diferenças e privilégios são concedidos a alguns, em prejuízo da parte menos favorecida, sob o manto de uma falsa neutralidade de tratamento. Tal visão é especialmente evidenciada num ramo específico, no qual se evidencia uma opressão legitimada pela norma: o "direito penal constrói o gênero feminino, pois as normas que ele destina às *mulheres não só refletem como constituem uma determinada visão de mulher*".[50]

Partindo-se de construções estereotipadas da mulher (definidas, por exemplo, como vítimas "moralmente" ideais, sob pena de serem culpabilizadas pelas condutas praticadas pelo Outro), as discriminações sexistas foram legitimadas pelas regras legais,[51] especialmente nas relações privadas, como fora, por

48. LARRAURI apud CARVALHO, Salo de; CAMPOS, Carmen Hein de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica:* a experiência brasileira. p. 155. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf]. Acesso em: 25 ago. 2015.

49. DUARTE, Madalena. *Para um direito sem margens*: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres. Op. cit., p. 25.

50. FACHINETTO, Rochele Fellini. Homicídios contra mulheres e campo jurídico: a atuação dos operadores do direito na reprodução das categorias de gênero. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org). *Relações de gênero e sistema penal.* Violência e conflituosidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EdiPucRS, 2001, p. 125.

51. A literatura é farta ao citar que o "poder de 'correcção doméstica' – do marido sobre a mulher e do pai sobre os filhos – *teve apoio em lei escrita, em escritos doutrinários e em decisões jurisprudenciais*". Assim, a "aceitação legal da violência como parte do poder

exemplo, na ausência de ilicitude dos estupros praticados pelos maridos em desfavor de suas esposas mães de família.[52]

Por tal razão, o pessimismo de ANDRADE destaca que "pouca proteção real ou simbólica pode esperar-se de um sistema penal dominado por homens socializados na cultura patriarcal e impregnados de valores profundamente machistas. Mas ainda que se eliminasse formalmente o sexismo do sistema legal e, inclusive se a metade dos legisladores e juízes fossem mulheres, o sistema legal não se transformaria, com isto, numa instituição não sexista".[53]

4.2 Perspectivas vitimológicas sobre o papel da mulher no sistema penal

O papel e a importância destinadas à vítima no contexto jurídico-criminal da atualidade passou a ser repensado (ou, para alguns, redescoberto).[54] Isso porque, com as teorizações contratualistas, sua participação na resolução dos conflitos restou esvaziada, visto que fora atribuido ao Estado a prerrogativa legítima de instrumentalizar a pacificação social – ou seja, a titularidade

---

marital ia de par com outras normas desiguais e indignas, como as que estatuíam a quase impunidade do homicídio da mulher pelo marido em flagrante adultério". Cfr. BELEZA, Teresa Pizarro. Violência doméstica. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, n. 8, edição especial (Jornadas sobre a revisão do Código Penal), 1.º semestre de 2008 p. 286.

52. A Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro (década de 40) aponta que "*nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais*" (Disponível em: [http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP#cp]. Acesso em: 5 jul. 2015). Ressalta-se que em muitos casos, "*o estupro marital, dada a obrigação assumida pela mulher, ao casar, de cumprir com o débito conjugal, era impossível de se caracterizar na relação conjugal.*" Cfr. NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 7, p. 113-114. À época, a jurisprudência justificava a ação do marido violador: "Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. *Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida.* [...]" Cfr. RT 461/44 TAGB, citado por MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 1246.

53. ANDRADE, Vera Regina Pereira de Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Op. cit., p. 48.

54. Para tanto, cfr. SANTOS, Cláudia Cruz. A "redescoberta" da vítima e o direito processual penal Português. In: ANDRADE, Manuel da Costa (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. v. III. Stvdia Ivridica, n. 100, Coimbra: Coimbra, 2010, p. 1133-1153.

(monopólio) e o exercício do *jus puniendi*. Para tanto, retirou-se da dogmática jurídico-penal a leitura do crime enquanto ruptura de uma relação de cuidado intersubjetiva, para torná-lo uma ofensa a determinados bens, cuja violação deflagra uma relação entre o autor do delito e o órgão de representação do Poder Institucional, tal qual o Ministério Público.

A anulação da vítima e de sua capacidade de autorrepresentação – ou seja, o esvaziamento de sua importância e, portanto, de sua participação na ingerência do litígio – condicionou-a a mero *objeto, ou agente passivo* sobre o qual recai o delito, afastando do conflito quaisquer que sejam suas pretensões subjetivas. Alerta-se, então, para a sua "*coisificação*"[55] pela Justiça Pública: ao ser objetivada e impessoalizada, a vítima se dissolve no anonimato, deixa de ser protagonista de uma resposta que deve, em especial, satisfazer suas necessidades, para se tornar instrumento (ou meio) para justificar a imposição de um castigo, sendo "utilizada como a *prova* que permite chegar ao autor".[56]

Durante longo período, as vítimas foram também negligenciadas do pensamento criminológico. Assim, as teorias clássicas centralizavam seu objeto de estudo no crime e no "delinquente" – vez que suas características biológicas eram suficientes para responsabilizá-lo pela prática de comportamentos desviantes (paradigma etiológico) –, passando, então, à análise do sistema de controle (formal e informal), enfocando como seus mecanismos sociais e institucionais contribuem para os processos de criminalização (cfr. nesse sentido, a *criminological turn*). Constatou-se que a seletividade do sistema criminal era afeta à marginalização de classes sociais e minorias étnicas vulneráveis, vez que associadas à lógica de exclusão do capitalismo.

A partir das décadas de setenta/oitenta, e como resultado de lutas feministas, alertou-se para a esvaziada preocupação das teorizações jurídico-criminais com a problemática de gênero, lançando-se um arcabouço teórico para

55. De acordo com DIAS, coisificação é "a forma mais radical de menosprezo e objectivação do Outro. Significa utilizá-lo como instrumento, degradá-lo à condição de objecto ou de mercadoria ao nível de algo que é destituído de dignidade e concebido como valor de troca (...). Nas situações de coisificação o subjugado é tratado como objecto de dominação ou instrumento de realização do outro, sendo-lhe recusada qualquer dignidade, qualidade ou substâncias humanas". DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. Uma reflexão sobre os Limites da Intervenção Penal do Estado. In: _____ (org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 117.

56. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 249-250.

compreender a lógica patriarcal que define o funcionamento das estruturas de controle. Especialmente penalizador para as mulheres – que eram culpabilizadas por precipitarem e contribuírem para a ação do deliquente –, a dinâmica punitivista de subjugação em virtude das diferenças sexuais foi evidenciada. O discurso de inferioridade biológica, associado à dicotomia entre os espaços público e privado e os papéis desenvolvidos por homens e mulheres (respectivamente) foram essenciais para a submissão do feminino[57] – construindo, portanto, estereotipias e grupos fragilizados, alvos da vitimização.

Associadas às discriminações sexistas, componentes como a raça e a condição econômica da mulher são estigmas essenciais para sua seleção pelo sistema: ao passo que a mulher branca, de classe média, heterossexual e assalariada é frequentemente presumida como "boa mulher", as mulheres negras e pobres nao são receptoras dessa presunção.[58]

Como resposta, desenvolve-se a *vitimologia*, classificada enquanto "ciência[59] que se ocupa de agrupar e sistematizar o saber empírico sobre a vítima do

57. Nesse sentido, a esfera pública destinada ao homem se relaciona com atividades laborais e de domínio da propriedade (sendo, portanto, o "racional/ativo/forte/potente/guerreiro/viril/público/possuidor"), *razão pela qual também a economia capitalista tem uma estrutura patriarcal.* De outro lado, o espaço doméstico aparece como centro das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico) e tem seu protagonismo reservado à mulher, por meio do aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos". Cfr. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal. O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Sequência,* n. 50, jul., 2005, p. 84 e 85 (respectivamente). Como consequência dessa bipolarização, KARAM aponta que "a desigualdade se acentua no campo da participação política. Os espaços e postos políticos de poder e decisão subsistem como espaços masculinos, ainda hoje acessíveis a mulheres apenas enquanto exceções". Cfr. KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Sociais – IBCCRIM*, ano 14, n. 168, nov. 2006.

58. STUBBS, Julie. Domestic Violence and women's safety: feminist challenges to restorative justice. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather (org). *Restorative justice and family violence*. Cambrigde: Cambridge, 2002, p. 56.

59. Não sendo esse o espaço, mas ciente da discussão sobre ser a vitimologia uma ciência autonôma ou apenas um ramo da criminologia, cfr. ANDRADE, Manoel da Costa. *A vítima e o problema criminal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 20 e ss.

delito",[60] que assume a tarefa de redefinir seu *locus* de sujeito de direito e de expor suas necessidades no seio da dinâmica jurisdicional (penal[61] e processual).

Dentre os problemas relacionados à esfera de proteção da vítima cita-se, principalmente, a violência sistêmica inerente aos ritos a que são submetidas (seja judicial ou extrajudicialmente), potenciando os danos suportados – o que ocasiona a chamada *vitimização secundária* – e a impossibilidade de ativa participação na resolução do litígio. Partindo-se do pressuposto de que as vítimas precisam de respostas adicionais àquelas (simbolicamente) concedidas pela sistemática tradicional, Zehr aponta para a importância de que (i) construam um lugar seguro imediatamente após as consequências do crime (ii)

60. MUÑOZ CONDE; Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 133. De forma breve, destaca-se que as primeiras linhas da vitimologia (décadas de quarenta e cinquenta) eram caracterizadas por "a) un análisis individualista de las relaciones entre la víctima y el delincuente; b) una tendencia a considerar a la víctima como responsable; c) una tendencia a concentrarse en el delito común". Cfr. BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro*. Hacia un sistema penal de alternativas. Barcelona: IURA-10, 1993, p. 79. De forma mais complexa, a "nova" vitimologia procura definir o conceito de vítima através da noção de *vitimização*, que envolve *três dimensões*: a vitimização primária, que faz com que a ofendida sofra direta ou indiretamente os efeitos nocivos (materiais ou psíquicos) do delito. A vítimização secundária ou processual reside nos custos pessoais derivados do sistema de persecução penal composto pelas instâncias de controle formal (polícia, ministério público, juízes e tribunais), cuja intervenção aumenta, paradoxalmente, o desconforto e o sofrimento da vítima (exemplos: o excessivo formalismo jurídico, a cripto-linguagem processual, o impacto traumatizante dos interrogatórios policiais; a dor em reviver o acontecimento durante a instrução judicial; a exploração médico-forense; o reencontro com o autor da ofensa; o sentimento de humilhação quando a defesa do imputado atribui à vítima o desencadeamento da conduta do autor, especialmente nos crimes sexuais etc.). Finalmente, a vitimização terciária, que abarca tanto os custos derivados do contato do ofendido com instâncias informais de controle social (família, igreja, ambiente de trabalho, escolar, associações comunitárias etc.), quanto os resultantes da falta de amparo por parte das instituições públicas e a comoção social que abala o sentimento de segurança da sociedade. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Arequipa: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008, p. 82-83.

61. Vide, por exemplo, o surgimento da vitimodogmática, que se preocupa com a contribuição da vítima para a ocorrência do delito e as consequências que tal comportamento pode repercutir, por exemplo, na pena aplicada ao autor (de sua total isenção de responsabilidade à alguma atenuação). Para maiores dados, cfr. BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. Op. cit., p. 92 e ss.

respondam às suas questões sobre o ocorrido (iii) tenham a oportunidade de testemunhar acerca das "suas" verdades (iv) e que tenham a oportunidade de se sentirem empoderadas.[62]

No que tange a um grupo específico de vítimas – qual seja, àquelas que suportaram violação decorrente das relações de intimidade –, as ofendidas procuram o sistema de justiça e são por ele julgadas, constrangidas e humilhadas, principalmente durante a fase investigatória, na qual se duvida da narrativa apresentada. Por tais vivências, inclusive, é que reduzido número de mulheres reportam casos de violência às autoridades competentes.

Nada obstante as diversas reformas legislativas pontuais tendentes à garantia dos direitos das vítimas – como a possibilidade de reparação do dano, de depoimentos e reconhecimentos em salas separadas, de acesso à informação dos atos processuais, dentre outros –, o sistema penal não está apto a garantir a satisfação das mulheres, propiciando-lhe proteção ou cessando violações. Ademais, sequer evidencia-se a superação dos traumas gerados pelo delito por intermédio das práticas penais tradicionais, uma vez que a mulher possui reduzido espaço de participação e de diálogo acerca do ocorrido.

Criticando-se as funções simbólicas pelas quais se legitimam a incidência das regras penais, Fattah aponta que o castigo destinado ao ofensor (leia-se prevenção especial) não significa a redução da prática de crimes e a transformação de seu comportamento[63] e, ademais disso, nem sempre a ofendida requer que o desfecho de seu conflito esteja vinculado à aplicação de privação de liberdade.

5. DA INTERSECÇÃO ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS REINVINDICAÇÕES FEMINISTAS PELA EMANCIPAÇÃO DA MULHER: UMA POSSÍVEL ARTICULAÇÃO?

A complexidade da justiça restaurativa[64] e a relativa novidade associada às suas práticas – frise-se, que aparecem na década de setenta, com desenvolvi-

62. ACHILLES, Mary; ZEHR, Howard. Restorative justice for crime victims: the promise and the challenge. In: BAZEMORE, Gordon; SCHIFF, Mara. *Restorative community justice:* Repairing Harm and Transforming Communities. Cincinnati: Anderson Publishing, 2001, p. 91.

63. FATTAH aponta que "punishment response is the erroneous belief that incarceration (...) is bound to transform the offender into a better and more honest or docile person". Cfr. FATTAH, Ezzat. Op. cit., p. 216.

64. Uma primeira dificuldade consiste na nomenclatura utilizada para o instituto que agora se apresenta. Para alguns doutrinadores, não se pode nomeá-lo como paradigma; para outros, seria apenas mais uma técnica interventiva, ao passo que alguns

mento mais razoável a partir dos anos noventa – permitem analisá-la como um movimento em construção – *um produto inacabado*[65] –, variando suas definições de acordo com valores, princípios ou resultados pretendidos. Evita-se, desde logo, uma visão *reducionista e homogeneizada* do conceito, de modo a permitir "sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais".[66]

Assim, a proposta restaurativa "surge para legitimar, através da fundamentação, uma pluralidade de *práticas diversas* e de *práticas em mudança*"[67] acerca do olhar sobre o crime (e suas amplas consequências), utilizando-se, coerentemente, também de teorias diversificadas, que transitam em diversas áreas do conhecimento – desde o jurídico, sociológico, filosófico, psicológico, dentre outros. Emprestando-se o termo registrado por SANTOS, denota-se certa postura "tendencialmente *anárquica*, no sentido de que é alheia às regras de delimitação do objecto das restantes ciências criminais".[68]

Feita a ressalva supra, parece interessante, ainda que para fins metodológicos, destacar alguns pilares componentes da justiça restaurativa: a) em relação à sua *função*, "distingue-se do objectivo de protecção de bens jurídicos e relaciona-se, antes, em primeira linha, com a pacificação do conflito *(inter)pessoal* através da satisfação das necessidades que os intervenientes no conflito julgam que são as suas";[69] b) já nas *finalidades*, pode-se citar a "restituição, reabilitação

---

o elegem como terceira via de justiça. Sobre tais nomenclaturas, cfr. LEITE, André Lamas. Justiça prêt-à-porter? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento. *Revista do Ministério Público,* Lisboa, ano 30, n. 117, jan.-mar., 2009, p. 120; ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 80-86.

65. "Restorative Justice is an unfinished product. It is a complex and lively realm of different – and partly opposite – beliefs and options, renovating inspirations and practices in different contexts, scientific 'crossing swords' over research methodology and outcomes. (...) It is a field on its own, looking for constructive ways of dealing with the aftermath of crime, but also part of a larger socio-ethical and political agenda". WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton: Willan Publishing, 2008, p. 11.

66. SICA, Leonardo. Bases para o modelo de Justiça Restaurativa. *De Jure:* Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, jan.-jun., 2009, p. 416.

67. SANTOS, Cláudia Cruz. A justiça restaurativa. Op. cit., p. 297.

68. Idem, p. 299.

69. Idem, p. 304 (sem grifos no original). Para Jaccould, a justiça restaurativa "é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando

e indemnização dos danos físicos, materiais, psicológicos e sociais da vítima",[70] além da assunção voluntária de responsabilidades pelo agente; e, por fim, c) a existência de um *procedimento* específico, "que se aproxima de alguns ideais que autores como Lyotard associam à *pós-modernidade*, valorizando-se a forma participada da tomada de decisão e erigindo-se a autonomia da vontade individual a fonte primeira da procura da solução do conflito".[71]

Sendo as experiências restaurativas aplicadas em contextos heterogêneos, suas práticas circundam *atores* diferenciados (jovens, adultos, agentes comunitários e, por vezes, instâncias governamentais, visto que as ações podem, ou não, estarem institucionalizadas), *ofensas* variadas (de ilícitos com menor potencial lesivo aos mais gravosos, como a violência doméstica aqui referenciada), instrumentos e finalidades plurais (como a mediação, os círculos e conferências etc.).

Não sendo esse o espaço para a abordagem, *per si*, de uma teorização mais aprofundada da proposta restaurativa,[72] mas mantendo-se a ideia de que esta é tida como uma justiça relacional (ou de proximidade, visto que traduz uma dimensão interpessoal do conflito) direciona-se, finalmente, o enfoque à (eventual) possibilidade de *articulação* de seus postulados com a reinvidicação feminista de empoderamento de mulheres (concretas) e de redução de estruturas sexistas na sociedade, tomadas como referência a partir da aplicação das práticas na seara da violência doméstica.

Assumindo-se a *peculiaridade* de tratamento que deve ser destinado a tais ilícitos – por serem praticados reiteradamente, por refletirem atitudes e crenças sociais/culturais[73] e, essencialmente, porque os atores possuem algum tipo

---

corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito". Cfr. JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: [www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA]. Acesso em: 20 ago.2015.

70. FERREIRA, Francisco Amando. *Justiça restaurativa:* natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 25.

71. SANTOS, Cláudia. A justiça restaurativa. Op. cit., p. 304 (sem grifos no original).

72. Abordagem foi realizada em outro trabalho. Para tanto, cfr. OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal e justiça.* Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 55-61.

73. As especificidades dos crimes de violência doméstica são apontados por STUBBS: "Domestic violence includes a range of behaviours and coercitive tactics not all of

de relacionamento (passado ou presente) –, são inúmeros os desafios que a justiça restaurativa poderá enfrentar. Passa-se a análise crítica da proposta de articulação (ou, das resistências) supracitada, que será decomposta em três momentos: a) em referência aos interesses e necessidades das vítimas, especialmente quando à segurança e satisfação das mulheres participantes; b) em razão da possibilidade de assunção de responsabilidades pelos agressores; c) na (eventual) contribuição para a transformação de relações patriarcais de poder na comunidade.

5.1 Os desafios da participação da mulher nas práticas restaurativas

A extensa literatura enfatiza que através das práticas restaurativas facilita-se a compreensão da violência suportada, à medida que através da linguagem (comunicação)[74] a vítima expressa "o seu ponto de vista e os seus sentimentos acerca do crime: tem a oportunidade de confrontar o infrator com o impacto do seu acto, e este tem, por sua vez, a oportunidade de assumir perante aquela a culpa pela sua conduta e de compreender o mal que esta provocou".[75]

Assim, argumenta-se que os benefícios e as necessidades das vítimas – que são variantes e abrangem a reparação simbólica, material, moral e terapêutica,

---

which are immediately discernible to others; it is often repetitive, meaningfull and strategic, reflecting deeply held attitudes and beliefs rather than an isolated incident; and there are social and cultural dimension that give meaning to the violence, that may authorize or sustain gender-based violence and may constrain women's options in dealing with violence". Ainda aponta que a violência doméstica pode ser uma estratégia na imposição de "gender ideologies". Cfr., STUBBS, Julie. Domestic violence and women's safety: feminist challenges to restorative justice. Op. cit., p. 43-44.

74. Para Walgrave, "after a crime has occurred, the settingsin support of restoration are more appropriate for communicating moral disapproval and provoking repentance than are traditional punitive procedures and sanctions". In: WALGRAVE, Lord. Op. cit., p. 51. No mesmo sentido, STUBBS *apud* PRANIS, Kay, ao dizer sobre a importância da comunicação referem que "the critical element is to use (communication) to understand the harms, the needs, the pains and the capacities of all participants so that an appropriate new story can be constructed". STUBBS, Julie. Relations of domination and subordination: challenges for restorative justice in responding to domestic violence. Op. cit., p. 972.

75. LÁZARO, João; MARQUES, Frederico Moyano. Justiça restaurativa e mediação. *Sub judice – Justiça e sociedade*. Lisboa: Ideias, n. 37, out.-dez., 2006, cit., p. 69.

ou mesmo uma simples resposta à questão "como você pôde fazer isso comigo?"[76] – seriam melhores asseguradas no seio dessas novas práticas.

Sendo a voluntariedade característica essencial para legitimar a ação dos protagonistas, importa ressaltar que nem todos os casos e sujeitos envolvidos estão aptos a participar de programas de restauração. Analisando-se os componentes de cada conflito e sua complexidade, é preciso sensibilidade dos condutores para perceber a capacidade da mulher em defender seus próprios interesses – do qual se origina o *empowerment,* tido como "fundamento de uma nova subjetividade que atribua aos indivíduos papel *ativo*, de redefinição dos problemas, de reafirmação da própria esfera de autonomia e poder, seja em termos culturais, políticos, psicológicos"[77]–, e do agressor em assumir responsabilidades pelos danos causados.

Nesse sentido, a grande preocupação dos movimentos feministas e dos advogados da restauração encerra-se na possibilidade de *revitimização* (ou vitimização secundária) das mulhereres, especialmente nas hipóteses em que a relação (desigual) de poder às quais estão submetidas no seio familiar podem ser reproduzidas nos mais diversos procedimentos. Não se pode afastar que o estereótipo da "boa mulher" (ou, de vítima ideal)[78] associado à construções patriarcais acerca do seu papel no lar (esposa, submissa, serviente, culpada pelos atos[79] etc.) expõem-na a julgamentos morais, dos quais podem derivar abusos emocionais e repetições de traumas.[80]

76. MADSEN, Karin Sten; MERCER, Vince. Op. cit., p. 11.

77. SICA, Leonardo. Op. cit., p. 418.

78. CHRISTIE *apud* HUDSON, Barbara. Gendered violence: diversion or effective justice? *British Journal of Criminology*, v. 42, n. 3, 2002, , p. 624.

79. Em relação aos abusos sexuais, é frequente a imputação da culpa ao comportamento da mulher, especialmente quando os delitos se relacionam a violações sexuais. Assim, "the construction of rape in law, in popular mind and in much feminism discourse, incorporates a standard phallocentric narrative which posits the male as possessed of and possessed by a powerfull sex drive, and posits females as the controllers of this sexuality through regulating access to their own bodies." Cfr. Idem, p. 623.

80. Evidentemente que existe também a preocupação que os participantes dos procedimentos restaurativos reproduzam discriminações embasadas em estereótipos de raça, classe e sexo, razão pela qual muito se questiona acerca da abertura para demais agentes nas práticas, para além dos diretamente envolvidos. Em sentido contrário, cfr. PRANIS, Kay. Restorative values and confronting family violence. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather. *Restorative justice and family violence*. Cambridge: Cambridge Press, 2002, p. 27 e ss.

Entretanto, ainda que os cultores da justiça restaurativa estejam alertas acerca da problemática, ressalta-se que essa mesma denúncia também se evidencia nos ritos processuais penais tradicionais, uma vez que as mulheres que vão às cortes litigar em decorrência de violações sexuais pagam o "preço psíquico" de sua escolha, consolidados em estresse, humilhações, medo e repetições de traumas.[81]

Justamente por isso é que, nos crimes relacionais, a preocupação primeira (e as expectativas) das vítimas vulneráveis reside no quesito *segurança*[82] – aqui compreendida no sentido mais amplo – *emocional e física* –, restando expandida a seus entes próximos, essencialmente aos filhos e demais familiares.

Reflete-se se as práticas restaurativas colocam as vítimas em *risco:* obviamente, é necessário avaliar, nos casos concretos, quais são eles e se podem ser evitáveis. O encontro com o agressor durante os processos restaurativos pode reproduzir emoções e sensações correlacionadas aos abusos, *retraumatizando* a ofendida. Por tal razão, permanece complexa a questão acerca de quais mecanismos poderiam ser usados para a proteção das mulheres antes, durante e após os processos restaurativos.[83]

81. KOSS, Mary apud PTACEK, James. Op. cit., p. 27.

82. Autores apontam que o maior risco para a segurança (emocional) da mulher estaria relacionada à mediação penal, na qual os encontros entre a vítima e o ofensor são (em regra) diretos, e facilitados por um terceiro estranho ao conflito (nesse sentido, cfr. STUBBS, Julie. *Domestic violence and women's safety: feminist challenges to restorative justice.* p. 57. Em sentido contrário, cfr. SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa.* Op. cit., p. 730-739. Adotando uma *posição intermediária e cautelosa*, na qual a mediação apenas poderia ocorrer nos casos em que a "violência doméstica foi um episódio fortuito ou não recorrente e em que como tal não há enraizado desequilíbrio de poder, e também nas situações em que se denota na vítima uma clara atitude de mudança, de ruptura com o passado, atitude que a mediação pode potenciar e reforçar. O que não é de se esperar é que a mediação, enquanto intervenção de curto prazo, possa ser o motor, o impulsionador de alterações profundas em infractores em que o padrão de violência está completamente instalado e em vítimas bloqueadas e consequentemente incapazes de mudança". Cfr. LÁZARO, João; MARQUES, Frederico Moyano. A mediação vítima-infractor e os direitos e interesses das vítimas. In: PELIKAN, Christa (*et.al*). *A Introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português.* Colóquio de 29.06.2004 da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Almedina, 2005, p. 31.

83. Destacando que a justiça restaurativa não desenvolveu mecanismos suficientes para a proteção da vítima de violência doméstica, mas que o sistema criminal também não garante a sua segurança, cfr. SMITH, Andrea. Beyond Restorative Justice. Radical

Ainda que a reconciliação e o perdão sejam alguns dos escopos da justiça restaurativa, deve-se ressaltar que, de nenhuma forma, deve a mulher sentir-se pressionada a reatar as relações conjugais ou a aceitar expressões de remorso do agressor, caso não seja por ela desejável. E, no sentido contrário – mas sempre ressaltando a *autonomia da vítima* –, a reprovação de círculos de agentes próximos (parentes, amigos e membros da comunidade) ou quaisquer outros tipos de censuras concernentes à restauração da relação não pode ser priorizada ante o resultado construído pelos envolvidos.

Ademais, apontamentos críticos destacam a dificuldade de monitoração dos resultados das práticas restaurativas, ou seja, de avaliar se as responsabilidades assumidas pelos ofensores e as ações dali derivadas restam cumpridas.[84] Como alertado por Stubbs, se os ofensores nos espaços domésticos tipicamente usam suas desculpas como forma de adquirir o perdão para posteriormente tornarem a reofender suas mulheres,[85] mostra-se essencial o acompanhamento dos casos para assegurar que não existam novas violações no ambiente privado. Aqui, instala-se mais um desafio às novas práticas, que pugnam por modelos criativos para sua eficácia: em alguns casos, membros da comunidade que participaram dos encontros podem prestar algum auxílio,[86] inclusive, incitando a que seus componentes denunciem novas violações (o que resultaria, entrentanto, em maior dificuldades quando da utilização da mediação penal).

Nota-se que as preocupações listadas associam-se ao estereótipo da vítima incapaz de se auto-expressar e de lutar por suas convicções.[87] Emprestando-se

---

Organizing against violence. In: PTACEK, James (org). *Restorative justice and violence against women*. Londres: Oxford, 2010, p. 255-277.

84. Em relação à mediação penal que se adotou em Portugal, MARQUES e LÁZARO apontam, como crítica para sua aplicação no âmbito da violência doméstica, que "o processo esgota-se no estabelecimento e cumprimento do acordo, não havendo qualquer controlo sobre o comportamento posterior do agressor e o bem estar da vítima". LÁZARO, João; MARQUES, Frederico Moyano. A mediação vítima-infractor e os direitos e interesses das vítimas. ,Op. cit., p. 30.

85. STUBBS, Julie. Justice gendered violence: what does restorative justice offer? Op. cit., p. 198.

86. Nesse sentido, PTACEK, James. Op. cit., p. 27.

87. Evidente que cada mulher suporta os danos de forma diferenciada, que variam diante de inúmeros fatores (por exemplo, a idade, a natureza da ofensa, o tipo de relacionamento existente entre os atores etc.). Por tal razão, algumas vítimas "will say that a severely traumatised person is in a state of mind that calls for protection not confrontation. However not all victims of sexual assault are equally traumatised and the level of traumatisation is not static". Acerca do estresse pós-traumático resultante

concepções feministas pós-modernas, faz-se necessária a aceitação de que as mulheres (concretas) podem ser resistentes, capazes de optar pelas melhores escolhas e de traçar estratégias para a resolução do problema, por vezes, conectadas a outros participantes de suas relações sociais ou mesmo por serviços e outros suportes especializados.[88]

Ora, aceitar que a mulher é capaz de lidar com a violência doméstica significa, por vezes, afastar a concepção paternalista[89] de Estado responsável pela sua tutela: consequentemente, o resultado seria a possibilidade de propiciar à interessada a alternativa de optar pelo acesso ao tradicional sistema de justiça ou à participação em práticas restaurativas.[90] Defende-se que, diante das complexidades do caso concreto, existam mecanismos que melhor satisfaçam aos interesses das vítimas e que tais sejam, por elas, ponderados e desejados.[91]

---

da ofensa e a forma de tratamento de cada vítima no âmbito da justiça restaurativa nesses casos, cfr. MADSEN, Karin Sten; MERCER, Vince. Op. cit., p. 22 e ss.

88. Nesse sentido, cfr. STUBBS, Julie. Relations of domination and subordination: challenges for restorative justice in responding to domestic violence. *UNSW Law Journal*, v. .33, n. 3. p. 985 e ss.

89. Cfr. SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa.* Op. cit., p. 733.

90. Obviamente, existem diferentes posições doutrinárias acerca do lugar da justiça restaurativa em contraposição ao sistema tradicional de justiça. Walgrave a adota como alternativa, ao passo que Braithwaite e Daly "proposed that restorative justice should be offered at an intermediate stage in a hierarchy of responses with other criminal justice processes and sanctions" (STUBBS, Julie. Domestic Violence and women's safety: feminist challenges to restorative justice. Op. cit., p. 43). Hudson, por sua vez, aponta que as práticas restaurativas são ferramentas para a transformação do sistema penal. Por fim, Pennel sugere que exista uma interseção entre o modelo restaurativo e a intervenção legal formal. STUBBS ainda aponta que existem "a number of domestic violence models in practice that deploy community-based programs in conjunction with the criminal justice system in interesting and innovative ways that challenge such depictions and transcend dichotomous constructs" (Idem, p. 46). Defende-se que existam de forma paralela, enquanto possibilidades viáveis a serem eleitas pelas mulheres: essas, se preferirem a ação do sistema tradicional, não podem ter-lhe negado o acesso e, às outras, inúmeros modelos que optam por um tratamento diferenciado acerca do conflito devem ser propiciadas.

91. Contrariando o senso comum, é de se notar que, por vezes, as mulheres não desejam sanções extremas a seus agressores (tais como a privação de liberdade), mas, como citado por SANTOS, "uma oportunidade para condicionar uma alteração do seu padrão de comportamento" (Cfr. SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa.* Op. cit., p. 735). Como citado por Stubbs, procura-se inicialmente a cessação da violência ao mesmo tempo em que medidas de tratamento/reabilitação sejam impostas aos parceiros. Cfr. STUBBS, Julie. *Domestic violence* (...), cit., p. 51). Assim, FATTAH também

5.2 Considerações sobre a atuação do ofensor nos encontros restaurativos

Existem também posições críticas acerca dos efeitos que as práticas restaurativas deflagrariam no agente agressor, especialmente correlacionadas à transformação de sua atitude. Isso porque, as poucas pesquisas existentes apontam que durante os encontros os homens tendem a minimizar a violência praticada, reduzir a seriedade dos seus atos de violência – por exemplo, no que tange ao número de violações sexuais reiteradas (respaldadas no "dever conjugal"), bem como acerca de demais lesões (de naturezas diversas) causadas em sua parceira – e, ainda, culpar a vítima por seu comportamento.[92] Assim, prossegue STUBBS, existe a possibilidade de que os agentes exerçam, ainda ao tempo dos encontros, considerável controle sobre as ofendidas, que são intimidadas e, por ventura, não oferecem qualquer reação como estratégia instintiva de sobrevivência.[93]

Ainda que os agentes participem voluntariamente das práticas – e, obviamente, nesses casos os resultados dos encontros são promissores para os envolvidos –, é de se ressaltar que tendam a reproduzir discursos patriarcais que culpabilizam suas parceiras pelos atos de violação.[94] Para uma ruptura das estruturas sexistas, seria essencial a criação de programas de reeducação aptos a apontar aos homens as injustiças cometidas às mulheres nos mais variados contextos.

Constante preocupação recai na utilização dessa forma diversa de tratamento do conflito para crimes de extrema gravidade e, como consequência, se tais prá-

---

destaca que muitas mulheres não querem vingança, ou sequer o uso do sistema penal para serem satisfeitas – antes disso, preferem "healing, recovery, redress an prevention of future victimization", razão pela qual pensamos ser, ao menos, conferido o direito de escolher qual alternativa poderia escolher para resolver o problema. Cfr. FATTAH, Ezzat. Op. cit., p. 220.

92. STUBBS, Julie. *Domestic violence* (...), cit., p. 59. Curioso ressaltar que em relação aos agressores sexuais, "the toxic levels of *shame associated* with sexual violence *can lead to resistance to fully accept responsibility*, and this can be even more pertinent when the victim is known to the offender, especially in intrafamilial sexual violence". cfr. MADSEN, Karin Sten; MERCER, Vince. Op. cit., p. 25.

93. STUBBS, Julie. Domestic Violence and women's safety: feminist challenges to restorative justice. Op. cit., p. 57.

94. Destacando que as estruturas sexistas são apreendidas pelos homens no contexto social e que, para tanto, seria preciso uma atuação de longo prazo para alguma efetividade, e não apenas de poucos encontros, a respeito do que sucederia com a mediação penal, cfr. LÁZARO, João; MARQUES, Frederico Moyano. A mediação vítima-infractor e os direitos e interesses das vítimas. Op. cit., p. 30-32. No mesmo sentido, cfr. DALY, Kathleen. *Restorative Justice and Sexual Assault* (...), p. 337.

ticas poderiam contribuir para agravar a sensação de *impunidade* no seio comunitário. Isso porque, quando comparados às respostas jurisdicionais tradicionais (via de exemplo, o afastamento do lar e a privação da liberdade), os resultados restaurativos podem ser intepretados como amenos, de assunção de reduzidas responsabilidades e, portanto, podem reforçar a crença de que o comportamento não foi censurado e que, por isso, poderia ser justificado.[95]

Se, no imaginário coletivo, somente o Estado poderia reprovar o comportamento ilícito e tornar legítima a imposição das sanções, adotar procedimentos diferenciados poderia resultar na banalização da violência cometida contra as mulheres.

Nesse sentido, o perigo traduz-se no simbolismo da "*cheap justice*"[96] (justiça de segunda categoria ou segunda mão), ao transparecer a ideia de que os encontros são extremamente fáceis para os ofensores (essencialmente por serem por eles manipuláveis) e, portanto, seriam mais vantajosos do que àqueles desenrolados nos tribunais tradicionais. Ora, exatamente por tais argumentos, a justiça restaurativa tem sido utilizada para conflitos de menor potencialidade, ou para atores jovens e ainda no ambiente escolar.

É de se referir que o contato viabilizado à mulher vitimada com seu agressor em espaço diverso do qual ocorreu a violação (âmbito privado) pode facilitar ao agressor a tomada de consciência acerca da complexa extensão de danos causados e, ainda, tornar claro ao agente as problemáticas estruturais (de gênero) nas quais estavam fundadas as violações.

Por fim, Daly aponta que essa forma particular de compreensão da justiça restaurativa poderia legitimar uma concepção de reprivatização dos conflitos de gênero,[97] na contramão do que pugnaram, nos anos oitenta, os movimentos feministas. Entretanto, como alterado por Santos,[98] não há que se falar em exclusão do sistema tradicional pela existência de alternativas ao seu funcionamento (especialmente quando as práticas são, de alguma forma, reguladas ou administradas por instituições do Estado).

5.3 *Qual o papel da comunidade nas práticas restaurativas?*

Apresentando a justiça restaurativa como mecanismo diferenciado de tratamento do conflito, pretendeu-se, como hipótese, refletir se as mulheres adultas

95. DALY, Kathleen. *Restorative justice and sexual assault*. Op. cit., p. 338.

96. PTACEK, James. Op. cit., p. 20.

97. DALY, Kathleen. *Restorative justice and sexual assault*. Op. cit., p. 338.

98. SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa*. Op. cit., p. 744.

vítimas de violência doméstica seriam beneficiadas com o uso dessas práticas (para além de acessibilidade dos instrumentos tradicionais jurisdicionais), e quais seriam (ou não) as vantagens para os infratores.

Nesse terceiro momento – e, frise-se, após a exposição da crítica criminológica do sistema penal e às impossibilidades de promoção de transformações por essa via – pretende-se discutir acerca dos (eventuais) efeitos que as práticas restaurativas ocasiona(ria)m nos contextos sociais, essencialmente no que toca à preocupações políticas e de cunho estruturais relacionadas à desigualdade de gênero. Resgatando-se o pensamento de Christie,[99] para todo conflito associa-se uma questão positiva, uma vez que, ao afetar os sujeitos, insinua uma *revitalização das relações locais*, reduzindo-se a sua segregação e retirando os participantes do anonimato para exaltar a necessidade de modificações na comunidade.

Partindo-se da premissa de que discriminações sexistas, em regra, possuem suporte (e aprendizado) cultural – vez que, o sujeito articula-se de acordo com as informações contidas no ambiente histórico e linguístico que advêm de sua inserção na comunidade,[100] já que "ser com outros é, na verdade, estrutura essencial da existência humana"[101] – e, se as práticas restaurativas pressupõem como substrato relações desequilibradas de poder, Smith aponta ser necessária a reflexão de que apenas corrigir pontualmente tais problemáticas em uma

99. CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. In: ROXIN, Claus (et al.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 178 e ss.

100. Ainda que o tema central da discussão não seja apresentar os elementos teóricos que sustentam o comunitarismo, importa ao menos destacar que a partir de teorização, pretende-se reconhecer o homem como ser social, dependente de conexões afetivas e da assunção de responsabilidade pelo Outro. Assim, ambiciona "to revitalise civil society, to introduce or strengthen opportunities for democratic participation of the publical social life; to increase mutual responsabilities and encourage collective cohesion." A Justiça Restaurativa remonta ao comunitarismo "because it is about decentralisation, informality and participation, and because it provides a promising mechanism for promotion social responsability. In the comunitarian model, justice is not something done to the community or for the community but rather with the community. It is not about the sate imposing solutions on individuals but rather about empwering participants to find solutions". Nesse sentido, CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. *Debating restorative justice*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 36.

101. CASTANHEIRA NEVES, A. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. Escritos acerca do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. *Digesta*. Coimbra: Coimbra, 2008, v. 3, p. 20.

sociedade estruturalmente desigualitária pode resultar na estratificação e na reafirmação dessas injustiças, ao invés de suprimi-las.[102]

Inicialmente, a reflexão acerca do potencial de emancipação da mulher e de ruptura com dominações de gênero que poderiam ser propiciadas pela concepção restaurativa merece detida atenção, seja pela diversidade de instrumentos utilizados, ou mesmo pelos diversos contextos sócio-políticos e econômicos de sua aplicação. Por opção metodológica, como já referido, não será o sistema de *mediação vítima-agressor* àquele tomado como ponto de referência na avaliação do problema, mas, sim, as *conferências, círculos ou reuniões* (ou demais ações que envolvam a participação de uma pluralidade de atores), por possibilitar profundas e instigantes reflexões.

Cientes de toda a celeuma teorética acerca do papel da comunidade[103] nos movimentos restaurativos – seja como vítima indireta do crime ou como

102. SMITH, Andrea. *Beyond restorative justice*. Op. cit., p. 263.

103. Afirmando que a justiça restaurativa expande o círculo de intervenientes, visto que a "Restorative Justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to collectively indentify and adress harms, needs, and obligations, in order to heal and put things as right as possible". ZEHR, Howard. *The Little Book of Restorative Justice*. Intercourse: Good Books, 2002, cfr. p. 37 e 13. Apontando que a comunidade tem o direito de ser parte e, portanto, de estar envolvida na forma de solução do litígio, CRAWFORD, Adam. The state, community and restorative justice: heresy, nostalgia and butterfly collection. In: WALGRAVE, Lode (ed.). *Restorative justice and the law*. Devon: Willan Publishing, 2002, p. 101-128. Ainda, destacando que os participantes podem ser, para além desses citados, todos os que tenham o "dever institucional ou profissional de contribuir para a prevenção da vitimização, nomeadamente representantes da comunidade, de autoridades e organismos administrativos centrais e locais, de escolas, enfim, todos os que possam estar implicados institucional ou profissionalmente na segurança, na justiça, ou numa qualquer actividade de mediação e educação sociais (....)", cfr. FERREIRA, Francisco João Amado. *Vitimador e vítima: um juízo final ou um abraço fraternal?* Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, Portugal, 2002, 236p. De modo contrário, afastando a ideia de que a comunidade deve participar do processo restaurativo, cfr. LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos*. Um novo "paradigma" de justiça? Análise crítica da Lei 21/2007 de 12 de junho. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 43; PINTO, João Fernandes Ferreira. O papel do Ministério Público na Ligação entre o Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima-Agressor. In: PELIKAN, Christa (et. al). *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*. Colóquio de 29.06.2004 da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Almedina, 2005, p. 61-84; apontando que a participação da comunidade deve ser adotada com restrições, MORRIS, Alisson. Criticando os críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON,

personagem participante nos programas –, discute-se se a ampliação da rede de atores poderia influenciar o ofensor a assunção de responsabilidades, criar espaços de segurança para a vítima e, ainda, estimular uma intensa discussão na comunidade sobre as origens, possíveis causas e resultados daquele comportamento.[104]

Confirmando a assertiva, Pranis acredita que o engajamento de atores sociais que possuem relações de proximidade (de interdependência) pode facilitar a assunção de responsabilidades, visto que conscientiza e sensibiliza os participantes sobre as mudanças estruturais que precisam ocorrer no campo das relações de gênero. Alegando que a comunidade deve ser responsável pelo bem-estar de seus membros, a autora aponta que os danos também devem ser partilhados e por todos assumidos enquanto um problema comum:[105] portanto, a violência familiar não deveria ser analisada como um incidente isolado e privado (com a censura recaindo somente no infrator), mas sim como um sintoma de um mal-estar amplificado, que atinge todo o contexto no qual os participantes estão inseridos.

Entretanto, essa visão otimista da participação da comunidade deve ser vista com cautela,[106] visto que, conforme alerta CRAWFORD, tais instituições

---

Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Gomes (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 439-472.

104. PRANIS, Kay. Restorative values and confronting family violence. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather. *Restorative justice and family violence*. Cambridge: Cambridge Press, 2002, p. 22-41.

105. Para PRANIS, os laços comunitários são o cerne da questão restaurativa e, especialmente em relação à violência familiar, aponta que "individual perpetrators of family violence must answer to the larger community for the impact of their behaviour on the community; the community bears responsability for the well-being of the victms of family violence; the community bears responsibility for the well-being of the offender" (p. 26 e 32/33, onde a autora descreve um interessante roteiro de práticas restaurativas a serem realizadas em caso de violência doméstica). Assim, tornando-se visível o problema, a comunidade se questionaria acerca de seus atos e passaria a questioná-los para sua transformação: seria possível gerar alguma consciência política sobre o assunto?

106. Não concordando com a participação da comunidade na mediação, Leite aponta que a "evidência de que o delito tem repercussão social não autoriza a comunidade a intervir nessa forma de RAL (resolução alternativa de litígio) que vive de um contato imediato entre os personagens principais (e não secundárias) do facto criminoso. Seria, aliás, difícil de distinguir a mediação da tradicional forma de julgar os feitos

não podem ser compreendidas como paraísos de reciprocidade e mutualidade, nem são as utopias de igualitarismo, visto serem, ao contrário, formações hierárquicas, estruturadas sobre relações de poder diferenciais correlacionadas a questões de gênero, etnicidade, idade, classe e outros atributos pessoais.[107]

Assim sendo, empoderar a ideia abstrata de comunidade como parte interessada na restauração encontra inúmeros obstáculos, que vão desde a delimitação de seu conceito,[108] até, como citado por ZEHR, na definição sobre quem na comunidade (quais atores) se importa com os protagonistas do conflito e com os seus problemas, e, no segundo momento, como eles poderiam se involver no processo de restauração.[109]

Ainda, pondera-se até que ponto a comunidade está assumindo o lugar das vítimas, ou seja, "são sadias o suficiente para desempenhar a função que estamos pedindo que elas exerçam?".[110] Nesse passo, SANTOS destaca que inserir terceiros externos ao conflito pode ser, novamente, uma usurpação dos papéis pertencentes às vítimas, vez que "afasta-se o Estado mas chama-se a comunida-

penais se a comunidade estivesse presente, uma vez que a pretensão punitiva societária também está patente no processo penal tradicional, concentrada na figura do MP e do magistrado" (p. 111). LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos*: análise crítica da Lei 21/2007, de 12 de junho. *Revista Maia Jurídica*, Porto, ano IV, n. 2, jul.-dez., 2006, p. 107-144.

107. CRAWFORD, Adam. Op. cit., 110 (tradução livre).

108. Na atualidade, "comunidade" não mais pode ser delimitada pela sua posição geográfica (tal qual uma vila, um bairro), no qual um grupo de pessoas se organiza em torno de valores compartilhados, vez que o avanço dos meios de comunicação (que aboliu as fronteiras territoriais), facilitou a formação de grupos independentemente do lugar onde se encontrem. Ou seja, não sendo a comunidade um "lugar", é necessário construir demais critérios para sua compreensão, tais como a partilha de sentimentos comuns, de conexões entre os sujeitos individuais que a compõem, aptos a criar um senso de cuidado, de pertencimento entre os envolvidos.

109. ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice,* Op. cit., 28. José de Faria Costa ainda questiona como seria possível "praticar ou mesmo despertar as medidas propugnadas, no seio da grande metrópole onde impera o anonimato e a pequena comunidade só existe enquanto emanação do bairro periférico-dormitório? Qual o sentido de vizinho neste tipo de relação urbana? Qual a densidade da intersubjetividade nesta teia tão complexa e asséptica de relações?". In: COSTA, José de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXI, 1985, p. 93-158.

110. ZEHR, Howard. Avaliação e princípios da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 411-418.

de"[111] para compor a resolução do litígio. Continua a autora, com a importante reflexão: "caso o interesse comunitário quanto ao modo de melhor reparar o mal ocorrido não coincida com o interesse da vítima, qual prevalecerá?".[112]

STUBBS também ressalta que não são todas as comunidades interessadas na resolução do conflito, e sequer possuem, em certos casos, as habilidades e os recursos necessários para lidar com o ocorrido.[113] Em muitos casos, inclusive, é de se ressaltar que são intolerantes, coercitivas, aceitam práticas socialmente excludentes, além de adotar formas de comunitarismos que não são somente individualistas, mas centrados em autoritarismos e repressões diversas.[114] Significa dizer que, a conformação de uma sociedade idealizada deve ser preterida para aludir àquelas dinâmicas comunitárias concretas e individualizadas em suas especificidades, para a melhor apreciação de todas as contigências envolvidas no caso, sob pena de acentuar-se a dinâmica de discriminação.

Nesse ponto, BRAITHWAIT e DALY advogam que as *community conferences* podem resultar em aspectos positivos para os envolvidos, *desde que* os participantes sejam selecionados com base nas suas capacidades em promover o máximo de suporte para as vítimas e os ofensores.[115] Assim sendo, de forma cautelosa, destacam que os limites territoriais e geográficos não são prioritários para a definição dos atores, mas, ao contrário, solicita-se apenas a presença daqueles que, numa relação de *proximidade*, facilitem a reintegração dos agentes e afaste estigmatizações.

Importante frisar que STUBBS aponta como positiva a possibilidade de que movimentos de articulação política – entre eles, grupos pró-feminismos e antirracistas – sejam participantes nos processos restaurativos, especialmente para viabilizar e dar voz à narrativa das vítimas inseridas nesses grupos minoritários/vulneráveis.[116] Evita-se, nessas hipóteses, que as práticas restaurativas

111. SANTOS, Cláudia Cruz. A justiça restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Jurstiça penal. Porquê, para quê e como? Op. cit., p. 55.

112. Idem, ibidem.

113. STUBBS, Julie. *Domestic violence and women's safety: feminist challenges to restorative justice*. Op. cit., p. 49.

114. STUBBS, Julie. *Relations of domination and subordination: challenges for restorative justice in responding to domestic violence*. Op. cit., p. 975.

115. BRAITWAITE, John; DALY, Kathleen. *Masculinities, violence and communitarian control*. Op. cit., p. 167.

116. STUBBS, Julie. *Domestic violence and women's safety: feminist challenges to restorative justice,*. Op. cit., p. 59.

estejam limitadas à abordagem das questões individuais, apontando também para problemas afetos às estruturas patriarcais. Além disso, expande a rede de conhecimentos e de informações que podem ser difundidas entre os agentes, no intuito de evitar violências reiteradas, posicionamento de difícil assunção no seio do sistema tradicional de justiça criminal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A narrativa pretendeu demonstrar que diante da complexidade dos movimentos restaurativo e feminista, inúmeras são as contingências que se devem ponderar na utilização de mecanismos (jurídicos ou não) para a proteção das mulheres. Dentre pontos convergentes/divergentes, posições teóricas liberais/radicais, contradições entre discursos e práticas, o que se evidencia é, cada vez mais, a necessidade de criação de alternativas e possibilidades que traduzam à mulher concreta, experienciada e real, opções de empoderamento social.

Destacou-se que o clamor pela utilização de políticas criminais voltadas à proteção das mulheres (seja com a tipificação de condutas, endurecimento de sanções etc.) apropria-se de aspectos *simbólicos* do discurso oficial – correlacionados com as funções da pena, que são voltadas para a reprovação do delito (com a consequente manutenção de expectativas sociais e reafirmação da validade da norma) e prevenção de futuros crimes –, e deixam de expor as contradições desse sistema violador e de seus efeitos perversos, que incidem nas vítimas de violência doméstica.

Pretendeu-se refletir como (e se) o paradigma jurídico dominante serve a propósitos que modifiquem as profundas *estruturas patriarcais sociais* – sendo, portanto, um instrumento para a promoção de igualdade e um recurso efetivo das mulheres para a garantia dos seus direitos – ou, pelo contrário, se legitima-se também como sistema de opressão. De forma ponderada, SANTOS destaca que para o bom uso do direito, devem estar satisfeitas as seguintes condições: "a mobilização jurídica deve ser combinada com a mobilização política; as lutas sociais devem estar articuladas em diferentes escalas – local, nacional e internacional; os conflitos sociais devem ser politizados antes de serem legalizados; os direitos humanos devem ser concebidos numa perspectiva coletiva, para além de uma visão individualista".[117]

117. SANTOS, Cecília MacDowell. *A mobilização transnacional do direito e a reconstrução dos direitos humanos*. Op. cit., p. 19.

De forma imperiosa, ANDRADE deslegitima a valiade da intervenção punitivista nesses casos, destacando que o "sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência porque (...) não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e gestão do conflito ou, muito menos, para a transformação das relações de gênero".[118]

Sendo desveladas as críticas ao tratamento da mulher pelo sistema penal tradicional, optou-se por refletir acerca da insurgência de novas práticas e da possibilidade de alguma emancipação através delas. Diante disso, procurou-se questionar se o insurgente paradigma de justiça restaurativa poderia potencializar alternativas à mulher, diversas daquelas já institucionalizadas e usualmente utilizadas.

Evidentemente, as práticas restaurativas são ainda relativamente recentes e, por tal razão, os debates acerca de seus acertos e desencontros são essenciais para a construção de alternativas melhores àquelas já tradicionalmente consagradas. Existem razoáveis dúvidas acerca do resultado da incidência desses instrumentos em casos de violência relacional – seja em relação aos efeitos incidentes na mulher, no agressor, e mesmo na comunidade, além daquelas afetas ao adimplemento das condições acordadas que devam ser suficientes à cessação da violência. Entretanto, como aspecto positivo, ressalta-se a concessão de um *locus* de fala à vítima, que possibilita a exposição de suas demandas e suas necessidades específicas que decorrem das violações.

Em breve síntese, o que se defende é que seja conferida à mulher vitimada a possibilidade de escolha (consciente das peculiaridades de cada modelo, politizada e empoderada acerca dos resultados que podem ser alcançados) da forma mais satisfatória para a resolução do seu conflito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHILLES, Mary; ZEHR, Howard. Restorative justice for crime victims: the promise and the challenge. In: BAZEMORE, Gordon; SCHIFF, Mara. *Restorative community justice: repairing harm and transforming communities*. Cincinnati: Anderson Publishing, p. 87-99, 2001.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*? São Paulo: Abril, 1985.

118. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal. O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.* Op. cit., p. 107.

ANDRADE, Manoel da Costa. *A vítima e o problema criminal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal. O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. In: *Sequência*, n. 50, jul., p. 71-102, 2005.

_____. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: *Sequência,* v. 18, n. 35, p. 41--49, 1997.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CRAIDY, Mariana. Conflitos de gênero no Judiciário. Aplicação da Lei 11.340/06 pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar de Porto Alegre/RS. In: (org). *Relações de gênero e sistema penal.* Violência e conflituosidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EdiPucRS, 2001.

BAHRI, Deepika. Feminismo e/no pós-colonialismo. *Estudos feministas*. Florianópolis, n. 21, vol. 2, mai.-ago., 2013, p. 659-689.

BAZEMORE, Gordon; EARLE, Twila Hugley. Balance in the response to family violence. Challenging Restorative Principles. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather (org). *Restorative justice and family violence*. Cambrigde: Cambridge Press, 2002, p. 153-177.

BELEZA, Teresa Pizarro. Violência Doméstica. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ),* 1.º semestre de 2008, n. 8, edição especial (Jornadas sobre a revisão do Código Penal), p. 281-291.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRAITHWAITE, John; DALY, Kathleen. Masculinities, violence and communitarian control. In: MILLER, Susan (org). *Crime, control and women*. Feminist implications of criminal justice policy. London: Sage publications, 1998, p. 151-179.

BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro*. Hacia un sistema penal de alternativas. Barcelona: IURA-10, 1993.

CARVALHO, Salo de; CAMPOS, Carmen Hein de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira.* Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf]. Acesso em: 25 ago. 2015, p. 143-169.

CASTANHEIRA NEVES, A. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. Escritos acerca do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. In: *Digesta,* v. 3. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 9-41.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. In: ROXIN, Claus (et al.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 161-181.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXI, 1985, p. 93-158.

CRAWFORD, Adam. The state, community and restorative justice: heresy, nostalgia and butterfly collection. In: WALGRAVE, Lode (ed.). *Restorative justice and the law*. Devon: Willan Publishing, 2002, p. 101-128.

CUNHA, Teresa. *Never trust Sindarela*. Feminismos, pós-colonialismos, Moçambique e Timor-Leste. Coimbra: Almedina, 2014.

CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. *Debating restorative justice*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*. Uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DALY, Kathleen; STUBBS, Julie. Feminist theory, feminist and anti-racist politics, and restorative justice. In: VAN NESS, Daniel; JOHNSTONE, Gerry. *Handbook of restorative justice*. London: Willan Publishing, 2007, p. 148-170.

_____. Restorative justice and sexual assault. An archival study of Court and Conference cases. In: *British Journal of Criminology*, 2006, v. 46, n. 2 , p. 334-356.

_____. Sexual Assault and Restorative Justice. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather (org). *Restorative justice and family violence*. Cambridge University: Cambrigde, 2002, p. 62-87.

DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. Uma reflexão sobre os limites da intervenção penal do Estado. In: DIAS, Augusto Silva (org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 113-131.

DONNELLY, Jack. The virtues of legalization. In: GARCÍA-MECKLED, Saladin (org). *The legalization of human rights*. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law. London: Routledge, 2006, p. 67-81.

DUARTE, Madalena. O lugar do direito nas políticas contra a violência doméstica. In: *Ex aequo* [online]. 2012, n. 25, p. 59-73. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S0874-55602012000100006&script=sci_arttext].

_____. *Para um direito sem margens*: representações sobre o Direito e a violência contra as mulheres. Tese de Doutoramento em Sociologia apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013, 560 p.

FACHINETTO, Rochele Fellini. Homicídios contra mulheres e campo jurídico: a atuação dos operadores do direito na reprodução das categorias de gênero. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org). *Relações de gênero e sistema penal*. Violência e conflituosidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EdiPucRS, 2001, p. 107-136.

FATTAH, Ezzat. Is punishment the appropriate response to gross human rights violations? Is a non-punitive justice system feasible? In: DISSEL, Amanda

(*et al.*). *Restorative Justice: politics, policies and prospects.* Cape Tow: Juta/ Faculty of Law, 2007, p. 209-227.

FERNANDÉZ NETO, Josefa; RAMÓN, Anna María Solé. *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género.* Un enfoque actual práctico. Valladolid: Lex Nova, 2011.

FERREIRA, Francisco Amando. *Justiça restaurativa:* natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Vitimador e* vítima: um juízo final ou um abraço fraternal? Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, Portugal, 2002, 236p.

FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional de justiça de gênero. In: BRUSCHINI, Cristina (org). *Gênero, democracia e sociedade brasileira.* São Paulo: Editora 34, 2002, p. 59-78.

GARCIA, Venessa; MCMANIMON, Patrick. *Gendered justice.* Intimate partner violence and the criminal justice system. United Kingdon: Rowman and Littlefield Publishers, 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente.* Arequipa: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008.

HUDSON, Barbara. Gendered Violence: diversion or effective justice?. In: *British Journal of Criminology,* 2002, v. 42, n. 3, p. 612-634.

JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos.* Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: [www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA]. Acesso em: 20 ago. 2015.

KAPUR, Ratna. Revisioning the role of law in women's human rights struggles. In: GARCÍA-MECKLED, Saladin (org). *The legalization of human rights.* Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law. London: Routledge, 2006, p. 101-116.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Sociais – IBCCRIM*, ano 14, n. 168, nov. 2006.

LÁZARO, João; MARQUES, Frederico Moyano. A mediação vítima-infractor e os direitos e interesses das vítimas. In: PELIKAN, Christa (et. al). *A introdução da mediação* vítima-*agressor no ordenamento jurídico português.* Colóquio de 29 de junho de 2004 da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Almedina, 2005, p. 26-37.

LÁZARO, João; MARQUES, Frederico Moyano. Justiça restaurativa e mediação. *Sub judice – Justiça e sociedade*, Lisboa, Ideias, n. 37, out.-dez., 2006, p. 65-83.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal*: violencia doméstica. Montevideo: B de F, 2008.

LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos*. Um novo "paradigma" de justiça? Análise crítica da Lei n. 21/2007 de 12 de junho. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. A mediação penal de adultos: análise crítica da Lei n. 21/2007, de 12 de junho. In: *Revista Maia Jurídica*, Porto, ano IV, n. 2, jul.-dez., 2006, p. 107-144.

_____. A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o direito penal e a criminologia. *Julgar*, n. 12, set.-dez., 2010, p. 25-66.

_____. Justiça prêt-à-porter? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 30, n. 117, jan.-mar., 2009, p. 85-126.

LYRA, Carlos. *Maria Ninguém*, 1959.

MACHADO, Carla; CARIDADE, Sónia; SOUSELA, Luísa. Género e violência na intimidade: que relação? In: *Revista do CEJ*, 1º semestre de 2010, n. 13, p. 21-42.

MACKINNON, Catherine. Feminism, Marxism, method and the state: toward feminist jurisprudence. *Signs*, v. 8, n. 4, 1983.

MCCANN, Michael. Poder judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos "usuários". In: *Revista da EMARF. Cadernos Temáticos*, Rio de Janeiro, dez., 2010, p. 175-196.

MADSEN, Karin Sten; MERCER, Vince. *Doing restorative justice in cases of sexual violence:* a practice guide. Leuven: Leuven Institute of Criminology; University of Leuven, 2015. Disponível em: [http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/09/Doing-restorative-justice-in-cases-of-sexual-violence_practice-guide_Sept2015.pdf]. Acesso em 29 set. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos. Uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Gomes (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 439-472.

MUÑOZ CONDE; Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Código penal brasileiro comentado*. v. 7, São Paulo: Saraiva, 1954.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal e justiça*. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013.

PELIKAN, Christa. *Victim-Offender Mediation in Domestic Violence Cases – A Research Report*. Disponível em: [http://www.restorativejustice.org/10fulltext/

pelikan-christa.-victim-offender-mediation-in-domestic-violencecases-a-research-report]. Acesso em 28 ago. 2015.

PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PINTO, João Fernandes Ferreira. O papel do Ministério Público na Ligação entre o Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima-Agressor. In: PELIKAN, Christa (*et. al*). *A Introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*. Colóquio de 29 de junho de 2004 da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Almedina, 2005, p. 61-84.

PRANIS, Kay. Restorative Values and Confronting Family Violence. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather. *Restorative justice and Ffamily violence*. Cambridge: Cambridge Press, 2002, p. 22-41.

PTACEK, James. Resisting Co-optation. Three feminist challenges to antiviolence work. In: PTACEK, James (org). *Restorative justice and violence against women:* Oxford, 2010, p. 5-33.

SANTOS, Cecília MacDowell. A mobilização transnacional do direito e a reconstrução dos direitos humanos. In: SANTOS, Cecília MacDowell (org.). *A mobilização transnacional do direito*. Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13-27.

_____. Ativismo jurídico transnacional e o Estado. Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 7, ano 4, 2007, p. 26-57.

_____. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 89, jun., 2010, p. 153-170.

SANTOS, Cláudia Cruz. A "redescoberta" da vítima e o direito processual penal Português. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Andrade, Manuel da Costa (org.), v. III. Stvdia Ivridica, n. 100, Coimbra: Coimbra, 2010, p. 1133-1153.

_____. *A Justiça Restaurativa*. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?. Coimbra: Coimbra, 2014.

SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. (Des) constitutindo gênero no Poder Judiciário. In: *Ex aequo*, n. 31, 2015, p. 45-60.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo de Justiça Restaurativa. In: *De Jure:* Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, jan.-jun., 2009, p. 411-447.

SMITH, Andrea. Beyond Restorative Justice. Radical Organizing against violence. In: PTACEK, James (org). *Restorative justice and violence against women*. Londres: Oxford, 2010, p. 255-277.

STUBBS, Julie. Domestic Violence and Women's Safety: feminist challenges to Restorative Justice. In: BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather (org). *Restorative justice and family violence*. Cambrigde: Cambridge, 2002, p. 42-61.

_____. Justice gendered violence: What does restorative justice offer? In: BOLITHO, Jane; BRUCE, Jasmine; GAIL, Mason. *Restorative justice for adults: an emerging practice*. Sydney: Institute of Criminology, 2012, p. 194-213.

_____. Relations of domination and subordination: challenges for restorative justice in responding to domestic violence. In: *UNSW Law Journal*, vol. 33, n. 3, p. 970-986.

WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

ZEHR, Howard. Avaliação e princípios da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 411-418.

ZEHR, Howard. *The little Bbook of restorative justice*. Intercourse: Good Books, 2002.

_____. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher, de Vera Regina Pereira de Andrade – *RBCCrim* 48/260-290, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/575-602 (DTR\2004\822);
- Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero, de Wânia Pasinato Izumino – *RBCCrim* 40/282-295, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 4/1329-1343 (DTR\2002\433);
- Teoría del conocimiento feminista y criminología de la mujer, de Gerlinda Smaus – *RBCCrim* 27/235-249, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/299-320 (DTR\1999\576); e
- Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão, de Wânia Pasinato Izumino – *RBCCrim* 70/321-360, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 1/777-809 (DTR\2008\732).

863390

As finalidades ocultas do sistema penal

Hidden finality of penal system

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

Doutora pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo. Mestre pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo. Professora em Direito Penal na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
fernanda.ifanger@puc-campinas.edu.br

João Paulo Ghiraldelli Dal Poggetto

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
jpghiraldelli@hotmail.com

Recebido em: 29.02.2016.
Aprovado em: 28.04.2016.
Última versão do autor: 19.05.2016.

Área do Direito: Penal

Resumo: Buscou-se sempre extinguir ou diminuir a criminalidade. Após tomar para si o poder de punir, o Estado declarou finalidades a serem cumpridas pelas suas sanções, atualmente adotando a Teoria Mista, pela qual a pena visa punir e ressocializar o condenado. Contudo, essas finalidades oficiais não vêm demonstrando resultados satisfatórios. Observando a realidade fática, através de análise de dados oficiais, percebe-se que existem finalidades ocultas no sistema penal, materializando-se no controle social, na violência institucional e na manutenção das desigualdades sociais acentuadas. Dessa forma, visa-se demonstrar que essas finalidades, em realidade, sustentam o atual sistema econômico – Sistema de Produção Capitalista –, não tendo como referência melhores modelos de prevenção e repressão ao crime, e há grande prejudicialidade na sua existência para toda a sociedade.

Palavras-chave: Sistema penal – Política criminal – Criminologia crítica – Finalidades da pena.

Abstract: It has always been searched for ways to wipe out or to reduce the criminality. After taking upon itself the power to punish, the state declared some purposes to be fulfilled by its regulations, currently adopting the Mixed Theory, by which penalty aims punishment and rehabilitation of condemned. However, these official purposes have not demonstrated satisfactory results. Observing the reality, through analysis of official datas, it possible to verify that there are hidden purposes in the penal system, materializing in social control, institutional violence and maintenance of social inequalities. Thus, it is aimed to demonstrate that theses purposes, in reality, have for objective of sustain the current economic system – Capitalist's Production System –, not having as reference better models of crime's prevention and repression, and there is a high loss in its existence for society.

Keywords: Penal system – Criminal policy – Criminology – Purpose of penalty.

Ifanger, Fernanda Carolina de Araujo; Poggetto, João Paulo Ghiraldelli Dal. As finalidades ocultas do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 259-297, out. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Teorias da pena: dos fundamentos legitimadores do *ius puniendi* às finalidades oficiais – 3. A finalidade oficial da pena declarada pelo Estado e a dicotomia com a realidade fática: funções da pena – 4. A real finalidade do sistema penal brasileiro: instrumento de dominação – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No decorrer dos tempos, sempre se buscou desenvolver teorias que explicassem o crime e a sua punição. Após o Estado se apropriar do poder punitivo, tanto na questão decisória quanto na questão aplicativa, foi necessário definir qual a finalidade da pena – que se confunde com a própria finalidade do sistema penal[1] como um todo – para explicar a sua utilização e o arcabouço jurídico-repressivo.

O Brasil adotou a Teoria Mista como sua finalidade oficial, declarando o objetivo de punir o transgressor, retribuindo-lhe o mal causado, e mostrando à sociedade a reprovação da conduta, além de ressocializá-lo, reinserindo-lhe na sociedade e evitando a reincidência.

Entretanto, as finalidades oficiais apresentadas não se coadunam com a realidade.

As críticas erigidas contra o Sistema Penal, como um todo, evidenciam que a pena, principalmente a privativa de liberdade, foi transformada pelo Sistema de Produção Capitalista, cujas origens remontam ao surgimento do Mercantilismo, com a finalidade de atender aos interesses da nova classe dominante emergente à época – os burgueses.

Desta forma, algumas problemáticas são levantadas: as finalidades oficiais da pena cumprem seu papel? Em caso negativo, existem outras finalidades que estão ocultas? E, se sim, de que forma interferem na sociedade?

Dessa forma, o objetivo desse trabalho consiste em pesquisar quais as reais finalidades do sistema penal para além das oficiais.

Formularam-se, no presente artigo, as seguintes hipóteses: em decorrência da atual situação prisional brasileira, demonstrada através de dados oficiais, as finalidades oficiais não são alcançadas, porém, não se trata de mera inaptidão administrativa. Trata-se de um problema estrutural, sendo que o sistema penal

1. O sistema repressor penal é formado por um conjunto de instituições, sendo elas instituições policial, judiciária e penitenciária. Este conjunto forma o 'Sistema Penal' (BATISTA, 1990, p. 25).

foi arquitetado com outras finalidades, ocultas, diversas das oficiais. Ademais, essas finalidades ocultas afetam de forma negativa a sociedade brasileira, como um todo, proporcionando a desigualdade material, sendo que os benefícios são apenas para grupos sociais específicos e bem delimitados.

Utilizou-se, para a confecção deste trabalho, a análise bibliográfica de livros, artigos científicos e legislações brasileiras, bem como de dados oficiais disponibilizados por órgãos ligados ao poder judiciário brasileiro, possibilitando o comparativo entre a realidade carcerária do Brasil, os discursos jurídicos inseridos em leis e interpretados por pesquisadores do direito e, por fim, críticas que indicam a existência de finalidades ocultas no sistema penal.

2. Teorias da pena: dos fundamentos legitimadores do *ius puniendi* às finalidades oficiais

O Estado assumiu para si como dever exclusivo o poder de punir, também chamado de *ius puniendi*, concedendo-lhe o que se entende por violência legítima, que é a atribuição de resolver os conflitos existentes a partir de fatos considerados criminosos, retirando das vítimas tal poder.

Dessa maneira, passamos de uma vingança – resposta direta dada pela vítima do delito, sem limitação – para a punição estatal – resposta indireta, ofertada por um terceiro que não faz parte do conflito. Inicialmente, a punição estatal também era ilimitada, contudo, aos poucos se construíram princípios limitadores da pena.

Buscou-se, então, justificar o poder punitivo do Estado com argumentos legitimadores para o uso da pena, o que se fez por meio dos estudos da Teoria da Pena.

Muitas foram as explicações dadas para justificar a ação estatal punitiva, porém há duas teorias universais que concentram os principais fundamentos que tornam válida a aplicação da pena pelo Estado, quais sejam, as teorias absoluta ou retributiva e relativa ou preventiva (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 129).

Há de se distinguir que as teorias justificadoras são chamadas por alguns autores de finalidades da pena, por outros de funções da pena e, ainda, tratados como sinônimos.

Esclarecendo tal embate terminológico, utilizar-se-á a concepção de Bitencourt, que se usa a definição de Ferrajoli e Sánchez, sendo que para ele finalidades ou fins da pena são as consequências sociais procuradas pela norma, enquanto as funções da pena são as consequências sociais geradas de fato pela sanção (BITENCOURT, 2014, p. 131).

Tal diferenciação é mais precisa nas palavras de Ferrajoli:

A palavra "função" (não menos do que a palavra "razão") é, com efeito, equívoca, podendo ser utilizada e compreendida quer em sentido prescritivo quer em modo descritivo. No primeiro sentido designa as finalidades que devem ser perseguidas pela pena a fim de tornar justificável o direito penal; no segundo, contempla as finalidades que de fato são perseguidas pelas penas bem como os resultados por estas concretamente obtidos (FERRAJOLI, 2002, p. 171-172).

De tal modo, reafirmam este entendimento Busato e Huapaya ao escreverem que o mais correto seria tratar o termo 'função' por 'missões' do direito penal, enquanto função deveria ser manter o sentido empregado pela linguagem sociológica, significando as consequências objetivas produzidas por uma determinada coisa (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 25).

Desta forma, entende-se claramente a conveniência de distinguir finalidades (ou fins, ou missões) e funções. Adotam-se, então, os conceitos de finalidades como o valor buscado pela norma jurídica e função como o resultado fático produzido pela norma.

Além desta, é preciso compreender também a diferença entre fundamentos e finalidades da sanção penal, como nos ensina Netto:

Uma outra questão terminológica que comumente se verifica é a distinção entre finalidades e fundamentos da pena. (...) De fato, a linha divisória é significantemente tênue. Enquanto o fundamento estaria disposto a resolver a questão do "Por que punir?", a finalidade compreenderia a problemática referente ao "Para que punir?". No primeiro caso, a investigação rodear-se-ia de maior densidade (NETTO, 2008, p. 161).

Diante da diversidade conceitual exposta, para evitar confusões entre fundamento, finalidade e função da pena, tratar-se-á de cada assunto isoladamente.

Os fundamentos da pena costumam ser identificados com os próprios fundamentos do Direito Penal, quais sejam, defender a convivência social, estabelecendo normas de condutas para proteção dos bens jurídicos tidos como mais importantes. Trata-se, assim, de uma necessidade social (NETTO, 2008, p. 161).

Todavia, esse fundamento por si só não é suficiente, pois em nada influencia nas finalidades da pena. Mesmo após firmado o fundamento, a pena pode ser utilizada de muitas maneiras diferentes, ajustando-se aos interesses de cada Estado. Por isso, convém dedicar especial atenção aos fins ou finalidades da

pena, ou seja, ao sentido social em que é aplicado o ato de punir, e não mais em seu próprio fundamento (NETTO, 2008, p. 162).

Nesse diapasão, importante apresentar o estudo das clássicas teorias da pena – absoluta (ou retributiva) e relativa (ou preventiva) –, bem como da teoria mista (ou unificadora), mais recente em cotejo com as duas primeiras. Todas elas expõem as finalidades da pena, ou seja, os discursos oficiais que os Estados empregam em relação de sua ação punitiva: "para que punem?".

A teoria absoluta,[2] ou retributiva, encontra, além da finalidade, o fundamento da pena em si mesma, bem como o esgotamento de seu conteúdo (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 130).

Trata-se de uma compensação, sendo que a imposição do mal ao criminoso reestabelece a ordem dos valores desestruturada. Não se vislumbra na pena nenhuma finalidade útil à sociedade, sendo apenas uma resposta ao mal causado (NETTO, 2008, p. 163).

A teoria é atribuída ao pensamento alemão do final do século XVIII, sendo Immanuel Kant seu principal representante. A partir de uma visão liberal, propôs que a liberdade é o elemento caracterizador da natureza humana, de forma que deve ser assegurada pelo Estado por meio das normas jurídicas, a fim de viabilizar a convivência social. Porém, ao utilizar sua liberdade para transgredir as normas jurídicas, a injustiça deve ser retribuída com outro mal, que é a pena, que não deve ter outra finalidade senão retribuir o mal causado e reestabelecer a justiça (NETTO, 2008, p. 163-165).

Outro teórico alemão que defendia a utilização da teoria absoluta era Hegel. Sustentava que a pena deveria ser imposta para reestabelecer a ordem jurídica rompida, uma vez que o delito era uma negação do Direito e a pena, a negação da negação do Direito, o que faria com que todo o ordenamento restaurasse a sua harmonia (MADRID, 2013, p. 31).

2. A título de contextualização, esta teoria foi desenvolvida nos Estados Absolutistas, que concentravam o poder, as normas e a religião na figura do monarca, sendo que tinha seu lugar outorgado por Deus. Com forte contribuição da religião, a finalidade não poderia ser outra que não castigar, retribuir o mal cometido. Os Estados Absolutistas foram Estados de transição para o afloramento e impulsionamento do mercantilismo e expansão da classe burguesa. Depois, no Estado burguês não mais se falava em poderes outorgados por Deus, havendo ruptura com a Igreja, devendo a teoria buscar outra fundamentação que não a religiosa. Desta forma, a partir de então, a filosofia auxiliará na delimitação da teoria absoluta (MADRID, 2013, p. 29).

Confere-se à pena, de maneira exclusiva, o encargo de realizar Justiça, sendo esta a sua única finalidade, alcançada através da retribuição do mal. O livre-arbítrio é o fundamento da teoria absoluta, baseando-se, assim, na questionável capacidade humana de diferenciar o justo do injusto (BITENCOURT, 2014, p. 134).

Ao criticar a teoria absoluta (ou retributiva), Roxin expõe a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo que é inimaginável que alguém tenha um mal realizado retribuído com outro mal, que é a pena. Entretanto, há de se reconhecer que tal teoria colaborou com os limites de imposição de pena, principalmente com a formulação do princípio da proporcionalidade (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 130).

Em oposição à absoluta, surge a teoria relativa, que se divide em prevenção geral e prevenção especial, subdividindo-se ainda estas em negativas e positivas (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 131).

Refutando o entendimento da teoria absoluta de que, a pena estava desvinculada de qualquer propósito útil à sociedade, a teoria relativa (ou preventiva) entende que a punição deve ter um objetivo a ser alcançado: prevenir futuros crimes. Dessa maneira, deve-se buscar uma estratégia que permita a compreensão do passado a fim de evitar novos crimes no porvir. Entre os métodos de prevenção divergem a geral, que tem como principal foco a própria sociedade, e a especial, cuja ênfase recai sobre o indivíduo delinquente (NETTO, 2008, p. 171-172).

Assim, essencial elucidar os espectros da teoria relativa, pois, apesar de terem raízes comuns nos seus objetivos (fazer com que o delinquente não volte a delinquir novamente), existem métodos diversos para a realização destes objetivos.

A Teoria preventiva geral negativa volta-se para a generalidade das pessoas, ou seja, para a população, para a sociedade em geral, de forma que a pena deve gerar efeitos intimidadores sobre aqueles que cogitem realizar um crime (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 131).

Explica Bittencourt que Feuerbach representa os defensores da teoria preventiva geral negativa ao desenvolver sua "Teoria da Coação Psicológica", argumentando que poderia o Direito Penal resolver a problemática criminal com a coação por meio da cominação penal, de forma a alertar a população que determinadas condutas eram tidas como crime e se fossem realizadas haveria uma reação estatal, por meio da aplicação da pena aos que desrespeitassem tal normativa (2014, p. 144).

Então, para a teoria geral negativa, a prevenção passa pelo Direito, o qual opera como um mecanismo coercitivo ou proibitório. Modernamente, traz-se esta ideia com a expressão "capacidade persuasiva do Estado". O resultado da produção legislativa é a norma intimidadora, que por si só é capaz de delimitar o livre-arbítrio dos cidadãos, estabelecendo uma propensão à obediência das normas (NETTO, 2008, p. 172-173).

Importante perceber que a teoria tende a criar um clima de terror, e não de intimidação, uma vez que quanto maiores as penas cominadas, maior seria sua eficácia, teoricamente, na prevenção dos delitos. Além disso, com esta teoria o fundamento da pena se abalaria, já que o único fim a que serve é atingir outras pessoas que não o próprio criminoso. Não faz sentido, em um Estado Democrático de Direito, que o Estado puna alguém apenas para incutir medo nos demais, não se apoiando a pena na culpabilidade do agente criminoso (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 131).

Sedimentadas as críticas à teoria geral negativa, a teoria preventiva geral positiva se constrói objetivando mudar a concepção da finalidade preventiva, defendendo que a pena deveria difundir uma mensagem educativa, e não intimidadora à sociedade, incorporando valores da norma penal. Assim, a pena buscaria gerar, basicamente, três efeitos sociais: a instrução sociopedagógica à população sobre os valores sociais; assegurar a credibilidade na capacidade solucionadora do Direito Penal; gerar paz social quando o Direito Penal soluciona um conflito (BITTENCOURT, 2014, p. 147).

A teoria preventiva geral positiva subdivide-se, ainda, em duas linhas: a fundamentadora, defendida por Welzel e Jakobs, e a limitadora, sustentada por Hassemer e Roxin. Esta entende que a teoria geral positiva tem por finalidade apenas a afirmação dos valores inseridos nas normas e estas, em si mesmas, enquanto a limitadora defende que, além do fim da fundamentadora, deve haver limitação do poder punitivo estatal, encontrando-se essa limitação nos princípios da intervenção mínima, proporcionalidade, ressocialização, culpabilidade e outros, não podendo o poder do Estado ultrapassar essas barreiras, sob pena de ser arbitrário (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 132).

Com Jakobs, a culpabilidade alcança sua máxima funcionalização às necessidades preventivo-gerais da pena. Em sua visão, o decisivo para efeito de se aferir a culpabilidade e impor pena ao agente, é saber se tal medida é necessária para garantir a vigência da norma (JAKOBS, 2014).

Fato é que Jakobs esvazia o conceito material de culpabilidade ao retirar dele todos os seus elementos, o que implica numa excessiva formalização do conceito, através do qual é possível reabrir as portas do Direito Penal, escan-

caradamente, à instrumentalização do indivíduo em função das expectativas sociais que são, certamente, difíceis de controlar e limitar a partir de critérios racionais (BITENCOURT, 2014).

Numa outra perspectiva, Roxin defende que devem ser constatadas necessidades públicas de prevenção para que uma pena seja aplicada. Sem elas, embora a conduta seja formalmente reprovável, o fato não merecerá punição estatal (ROXIN, 1998).

Note-se, porém, que a despeito da construção teórica de Roxin ser sólida e coerente, a necessidade preventiva da pena não é um bom critério para sua determinação, uma vez que se trata de um fenômeno cientificamente incerto e que independe da reprovabilidade da ação do autor do crime.

Por sua vez, defende Hassemer:

As teorias da prevenção geral positiva veem o efeito desejado da pena cominada e da sua execução não mais na intimidação ("negativa") do tendente ao crime (como em Feuerbach e seus sucessores), senão na manutenção ("positiva"), a longo prazo, da confiança de todos os cidadãos na inviolabilidade da ordem jurídico-penal. (...)

Nesse sentido as teorias da prevenção geral positiva, apesar deste déficit na operacionalização, insistem em que a pena preventiva é útil (e pode-se assegurar que elas devem uma parte de seu poder de convicção a esta potência restabelecedora da pena), elas assentam no clima de uma confiança incontestada na eficácia do Direito Penal como um instrumento de solução de problemas (HASSEMER, 2008, p. 06-07).

Hassemer desenvolveu superficialmente, e depois trabalhou no decorrer de suas obras, uma teoria chamada 'Direito de Intervenção', na qual acredita que o Direito Penal deveria ter por finalidade a prevenção geral, a intervenção mínima e a proteção de bens jurídicos individuais. A pena teria a finalidade de fortalecer os sistemas de controle informal, como, por exemplo, família, escola e trabalho, sendo um controle social formal, e funcionaria da mesma forma, existiria uma norma de comportamento a se seguir e o descumprimento levaria a uma sanção, todavia, intensificaria a formalidade (OLIVEIRA, 2013, p. 50-52).

Dessa forma, necessário que o Direito Penal só atue sobre comportamentos que a maioria dos cidadãos entende como proibidos, pois não teria legitimidade para tipificar condutas que a própria população não pensa ser reprováveis. E, assim, Hassemer utiliza-se do conceito da teoria preventiva geral positiva como método intimidatório aos possíveis delinquentes em uma sociedade. Apesar de defender que o Direito Penal tenha finalidade exclusivamente preventiva, deverá também se ater aos princípios limitadores, como o da culpabilidade, o *in dubio pro reo* e as garantias processuais formais (OLIVEIRA, 2013, p. 52-53).

Já a teoria preventiva especial, por sua vez, também busca, tal qual a geral, prevenir a criminalidade, mas dirigindo-se, especificamente, ao criminoso em particular, e não a toda a sociedade. Seu objetivo é fazer com que o delinquente não retorne ao crime. Ferrajoli subdivide a teoria da prevenção especial em positiva e negativa, sendo esta voltada a neutralizar ou eliminar os delinquentes identificados como perigosos e aquela orientada à reeducação do criminoso (BITTENCOURT, 2014, p. 152 *apud* FERRAJOLI, 1995, p. 385-387).

Todavia, critica-se, principalmente, a teoria especial positiva, que prega a reinserção social por meio da ressocialização do criminoso, uma vez que nem sempre a ressocialização, por si só, resolverá a problemática da não reincidência, como, por exemplo, nos casos de homicídios passionais. Assim, difícil justificar a aplicação de uma pena que tem por fim apenas a não reincidência se isso não será atingido com a ressocialização (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002, p. 133).

Importante perceber que o nascimento das teorias relativas não poderia ter se dado, em sua grande maioria, em época diversa do próprio período de construção das teorias absolutas, ou seja, no momento de transição do Estado Absoluto para o Liberal, durante o Iluminismo, tendo-se como princípios basilares a liberdade e a racionalidade humana diante da imposição normativa (MADRID, 2013, p. 33).

Necessário asseverar que ambas as teorias, absoluta e relativa, tomam a pena como um mal necessário, sendo que se diferenciam apenas nos fins adotados. Enquanto as absolutas têm por fim a realização da justiça retributiva, as relativas buscam inibir os novos crimes (BITENCOURT, 2014, p. 142).

Apresentada as teorias clássicas da pena, passa-se à exposição da teoria mista ou unificadora.

Essa teoria tenta compilar as ideias mais relevantes das suas antecessoras, construindo-se a partir da análise das soluções e explicações dadas por essas teorias monistas que, por terem um único sentido, se mostraram ineptas a tratar os fenômenos humanos complexos abarcados pela tutela penal (BITTENCOURT, 2014, p. 155).

Entretanto, Netto explica que, para Roxin,[3] a teoria absoluta estaria excluída da unificação das teorias, argumentando a sua inutilidade ou desnecessidade, pois, por ela, sempre haveria a necessidade de punição. Assim, a junção seria apenas da teoria preventiva, tanto no seu aspecto geral quanto especial, sendo que só dessa forma haveria uma magistral operação do Direito como aparelho preventivo do crime, de tal forma que fosse aplicada a pena de ma-

3. Teórico elaborador da "Teoria Dialética Unificadora".

neira a utilizar mais adequadamente ambas as teorias (2008, p. 192-193 *apud* ROXIN, 1997, p. 95).

O modelo penal brasileiro adotou, com a reforma do Código em 1984, a teoria mista clássica (retributiva-preventiva), solidificada especialmente no art. 59 do CP, no qual consta que o juiz deverá se atentar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima para fixar a pena e a quantidade aplicáveis, bem como o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a possibilidade de substituição desta pena privativa, tudo isso buscando a finalidade de "reprovação e prevenção do crime" (BIANCHI, 2012, p. 23).

Contudo, esta análise dos fins da pena realizada pelo Direito Penal brasileiro não ocorre de maneira equilibrada, uma vez que a legislação constitucional não projetou de forma cuidadosa as finalidades da pena, tratando apenas de impor limites ao arbítrio estatal. Ademais, nem mesmo a doutrina penal nacional tem pensamento harmônico neste tocante, havendo muita divergência entre os doutrinadores, pois mesmo os adeptos da teoria mista dão maior destaque ao ponto de vista retributivo ou preventivo (NETTO, 2008, p. 200-201).

Dessa maneira, ficou a cargo da legislação infraconstitucional delimitar as finalidades que o Estado deseja dar oficialmente às penas que impõe.

A Lei de Execução Penal – Lei 7.210 de 11.07.1984 – tem algumas ponderações importantes que devem ser levadas em consideração, pois destacam o posicionamento mais preventivo do que retributivo da pena na teoria mista adotada pelo legislador brasileiro.

O art. 1.º estabelece: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*" (BRASIL, Lei 7.210, de 11.07.1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, DF, 13.07.1984, Seção 1, p. 11 – grifo nosso).

Além disso, prevê: em seu art. 25 que: "A assistência ao egresso consiste: I – na orientação e apoio para *reintegrá-lo* à vida em liberdade" (BRASIL, Lei nº 7.210, de 11.07.1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, DF, 13.07.de 1984, Seção 1, p. 12 – grifo nosso).

Assim, fica claro o intento, ao menos oficial, de estabelecer no Brasil a teoria mista da pena, dando-se ênfase à visão preventiva e ressocializadora.

Até o presente momento foi realizada uma conceituação sintetizada das teorias da pena e se indicou a finalidade oficial adotada pelo estado brasileiro. Todavia, começa-se agora a desconstrução tal imperativo para demonstrar que não se trata de nada mais do que uma ficção jurídica que não se realiza.

3. A FINALIDADE OFICIAL DA PENA DECLARADA PELO ESTADO E A DICOTOMIA COM A REALIDADE FÁTICA: FUNÇÕES DA PENA

Após analisar a finalidade oficial adotada pelo Brasil, é necessário verificar se os resultados concretos da pena, em especial a privativa de liberdade, são compatíveis com a finalidade que foi assumida.

Ao pensar em nosso atual sistema penitenciário, conclui-se, precipitadamente, que este é um verdadeiro caos em razão de uma péssima administração pública. Desta maneira, considera-se o cárcere um "caos de inorganização" ou "caos de desorganização". Entretanto, não há caos algum nos presídios. Essa conclusão se mostra equivocada, pois o cárcere não pode ser enquadrado como um sistema caótico por inorganização, uma vez que não se criou do acaso, mas foi sim gerado a partir de um pensamento e ideário, sempre ligado a um sentido existencial. Também não há que se falar em caos por desorganização, pois o sistema prisional nunca passou por uma crise que tenha feito perder sua lógica, sua organização, sua disciplina ou, até mesmo, a aparente indisciplina. (SÁ, 2009).

Necessário se faz, então, refutar a primeira conclusão falseada sobre o cárcere. Esse não se apresenta como um caos, pois nunca teve a intenção de ser organizado. É, sim, caótico, como foi planejado ser desde o princípio.

Visando compreender melhor a realidade carcerária em nosso país, far-se-á a análise dos resultados da pena na realidade prática, utilizando-se de dados provenientes do Infopen,[4] da Comissão Parlamentar de Inquérito[5] do Sistema Carcerário e do Ministério Público,[6] dos anos de 2009, 2013 e 2014.

4. Segundo o site do Ministério da Justiça, o Infopen é um programa de computador que coleta dados do Sistema Penitenciário Brasileiro com a finalidade de realizar maior integração dos órgãos de administração penitenciária, tanto em âmbito federal quanto estadual, bem como ter um panorama atualizado sobre a situação prisional e processual dos presos e internados no Brasil. (Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A 0AEE5DB94226PTBRIE.htm]).

5. As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), previstas na Constituição Federal, são comissões temporárias instauradas na Câmara dos Deputados com a finalidade de investigar fatos relevantes para a vida pública e para a ordem constitucional, legal, econômica ou social do País, no prazo de cento e vinte dias, prorrogável por mais metade deste período mediante aprovação do Plenário. (Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito]).

6. O Ministério Público é um órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo-lhe atribuída a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É entendido como um quarto poder, uma vez que

Além da apresentação dos números do país, dar-se-á enfoque aos dados de um Estado em específico – São Paulo – em razão de dois motivos. Primeiramente, em virtude de ser o Estado em que este trabalho foi realizado e, em segundo lugar, por contar com a maior quantidade de pessoas presas do país.

Em dezembro de 2009 a população penitenciária do Estado de São Paulo era de 154.515 presos, havendo 132 estabelecimentos prisionais em funcionamento com apenas 101.774 vagas totais no sistema. Desse numerário, 81.048 estão em regime fechado, composto de 75.954 homens e 5.094 mulheres; 20.701 em regime semiaberto, com 19.466 homens e 1.235 mulheres; 51.259 em prisão provisória, sendo 50.378 homens e 881 mulheres; e 1.507 em medida de segurança, com 1.112 homens e 395 mulheres (BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Dados Consolidados 2008, p. 29).

Nesse mesmo ano, no plano nacional, os dados consolidados registraram uma população penitenciária de 417.112 presos, havendo 1.806 presídios em funcionamento e espalhados pelo país, todavia, com apenas 294.684 vagas no sistema. Desta quantidade populacional, temos 174.372 em regime fechado, com 164.685 homens e 9.687 mulheres, 66.670 em regime semiaberto, composto de 62.822 homens e 3.848 mulheres, 19.458 em regime aberto, sendo 17.910 homens e 1.548 mulheres, 152.612 em prisão provisória, contando com 143.941 homens e 8.671 mulheres, e, por fim, 4.000 em medida de segurança, com 3.462 homens e 538 mulheres (Infopen, 2008, p. 32).

É necessário, ainda, analisar outras informações importantes. Quanto às tipificações mais recorrentes da população masculina, temos que os três crimes mais praticados em 2009, na ordem decrescente, são: roubo (29% – 113.522); entorpecentes (20% – 78.725); e furto (16% – 62.862). Com relação às tipificações da população feminina, temos os três crimes mais praticados em 2009, na ordem decrescente: entorpecentes (59% – 12.312); roubo (11% – 2.216); furto (9% – 1.953). As faixas etárias mais encontradas entre os presos e presas deste ano são: de 18 a 24 anos (32% – 129.099); de 25 a 29 anos (27% – 109.005); e de 30 a 34 anos (18% – 73.012). No que concerne à escolaridade, as três faixas escolares mais notórias entre os presos eram, em ordem decrescente: Ensino

não se vincula aos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, tendo independência funcional e autonomia administrativa; Cf. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]).

Fundamental incompleto (178.540); Ensino Fundamental completo (67.381); e alfabetizado (49.521) (Infopen, 2008, p. 41-44).

Em relatório do ano de 2013, realizado pelo Ministério Público, concluiu-se pela existência de 1.598 unidades prisionais, sendo que a região Sudeste concentrava o maior número, contando com 569 unidades, espalhadas da respectiva forma nos Estados: 37 no Espírito Santo, 75 no Rio de Janeiro, 171 em São Paulo e 286 em Minas Gerais (Conselho Nacional do Ministério Público; 2013, p. 33 e 243).

Em perspectiva nacional, apresentaram-se os seguintes resultados, em evidente descumprimento à legislação de execução de penas brasileira: em média, 80% dos presos provisórios no Brasil não são mantidos separados dos presos em cumprimento de pena; 67% dos presos que cumprem pena em regimes distintos não são separados. Os detentos primários, em média 77,8%, não são separados dos reincidentes, bem como não se apartam os prisioneiros em razão da natureza de seus crimes, em média 68,4%. Ademais, houve 769 mortes dentro dos presídios, além de 83 suicídios, 110 homicídios e 3.443 presos feridos. Tivemos também, no ano de 2013, 20.310 evasões de presidiários, com 3.734 recapturas e 7.264 retornos espontâneos, além de 121 rebeliões pelo país (Conselho Nacional do Ministério Público; 2013, p. 58-60, 73 e 100).

Em junho de 2014, o Brasil atingiu uma população carcerária de 579.423 presos, havendo 1.424 unidades prisionais com apenas 376.669 vagas disponíveis no sistema. Desse numerário, temos: 250.094 (41%) em regime fechado; 89.639 (15%) em regime semiaberto; 15.036 (3%) em regime aberto; 250.213 em prisão provisória; e 2.857 (1%) em medida de segurança (Infopen, 2014, p. 11 e 20).

Convém apresentar outras informações relevantes da população carcerária atual Com informações de aproximadamente 70% dos encarcerados, as três faixas etárias mais encontradas são, em ordem decrescente: de 18 a 24 anos (31%), de 25 a 29 anos (25%) e de 30 a 34 anos (19%), havendo certa similaridade entre a população jovem masculina e feminina. Em relação à etnia, apenas se obteve informação de 45% da população prisional, de forma que, deste percentual, são 67% negros, 31% brancos e 1% de amarelos. A desproporção entre negros e brancos encarcerados se faz presente tanto na população masculina quanto feminina. Com exceção dos Estados da região Sul do país (Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul), os demais estados são compostos majoritariamente, na sua população carcerária, de pessoas negras, constando os maiores índices nos Estados do Acre e Amapá, onde de cada dez presos, nove são negros. Informações relativas à escolaridade foram fornecidas sobre cerca de 40% dos presos, compondo-se de 53% com Ensino Fundamental incompleto, 12% com Ensino Fundamental

completo, 11% com Ensino Médio completo. Já a questão dos tipos penais mais recorrentes, dentre a quantidade informada pelos Estados, nota-se que quatro em cada dez crimes são contra o patrimônio e, aproximadamente, a cada dez crimes cometidos, um deles é de furto. O ilícito de maior incidência é tráfico de entorpecentes (27%), seguido de roubo (21%) e homicídio (14%) (Infopen, 2014, p. 48-52, 57-59 e 65-71).

Em comparação com outros, o Brasil encontra-se atualmente em quarto lugar na escala de países com maior população carcerária do mundo, só perdendo para: Estados Unidos (2.228.424 presos), China (1.657.812) e Rússia (673.818). Entretanto, dentre os quatro primeiros colocados, o Brasil é o que tem a maior taxa de ocupação[7] prisional (161%), o que significa que cada ambiente criado para alocar 10 pessoas tem, em média, 16 pessoas (Infopen, 2014, p. 11-13).

Notório o crescimento da prisionização no Brasil, sendo que em junho de 2014 tinha-se uma taxa de aprisionamento[8] de 299,7%. Este numerário só é inferior ao dos Estados Unidos, da Rússia e da Tailândia. Contudo, em análise da variação da taxa de aprisionamento dos anos de 2008 e 2014, os três países que têm maior população carcerária do mundo estão reduzindo o ritmo de encarceramentos, em sentido totalmente contrário ao do Brasil, onde os números vem aumentando. Conforme observado, os países diminuíram suas taxas nas seguintes proporções: Rússia (- 24%), China (- 9% – de 131 pessoas presas para 119 pessoas presas para cada mil habitantes) e Estados Unidos (- 8% – de 755 pessoas presas para 698 pessoas presas para cada mil habitantes). Enquanto isso, o Brasil teve uma taxa de elevação dos encarceramentos em + 33%, sendo que em 2014 foram aprisionadas 299,7 pessoas para cada cem mil habitantes. Nestas proporções, o Brasil ultrapassará a Rússia em 2018, em 2022 atingirá a marca de um milhão de pessoas aprisionadas e em 2075 terá a surpreendente relação de uma pessoa presa para cada 10 habitantes (Infopen, 2014, p. 13-14).

Vale esclarecer que o crescimento populacional brasileiro foi tão gigantesco que, em comparação com os anos de 1990 e 2014, temos um aumento populacional carcerário no percentual de 575%. Nesse interregno houve sempre um

7. A taxa de ocupação indica a quantidade de pessoas encarceradas divididas pela quantidade de vagas existente no sistema penitenciário, com objetivo de mostrar o déficit de vagas.

8. A taxa de aprisionamento aponta a quantidade de pessoas encarceradas em relação a cada cem mil habitantes.

constante crescimento prisional. Estima-se um aumento prisional em 7% ao ano, em média, a partir do ano 2000, totalizando um crescimento de 161%, ao passo que a população brasileira teve um crescimento médio de 1,1% ao ano, totalizando 16% no mesmo período (Infopen, 2014, p. 15-16).

No que tange aos presos provisórios, em comparação mundial, o Brasil tem a quarta maior população em números absolutos, contando com 222.190 pessoas presas, perdendo apenas para: Estados Unidos (480.000), Índia (255.000) e China (250.000) (Infopen, 2014, p. 13).

Em comparação interna, entre os Estados da Federação, os quatro com maior população carcerária são, em ordem crescente: São Paulo (219.053 presos), Minas Gerais (61.286 presos), Rio de Janeiro (39.321 presos) e Pernambuco (31.510 presos). Somente os detentos de São Paulo correspondem a cerca de 36% da população prisional do Brasil. Roraima, Estado com a menor quantidade de presos no país, conta 1.610 pessoas privadas de liberdade (Infopen, 2014, p. 15-17).

Apesar da quantidade de vagas ter quase triplicado no período de 2000 a 2014, o déficit de vagas, que já existia, dobrou, de maneira que atualmente contamos com ausência de 231.062 lugares (Infopen, 2014, p. 23).

Além disso, o acesso dos presos a trabalho, educação e saúde são elementos mínimos relacionados a sua dignidade e possibilidade de reintegração em sociedade. Contudo, há uma quantidade muito pequena de detentos realizando atividades educacionais, sendo que a cada dez pessoas privadas de liberdade, apenas uma está inserida neste tipo de atividade, ou seja, em todo o país, somente 38.831 presos estão estudando em educação formal e técnica. Ainda há outras atividades educacionais diversas das formais e técnicas, mas também o nível de aderência é pequeno. Há 5.120 pessoas matriculadas em programa de remição pela leitura, 125 pessoas matriculadas em remição pelo esporte e 2.198 pessoas em atividades educacionais complementares (Infopen, 2014, p. 116-125).

A Lei de Execução Penal determina que para a pessoa privada de liberdade deve haver trabalho, com finalidade educativa e produtiva, mesmo que não seja regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), todavia, sem ter remuneração inferior a três quartos do salário mínimo. Em todo o sistema prisional há apenas 58.414 pessoas presas trabalhando, refletindo-se numa porcentagem de 16% de todo o contingente nacional. Os Estados com maior porcentagem de presos trabalhando são: Rondônia (37%), Acre (31%), Mato Grosso do Sul (30%) e Santa Catarina (30%). Não seria para menos, afinal 78% dos estabelecimentos prisionais não têm oficina de trabalho (Infopen, 2014, p. 125-130).

Na questão da saúde, 63% das unidades prisionais masculinas e 49% das unidades prisionais femininas não contam com módulo de saúde para atendimento das pessoas privadas de liberdade. Só em 2014 a população prisional foi inserida formalmente na cobertura do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) (Infopen, 2014, p. 103-112).

Apresentados os dados, conclui-se de pronto, com simples exame destes elementos, que o Brasil passa por um crescimento acelerado do ritmo de encarceramento, elevando a quantidade de presos sem, todavia, aumentar as vagas disponíveis na mesma proporção, gerando um déficit de vagas e uma superlotação carcerária. Além disso, as circunstâncias às quais são submetidas as pessoas privadas de liberdade não geram ambiente propício para o desenvolvimento de nenhum ser humano, nem mesmo auxiliam na promoção de sua reinserção social.

É necessário elucidar que, a partir daqui, trabalhar-se-á em duas frentes neste capítulo. Em primeira linha, expõem-se, a partir dos dados apresentados, as funções – consequências sociais da pena – direcionadas ao sentenciado. Em segunda linha, muda-se a perspectiva e se apontarão essas funções da pena relativas à classe social dominante.

Além disso, para prosseguir, e compreender o intuito deste trabalho, faz-se fundamental esclarecer que se adota como sistema econômico vigente no mundo moderno, de maneira geral, o de produção capitalista, caracterizado, essencialmente, pela exploração do trabalho e da mão de obra, o que provoca a divisão da sociedade em classes e ocasiona desigualdades socioeconômicas entre elas. Ademais, nesse sistema de classes criado há uma dominante, detentora dos meios de produção e/ou com representatividade política majoritária, e outra dominada, composta por pessoas que necessitam vender sua força de trabalho e/ou com representação política minoritária. A obtenção do lucro para esta classe dominante só se realiza com a exploração da mão de obra da classe dominada – a classe trabalhadora.

Fica claro que o sistema de produção capitalista é um sistema que não deseja tornar ínfimas ou inexistentes as desigualdades sociais, pois delas se alimenta, precisando sempre de exploradores e explorados para sua sobrevivência.

O desenvolvimento do capitalismo no mundo resultou numa aproximação de todos os Estados, uma vez que o capital rompe qualquer fronteira. Dessa forma, o mundo chega ao conhecido hoje por Globalização.

Os Estados Unidos se desenvolveram sob a ideologia liberal-econômica, o que significa que toda sua organização se dá com base no pensamento indivi-

dualista, prezando, em essência, pelas liberdades individuais em detrimento de organizações, pensamentos e direitos coletivos, e representam hoje o maior símbolo do sistema capitalista e de seu desdobramento: a sociedade de consumo globalizada.

O Brasil e o mundo ainda passam pelo processo de globalização econômica, demonstrando que o sistema capitalista é imperante, de forma geral, no mundo todo. Todavia, este tipo de processo de globalização de economia é muito concentrado, mostrando-se distante das políticas de "bem-estar social" e como um agente de exclusão. Os seres humanos passam a ser vistos sob a ótica de sua capacidade de ser consumidores. Dessa maneira, consumir ou não consumir se transforma em uma medida de inclusão ou de exclusão social e econômica e o mercado se transfigura na balança igualadora ou segregadora dos agentes da sociedade (MORAIS; WERMUTH, 2013, p. 163-166).

Dessa forma, diante da globalização com a nova forma de determinação de exclusão social, entram em confronto as pessoas que produzem riscos à sociedade contra as que compram sua própria segurança (MORAIS; WERMUTH, 2013, p. 166).

A exclusão social pode ser constatada pela situação de "não ter" ou, simplesmente, de estar privado de algo, possuindo traços políticos e econômicos, a fim de rotular grupos sociais a partir do "ter" e do "não ter", sendo que este pode significar, também, o afastamento de determinadas pessoas a certos benefícios e privilégios, comumente econômicos. Em outras palavras, são as barreiras invisíveis criadas para impedir que todas as pessoas dentro da sociedade exerçam seus direitos de forma plena (MADRID; PRADO, 2014, p. 108-109).

O critério adotado para que as pessoas se encaixem no "ter" são padrões impostos pela classe dominante, que, a partir de tais arquétipos, tem a capacidade de realizar o controle social e direcionar a vontade das pessoas dentro do mercado de consumo.

Em trabalho de análise do sistema carcerário norte-americano, Wacquant demonstra que a coerção estatal é voltada contra aquelas pessoas que são consideradas sem serventia ou aqueles que se rebelam ou não se ajustam à ordem econômica e etno-racial. Em razão da influência internacional dos Estados Unidos no mundo, este padrão passa a ser seguido por todos (2001, p. 101).

Pode-se defender, então, que a exclusão social determinada pelo "não ter" (determinada condição ou características pré-selecionadas) é o primeiro passo para que um indivíduo esteja mais próximo da seleção realizada pelo sistema penal. Quanto mais excluído e mais marginalizado o sujeito, maior sua propensão a ser escolhido para o sistema penitenciário.

É importante salientar que não se refere aqui a uma maior tendência desses indivíduos à delinquência, mas sim a uma maior disposição de seleção.

Além disso, muitos são os efeitos sociais ou as funções da pena. Dentre elas, podem-se destacar algumas:

A que se somam os efeitos do encarceramento sobre as populações e os lugares mais diretamente colocados sob tutela penal: estigmatização, interrupção das estratégias escolares, matrimoniais e profissionais, desestabilização das famílias, supressão das redes sociais, enraizamento, nos bairros deserdados onde a prisão se banaliza, de uma "cultura de resistência", até mesmo de desafio, à autoridade, e todo o cortejo das patologias, dos sofrimentos e das violências (inter)pessoais comumente associadas à passagem pela instituição carcerária (WACQUANT, 2001, p. 143).

Deseja-se suscitar nos delinquentes a vontade da realização do "bom comportamento" e "bom convívio em sociedade", pautando-se na expectativa de que cumpram as regras morais e normas jurídicas estabelecidas. Contudo, interessante observar que a sociedade realiza esse desejo segregando os indivíduos que cometem crimes em presídios, isolando-os da comunidade e apartando-os da realidade em que viviam e a qual pertenciam.

Wacquant (2001, p. 80) defende que o enfraquecimento do Estado Social equivale a um aumento exacerbado do Estado Penal, pois a diminuição ou extinção da promoção social realizada pelo Estado gera, correspondentemente, maior atuação do direito penal, trazendo cinco direções tomadas pelos Estados Unidos desde os anos 60, quando se mudaram os rumos do estado-providência.

As cinco tendências apontadas são: a) aumento excessivo da população carcerária; b) extensão das modalidades punitivas – *probation*, *parole* e privativa de liberdade; c) crescimento do setor penitenciário diante da Administração Pública; d) expansão e desenvolvimento das penitenciárias privadas; e) predominância de negros no sistema carcerário (WACQUANT; 2001, p. 80-95).

Destarte, visível que o processo de exclusão de grupos marginalizados, cada vez maior em razão de um enxugamento do "estado de bem-estar social", tem consequências diretas na seletividade do público-alvo das normas jurídicas penais criminalizantes e das políticas públicas criminais.

A maior prova disso são os dados estatísticos apresentados, nos quais conseguimos visualizar que mais da metade dos indivíduos (67%) são de raça negra, ou seja, tem a cor de pele preta ou parda. Além disso, a maioria dos presos (53%) tampouco completou o ciclo fundamental de educação.

Em seus estudos, Wacquant (2001, p. 94-95) calcula a probabilidade de homens negros, hispânicos e brancos serem aprisionados nos Estados Unidos. O método prevê a possibilidade de um homem ser preso pelo menos uma vez na vida, dividindo-os em categorias étnicas. Os negros têm uma chance sobre quatro, os latinos uma sobre seis e, por fim, os brancos, uma sobre vinte e três. O autor conclui que a desproporção entre brancos e negros não é resultado de uma predisposição dos negros ao cometimento de crimes, mas sim do "caráter fundamentalmente discriminatório das práticas policiais e judiciais implementadas no âmbito da política 'lei e ordem' das duas últimas décadas".

Nesta seara, esclarece brilhantemente Zaffaroni:

Outra função importante em nível nacional, embora com certa cooperação transnacional, é a fabricação dos "estereótipos do criminoso". O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência do colarinho branco, dourada, de trânsito etc.). (...) nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são propostos (ZAFFARONI, 2001, p. 130).

A população carcerária é visivelmente formada por grupos desfavorecidos e que tiveram seus direitos tolhidos ao longo de sua vida, mas o ápice desta privação é o Direito Penal, que lhes segrega por completo da sociedade, estigmatizando-os.

Após a passagem de uma pessoa pelo sistema penal, principalmente havendo privação de liberdade, independentemente de haver condenação final ou não, os indivíduos ficam marcados. Neste mesmo sentido, explica Zaffaroni:

Cabe registrar que a carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundir fotografias e adiantar-se às sentenças com qualificações como "vagabundos", "chacais" etc. (ZAFFARONI, 2001, p. 134).

Todavia, para aqueles que foram condenados à pena privativa de liberdade, após o seu cumprimento experimentam extrema dificuldade em acesso ao trabalho formal, em virtude de lhe ter sido taxada uma nova característica: "ex-

-presidiário". O mecanismo rotulatório se inicia com os órgãos institucionais e é fortalecido pela sociedade civil por meio da distinção entre os "honestos" e "desonestos" e isolamento destes. Privando-se as pessoas egressas de auxílio para a reintegração social, voltam os sujeitos à delinquência e, novamente, ao cárcere. (MADRID; PRADO, 2014, p. 112-113).

Ainda nesta direção, há, para além da estigmatização, um empobrecimento e deterioração dos condenados e seus familiares, em todos os sentidos, uma vez que as penitenciárias não se apresentam como modelo de recuperação ou reinserção social:

A prisão não pode senão empobrecer aqueles que lhe são confiados e seus próximos, despojando-os um pouco mais dos magros recursos de que dispões quando nela ingressam, obliterando sob a etiqueta infamante de 'penitenciário' (...). A entrada na prisão é tipicamente acompanhada pela perda do trabalho e da moradia, bem como da supressão parcial ou total das ajudas e benefícios sociais. Esse empobrecimento material súbito não deixa de afetar a família do detento e, reciprocamente, de afrouxar os vínculos e fragilizar as relações afetivas com os próximos (separação da companheira ou esposa, 'colocação' das crianças, distanciamento dos amigos etc.). (...) a saída marca um novo empobrecimento, pelas despesas que ocasiona (deslocamentos, vestuário, presentes aos próximos, sede de consumo etc.) e porque revela brutalmente a miséria que o encarceramento havia temporariamente colocado entre parênteses (WACQUANT, 2001, p. 143-144).

Como visto, a prisão é geradora de pobreza e miséria. Todavia, seus efeitos não se findam nas pessoas recolhidas intramuros, mas se estendem aos seus familiares e aos bairros em que se instalam. Reproduz, assim, as desigualdades sociais já existentes, garantindo que os pobres que são aprisionados continuem a ser pobres por muito tempo, ressalvado qualquer imprevisto. Dessa maneira, o sistema se nutre de seu próprio "fracasso programado", gerando um ciclo vicioso (WACQUANT, 2001, p. 145).

Mas esse empobrecimento e prejudicialidade da prisão não são acidentais, uma vez que funcionam como uma máquina, que gera "uma patologia cuja principal característica é a regressão", pois é evidente que, ao ser presa, a pessoa é proibida de realizar todas as atividades que fazia cotidianamente ou esporadicamente, não sendo compatível tal privação com uma vida adulta, bem como lhe é ferida a autoestima de todas as maneiras concebíveis, somando-se a tudo isso a conjuntura atual das prisões: superlotação, péssima alimentação, ausência de salubridade e assistência sanitária. O efeito da prisão sobre os encarcerados se designa prisionização e envolve o prisioneiro numa "cultura de cadeia" (ZAFFARONI, 2001, p. 135-136 – grifo nosso).

Nesse momento torna-se possível repensar uma das bases da finalidade oficial da pena, que é o discurso ideológico do "tratamento ressocializador". Entretanto, essa ideologia se equivoca ao partir de uma sociedade excepcional, presumindo que todos os cidadãos já se encontram socializados, com acesso a padrões mínimos de dignidade, tratando aqueles que cometem crimes como um caso eventual e individual, impedindo que o Estado e a sociedade sejam responsabilizados como um todo (JÚNIOR, 2011, p. 114, *apud* MEROLLI, 2010, p. 74).

Neste mesmo sentido, aponta Baratta:

Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão (BARATTA, 2002, p. 186).

Ademais, o direito penal apresenta estreita relação com o mercado de trabalho, uma vez que auxilia diretamente no regramento dos extratos inferiores da população, com duplo efeito: condensar a força de trabalho ociosa (desempregados) e ampliar as vagas de emprego no setor de bens e serviços penitenciários (WACQUANT, 2001, p. 96-97).

A prática deste exercício pode levar a um "embelezamento" em curto espaço de tempo, porém, em longo prazo pode até mesmo piorar a situação empregatícia, uma vez que a prisão gera pessoas que são quase que "inempregáveis". Dessa maneira, cria-se e expande-se o trabalho informal, "produzindo incessantemente um grande contingente de mão-de-obra submissa disponível: os antigos detentos não podem pretender senão os empregos degradados e degradantes, em razão de seu *status* judicial infamante" (WACQUANT, 2001, p. 97).

Apesar de se saber da relação íntima entre a degradação do mercado de trabalho e a correlação com o crescimento populacional penitenciário, nada se comprovou no tocante à existência de conexão entre taxa de criminalidade e a taxa de aprisionamento (JÚNIOR, 2011, p. 110). Ou seja, é possível evidenciar, pelo que foi exposto até o presente momento, que as altas e baixas do mercado têm elo com o crescimento ou diminuição da população carcerária, contudo, contrariamente ao que se apregoa, os altos índices de encarceramento não influenciam na baixa dos índices de criminalidade, ao quais mantêm-se estáveis ou, até mesmo, aumentam.

Além disso, há uma problemática que afeta a vida cotidiana de toda uma sociedade, mas não é tão perceptível quanto todos estes efeitos elencados anteriormente. Zaffaroni suscita que o sistema penal através de suas instituições "exerce seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou 'diferentes') mais incômodos ou significativos" (2001, p. 23-24).

Dessa maneira, a sociedade, centrada no militarismo e verticalismo, interioriza em seus cidadãos a própria estrutura repressiva, programando este corpo social "a uma vigilância interiorizada da autoridade", constituído por um sistema violento e reprodutor de violência que se utiliza de uma disciplina militar para estabelecer o que entende por ordem (ZAFFARONI, 2001, p. 24, grifo nosso).

Entretanto, esta violência incide, comumente, sobre os grupos e espaços mais vulneráveis da sociedade. Assim, conclui Zaffaroni que, diante de tanta violência do sistema penal, percebe-se que estamos perante um genocídio, ficando isso muito límpido em determinados países, quando este assume um caráter étnico, para "a extinção do índio ou o nítido predomínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos" (2001, p. 125).

No mesmo sentido, escreve Amaral:

O sistema penal não alivia os sofrimentos, senão, quando muito, os substitui por ressentimento, recalque ou outro mecanismo que não tardará a ser canalizado na produção de maior dor. Ele manipula as dores, viabilizando a legitimação do exercício ainda mais violento, incentivando os mais perversos sentimentos de vingança. Eis o seu escândalo, o qual nunca cessa de encarnar (AMARAL, 2013, p. 504).

Chega-se, então, à segunda linha de exposição das funções da pena, em que se evidenciarão suas ligações com a classe dominante, de forma a explicitar como a punição, principalmente a privativa de liberdade, tem consequências benéficas para este segmento da sociedade.

Calcula-se que, em média, a cada R$ 10,00 produzidos no Brasil, R$ 1,00 seja gasto com a criminalidade, sendo que, em 2006, o Banco Interamericano apontou que o Brasil despende aproximadamente R$ 200 bilhões de reais com a criminalidade, equivalente a 10% do PIB) (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, p. 49-50).

Dados provenientes do Ministério da Justiça indicam que a população brasileira tem 60% dos seus gastos voltados à segurança, pessoal e/ou privada, o que corresponde a R$ 6 bilhões por ano, existindo cerca de 400 mil seguranças

particulares. Já as empresas despendem R$ 3,8 bilhões para prevenção de roubo de cargas e os bancos, R$ 1,5 bilhão em vigilância particular e equipamentos eletrônicos. O comércio também tem altas taxas de gastos para prevenir a criminalidade, sendo que em 2006, no Rio de Janeiro, os comerciantes gastaram aproximadamente R$ 2,8 bilhões em segurança (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, p. 49-50).

Em razão desses gastos, deixa-se de investir, anualmente, em produção de serviços e bens, o montante aproximado de R$ 600 milhões (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, p. 49-50).

Ademais, o patrimônio do FNSP (Fundo Nacional de Segurança Pública) tem uma média, nos anos de 2000 a 2007, entre despesas e investimentos, de um montante de R$ 407.176.841,00 despendidos em função da criminalidade (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, p. 334).

Outro programa do governo, o Pronasci (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), tinha como meta o investimento até 2012, por parte do governo federal, do montante de aproximadamente R$ 6,7 bilhões, com a finalidade de valorizar os profissionais de segurança pública, reestruturar o sistema penitenciário, combater a corrupção policial e envolver a população nas ações preventivas. O programa foi implantado nas onze metrópoles brasileiras mais violentas, conforme pesquisa do Ministério da Justiça, sendo elas: Belém (PA), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Curitiba (PR), Maceió (AL), Porto Alegre (RN), Recife (PE), Rio de Janeiro (RJ), Salvador (BA), São Paulo (SP) e Vitória (ES) (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, p. 342).

Para o sistema penitenciário brasileiro há um custo, em média, para produzir uma vaga, de R$ 22.261,91, sendo que o preso custa, em média, nas unidades da federação, cerca de R$ 1.031,92 mensais. O Estado do Amapá é o que mantém o menor custo mensal por preso, no valor de R$ 500,00, e Minas Gerais é o que tem o maior custo mensal por preso, correspondente a R$ 1.700,00. Dentre os países da América do Sul, o Brasil é o que mais gasta com os presos, tendo uma média de U$ 670,00, enquanto o segundo lugar fica com a Costa Rica, de forma que a disparidade é imensa, pois a média lá é de U$ 299 dólares por preso (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, p. 366-370).

O Estado de São Paulo, especificamente, gastou no ano de 2007, entre recursos estaduais próprios e recursos federais, o montante de R$ 175.947.121,28 para a manutenção de seu sistema penitenciário.

É notório, portanto, que o crime é uma grande alavanca para a movimentação financeira do capital. O crime, por si mesmo, não permite que o capital se assente, garantindo sua movimentação, bem como gera, para além de si próprio, a mobilização estatal e civil para sua prevenção e repressão, de forma a garantir uma plêiade de empregos e giro de capital nos mais diversos ramos.

Wacquant reforça tal ideia quando, tratando especificamente da implementação das penitenciárias privadas nos Estados Unidos, explicita que:

A implementação das penitenciárias se afirmou como um poderoso instrumento de desenvolvimento econômico e de fomento do território. As populações das zonas rurais decadentes, em particular, não poupam esforços para atraí-las (...). As prisões não utilizam produtos químicos, não fazem barulho, não expelem poluentes na atmosfera e não despedem seus funcionários durante as recessões. Muito pelo contrário, trazem consigo empregos estáveis, comércios permanentes e entradas regulares de impostos. A indústria de carceragem é um empreendimento próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encerramento dos pobres nos Estados Unidos (WACQUANT, 2001, p. 93).

Apesar de o autor referir-se, especificamente, às penitenciárias dos Estados Unidos, não se vê muita distinção com outros países, especialmente os emergentes, como, no caso, o Brasil, uma vez que se utilizou aqui o mesmo modelo criminal estadunidense de encarceramento.

Em geral, há muitos empregos que são mantidos diretamente em razão do crime, como, por exemplo, as carreiras de advogados, magistrados, defensores públicos, promotores, policiais, delegados e agentes de segurança. Porém, o fluxo de capital não se dá somente nos institutos judiciais, carcerários e policiais, que são institutos estatais próprios para a prevenção e repressão dos delitos. Há um conjunto de funções mantidas indiretamente pela criminalidade, como, por exemplo, a indústria alimentícia[9] e a construção civil, mas ainda há outros, como enfermeiros, psicólogos, dentistas, professores, pedagogos, assistentes sociais, médicos, entre outros (Infopen, 2014, p. 75).

Desta forma, necessário refletir se existe uma real nocividade do crime para o sistema de produção capitalista, uma vez que em nossa sociedade há uma ca-

9. Na maioria dos estabelecimentos prisionais a alimentação é terceirizada, chegando a ser um dos itens mais caros do sistema carcerário, sendo que é pago por dia, em média, R$ 10,00 por preso referente à alimentação (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, p. 365).

deia econômica dirigida pela classe dominante ligada direta ou indiretamente à delinquência, de forma que o sistema não consegue se vislumbrar sem.

Refletindo-se sobre tais assertivas à luz da legalidade em um Estado Democrático de Direito comprometido com os Direitos Humanos, inaceitável a utilização da punição da transgressão como método impulsionador da economia que, a propósito, visa ao favorecimento de muitos poucos em detrimento da maioria.

4. A REAL FINALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO

Diante de todas as funções (consequências sociais geradas, de fato, pela sanção), passa-se a refletir sobre qual a real finalidade (consequências sociais buscadas pela norma) do sistema penal. Afinal, o sistema prisional serve para quê e a quem?

Indubitavelmente, após a apresentação de todos os dados da realidade carcerária brasileira e das teorias formuladas sobre a temática, não há que se duvidar que o sistema penal seja voltado à realização da vontade de determinada classe específica da sociedade: a classe dominante.

Em seus estudos, Wacquant (2001, p. 86) conclui que a partir da década de 70, nos Estados Unidos, onde seu estudo é realizado, fica claro que o objetivo da pena não é prevenir o crime ou tratar do criminoso para reintroduzi-lo na sociedade depois de cumprida a sanção, mas sim de "isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos (...), que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de 'detritos sociais' que com trabalho social".

Dentro de uma sociedade democrática, utiliza-se da política,[10] no sentido de apresentar e realizar programas e projetos, para demonstrar os desejos pessoais

10. Política pode ser entendida de diversas maneiras, porém há três significados centrais que estão interconectados: A) *Governo*: liderança e administração do poder público estatal por meio de programas e projetos de uma parcela específica da sociedade – governantes – para aplicação ao todo – sociedade. B) *Especialistas ou Profissionais*: neste sentido, política apresenta-se como atividade realizada por administradores ou políticos. C) *Conduta duvidosa*: sentido mais presente para o senso comum, entendimento de práticas ocultas daqueles que estão no poder para extraírem benefícios próprios e lesar o restante da sociedade (CHAUÍ, 2002, 368-369).

e coletivos daqueles que os propõem. Em relação ao Sistema Penal isso não se dá de forma diferente.

O Direito Penal utiliza-se de alguns mitos para manter e reproduzir as relações sociais capitalistas, como, por exemplo, a igualdade de todos perante a lei e a proteção dos interesses gerais da sociedade. Defende-se que as pessoas são iguais perante a lei, todavia, a aplicação das penalidades nos casos concretos é diferenciada, como, por exemplo, o tratamento de jovens de classe média e alta como usuários de drogas que necessitam de atendimento médico e o tratamento de jovens pobres como traficantes que necessitam ser presos, de forma que "essa igualdade formal encobre a desigualdade substancial existente entre proletários – obrigados a vender sua força de trabalho para sobreviver a partir da expropriação dos meios de vida por parte dos capitalistas – e burgueses" (KILLDUFF, 2010, p. 245-246).

A igualdade dentro do Sistema Penal é inexistente, uma vez que impossível a distribuição igualitária de suas penalidades para aqueles que cometem as condutas previstas como criminosas, atuando de maneira seletiva e alvejando coibir determinados grupos sociais (BATISTA, 1990, p. 25-26).

O outro mito trata-se de discurso utilizado pelo Direito Penal de proteção dos interesses de toda a sociedade, quando, todavia, defende interesses específicos dos grandes proprietários do capital (KILLDUFF, 2010, p. 245-246).

Neste mesmo sentido, escreve Batista:

A ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, transvestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem (BATISTA, 1990, p. 112).

Desta maneira, a classe que está no poder (dominante) defende os próprios interesses, não correspondendo, necessariamente, aos anseios da sociedade ou de proteção dos bens jurídicos de maior relevância, sendo que o que se protege são os bens jurídicos que possibilitam a manutenção do poder político e econômico. A produção legislativa se faz, assim, paradoxal: existe a igualdade formal, de maneira abstrata e, em contrapartida, o legislador seleciona a aplicação da lei penal mais coercitivamente conforme a escala social e econômica (JÚNIOR; MENDES, 2009, p. 25-28).

Inevitavelmente, em uma sociedade que se divide em classes, o Direito Penal defenderá os valores que a classe dominante escolher, mesmo que aparentem ser interesses universais, de maneira a contribuir para a manutenção das

relações sociais existentes, sendo estas as finalidades ocultas do Sistema Penal (BATISTA, 1990, p. 116).

Sobre a seletividade penal, nos ensina Zaffaroni et al:

O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. (...) Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (...) (ZAFFARONI et al, 2003, p. 43).

A primeira filtragem ocorre, então, dentro das casas legislativas. No Brasil, especificamente, a União tem competência privativa para legislar sobre a matéria penal.[11] Além do mais, quando há uma expansão da legislação penal, aumenta-se também o arbítrio dos órgãos da segunda filtragem, pois lhes é concedido maior poder de controle (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

A seleção primária ocorre com a escolha de normas, de acordo com determinados valores, e que são condutas características das demais classes que não aquela que produz a norma. O principal valor para a classe dominante é o patrimonial, de maneira que tal elemento é preservado em diversas passagens do Código Penal. Todavia, ao inserir o patrimônio como bem a ser protegido, resguarda-se o direito daqueles que são proprietários e, logicamente, excluem-se os sem propriedade das relações sociais, determinando-lhes sanções caso se apropriem daquilo que "não é seu".

Nesta mesma linha, escreve Baratta:

No que se refere ao direito penal abstrato (isto é, à criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os "não conteúdos" da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predomi-

11. BRASIL, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm], art. 22, I.

nantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados (BARATTA, 2002, p. 176).

Em relação aos processos de criminalização secundários, existe uma desigualdade enorme entre as condutas previstas como crimes e a quantidade de fato que as agências repressoras do Sistema Penal têm ciência, conhecida tal desproporção pelo nome de cifra negra (ZAFFARONI et al, 2003, p. 44).

Fundamental a percepção de tal disparidade, que evidencia que os institutos secundários de repressão (Policial, Judiciário e Penitenciário) não têm "capacidade operacional" para alocar todos aqueles que transgridem as normas penais. Esta capacidade operacional limitada faz com que estas agências não recorram a outro método que não o da seletividade, decidindo quem deverá ser tido como criminalizado e quem deverá ser tido como vitimizado, uma vez que a seletividade não atua apenas sobre os criminalizados (ZAFFARONI et al, 2003, p. 44).

Neste sentido, Zaffaroni complementa asseverando que:

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população (ZAFFARONI, 2001, p. 26).

Tendo em vista que existia a possibilidade de ter toda uma população criminalizada, às vezes até reiteradamente, o sistema penal monta-se de forma estrutural para que a legalidade processual não ocorra e, em vez disso, que se possa exercer a discricionariedade na seleção dos criminosos, atingindo os grupos mais vulneráveis (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Conforme os dados visualizados, a seletividade brasileira se dá de forma sociorracial, de maneira que o Estado se utiliza dos mecanismos do Sistema Penal para controlar as pessoas que entende como pobres, grupos que ameaçam o sistema ou pessoas que são pertencentes a grupos que não fazem parte da classe dominante ou dos padrões dominantes (MORAIS; WERMUTH, 2013 – p. 8), como, por exemplo, as negras e pardas.

Wacquant escreve, no mesmo sentido, afirmando não ser a seletividade sociorracial um problema apenas brasileiro: "Os 'clientes naturais' das prisões europeias são, atualmente, mais do que em qualquer outro período do século, as parcelas precarizadas da classe operária e, muito especialmente, os jovens oriundos das famílias populares de ascendência africana" (2001, p. 107).

Em raciocínio similar, escreve Baratta:

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la (BARATTA, 2002, p. 176-177).

Como o próprio nome indica, a seletividade escolhe determinadas pessoas ou grupos sociais, de maneira que, de forma oposta, imuniza outros segmentos. Os crimes de poluição ambiental, econômicos e os chamados de "White Collor Crime" (crimes de colarinho branco) são crimes de poder e em relação aos agentes que os praticam há certa ineficiência no Sistema Penal ou, quando este atua, age de forma a aniquilar competidores políticos e/ou econômicos, ou seja, os menos poderosos. Os poderosos só se tornam vulneráveis quando se chocam com um poder maior, de maneira que este poder maior retira-lhe o manto da invulnerabilidade (ZAFFARONI, 2001, p. 108).

A seletividade penal, tanto primária quanto secundária, não é propriamente uma finalidade da pena. Todavia, é o meio utilizado para conseguir atingir as finalidades, sendo que as mais explícitas são a manutenção do *status quo* dominante e o exercício do controle social.

O Sistema de Produção Capitalista é, por excelência, um sistema que necessita da desigualdade social como seu sustentáculo, pois proporciona a exploração do trabalho com o objetivo de gerar lucros. Esta exploração só pode ocorrer se houver pessoas que não detêm nada além da própria força de trabalho para alienar. Logo, o Sistema Penal, composto de legislação penal criminalizadora da massa social vulnerável, constituída a partir da política, e os institutos repressivos – policiais, judiciários e penitenciários –, trabalha com a finalidade oculta, na maior parte das vezes, de manter o sistema econômico baseado na exploração, fazendo a delimitação exata das classes sociais, até onde pode ir e quais seus papéis na sociedade, ou seja, mantém o *status quo* da classe dominante – aquela detentora de poder, político e/ou econômico –, para que possam continuar a acumular capital e manter seus benefícios.

Sandoval Huertas divide, ainda, as finalidades ocultas do Sistema Penal em três diferentes níveis: a) psicossocial: neste nível a finalidade é punitiva e tem uma cobertura ideológica; b) econômico-social: neste nível a finalidade é o controle do mercado de trabalho, além do reforço protetivo à propriedade privada e a reprodução cíclica da criminalidade; c) político: neste nível a finalidade é a manutenção do *status quo* da classe dominante, com a realização do

controle das classes dominadas e opositores políticos (BATISTA, 1990, p. 113-114 *apud* SANDOVAL HUERTAS, 1981, p. 41).

Não há outros autores que trabalhem tão especificamente com as finalidades ocultas do Sistema Penal, elencando de forma tão detalhada e dividida essas finalidades. Todavia, os estudos de muitos outros apontam para uma ou algumas das finalidades apontadas por Sandoval Huertas.

Notório que há muitos trabalhos no sentido em que o autor denomina de nível político das finalidades. Contudo, esta não é a única finalidade, apesar de nos parecer a mais importante.

Os presídios são parte de uma tecnologia repressiva, uma vez que transformam os detentos em sujeitos totalmente dependentes desta mesma máquina que os domina, mas também são um meio ideológico, pois infundem que a subordinação ao trabalho é a única maneira de livrar dessa situação de encarceramento. Cria-se assim, um paradoxo (GIORGI, 2006, p. 46).

Dessa maneira, vislumbra-se que existe um fim ideológico da pena, principalmente da pena privativa de liberdade. Atrela-se à criminalidade a ausência de emprego, chamando-se pejorativamente de "vagabundos" aqueles desempregados ou os que não conseguem trabalho formal, sendo alvos fáceis ao Sistema Penal. Por conseguinte lógico, constrói-se o ideário de que aqueles que trabalham são pessoas não propensas à criminalidade e que é esta situação que afasta as pessoas do crime, utilizando-se, muitas vezes, no senso comum da população, a expressão "cidadão de bem" vinculada à "pessoa trabalhadora".

A vinculação do crime com a ausência de emprego é tão grande que:

Não ter emprego não apenas aumenta praticamente em toda parte a probabilidade de ser colocado em prisão preventiva, e por prazos mais longos. Mais ainda, para um mesmo tipo de infração, um condenado sem trabalho é posto atrás das grades com mais frequência do que punido com uma pena com sursis ou um fiança (WACQUANT, 2001, p. 107).

Em seus estudos criminológicos, Wacquant pesquisa a situação prisional e a política criminal dos Estados Unidos que desembocou no crescimento exacerbado da população encarcerada do país. Explica que determinado grupo de pessoas, de ideologia econômica liberal, aderiu ao discurso de "menos Estado" no que concerne às questões trabalhistas e privilégios do capital e começou a difundir a ideia de "mais Estado" no tocante à questão penal, com o objetivo de encobrir os efeitos sociais danosos causados. O Manhattan Institute, ao incorporar tal ideologia para si, difunde a "teoria da janela quebrada" (*broken window theory*), criada por James Q. Wilson e George Kelling em 1982. A teoria, no dito popular, ficou conhecida por meio da expressão "quem rouba um ovo,

rouba um boi", ou seja, defendem que aqueles que cometem pequenos delitos podem cometer grandes crimes. Neste passo, a teoria prega um grande grau de repressão aos pequenos delitos frequentes, de maneira a deixar explícita à população a reprovação por parte do Estado. Outro instituto, chamado Heritage Foundation, aliado ao Manhattan Institute, promove também a divulgação da vinculação entre criminalidade e pobreza, de forma que "em suma, o subproletariado que suja e ameaça. É nele que se centra prioritariamente a política de "tolerância zero"[12] "visando restabelecer a 'qualidade de vida' dos nova-iorquinos que, ao contrário, sabem se comportar em público" (WACQUANT, 2001, p. 21-26).

Mais uma vez nota-se que ideologicamente se atrela o crime a determinada circunstância ou grupo social. Com uma ideologia econômica liberal e um conservadorismo político, foi "importada" a todo o mundo a política criminal adotada pelos Estados Unidos, idealizando-se a prisão como solução para os problemas enfrentados pelos países. O Brasil, não diferentemente dos países europeus, ainda que tardiamente em relação a estes, aderiu à política de tolerância zero.

Exemplo nítido de tal política criminal é a proposta de EC 171/1993 que pretende alterar a maioridade penal do Brasil de 18 para 16 anos em casos de crimes hediondos, como estupro e latrocínio. Apesar da ampla resistência de determinados setores da população, como entidades engajadas na proteção aos direitos humanos, a proposta foi aprovada em primeiro e segundo turno na Câmara dos Deputados, sendo remetido o projeto ao Senado (PIOVESAN; SIQUEIRA, 2015).

Mas este não é o único. Outro exemplo da política da tolerância zero adotada no Brasil e que demonstra a arbitrariedade da polícia e do judiciário em total descompasso com a atualidade: Rafael Braga Vieira, morador de rua, foi preso em 20 de junho de 2013, no auge das manifestações de ruas ocorridas no país, por portar consigo um frasco de desinfetante "Pinho Sol" e outro de água sanitária, sendo condenado em primeira instância a cinco anos e dez meses de prisão por "porte de aparato incendiário ou explosivo", entendendo o Ministério Público que tais produtos seriam utilizados na confecção de um "coquetel molotov", mesmo que o laudo do esquadrão antibombas atestasse ser ínfima

12. Política da "Tolerância Zero" é como ficou conhecida, nos Estados Unidos, a reorganização da estrutura do aparato repressivo policial em virtude das "pesquisas e estudos" da teoria das janelas quebradas.

tal possibilidade. Em segunda instância o réu conseguiu apenas a diminuição de pena para quatro anos e oito meses de prisão (Carta Capital, 2014).

A política da tolerância zero alastrou-se pelo mundo, como uma forma clara de encobrir as problemáticas sociais que o Estado se furta em resolver. O que esperar de Estados cada vez mais enxutos em relação ao atendimento das necessidades da população, cedendo os seus serviços essenciais à esfera privada e atendendo ao interesse da classe político-econômica dominante? Espera-se um Estado altamente atuante na esfera penal para conter aqueles que não podem, pela própria estrutura lógica do sistema, adaptar-se às relações sociais privadas ou aqueles que esta mesma classe dominante exclui por serem "diferentes" e não se adequarem à "normalidade" da classe burguesa dominante. Desta forma, vê-se, principalmente em países com *déficit* social, um Sistema Penal muito ativo, realizando ao extremo a política da tolerância zero, coibindo desproporcionalmente todos os pequenos delitos com o objetivo ilusório e farsante de eliminar a criminalidade.

Ainda quanto à questão da política de penalização máxima, Kircheimer e Rusche tratam de maneira esclarecedora:

A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrindo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral. (...) a questão de uma revisão fundamental na política penal parece estar hoje mais longe do que nunca, por causa de sua dependência funcional a uma dada ordem social (KIRCHEIMER; RUSCHE, 2004, p. 282).

A difusão das ideologias se dá, principalmente e quase que em sua totalidade, através dos meios de comunicação de massa, como televisão, rádio e jornais. A mídia, entendida como conjunto de meios de comunicação de massa, está relacionada, diretamente, à construção do pensamento das pessoas, de forma geral. Trabalha-se muito a esfera criminal com a população, todavia, este trabalho é realizado de forma rasa, sem aprofundamento das questões, tomando sempre um posicionamento, mesmo que não explícito.

Mostra-se muito hoje, sempre em primeiro plano, as vítimas em seus momentos mais frágeis, em que se extraem delas sua dor, sua humilhação e/ou sua perda, tornando-as praticamente mártires. Trata-se, antes de tudo, de uma estratégia, como uma isca. Logo está criado o campo fértil para o aparecimento de "vingadores". Tratar-se-á prontamente de "diabolizar" o criminoso, tornando-o a figura de todo o mal que deve ser combatido. Desta forma, "a paixão

por punir, alimentada pelo populismo penal, é imposta, sobretudo, pelo afeto. Quebra-se qualquer olhar compreensível quanto ao acusado, na medida em que a indignação coletiva relega este olhar ao mal personificado" (AMARAL, 2013, p. 506-507).

Para se perceber como estão imbricados o autoritarismo e a arbitrariedade do poder policial (agências não judiciais) e da mídia, quando há mitigação daquele poder, seja por uma reforma legislativa, seja em razão de um entendimento jurisprudencial, a mídia prontamente presta-se ao papel de difusora da ideologia de "lei e ordem",[13] com o objetivo de infligir temor na população, provocando uma incitação de movimentos populares para pressionar agências políticas ou judiciárias a retornar ao *status quo* ante (estado anterior das coisas) ou endurecer as penalidades que foram atenuadas (ZAFFARONI, 2001, p. 126).

A mídia, em especial a televisão, é indispensável, atualmente, para a operação de todo o poder do Sistema Penal, pois sem isso a sociedade perceberia, através do contato direto com a realidade social, o embuste dos discursos oficiais justificadores da pena, tornando-se impossível o induzimento do medo para manipulação da população em favor das agências do Sistema Penal. Desse modo, tem-se que "os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais, em qualquer de seus níveis (...)" (ZAFARRONI, 2001, p. 127-128).

Como salientado, o papel midiático é de extrema importância para o funcionamento do Sistema Penal na atualidade, devido ao seu desenvolvimento e complexidade. Desta forma, apresentou-se mais uma das finalidades do Sistema Penal, que, além de desejar a manutenção do seu *status quo* e fazer o controle social da pobreza e dos indesejáveis, estimula a punição para criar ideologias difundidas por toda a população, como delimitar os espaços das classes sociais, com punições maiores a pessoas que estão desempregadas, transmitindo a clara ideia de que se você não é um rico detentor de meios de produção, você deve trabalhar para não "virar" criminoso. Além do mais, cria-se uma simpatia da população pelo Sistema Penal e por punições severas e desproporcionais através do medo incutido pelos meios de comunicação de massa, transformando o criminoso na personificação de todo o mal que deve ser contido.

13. O movimento de "lei e ordem" (Law and Order), como ficou popularmente conhecido, guarda total relação com a teoria das janelas quebradas, pois é um movimento que prega a maior atuação policial a fim de coibir todo e qualquer desvio. Pode ser tratado como sinônimo da política de "tolerância zero".

Por fim, chega-se ao último ponto e o mais incerto. Raríssimos são os autores que discutem a finalidade do Sistema Penal de controlar o mercado de trabalho. Entretanto, todas as finalidades se inter-relacionam, uma vez que uma necessita da outra para haver harmonia entre elas e manter o sistema de produção capitalista operante com a classe político-econômica dominante.

Zaffaroni (2001, p. 57) entende que atrelar pena e mercado de trabalho de forma direta é uma visão simplista de toda a questão prisional. Neste ponto, discordamos do autor e seguimos o entendimento de que simplista seria tratar as finalidades do Sistema Penal somente sob este viés. Porém, não há como negar a existência de relação direta entre pena e mercado de trabalho, mesmo que para enxergar isso se deva utilizar de uma lógica mais aprofundada.

Conforme trabalhado no subitem anterior, Wacquant (2001, p. 96-97) demonstra a existência de algumas funções da pena vinculadas de maneira direta com o mercado de trabalho, especialmente no que concerne ao controle da mão de obra excedente, retirando das pessoas o *status* de desempregadas e transformando-as em *prisioneiras*, bem como gera outros empregos no setor carcerário.

Deparamo-nos com outra falácia da classe burguesa: o pleno emprego. Há grande difusão de que as pessoas podem ter o emprego que quiser, pois o mercado está aberto e tem vaga para todos os que se esforçam. Contudo, isso não é o que se vê na realidade, uma vez que o desemprego existe e em altas taxas. Não há que se crer que, mesmo que todas as pessoas estivessem "preparadas e qualificadas" para os empregos ofertados no mercado de trabalho, haveria de se suprir toda a demanda.

Ademais, é de muito interesse à classe dominante que haja pessoas presas, pois ao passar pela prisão, a probabilidade do egresso se reinserir no mercado de trabalho formal é ínfima, restando a ele submeter-se a empregos informais ou degradantes e que são tidos como "inferiores" em cotejo com os demais. O setor privado, então, consegue explorar muito mais pessoas que estão etiquetadas como *ex-presidiários* (WACQUANT, 2001, p. 97).

5. CONCLUSÃO

O descortinamento da existência das funções da pena é tão brutal quanto a constatação da situação existente nas penitenciárias espalhadas pelo país. Percebeu-se que o sofrimento do delinquente não acaba com o fim do cumprimento de sua pena, mas somente s se prolonga. Isso porque a pena estigmatiza, exclui e fere a autoestima do condenado, além de interromper com suas relações sociais, familiares, matrimoniais, afetivas e profissionais. Ademais, ele

torna-se massa de manobra para articulação do mercado de trabalho, pois, se desempregado, é tratado como mão de obra ociosa e acaba sendo selecionado muito mais facilmente pelo sistema, alimentando o mercado informal e os subempregos após o cumprimento da pena, quando consegue se "reinserir", e não volta a delinquir.

Por trás dessas funções ligadas diretamente ao sentenciado, esbarra-se em outras relacionadas à classe dominante, ficando evidente que o sistema de produção capitalista e sua classe dominante (donos de meios de produção) lucram imensamente com o crime e o criminoso, além do ilícito ser um dos fatores de maior movimentação financeira no mercado, pois estimula o gasto de pessoas e empresas em recursos de segurança (tanto bens como serviços). Ademais, o crime é gerador de muitos empregos: policiais militares e civis, peritos investigativos, médicos legistas, agentes penitenciários, oficiais de justiça, juízes, promotores, defensores públicos, advogados, seguranças particulares, entre outros.

Assim, utilizando-se da desconstrução das finalidades oficiais do sistema penal brasileiro, resta claro que há finalidades ocultas, sendo que as oficiais servem apenas como aparência ilusória do sistema penal, pois este é um dos pilares de sustentação do sistema econômico capitalista.

As finalidades ocultas incluem a manutenção do *status quo* da classe dominante (principal finalidade), fazendo o controle da classe dominada e dos opositores políticos, o controle do mercado de trabalho, a proteção da propriedade privada, a geração de lucros com a criminalidade (consequentemente reproduzindo-a e não permitindo que seja extinta) e o sustento a diversas ideologias que mantêm os sistemas penal e capitalista, como, por exemplo, a meritocracia, a igualdade de todos perante a lei, principalmente penal, e a proteção dos interesses gerais da sociedade na norma penal.

Conclui-se, então, que o sistema penal é um instrumento, direcionado pela política (*lato sensu*), que perpetua por meio do Direito e de suas instituições a punição seletiva dos pobres, dos excluídos socialmente, da mão de obra excedente e dos opositores políticos. As atuais posturas políticas marcam o sistema penal brasileiro com a acentuação da verticalidade das estruturas sociais ("estratificação social"), a manutenção do *status quo* da classe dominante sobre os dominados, a criação e a conservação das desigualdades sociais (materiais), a manutenção da exclusão social inerente à lógica do sistema, a impossibilidade da valorização e respeito do ser humano e, por fim, o impedimento da existência de igualdade de oportunidades. Apesar de não se poder afirmar que a pena privativa de liberdade é exclusividade do sistema de produção capitalista, esse

a emprega com o intuito de punir as pessoas que ameaçam a sua existência e utiliza-se delas para seu maior intento: a geração e movimentação de capital.

6. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Augusto Jobim do. A vertigem da ostensão penal. In: *Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos*, s. l., v. 18, n. 3, p. 500-517, 2013. Disponível em: [http://app.vlex.com/#WW/vid/522804142/graphical_version]. Acesso em: 18 jul. 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BIANCHI, Luciano Passos. *A inefetividade da função ressocializadora da pena de prisão no sistema carcerário brasileiro.* 2012. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54465/000855624.pdf?sequence=1]. Acesso em: 07 mai. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei 7.210, de 11.07.1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, DF, 13.07.1984, Seção 1, p. 11. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938 -norma-pl.html]. Acesso em: 02 ago. 2015.

_____. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm], arts. 127 a 130-A. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*, edições Câmara 2009, 620 p., Brasília, DF. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701]. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro*, Brasília, DF, 2013. Disponível em: [www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF]. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* – Dados Consolidados 2008, Brasília, DF. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm]. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* – Junho de 2014, Brasília, DF. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 06 out. 2015.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: [www.unifra.br/professores/arquivos/25882/88499/Fundamentos%20sistema%20penal.pdf]. Acesso em: 10 mai. 2016.

CARTA CAPITAL. Rio de Janeiro: edição eletrônica, publicação 26 de agosto de 2014. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/sociedade/justica-decide-manter-prisao-de-morador-de-rua-que-carregava-pinho-sol-e-agua-sanitaria-4961.html]. Acesso em: 28 out. 2015.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GIORGI, Alessandro di. *A miséria governada através do sistema penal*. 2. reimp. Coleção Pensamento Criminológico, vol. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. In: *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHPC*. Porto Alegre. n. 2, 2008. Disponível em: [www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32318-38755-1-PB.pdf]. Acesso em: 11 mai. 2016.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

JÚNIOR, Airto Chaves. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. In: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, s. l., v. 41, n. 114, p. 77-129, 2011. Disponível em: [www.scielo.org.co/pdf/ rfdcp/v41n114/v41n114a03.pdf]. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A miséria atrás das grades: a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal. In: *Revista eletrônica Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, s. l., n. 12, ano IX, 2009. Disponível em: [http://app.vlex.com/#/vid/221140395]. Acesso em: 17 jul. 2015.

KILDUFF, Fernanda. O Controle da Pobreza Operado Através do Sistema Penal. Revista Katálysis, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 240-249, 2010. Disponível em: [http://app.vlex.com/#WW/vid/264535074/graphical_version]. Acesso em: 28 mai. 2015

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

MADRID, Fernanda de Matos Lima. *A função oculta da pena privativa de liberdade e do sistema prisional.* 2013. 155 f. In: Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2013. Disponível em: [http://uenp.edu.br/index.php/doc-proaf/doc_view/3938-fernanda-de-matos-lima-madrid]. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____; PRADO, Florestan Rodrigo do. A função ativa do cárcere no sistema penal brasileiro. In: *Revista SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 107-122, 2014. Disponível em: [www4.jfrj.jus.br/ seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/592/434]. Acesso em: 07 ago. 2015.

MORAIS, José Luís Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do welfare state e a hipertrofia do Estado penal. In: *Revista Sequência*, n. 66, Florianópolis, Julho de 2013. Disponível em: [http://app.vlex.com/#WW/vid/492571902/graphical_version]. Acesso em: 07 ago. 2015.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral.* 2008. 297 f. In: Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro* – Direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PIOVESAN, Eduardo; SIQUEIRA, Carol. Câmara Notícias – Direito e justiça. *Agência Câmara Notícias*, Brasília, 19 Agosto 2015. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-USTICA/494248-CAMARA-APROVA-EM-2-TURNO-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL--EM-CRIMES-GRAVES.html]. Acesso em: 28 out. 2015.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal.* Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1998.

SÁ, Alvino Augusto de. O caos penitenciário... seria mesmo um caos? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 203. out./2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JÚNIOR, Alceu Corrêa. *Teorias da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Trad. André Telles Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas* – a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Controle do crime no século XXI – Analisando uma nova realidade, de René Van Swaaningen – *RBCCrim* 42/103-120, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1095-1115 (DTR\2003\623);
- Crime, castigo e distopia no capitalismo global, de Laurindo Dias Minhoto – *RBCCrim* 36/410-419 (DTR\2001\615);
- Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum, de Vera Regina Pereira de Andrade – *RBCCrim* 14/276-287 (DTR\1996\135); e
- O Estado Penal no Brasil neoliberal: Reproduzindo o Holocausto, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 91/201-226 (DTR\2011\2339).

86321

Quem é o adolescente em conflito com a lei? Uma análise da criminologia de menores em uma perspectiva à luz da filosofia da libertação

Who is the delinquent adolescent? An analysis of juvenile criminology in a perspective in the light of the philosophy of liberation

Halley Jhason Medeiros Mendes

Mestrando em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. Professor de Direito Constitucional e Processo Penal. Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.
jhasonmm@hotmail.com

Cristina Grobério Pazó

Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora da disciplina Direitos Fundamentais e Gênero, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: mediação, locação, posse, propriedade, responsabilidade civil e direito de família. Desenvolve também estudos científicos interdisciplinares na interseção entre direito, gênero e sexualidade. Atua como Docente Pesquisadora no Grupo de Pesquisa: Direito, Sociedade e Cultura do PPGD/FDV. Advogada.
crispazo@uol.com.br

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Realizou Estágio de Doutoramento pela Universidade de Coimbra. Docente no curso de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica, Teoria do Direito e do Estado e Ciências Criminais, atuando principalmente nos seguintes temas: criminologia, direito penal, processo penal, direito, globalização e democracia e crise do positivismo jurídico.
thiagofabres@hotmail.com

Recebido em: 11.12.2015
Aprovado em: 28.04.2016
Última versão dos autores: 11.05.2016

Mendes, Halley Jhason Medeiros; Pazó, Cristina Grobério; Carvalho, Thiago Fabres de. Quem é o adolescente em conflito com a lei? Uma análise da criminologia de menores em uma perspectiva à luz da filosofia da libertação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 299-321, out. 2016.

ÁREA DO DIREITO: Infância e Juventude; Penal; Filosofia

RESUMO: Um dos problemas da sociedade contemporânea enfrentado pela Criminologia é a questão dos adolescentes acusados da prática de atos infracionais. Desde a Constituição de 1988 e a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a consequente adoção do paradigma da proteção integral, propõe-se um tratamento diferenciado aos menores que praticam ilícitos, mas, na prática, a aplicação das medidas socioeducativas têm se mostrado inconstitucional e antidemocrática, na medida em que desrespeita os direitos e garantias fundamentais dos adolescentes. Apesar disso, um dos temas mais discutidos hoje é a possibilidade de redução da maioridade penal, sob o argumento de reduzir a "impunidade". O problema que se propõe aqui é demonstrar a importância de "descobrir" quem é este "adolescente em conflito com a lei", reconhecer sua subjetividade através de uma metodologia dialética da alteridade. Neste ponto o papel dos atores jurídicos é de fundamental importância para, a partir da posição do "Outro", construir um mundo de novas possibilidades. Para tanto, foi realizada uma pesquisa consistente em um questionário respondido por alunos do curso de Direito no intuito de demonstrar sua relação com o tema. Os resultados desta pesquisa são analisados no presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente infrator – Ensino Jurídico – Alteridade – Reconhecimento – Medidas socioeducativas.

ABSTRACT: One of the problems of contemporary society faced by Criminology is the question of adolescents accused of committing illegal acts. Since the 1988 Constitution and the Statute of the issue of Children and Adolescents and the subsequent adoption of the paradigm of full protection, we propose a different approach to children who practice ilegal acts. It turns out that in practice, the application of educational measures have proven unconstitutional and anti-democratic to the extent that violate the rights and guarantees of adolescents. Nevertheless, one of the most discussed topics today is the possibility of reduction of criminal responsibility on the grounds of reducing the "impunity". The problem proposed here is to demonstrate the importance of "discovering" who is this "adolescents in conflict with the law", to recognize their subjectivity through a dialectical methodology of otherness. At this point the role of legal actors is of fundamental importance to, from the position of the "Other" build a world of new possibilities. To that end, it held a consistent search on a questionnaire answered by law school students in order to demonstrate its relationship with the subject. These results are analyzed in this work.

KEYWORDS: Teenage offender – Legal education – Otherness – Recognition – Educational measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A doutrina da proteção integral e as condicionantes neoliberalismo, criminologia, mídia e medo – 3. A relação do sujeito adolescente e o ato infracional – 4. Uma análise prática – 5. O discurso "de fachada" – 6. Considerações finais – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em[1] um tempo em que medo e violência se tornam palavras cotidianas dos debates sobre políticas estatais e que o adolescente – sob a alcunha estigmati-

1. Artigo produzido em decorrência dos estudos no grupo de pesquisa de Direito, Sociedade e Cultura da Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV).

zada do menor ou, ainda, menor-infrator – surge como o novo inimigo sobre o qual recai a força do sistema penal, torna-se fundamental um novo olhar – crítico e cuidadoso – sobre o tema.

Em um tempo em que a temática é ressaltada pelo discurso midiático e também em alguns círculos acadêmicos, adotando-se o modelo da crescente criminalização, do endurecimento das leis penais, da "tolerância zero", a redução da maioridade penal é apresentada como a única solução de enfrentamento da chamada "crise da criminalidade crescente" hodierna.

Neste contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, na esteira de regulamentar o art. 227 da CF, trouxe uma proposta de realinhamento das ações e serviços necessários à implementação e atendimento a esses direitos. No dizer de Alexandre Moraes da Rosa:[2]

A política de atendimento traçada pelo Estatuto, organizada de forma sistêmica, deu origem ao denominado sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente, com a pretensão e objetivo de assegurar, em última instância, o acesso universal de todas as crianças e adolescentes às políticas sociais básicas e aos serviços especiais de proteção, responsáveis pela materialização de todos os direitos elencados no art. 227 da CF, além de colocá-las a salvo da negligência, opressão, violência, exploração, discriminação e crueldade.

Considerando que o atual sistema é construído sobre o fundamento do paradigma da necessidade da proteção integral das pessoas em desenvolvimento – que reconhece na criança e no adolescente a condição de sujeitos especiais em razão da diferença – portadoras de necessidades e interesses consubstanciados pela obrigatoriedade da provisão, cabe ao estado a dupla função: a de principal provedor e a de exigidor diante dos legitimados.

Parte-se do princípio que o respeito à dignidade do humano é a própria razão de ser desse Estado, que assume a responsabilidade de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, protegendo-os de toda forma de exploração, violência, negligência e opressão.

Diante do atual estado de crise – oriundo da ambivalência de agir de acordo com o modelo proposto e agir de forma contrária ao modelo proposto – bus-

2. ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional* – Princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

ca-se a fundamentação ético-filosófica no atendimento ao adolescente autor de ato infracional, com intuito de se aperfeiçoar o sistema.

No dizer de Alexandre Morais da Rosa,[3] "a intervenção do Judiciário se dá em face de um adolescente que deve ser reconhecido como sujeito de seu próprio desejo." Continua, ainda, afirmando que tal intervenção deve possibilitar ao adolescente o reconhecimento de sua própria responsabilidade.

Nesse ínterim, interessante ressaltar a parcela de responsabilidade do profissional do Direito – e, em última instância, do ensino jurídico em nosso país, uma vez formador de tal profissional – na medida em que o Estudo do Ecriad não é fomentada. Vale trazer, mais uma vez, a palavra do mencionado professor:[4]

A mudança da Doutrina da Situação Irregular para a da Proteção Integral ainda é, na maioria dos Juizados deste imenso país, de fachada. As leis não mudam os atores jurídicos, ainda mais quando a grande maioria deles foi formada sem sequer abrir o ECA. Os cursos de Direito dedicam – e quando dedicam – uma disciplina, em regra optativa, para o estudo do Estatuto. Daí que os atores jurídicos não podem aplicar o que não conhecem. No âmbito dos tribunais a situação é ainda mais grave. A grande maioria se formou, exerceu ou ouviu falar da postura paranoica do Juiz de Menores que, a partir do seu "bom senso", escolhia o que era melhor para o adolescente, sem garantias processuais nem defensor. E a estrutura se mantém.

De se ressaltar que nossa Constituição adotou, em seu art. 1.º, III, a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Trata-se de um dos mais elevados valores que sedimentam a constituição da comunidade política, na medida em que se apresenta como elemento ontológico da sociedade.

Assim, de acordo com Thiago Fabres de Carvalho:[5]

Parece igualmente claro que a dignidade humana, tal como hoje percebida, no arcabouço jurídico-político das democracias constitucionais, não apenas representa o eixo das ficções operatórias, o qual assegura a unidade e a legitimidade da comunidade política, mas, acima de tudo, determina a condição da pluralidade. A construção da realidade social, costurada, sobretudo, na esfera

3. Op. cit, p. XXII.

4. Idem, p. XXIX.

5. CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento:* o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan. 2014, p. 37.

pública, é engendrada a partir da necessidade da manifestação das diferenças e, por conseguinte, da luta por reconhecimento.

A edificação desse sentido subjetivo e social da dignidade, possibilitada pelas experiências de reconhecimento, assume uma importância decisiva, visto que a valorização negativa de determinados indivíduos ou grupos, isto é, a produção social da invisibilidade, converte-se em gravíssimos problemas de integração social.

Desta forma, se a dignidade da pessoa humana é o fundamento ético-filosófico declarado no tratamento dispensado ao adolescente autor de ato infracional, o reconhecimento deste adolescente, o "outro" – a alteridade – se torna vital para o exercício de tal direito, fundamental ao funcionamento do nosso Estado Democrático de Direito.

Isso justifica a escolha de Enrique Dussel, filósofo da libertação, como base teórica para o estudo da alteridade. O professor Aloísio Krohling[6] ressalta que Dussel trata da dialética na esteira do múltiplo dialético, resgatando o termo marxiano de "exterioridade" e afirmando a ética do outro e da alteridade.

Por sua vez, Antonio Rufino Veira,[7] analisando a releitura que Dussel faz do pensamento marxiano, afirma que "A análise dusseliana de Marx tem por fim de mostrar que o pensamento de Marx é, sobretudo, ético".

Todo caminho percorrido em Dussel demonstra a necessidade de superação de uma ordem posta, para instauração de uma nova situação onde seja possível a inclusão dos até então excluídos. Para que essa ruptura seja possível, o *outro* desempenha papel de suma relevância, uma vez que a "libertação" somente acontecerá após o seu reconhecimento como *pessoa*.

Sobre a teoria da libertação, afirma Dussel:[8]

(...) são exatamente situações-limites que interessam à Filosofia da Libertação (as guerras, as revoluções, os processos de libertação das mulheres, das raças oprimidas, das culturas populares, bem como dessas maiorias que se encontram em situações de não direito, dessa Periferia ou mundo colonial que, por definição, se acha subjugado por uma estrutura de opressão etc.). O prin-

6. KROHLING, Aloísio. *Dialética e direitos humanos: múltiplo dialético* – Da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 87.
7. VIEIRA, Antônio Rufino. *Marxismo e libertação: estudos sobre Ernst Bloch e Enrique Dussel*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2010, p. 83.
8. DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad. Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 117.

cípio "Liberte *hic et nunc* o oprimido!", ou "Faça com que o atingido/excluído também participe!" exige a realização de um procedimento, mas não uma "aplicação" propriamente dita do transcendental empírico.

Ou, ainda, no dizer de Wolkmer:[9]

A ética da alteridade é uma antropologia da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

Não bastasse tudo o que já foi relatado, há ainda o caráter seletivo de nosso sistema penal. A criminologia crítica, nas suas mais variadas vertentes, muito já escreveu sobre esse caráter seletivo. Trata-se, portanto, de identificar a avaliar quais as possíveis razões que justificam a construção e a manutenção deste sistema.

Nessa perspectiva, o papel do profissional do Direito, desde sua formação, é de essencial relevância. Mas como este profissional enxerga essa questão? Como ele é preparado para fazê-lo? Assim, objetiva o presente trabalho analisar a questão sob a perspectiva dos estudantes de Direito ante ao fundamento ético-filosófico declarado no texto constitucional.

De outra monta, para fundamentar as críticas ao sistema prisional – mais precisamente, o sistema de apreensão, restrição da liberdade de adolescentes – pretende-se adotar os ensinamentos de Foucault e Bauman. De se ressaltar o pensamento de Foucault[10] que atribui ao cárcere a função de apropriação e adestramento do corpo do interno em um processo de docilização e apropriação de utilidade. Bauman, por sua vez, nos trará a significação do conceito de autonomia, dotada de autocrítica, e ligada à consolidação democrática, para analisarmos o papel do cárcere na construção da cidadania brasileira.

2. A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E AS CONDICIONANTES NEOLIBERALISMO, CRIMINOLOGIA, MÍDIA E MEDO

Há um nível patológico de ignorância democrática dos discursos no campo da vitimologia e da criminologia crítica. Aparentemente, os anos sob o paradigma da "Proteção Integral" alcançaram o auge da contradição entre cons-

9. WOLKMER, Antônio Carlos. *Plurarismo jurídico:* fundamentos para uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994, p. 241.

10. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 134.

truções jurídicas e práticas institucionais. Se antes, sob o regime da "Situação Irregular", os adolescentes não tinham direitos positivados, passaram, sob o novo regime, a "ter direito" a um atendimento especial, um tratamento digno e humanitário, aos "melhores direitos" e "prioridade absoluta" na proteção de seus "melhores interesses".

Todavia, o que se vê, na prática, são, no dizer de Alexandre Moraes da Rosa[11] (2011, p. XIV), "masmorras especializadas" – agora chamadas de "estabelecimentos educacionais", onde adolescentes são privados de sua liberdade e de todos os demais direitos.

A edição da Convenção Internacional da Criança, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente resultou na autonomia do Direito Infracional em face do Direito Penal e do Direito de Família.

Em qualquer obra que se aborde a transição do Código de Menores para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a principal bandeira levantada é a transformação das crianças e adolescentes de objeto a sujeitos de direitos. Entretanto, não é o que se vê. Aparentemente, adolescentes continuam na condição de objetos, como afirma ROSA:

São objetos primeiro da própria família e na sequência de outros adultos que se interessem por usá-los sob o discurso de estarem contribuindo para sua formação. São sujeitos sim, ao desejo do outro.

Ao seu movimento de se rebelar, com frequência há uma resposta estatal que o reeduque, realinhe, "ressocialize", desconsiderando sua situação de sujeito. Se o adolescente é *um outro,* é preciso, de alguma forma respeitar sua manifestação de vontade e não decidir com base "no que seria melhor para ele". É preciso discutir, então, como promover a emancipação desse sujeito em face do ato infracional.

O ato infracional pode realmente significar que algo anda mal, possibilitando uma intervenção, mas, ao contrário do que prevê o paradigma da proteção integral, tal intervenção não tem reconhecido o adolescente como sujeito de direitos, mas tem se dado de forma pedagógica e totalitária.

Quando se diz que essa intervenção é totalitária, parece que se está a fazer uma crítica ao Judiciário e ao Ministério Púbico. Não é o caso. Pelo menos, não somente. Trata-se de uma crítica ao ensino jurídico e aos atores jurídicos em geral. Ao mesmo tempo, tal crítica é um ato de amor, um reconhecimento da importância de tais atores no contexto social hodiernamente vivenciado.

11. Op. cit, p. XXI.

É possível utilizar, aqui, as palavras de Bueno de Carvalho,[12] não apenas à magistratura, mas a todas as carreiras jurídicas:

Fique claro: as eventuais críticas à magistratura representam, antes de mais nada e acima de tudo, profunda declaração de amor a ela: acredito que o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem. É amor e não ódio (ou "amoródio", como diria um psicanalista). É respeito e não desdém, é confiança na dignidade da função!

Os atores jurídicos, assim como a nossa sociedade, abandonaram a relação causa-efeito em nome de uma "eficiência". Na ânsia de melhorar a realidade, adotaram o discurso do "Direito Penal Máximo", abrindo mão de direitos e garantias fundamentais, pagando o preço da exclusão em uma proposta neoliberal.

De acordo com tal proposta, os cidadãos não devem depender do Estado, cabendo ao "Mercado" selecionar naturalmente os mais capazes e "naturalizar" as desigualdades sociais. Desta forma, o mercado deve ser mínimo na busca da Justiça Social – que incumbiria ao "Mercado" –, mas gigante e implacável na esfera penal.

O papel do Direito Infracional, nesse cenário, tem uma função estratégica, na medida em que legitima o uso da coerção e impõe a exclusão dos consumidores falhos – os desviantes.[13]

Sob uma perspectiva da luta do bem contra o mal, este estado intervencionista "defende" os cidadãos "do bem" contra as pessoas "do mal" – uma forma higienista de manter a classe dominante e produzindo material de interesse da mídia.

A condicionante neoliberal em muito se assemelha ao "Direito Penal do Inimigo" de Jakobs e desconsidera a dignidade da pessoa humana, bem como o critério ético defendido por Dussel.

Desta forma, a medida socioeducativa demonstra estar muito mais relacionada à Defesa Social do que à construção da identidade autônoma do sujeito adolescente. Recorrendo, mais uma vez, ao professor Alexandre Morais da Rosa,[14] temos que:

12. *apud* ROSA, 2011, p. XXVI.

13. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit, p. 6-7.

14. Op. cit., p. 16.

(...) o Código de Menores pretendeu proteger a sociedade ao invés de garantir o adolescente acusado, o qual passou a ser "objeto" da atuação estatal com a finalidade de "normatizar" (*Foucault*) sua conduta aos anseios da classe dominante, independentemente das garantias processuais.

Embora o Código de Menores não esteja mais vigorando entre nós, e mesmo com a superação da ideia do criminoso biológico, o discurso da defesa social se mantém, baseado agora no psicologismo, definindo o criminoso como aquele que tem sua personalidade destacada como desviante ou moralmente inaceitável, fora do padrão da moralidade aceita. Trata-se de um indivíduo que deve ser transformado, utilizando-se de todas as ferramentas possíveis, como já nos ensinava Foucault:[15]

(...) uma arquitetura que seria um operador para a transformação dos indivíduos: agir sobre aquele que abriga, dar domínio sobre seu comportamento, reconduzir até eles os efeitos do poder, oferecê-los a um conhecimento, modificá-los. As pedras podem tornar dócil e conhecível.

Desta forma, fundamentada no medo, a Defesa Social permanece "reformando" pessoas para que sejam "iguais aos bons".[16] Não é possível manter tal discurso. O paradigma da proteção integral não tolera as mesmas práticas opressoras de prevenção, correção, moralização, normatização. É necessário reconhecer o adolescente como sujeito, de forma subjetiva, em nome da democracia. Do contrário, melhor admitir que optamos pelo autoritarismo com o objetivo de conter a pobreza:[17]

(...) muitos juízes ainda arraigados à visão menorista anterior e que preferem a punição aos avanços de medidas realmente sócio-educativas que atenderiam ao discurso oficial relativo a oportunizar condições de reflexão e amadurecimento sobre condutas contrárias ao convívio social, (...) Fica evidente o olhar seletivo determinando maior punição aos adolescentes provenientes das periferias e a remissão aos "filhos da classe média", fortalecendo a seletividade do sistema punitivo e ferindo a proposta legislativa avançada e afinada com os direitos humanos, um dos pilares dos adeptos da Criminologia Crítica.[18]

15. Op. cit., p. 169.
16. Op. cit., p. 15.
17. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.
18. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 20.

Nesse sentido, podemos afirmar que há um processo de punição seletiva em três diferentes estágios: no primeiro o adolescente é privado de políticas públicas e acesso aos direitos humanos especiais; no segundo, quando internado em "estabelecimentos educacionais" que contrariam a legislação brasileira no que diz respeito aos direitos previstos no Ecriad; num terceiro estágio, o adolescente é vitimizado quando sai da internação, onde encontra armadilhas para novas entradas no sistema socioeducativo ou no sistema penitenciário.[19]

Assim, o Direito Infracional – assim como o Direito Penal – embora prometa proteção igual para todos, não garante os bens que interessam à maioria da população, sendo um efetivo instrumento de manutenção da desigualdade. No dizer do professor Nepomuceno:[20] "A lei determina qual conduta humana é considerada crime. As agências de poder do sistema penal, por sua vez, dirão quem é o criminalizado".

Retornamos à eterna luta do "bem" contra o "mal". A atuação estatal é pensada com bases deterministas etiológicas, com uma ilusória base científica. Mas os resultados demonstram que a "corrida repressiva" não possui os méritos que seus defensores apregoam, além de varrer para debaixo do tapete os processos de criminalização.[21]

Essa funcionalidade do sistema carcerário, ademais, no que se refere à reprodução da delinquência, não é novidade, tendo Foucault[22] pontuado: "O adversário do soberano, depois inimigo social, transformou-se em desviador, que traz consigo o perigo último da desordem, do crime, da loucura".

Tal discurso, da "Lei e Ordem", é fundamentação para manutenção do *status quo*, na medida em que "regenera" quem pode a um baixo custo e, em caso de impossibilidade, exclui por meio do sistema de internação. Ele atende aos interesses neoliberais, na medida em que dá um destino aos futuros não consumidores excluindo-os em entidades de internação, se for o caso, privadas, gerando lucros.[23]

Trata-se de um elemento poderosíssimo, na medida em que o discurso é apresentado como posição hegemônica, única via possível e indiscutível, após

19. Idem, p. 21-22.
20. NEPOMUCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 58.
21. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 24-25.
22. *apud* ROSA, op. cit., p. 26.
23. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 27.

a queda do muro de Berlim. Ramalho Neto[24] nos adverte, acerca do discurso único, que "A competição pode ser saudável, se sujeita à Lei. Mas é perversa se substitui a Lei, se ela, a competição, se torna a própria Lei. O primeiro e mais perverso efeito da competição no lugar da Lei é a exclusão social".

Desta forma, a mídia, que também faz parte de todo esse sistema, desempenha um papel importante, na medida em que dissemina a "cultura do medo" como justificativa ao endurecimento e agigantamento do sistema repressivo – tal como um "mal necessário", afetando diversas formas de saber, inclusive do Direito e da própria Democracia.

Fato curioso neste discurso é que "mesmo sem nunca ter tido a 'paz' almejada, fala-se de um tempo perdido de segurança, facilitando-se discursivamente, pelas emoções, a prevalência de discursos de opressão social, tudo em nome da contenção da escalada avassaladora da criminalidade".[25]

O paradoxo é que o medo e a insegurança permitem que o Estado adote, cada vez mais, medidas autoritárias e leis punitivas (do que realmente deveríamos ter medo) justificadas por demandas de proteção – reais ou não – em especial de uma classe social específica, detentora do poder político e econômico, que visa proteger seus bens e direitos. Tal discurso gera um generalizado desejo de punição. Miranda Coutinho e Carvalho[26] resumem bem tal proposta:

O perigo de tal afirmação – não fosse a ingenuidade – é evidente, na medida em que transforma o guri da esquina (que está lá ao invés de estar na escola, maldito!) em um maníaco do parque; o mendigo que dorme sob a marquise (porque quer, obviamente!) em uma ameaça para a sociedade (quem não dorme melhor quando não vê um mendigo em tais condições?!). Os pedintes, então, enojam, assustam, enchem todos de medo: fazem com que se saia das ruas e se fique trancado em casa. E o medo, como que numa osmose criminosa, é percebido pelos ladrões-desordeiros, que passam a roubar; um círculo vicioso do apocalipse da desordem: desordem gera medo, medo gera crime, crime gera desordem. É o reino, por evidente, da manipulação das premissas. (...) A saída não é tão obscura quanto parece, ou quanto querem fazer parecer: um Direito penal mínimo, verdadeiramente subsidiário e que atenda à Constituição (que segue e deve seguir dirigente); educação e saúde para todos: como exigir do

24. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: *Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: trata-se uma criança.* Rio de Janeiro, 1999, t. II, p. 233.

25. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 37.

26. *apud* ROSA, op. cit., p. 42-43.

mendigo que "seja educado, não atrapalhe e não feda", se não se dá a ele sequer ensino e saneamento básico? É hipócrita dizer, afinal, que "todo mundo tem o direito de dormir embaixo da ponte". Abalou-se, na estrutura, a ética, sem a qual em perigo está a própria democracia.

Assim, caminhamos para a naturalização das desigualdades, a manutenção do *status quo*, por meio de um direito excessivamente punitivo e antidemocrático.

3. A RELAÇÃO DO SUJEITO ADOLESCENTE E O ATO INFRACIONAL

A educação, quando liberal, visa promover a autonomia da criança, permitindo-lhe explorar o mundo ainda não conhecido, desde que observados limites que são impostos de forma dialogada, tornando-a capaz de ocupar uma atividade na vida social. Aos pais, em geral, cabe o papel de indicar quais os perigos são proibidos – noções que são compreendidas (internalizadas) através do simbólico pela criança.

A qualquer momento a violência ou o desrespeito a esses limites pode surgir, cabendo aos pais a função de ajudar a criança a satisfazer suas pulsões agressivas em atividades socialmente aceitas. No dizer de Alexandre Morais da Rosa,[27] "a submissão à lei precisa ser compreendida e não imposta pela força".

A simples proibição, em regra, não gera tal compreensão. Embora os limites sejam necessários, a submissão alienada a eles não gera emancipação. É fundamental que a resposta a ser dada não ampute a autonomia do indivíduo-criança, ainda que se corra o risco do fracasso. Esse, por sinal, deve ser explicado, principalmente para que se possa alcançar êxito no futuro.[28]

No dizer de Bauman:[29]

Eu diria que hoje estamos todos lançados a uma condição perpetuamente "revolucionária". Tanto quanto posso apreender, em tais condições, o modelo de ensino de Mastrocola é uma receita para incapacitar e não para habilitar os jovens a se juntar à companhia dos mais velhos. O único propósito invariável da educação era, é e continuará a ser a preparação desses jovens para a vida segundo as realidades que tenderão a enfrentar. Para estar preparados, eles

27. Op. cit., p. 100.

28. Idem, p. 102-103.

29. BAUMAN, Zygmunt. *Sobre educação e juventude:* conversas com Riccardo Mazzeo. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 25.

precisam de instrução: "conhecimento prático, concreto e imediatamente aplicável", para usar a expressão de Tullio de Mauro. E para ser "prático", o ensino de qualidade precisa provocar e propagar a abertura, não a oclusão mental.

É necessário, portanto, aceitar os riscos a fim de que se alcance o desenvolvimento regular da criança. Ela precisa angustiar-se, fracassar. Isso deve ser aceito normalmente, ao mesmo tempo em que se explicam as inúmeras outras possibilidades.

Os limites impostos de forma violenta, muitas vezes até para evitar os mencionados riscos, sem que as suas razões sejam compreendidas, importará na repetição dos conflitos, em especial na adolescência, "onde a angústia instaurada pela condição adolescente pode gerar agressões tanto dos pais como ao laço social, sendo que as pequenas infrações são mais que comuns, são normais".[30]

Há, por outro lado, um aspecto positivo na transgressão que, em alguns casos, sequer justificará a imposição de qualquer resposta estatal.

Quando falamos de crianças e adolescentes excluídos socialmente – os grandes clientes da Justiça da Infância e Juventude no Brasil – a situação precisa ser vista com ainda mais calma. Em muitos casos, a transgressão é uma busca pela sobrevivência, uma esperança – e, assim sendo, tem um aspecto positivo que deve ser destacado e deve incomodar os atores jurídicos.[31]

Uma sociedade que não promove condições de subsistência mínimas a todos na forma da lei exige de seus membros o respeito à espoliação. No dizer de Rosa:[32]

(...) cinicamente muitos se perguntam: "como pode o adolescente praticar isto?" Um pouco mais de autocrítica, pessoal e social, responderia o questionamento. Mas, aí, é preciso assumir a corresponsabilidade daí decorrente. Nesta perspectiva relacional da violência e a partir do critério material mostrado por *Dussel* pode-se revisar muitas das atuações no mundo da vida.

Assim, é função de todos os atores sociais, em especial os juristas, despertar do sonho dogmático, levantar do berço esplêndido e aplicar uma ética material. Cada adolescência é única, e desta forma deve ser vivida e respeitada em sua alteridade.

30. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 103.

31. Idem, p. 106.

32. Idem, p. 109.

O processo de assunção dos próprios desejos, que se dá mediante muitos obstáculos, não é linear e leva tempo para ganhar significação. No dizer de Sonia Alberti:[33]

Se nas sociedades ditas primitivas os ritos de passagem tinham por função imergir o jovem em um banho de símbolos, de maneira que fosse possível a possessão, a atribuição de sentido levada ao extremo, a sua manutenção no simbólico, hoje muitas vezes o sujeito se vê, com a falta desse mecanismo cultural maciço, sem meios de vencer os impasses que surgem a partir da confrontação com o real impossível de simbolizar. Na realidade, a adolescência questiona o registro do simbólico como tal, simbólico que até então era suficiente para todo questionamento do sujeito e que agora não basta para dar conta do real. Assim, ou o adolescente se põe efetivamente a questionar o simbólico – no que ele se inscreve perfeitamente nessa ordem, tal como Descartes a introduziu na era moderna – ou o evita.

O ato infracional deve ser entendido como um sintoma de que tais limites não foram compreendidos pelo sujeito. Impô-los à força não se sustenta em um Estado Democrático de Direito. Nesta situação, é necessário construir, caso a caso, caminhos que envolvam os participantes, em especial o adolescente, seus pais e a sociedade, na construção de uma significação.

A agressividade não necessariamente significará delinquência, podendo ser apenas o retrato de um momento da vida do sujeito. Este momento deve ser compreendido, como talvez um sintoma de que algo não está bem, e aproveitado como oportunidade de se construir um caminho com o outro e o Outro.[34] É o que nos ensina Cirino dos Santos:[35]

(...) em oposição à ideologia oficial, a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal (com exceção da grave violência pessoal patrimonial ou sexual), que desaparece com o amadurecimento: infrações de bagatela e de conflito do adolescente seriam expressão de comportamento experimental, e transitório dentro de um mundo múltiplo e complexo, e, não uma epidemia em alastramento, cuja ameaça exi-

33. ALBERTI, Sonia. *Esse sujeito adolescente*. Rio de Janeiro: Rios Ambiciosos, 1999, p. 28.

34. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 138.

35. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2002, p. 122.

giria estratégias de cerco e aniquilamento. As ações antissociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos e estupros, por exemplo: o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a fase da chamada *Peack-age* e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação.

A ideologia oficial, citada por Cirino dos Santos, é aquela que, após o ato infracional, inicia uma cruzada pela salvação moral do adolescente, desconsiderando por completo sua subjetividade, agindo sem qualquer ética, sem qualquer alteridade. No dizer de Rosa:[36]

A medida socioeducativa, ou seja, a resposta estatal brasileira, ao promover uma finalidade pedagógica, fomenta a normatização e a disciplina (*Foucault*), no que pode ser chamado de 'McDonaldização' das medidas socioeducativas, a saber, por propostas padrões que desconsideram, por óbvio, o sujeito e, especialmente, a existência de demanda, como se verá. De regra, impõe-se tratamento, educação, disciplina, independente do sujeito, então objetificado.

A postura democrática não pode pretender melhorar, piorar ou modificar o sujeito. A única saída responsável que resta, no limite da ética, é respeitar o sujeito e, com ele, se houver interesse, construir um novo caminho, responsabilizando-o pelo ato e pela escolha, lembrando-o sempre quais as razões para os limites estabelecidos.

4. UMA ANÁLISE PRÁTICA

Durante a realização dos estudos que culminaram neste artigo, chegou-se a conclusão de que é necessário observar qual é o ponto de vista do profissional do Direito no que se refere a questão do adolescente e do ato infracional. Em especial qual é a influência do ensino jurídico nesta concepção. Partindo desta premissa, foi realizada uma pesquisa[37] entre os acadêmicos em Direito de uma Faculdade da Grande Vitória.

36. Op. cit., p. 140.

37. Foi realizado um questionário intitulado "A posição dos alunos do Curso de Direito acerca da redução da maioridade penal", disponível em: [https://docs.google.com/forms/d/1rXe_ZdHEY3kt8LpXjeLNGO82DLrhlZ8xgfDHKKNG3ZQ/viewform].

Foi elaborado um questionário acerca do tema e entrevistados 100 alunos que cursavam o primeiro, o quarto e o décimo período em Direito da Instituição. Esse recorte se deu com um propósito específico: os alunos do primeiro período acabaram de ingressar no curso e suas posições serão as mais desapegadas do "senso comum teórico dos juristas"; já os do quarto período são aqueles que já cursaram todas as disciplinas propedêuticas ofertadas, presumindo-se que a faculdade lapidou seu senso crítico e capacidade de argumentação; os do décimo período, por fim, são aqueles que estão concluindo o curso, praticamente prontos para ingressarem no mundo jurídico profissional.

Os resultados desta pesquisa são interessantes. O primeiro deles, que confirma o que já foi desenvolvido anteriormente, é que os acadêmicos em Direito tem pouquíssimo contato com o estudo do Estatuto da Criança e Adolescente. Apenas 17% deles estudaram algum conteúdo, sendo que apenas 7% cursaram uma disciplina específica sobre o tema.

Apesar do pouco contato, a grande maioria deles (82%) é a favor da redução da maioridade penal – 37% deles em qualquer caso, 31% apenas nos casos de crimes hediondos ou equiparados e 14% apenas nos casos de crimes cometidos com violência contra a pessoa.

O curioso é que, apesar destes números, que aparentemente demonstram que o acadêmico em Direito entende que a redução da maioridade penal pode ser uma solução para o problema da "violência desenfreada", 23% destes entrevistados consideram que o art. 228 da CF é uma cláusula pétrea, "pois o tratamento diferenciado a crianças e adolescentes é uma garantia fundamental, ante o princípio da proteção integral". Outros 45% opinaram no sentido de que o mencionado dispositivo legal não é uma cláusula pétrea, enquanto 32% deles alegaram não conhecer o dispositivo.

Há, aparentemente, uma contradição entre as respostas destes dois questionamentos, pois há um número de entrevistados que entende que mesmo sendo uma cláusula pétrea – por ser direito fundamental, nos termos do art. 60, § 4.º, IV, da CF –, a maioridade penal deve ser reduzida.

Além do pouco contato com a disciplina, é interessante ressaltar como esses acadêmicos tem pouco contato com a teoria aplicada, ou seja, não presenciam, na prática, a aplicação (ou não) do Ecriad e dos dispositivos constitucionais acerca da matéria. Questionados se conhecem algum "adolescente em conflito com a lei", 61% deles responderam que tem algum relacionamento distante – é

Os resultados encontram-se disponíveis em: [https://docs.google.com/forms/d/1rXe_ZdHEY3kt8LpXjeLNGO82DLrhlZ8xgfDHKKNG3ZQ/viewanalytics].

apenas um "conhecido" –, enquanto 24% responderam sequer conhecer qualquer adolescente acusado de ato infracional. Foram poucos que responderam ter presenciado alguém mais próximo (parente, vizinho, amigo ou o próprio entrevistado) em tal situação.

Ainda sobre o pouco contato prático com o tema, 49% deles afirmaram que nunca visitaram qualquer estabelecimento de restrição de liberdade. Dos que visitaram, a grande maioria conheceu presídios (44%), sendo muito poucos os que conheceram uma unidade de internação de menores.

Assim, conforme já explanado, os acadêmicos em Direito tem pouco contato com a disciplina, seja na teoria – já que poucos estudaram o tema –, seja na prática, na medida em que pouquíssimos foram os que se depararam com uma oportunidade de lidar com uma situação real que envolvesse um adolescente.

Apesar disso, há uma evidente concepção de que os estudantes pretendem que as medidas socioeducativas sejam capazes de "transformar" os infantes apanhados na prática de atos infracionais. Em uma pergunta aberta, na qual eles poderiam discorrer sobre o assunto, foi questionado sobre qual resultado era esperado do cumprimento de uma medida socioeducativa. Termos como "reeducação", "ressocialização", "não reincidência", "punição" e "reabilitação" foram quase unanimidade. Um chegou a responder "mudança de caráter e comportamento".

Por fim, foi perguntado, ainda, "O que você acha que deve acontecer com um adolescente em conflito com a lei?", com possibilidade de mais de uma resposta. Neste ponto, 49% responderam que o adolescente "deve ser forçado a estudar", enquanto 47% afirmaram que as medidas do Ecriad deveriam ser aplicadas àqueles com idade entre 12 anos completos e 16 anos incompletos e, àqueles com 16 anos ou mais deveriam ser aplicadas as medidas previstas no Código Penal. Por fim, 44% opinaram pela restrição da liberdade dos adolescentes. Apenas 17% apontaram as "medidas alternativas à prisão" como uma solução possível.

Acerca da legislação atual, foi perguntado aos acadêmicos se eles acreditam "que o adolescente em conflito com a lei sofre alguma consequência efetiva em face do ato praticado?" ao que apenas 16% responderam que sim, sendo as medidas do Ecriad adequadas, enquanto 54% as consideraram inadequadas opinando pelo endurecimento e outros 30% afirmaram que deveriam ser aplicadas as penas do Código Penal aos adolescentes, ante a inadequação das medidas do Ecriad.

Todas estas respostas nos indicam, como um sintoma, que algo está errado no ensino jurídico. Os estudantes de Direito não conhecem o Ecriad, nem o

paradigma da proteção integral. Nem todos sabem dizer – com argumentos razoáveis – se o artigo 228 da CF é ou não um direito fundamental. A maioria deles não conhecem a posição do "Outro", não conseguindo construir um discurso a partir de tal posição, faltando-lhes o requisito da alteridade para um posicionamento ético sobre o tema. Quase todos não são capazes de respeitar a autonomia do adolescente como um "sujeito de seu próprio destino". Esse é um problema que precisa ser enfrentado.

5. O DISCURSO "DE FACHADA"

Há muito se discute, e com bastante polêmica, no Brasil, acerca da redução da "maioridade penal", sob o argumento da "inimputabilidade" e da crítica aos critérios etários e a forma de responsabilizar os adolescentes. Essa questão está ligada diretamente à política criminal adotada. Neste ponto, a opinião pública é maciça no sentido de reduzir a idade de responsabilização penal – até mesmo entre os estudantes de direito, como pudemos ver. O problema é que ela fica prejudicada pelo desconhecimento das práticas institucionais viciadas bem como pela herança histórica brasileira.

Quanto à pretensa "inimputabilidade", é importante ressaltar que o art. 104 do Ecriad confirmou o já disposto nos arts. 27 do CP e 228 da CF. Se é um direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea, é uma discussão antiga que vem sendo travada. Todavia, se não houver um tratamento diferenciado com padrões formadores e educacionais, dentro da Doutrina da Proteção Integral, cai por terra qualquer diferenciação que tenha sido criada pelo constituinte. No dizer de Alexandre Morais da Rosa:[38]

Quando esse tipo de sanção implica em uma sanção nos mesmos moldes do modelo adotado pelos tutelados pelo CP, como por exemplo, aplicando uma privação de liberdade, mais gravosa até do que a imposta a adultos, parece, no mínimo, incoerente que se responsabilize alguém que não tenha capacidade de ser culpabilizado.

Desta forma, a responsabilização deve ser diferenciada daquelas previstas aos adultos, com uma natureza compatível com a inimputabilidade – também chamada de imputabilidade especial ou diferenciada[39] – o que não vem acontecendo no caso em tela. Pesquisas históricas e atuais tem demonstrado a predominância de práticas exclusivamente punitivas.

38. Op. cit., p. 324.

39. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 324.

Além de se dedicarem apenas à punição, as práticas atuais são aplicadas em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Não há Estado Democrático de Direito que sobreviva a esta postura:

Enquanto não forem cumpridas as garantias constitucionais, especiais e internacionais, verdadeira "ilegalidade oficial", não há que se falar em inimputabilidade porque o que se tem são critérios de confinamento iguais ou piores que os oferecidos para adultos submetidos às penas do Código Penal (...).[40]

Passam-se os anos, trocam-se os discursos, criam-se novas instituições e ações de atendimento para "recuperação" de adolescentes infratores, sempre sobre o mesmo paradigma: proteger e educar, formar a infância. Tais medidas sempre tem forte caráter punitivo. O controle social se dá de forma "truculenta" e os jovens institucionalizados não recebem qualquer instrução ou aprendizado social. É assim desde o Código de menores de 1927 e não mudou muito com a adoção do Ecriad.

A ideia da reforma legislativa que introduziu o Ecriad e a doutrina da proteção integral – ainda não efetivada – é a concretização de uma política de atendimento diferenciado condizente com a imputabilidade especial, orientada pelos princípios humanitários. No dizer de Rosa:[41]

A ideia é que, para os adolescentes infratores, fosse proposta uma política distante de uma política criminal para atender aos princípios pedagógicos inscritos na legislação, mas é justamente nesta questão política que residem todos os conflitos que se abatem sobre a inimputabilidade dos adolescentes e a garantia de seus direitos. (...) A proposta é inédita, bem vinda e boa na sua ideologia. Mas parece esbarrar não só na fragilidade dos conhecimentos de seus Conselheiros, mas também no interesse de cada instituição que compõem o Conselho (...).

São itens fundamentais para a construção de um Sistema de Proteção a Crianças e Adolescentes a participação destes na construção, no monitoramento e na avaliação das ações socioeducativas, o respeito à sua singularidade, a consciência da importância da mobilização a opinião pública, de forma a comprometer a participação dos mais diversos segmentos da sociedade, o respeito aos Direitos Humanos em todas as etapas do atendimento.

40. Idem, p. 325.

41. Idem, p. 345-347.

O que ainda não parece estar claro é que, no cumprimento das medidas socioeducativas de privação da liberdade todos os demais direitos devem ser preservados.

De acordo com Baratta[42] "usam-se as respostas emergenciais como álibi das instituições da opinião pública para disfarçar a ausência, devido às grandes dificuldades, das Políticas Públicas de Base, a espinha dorsal da reforma no projeto constitucional e legislativo". Fazem da exceção a regra, como um estado de exceção permanente, justificando posturas incompatíveis com o texto constitucional vigente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a analisar a questão dos adolescentes em conflito com a lei sob a perspectiva dos estudantes de Direito. A problemática proposta era descobrir o quão conhecido é o tema já que muito se debate acerca da redução da maioridade penal. Para tanto, além da pesquisa bibliográfica, foi realizado um questionário que foi proposto aos alunos de Direito dos 1.º, 4.º e 10.º períodos de uma Instituição de Ensino da Grande Vitória.

Os resultados demonstraram que o ensino jurídico busca um "efeito ressocializador" sobre os adolescentes que praticam atos infracionais. A concepção vigente é no sentido de que eles precisam ser "mudados", "transformados", "moldados" e "reconstruídos" de forma a se "encaixarem" na conjuntura social aceita. Todavia, como bem nos ensina o professor Alexandre Morais da Rosa,[43] "(...) ao acolher, também, os efeitos 'ressocializadores' das medidas, destrói qualquer pretensão garantista. É que para o garantismo não existe possibilidade de o Estado buscar ressocializar(...)."

Prossegue, ainda, referido professor[44] afirmando que:

Enquanto se mantiver a perspectiva pedagógica – reforma subjetiva do sujeito adolescente – das medidas socioeducativas, nada muda. Para tanto, parafraseando *Ferrajoli,* a medida socioeducativa não pode pretender reeducar, nem deseducar, corrigir ou corromper, melhorar nem piorar o adolescente. Deve respeitar sua autonomia e somente impor restrições pessoais, atendido o devido processo legal. (...) para o garantismo sério, a resposta estatal, no caso

42. *apud* ROSA, op. cit., p. 355.

43. Op. cit., p. XL-XLI.

44. Idem, p. XLII-XLIII.

representada pela medida socioeducativa, não pode melhorar, nem piorar o adolescente: é agnóstica. Na forma de instrumento democrático, pode-se apresentar alternativas, somente.

O papel dos atores jurídicos é fundamental neste cenário, na medida em que a lei não traz consigo a legitimidade interiorizada no simbólico de cada ente como absolutamente necessária para a organização social.

Resgatando-se, de um lado, os *excluídos* do modelo *neoliberal* hegemônico e, de outro, o respeito pela *alteridade*, já que se não pode cair na armadilha do opressor/oprimido, havendo, ainda, a *esperança* (Bloch) de se construir uma *Transmodernidade* – a qual nega o mito da modernidade –, baseada no critério ético material: vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento, conforme aponta a Ética da Libertação (*Dussel*). É preciso não se seduzir com os discursos fáceis, cheios de boas intenções, os quais impõem, sob a fachada de humanização, a alucinação do discurso de perseguição e exclusão, cada vez maior, da pobreza.[45]

Assim, o ensino jurídico deve ser repensado, buscando descobrir "quem é o adolescente em conflito com a lei" e, a partir de sua posição – a posição do "Outro" – construir, com alteridade, um novo caminho, uma nova proposta – quem sabe finalmente reconhecendo e aplicando o paradigma da proteção integral? – de forma a alcançar uma sociedade plural, verdadeiramente democrática e, engajada em um futuro possível, real, ao contrário daquele idealizado pela política neoliberal de exclusão.

Que os sujeitos de direito – os adolescentes – sejam ouvidos, reconhecidos, emancipados a partir da ética da alteridade. Nesse sentido, é necessário que a filosofia da periferia supere a do centro, numa tentativa autêntica e original.[46]

É aquilo que Dussel[47] identifica ao comentar o pensamento de Marx nos *Grundrisse*:

Marx pensa (...) que na sociedade futura, a *utopia*, que se constitui como um horizonte crítico, (...) é a plena realização da *individualidade* na responsável *comunitarização* de *toda* a atividade humana; utopia que tem, no desenvolvimento da humanidade presente, suas condições de possibilidade.

45. ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 364.

46. VIEIRA, op. cit., p. 103.

47. *Apud* VIEIRA, op. cit., p. 107.

Assim, é necessário compreender que a miséria da periferia é proporcional à riqueza do centro[48] e que a desigualdade não deve ser sustentada pelo sistema penal-repressor. Uma sociedade só se constrói de forma comunitária e, para isso, é importante que *todos* sejam ouvidos, inclusive os excluídos. Neste caso, os adolescentes em conflito com a lei.

7. REFERÊNCIAS

ALBERTI, Sonia. *Esse sujeito adolescente*. Rio de Janeiro: Rios Ambiciosos, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Sobre educação e juventude*: conversas com Riccardo Mazzeo. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em 4 out. 2015.

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm]. Acesso em 12 out. 2015.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro. Revan, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2002.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação:* crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

KROHLING, Aloísio. *Dialética e direitos humanos*: múltiplo dialético – Da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: *Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: trata-se uma criança*. Rio de Janeiro, t. II, 1999.

NEPOMUCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional:* princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Edinete Maria. *O adolescente:* a lei e o ato infracional. Vitória: EDUFES, 2007.

48. VIEIRA, op. cit., p. 130.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez editora, 2011.

VIEIRA, Antônio Rufino. *Marxismo e libertação*: estudos sobre Ernst Bloch e Enrique Dussel. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Plurarismo jurídico*: fundamentos para uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A experiência com os adolescentes: Da proteção à potência, de Débora Matoso e Raquel Marinho – *RBCCrim* 109/297-311 (DTR\2014\15140);
- Infrações praticadas por adolescentes em Ribeirão Preto (SP), de Ana Paula Soares da Silva e Maria Clotilde Rossetti-ferreira – *RBCCrim* 37/169-190 (DTR\2002\781);
- Os direitos constitucionais da criança e do adolescente infrator sob a perspectiva do processo de apuração e do cumprimento das medidas socioeducativas decorrentes de ato infracional, de Lívia Almeida Lemos, Natália Nogueira Soares Marra e Rafael Augusto dos Santos – *RDIJ* 3/127(DTR\2014\2166); e
- Rebelião na FEBEM alerta! Crianças em perigo!, de Renato Laércio Talli – *RIASP* 4/183-189 (DTR\1999\345).

80382

PENAS ALTERNATIVAS E A ESTRATIFICAÇÃO DA PUNIÇÃO

ALTERNATIVE SANCTIONS AND THE STRATIFICATION OF PUNISHMENT

MARCELO BERDET

Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (2015). Mestre em pesquisa social pela Goldsmith University of London (2008). Especialista em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996) e graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande Sul (1993). Pesquisador do Núcleo de Estudos Sobre Violência e Segurança, Departamento de Sociologia/Universidade de Brasília.
mberdet@yahoo.com.br

Recebido em: 21.03.2016
Aprovado em: 29.04.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O sistema punitivo brasileiro reflete os valores vigentes de sua sociedade, constituída e marcada pela desigualdade. O universo deste estudo é composto pela totalidade dos indivíduos cumprindo Prestação de Serviço à Comunidade (PSC) no Distrito Federal (DF), entre 2006 a 2012. O seu propósito foi apresentar um quadro da aplicação da PSC. Os dados apresentados neste estudo permitiram a construção de um quadro das infrações penais e a magnitude das penas (em horas) de PSC no DF. Os resultados da análise mostraram uma considerável consistência na identificação de padrões quanto ao cumprimento da PSC com relação à frequência das infrações penais e aos atributos sociais dos cumpridores, isto é, a prescrição de penas dentro de uma mesma faixa de horas para cumpridores com posição social similar, porém com algumas variações segundo a infração penal.

PALAVRAS-CHAVE: Penas alternativas – Punição – Cumpridores – Infração penal – Desigualdade.

ABSTRACT: The Brazilian punitive system reflects the current values of its society, composed and marked by inequality. The empirical setting of this study is all the individuals sentenced to Community Service (PSC) in the Brazil's Federal District (DF) between 2006 and 2012. Its purpose was to present a framework of the enforcement of the PSC as punishment. The data presented in this study allowed to build a framework of criminal offenses and the magnitude of the penalties (in hours). The analysis of results showed considerable consistency in identifying standards for the adherence of the individuals regarding the frequency of criminal offenses and the social attributes of wrongdoers. In other words, individuals under similar social status were compliyng within a certain range of hours of PSC, but with some variations according to the criminal offense.

KEYWORDS: Alternative Sanctions – Punishment – Doers of alternative santions – Offense – Inequality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A abordagem metodológica para construção do modelo estatístico – 3. Apresentação dos resultados – 3.1. Renda – 3.2. Escolaridade – 3.3. Local de residência – 3.4. As penas em horas de PSC – 4. A seletividade penal nas penas alternativas – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Comumente os cientistas sociais compreendem a desigualdade social com referência às instituições estratificantes como o sistema educacional, o mercado formal de trabalho, e ainda a pobreza, classe social ou raça. Essas instituições refletem e criam desigualdade por conferir diferencialmente acesso e oportunidades a grupos sociais, classificados em categorias como mais ou menos favorecidos (CORRELL; BERNARD; PAIK, 2007; HERINGER, 2002; HASENBALG; SILVA; LIMA, 1999; BREEN; JONSSON, 2005).

As conexões e relações entre a desigualdade e a estrutura social têm sido objeto de estudos dentro dos mais variados campos da sociologia. Por exemplo, para Wilkinson (1999), a desigualdade, compreendida como uma relação social, informa-nos como uma estrutura social engendra padrões de qualidade de vida e saúde. Wilkinson (1999, p. 492) argumenta que os determinantes para as desigualdades na saúde da população não se devem ao acesso à assistência médica, mas sim aos "efeitos de um ambiente social estruturado por uma hierarquia social".

As sanções penais e a própria punição também constituem-se em expressões de desigualdade social, especialmente em sociedades hierarquizadas e estruturalmente segregadoras. Western e Pettit (2010) caracterizam a punição nas últimas quatro décadas nos EUA como um tipo de *desigualdade institucionalizada*, como o surgimento de um novo grupo social unido pela experiência compartilhada do encarceramento, do crime, da pobreza, da minoria racial e da baixa escolaridade. Dessa forma, a punição e, particularmente, o encarceramento ao longo das últimas décadas têm recebido atenção nos estudos de estratificação, da pobreza e da desigualdade racial. A prisão passou a ser compreendida como uma instituição de estratificação na sociedade estadunidense (UGGEN; MANZA; THOMPSON, 2006).

Os trabalhos de Garland (2001) e Mauer (2001) reforçam tal assertiva. Para os autores, as altas taxas de encarceramento nos EUA, ao longo dos últimos trinta anos, não são explicadas somente pela punição aos infratores, individualmente, mas sobretudo pela punitividade a grupos sociais definidos por sua raça, idade ou classe. Pettit e Western (2004, p. 151) argumentam que evidências empíricas da persistente baixa educação da população negra em

geral, bem como os baixos salários, o desemprego e a instabilidade familiar atuam socialmente para um sistema penal segregador direcionado a esse grupo em particular.

Nas últimas décadas, o crescimento da demanda punitiva dentro do sistema penal tem sido uma realidade em muitos países. Em muitas cidades latino-americanas, caracterizadas por elevados níveis de pobreza e desigualdade, os pobres são percebidos como uma ameaça à ordem social e potenciais "clientes" da justiça criminal. Para Hojman (2004), a diversidade e heterogeneidade marcadas pela pobreza nas cidades latino-americanas são fonte de divisão, alienação e segregação. "Quanto mais diferente o outro é objetivamente de mim (e subjetivamente para mim), mais eu percebo-o como ameaça, identifico-o como um criminoso, e menos me importo sobre o crime cometido contra ele" (HOJMAN, 2004, p. 39).

Assim, o *status* social serve como um dispositivo político-social para o desenvolvimento de políticas corretivas e de controle associadas à punição, particularmente pela associação de comportamentos ilegais ou considerados desprezados à certo grupos sociais. Nesse contexto, há uma predisposição para punição de certos grupos dentro da população, marcados pela desigualdade e hierarquia social, cabendo à justiça criminal o restabelecimento da norma socio-legal. Com isso, a punição e a justiça criminal são meios para a sustentação de posições políticas para conservação da hierarquia social. Estudos sobre a punição (CURRY; KLUMPP, 2009; PRATTO et al., 2000; HOOD; CORDOVIL, 1992; CUNNEEN, 1990; WORTLEY, 1996; COMMISSION, 1995) demostram que membros de grupos sociais com menor *status* social são desproporcionalmente julgados e punidos pelo sistema legal. Dessa forma, se os dispositivos punitivos materializam a desigualdade social, o grau de desigualdade deve ser maior onde os dispositivos punitivos são empregados mais frequentemente.

Portanto, a aplicação de sanções penais não seria exclusivamente uma obrigação da autoridade legal, mas também uma manifestação inerente às relações hierárquicas e à ordem político-legal de certa sociedade, considerando que a punição é administrada primariamente pelo sistema de justiça criminal como uma estratégia essencialmente reativa para o controle do crime. Assim, a punição também se constitui por meio da justiça criminal numa matriz de políticas de controle social, voltada para sustentação de determinada ordem político-social (GARLAND, 2005).

A funcionalidade política da punição está imbricada na natureza dos conflitos e mudanças sociais, pelo repúdio ao desvio social e à instabilidade da ordem vigente. Assim, o aumento da demanda punitiva reflete as tendências

para criminalização do desvio ou por uma maior gestão das chamadas classes perigosas ou grupos de risco. Ainda, a variedade de construções sociais da violência serve como justificativa para novas demandas por sentenças mais duras para grupos cultural, política e socialmente considerados potencialmente como um risco (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004[1939]; PORTO, 2000; VALLADARES, 1990; COIMBRA, 2001; COIMBRA; NASCIMENTO, 2005; ZALUAR, 1992; FAGAN; MEARES, 2008).

O debate sobre a desigualdade social e a sua institucionalização no sistema legal brasileiro remonta ao século XIX, a partir de uma criminologia predominantemente lombrosiana, com destaque para a obra de Nina Rodrigues *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (1894). O pressuposto era que o Brasil seria marcado, seja antropológicamente e/ou sociologicamente, pelas desigualdades sociais, raciais e até mesmo biológicas. Por isso da necessidade de elaboração de códigos penais diferenciados que permitissem formas distintas de punição para certos indivíduos ou grupos sociais. Tal pensamento foi enrobustecido com o fim da escravatura, o processo de urbanização e uma avaliação negativa atribuída a uma população heterogênea. Por essa abordagem, a punição se apresentava como um dispositivo essencial de controle e construção da nova ordem política e social (SCHWARCZ, 2008; ALVAREZ, 2002).

Para Alvarez (2002, p. 694), o pensamento jurídico-penal brasileiro tratou de "afirmar-se em face das desigualdades percebidas como constitutivas da sociedade brasileira". A (des) socialização e vulnerabilização de segmentos da população e consequente percepção de insegurança social exigiram do Estado um sistema de normalização e contenção de conflitos – exclusão, marginalidade, conflituosidade – socialmente seletivo. A associação entre pobreza e criminalidade foi comumente percebida como um fator criminógeno, o que contribuiu para criminalização de espaços urbanos e estigmatização de certos grupos sociais. Assim, a intervenção do Estado tem determinados grupos sociais como alvos constantes, tratando desigualmente os desiguais. Por exemplo, a ilegalidade fundiária foi, e ainda é, um determinante de exclusão jurídico-social de considerável parcela da população brasileira, cuja ordenação e controle social são exercidos de forma discriminatória. Assim, um problema político e social gerado pela desigualdade é transformado num problema de conservação da lei e da ordem. Assim, o sistema legal, além de refletir, também promove a desigualdade social e a segregação social e espacial, por meio de um processo de urbanização e concentração da pobreza (ERMÍNIA, 2003).

Estudos sobre desigualdade social, marginalização, pobreza e sistema penal no Brasil apontam para uma caracterização comum do perfil social dos conde-

nados no sistema de justiça, são eles os pobres, os pretos, os menos escolarizados. Essa seletividade e dissimetria em razão dos atributos sociais sustentam a proposição de que a cor da pele e classe social funcionam como dispositivos de discriminação penal. Também as políticas criminais dominantes no país e, sobretudo, sua política penal são marcadas por práticas sistemáticas de tratamento com referência a estereótipos e *status* social, um processo de categorização negativa de certos grupos sociais em termos dos seus atributos sociais (ADORNO, 1995, 1994; MUSUMECI et al., 2004; KAHN, 1999; COELHO, 1978, 2005).

O estudo, de 2004, de Resende e Andrade (2011, p. 175), a partir dos dados coletados pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), do Ministério da Justiça, sobre crimes cometidos em cidades acima de 100.000 habitantes, indica "que, no Brasil, a desigualdade de renda afeta de forma peculiar a criminalidade". Para os autores, há uma correlação positiva entre criminalidade e desigualdade de renda, verificada pelo considerável percentual de famílias fragilizadas – estrutura familiar[1] – e o baixo nível de escolaridade. Ainda, o estudo destaca a predominância de crimes contra a propriedade, quatro em cada cinco crimes registrados no período pesquisado. Os autores atribuem à desigualdade de renda um efeito positivo e significativamente indutor no cometimento desses tipos de crimes.

Monteiro e Cardoso (2013, p. 101), ao considerar os dados estatísticos[2] do sistema prisional brasileiro em 2010, o caracterizam como um "aspirador social", constituindo-se mais como "uma política de *repressão* e de *criminalização* à pobreza do que uma política capaz de diminuir as ocorrências criminais". Os autores destacam que 60% dos internos, no ano de 2010, foram enquadrados no grupo crimes contra o patrimônio. Desses, 83,5% por roubo e furto. E apesar das altas taxas do crime de homicídio no país, o grupo crimes contra a pessoa,

1. No estudo, os autores validam a correlação positiva entre criminalidade e desigualdade pelo percentual de mulheres chefes de família sem cônjuge e com filhos menores de 15 anos. Tal assertiva pode ser alvo de críticas por uma perspectiva feminista, pois famílias que possuem mulheres como chefes de família não são necessariamente fragilizadas. E, às vezes, mulheres são chefes de família mesmo sendo casadas com homens. Assim, para melhor compreensão da referida correlação positiva, o mais adequado seja entender como percentual de famílias fragilizadas aquelas famílias com apenas um dos cônjuges ou indivíduo solteiro como único responsável pelo cuidado social e econômico familiar, geralmente mulheres.
2. Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen) – DEPEN/MJ.

que inclui latrocínio e sequestro, representava apenas 12% das pessoas reclusas no sistema prisional no ano. Dentro do universo da população carcerária no período, 77% não concluíram o ensino fundamental, e 60% têm registro de cor de pele negra (MONTEIRO; CARDOSO, 2013).

O sistema punitivo brasileiro reflete os valores vigentes em nossa sociedade, marcada e constituída pela desigualdade. Considerando a desigualdade como uma disposição estruturante, ela expõe nossos desafios, fragilidades sociais e jurídico-institucionais. Um bom exemplo disso é a nossa cidadania hierarquizada. A desigualdade social como pedra angular no estabelecimento da autoridade, da ordem e de uma sociedade hierarquizada também constitui as relações institucionais dentro do sistema de justiça criminal. Para Kant de Lima (2004, p. 53), a ordem jurídica brasileira é "motivada pelo desejo de evitar ou abafar a explicitação de conflitos, ou de punir aqueles que neles se envolvem, prejudicando a harmonia de uma sociedade de desiguais complementares, onde cada um tem o seu lugar". Portanto, a punição não somente reflete como impõe e conserva uma ordem político-social pela sujeição sistemática, pela normalização e controle daqueles potencialmente perturbadores da harmonia social (LIMA, R. S., 2004; ADORNO, 2002).

No Brasil, os estudos sobre o papel ou o impacto da desigualdade social na promulgação de sentenças pela justiça criminal sistematicamente têm focado a pena de privação de liberdade, no efeito direto da raça, classe e escolaridade na probabilidade de encarceramento. No entanto, recentemente, novas modalidades punitivas têm ganhado espaço no cenário penológico brasileiro, no bojo da deslegitimação do sistema penal, do minimalismo e do abolicionismo penal. Exemplo é a nova Lei de Drogas – Lei 11.343/2006 – que aboliu a pena de prisão para usuários de drogas em substituição por advertência, medida educativa ou prestação de serviço à comunidade (PSC). Dentre os efeitos iatrogênicos dos movimentos pela despenalização ou descriminalização de certas infrações e comportamentos, são apontados a permanência da assimetria e discriminação para com certos grupos sociais e a manutenção de dois tipos de justiça dirigidos a dois tipos de indivíduos socialmente distintos (VERÍSSIMO, 2010; ANDRADE, 2006; CAMPOS, 2003).

São escassos os estudos sobre o perfil social dos cumpridores de penas e medidas alternativas. Embora, o objetivo da pesquisa *Roubo e Furto no Distrito Federal: Avaliação e Efetividade das Sanções Não-Privativas de Liberdade* (BARRETO *et al.*, 2009) não seja o levantamento sociodemográfico dos cumpridores de penas e medidas alternativas, ela oferece dados relevantes. As informações sociodemográficas daqueles punidos com alternativas à prisão no

Distrito Federal (DF) apontam similitudes com o perfil social da população carcerária, sendo que 54% dos sentenciados por furto encontravam-se na faixa etária entre 18 a 24 anos. Ainda, 90% eram do sexo masculino. O percentual de desempregados aproximava-se dos 60%; 84% eram da cor de pele preta e 60% com ensino fundamental incompleto.

Outro estudo que apresenta o perfil social dos cumpridores de penas alternativas é a dissertação de mestrado intitulada *Penas alternativas: um estudo acerca da execução das penas restritivas de direito no Rio de Janeiro (1994–2009)* (VASCONCELOS, 2011). No período que compreende a pesquisa, 90% dos cumpridores de penas alternativas no estado do Rio de Janeiro eram homens. Com relação à faixa etária, 44% estavam concentrados na faixa entre 18 e 29 anos. Com relação à cor da pele, destacando que as informações foram coletadas pela polícia e não autoatribuídas, 42% foram categorizados como pardos ou pretos. Quanto ao grau de escolaridade, 37% dos cumpridores não concluíram o ensino fundamental. Com relação ao perfil ocupacional, 45% dos cumpridores foram classificados dentro do estrato baixo superior – trabalhadores urbanos não qualificados; como vigias, serventes, trabalhadores braçais sem especificação, vendedores ambulantes, empregadas domésticas – e 36% dentro do estrato médio inferior – ocupações manuais qualificadas e semiqualificadas; como motoristas, pedreiros, mecânicos de veículos, marceneiros, carpinteiros, pintores e caiadores, soldadores, eletricistas de instalações.

Finalmente, o propósito deste trabalho é apresentar um quadro da aplicação da pena de PSC no DF, apresentando informações sociodemográficas dos cumpridores e tipos de infrações.

2. A ABORDAGEM METODOLÓGICA PARA CONSTRUÇÃO DO MODELO ESTATÍSTICO

O universo deste estudo é composto pela totalidade dos indivíduos cumprindo PSC no DF, precisamente 4.180 cumpridores, no período da coleta dos dados. A base de dados não é uma amostra, compreende todos aqueles cumprindo essa pena alternativa e sob monitoramento da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (Vepema), incluindo casos entre os anos de 2006 a 2012. A variável dependente para a análise é a punição, compreendida neste estudo como número de horas de PSC. A legislação estabelece a conversão da pena de um ano de prisão por 360 horas de PSC. As variáveis independentes são renda mensal, escolaridade, idade, local de residência, infração

e sexo. Lamentavelmente, a Vepema não coleta dados sobre cor/raça, o que impossibilitou a inclusão dessa variável no modelo.

A renda mensal foi definida em número de salários mínimos (SM) na data de início do cumprimento da pena (entre 2006 a 2012), uma abordagem simples e de fácil implementação.

Outra medida empregada para verificar a desigualdade social foi a caracterização dos cumpridores segundo seu local de residência, ou seja, a sua concentração socioespacial. Para isso, utilizou-se a renda média mensal por residência em SM, medida usada pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal (Codeplan) na sua pesquisa amostral por domicílios em 2011. Assumiu-se que pessoas de uma mesma família, ou famílias num mesmo domicílio, compartilham de forma regular a renda mensal da residência. Dessa forma, a renda média mensal por residência foi considerada por representar uma boa medida de *status* social ou de bem-estar social.

Devido ao elevado número de Regiões Administrativas (RAs), foi necessário (re) defini-las em grupos de acordo com a concentração de renda média mensal por residência, como *proxy* de desigualdade social no DF. Portanto, utilizou-se a renda média mensal por residência em SM para definir as RAs em quatro grupos: baixa renda, média renda, média para alta renda e alta renda. A mediana da renda média mensal por residência para todas RAs foi de 7.0 SM, assim, foram definidas como grupo baixa renda as RAs entre 1.0 SM até duas unidades abaixo da mediana, ou seja, 5.0 SM. O grupo média renda foi definido entre 5.0 SM e três unidades acima da mediana, 10.0 SM. O grupo média para alta renda entre 10.0 até 15.0 SM, e o grupo alta renda foi definido como acima de 15.0 SM.

A educação foi mensurada a partir das categorias coletadas pela Vepema, dentre as quais a conclusão ou não do ensino fundamental, médio e superior e o número de adultos não alfabetizados.

A variável infração compreende um conjunto de categorias independentes, essas categorias distinguem crimes violentos,[3] crimes contra a propriedade,

3. Neste estudo, o crime violento, compreendido dentro dos parâmetros legais para aplicação de penas alternativas, é o homicídio culposo tipificado no Código de Trânsito Brasileiro e casos de assédio sexual ou estupro tipificados pelo Código Penal e pela Lei 12.015/09, cuja redação trata ato libidinoso e estupro como partes do mesmo tipo penal. Ainda, estupro deixou de ser apenas a penetração do pênis na vagina, e o homem também passou a ser considerado agente passivo desse crime. Apesar da gravidade dessas infrações, o presente estudo tomou como foco as três infrações mais frequentes no cumprimento da pena alternativa. O número de observações referentes a homicídio culposo no trânsito (art. 302 do Código Brasileiro de Trânsito) foi de 89;

crimes contra os costumes, crimes contra a ordem econômica ou pública etc. Três infrações dentro do conjunto de tipologias infracionais apresentaram elevada frequência, representando 50% das observações: furto, posse ilegal de arma de fogo e tráfico de drogas.

3. APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Afinal, o uso das penas alternativas representa uma ruptura ou continuidade da seletividade dentro do sistema punitivo brasileiro? Este estudo fornece um modelo estatístico que permite identificar padrões com relação às infrações, à intensidade da punição medida em horas de PSC e aos atributos sociais daqueles que são punidos por meio das penas alternativas. Os resultados aqui apresentados têm por objetivo oferecer elementos para reflexão dos processos sociais que reproduzem as diferenças sociais na execução das penas alternativas.

De forma semelhante a configuração da população prisional no DF a maior proporção de cumpridores de PSC, 89% (3. 716), é composta pelo sexo masculino. O mesmo verifica-se na distribuição etária dos cumpridores, 75% (3.131) encontram-se nas faixas etárias entre 18 e 39 anos, não havendo diferenças significativas entre homens e mulheres, respectivamente 75,7% (2.813) e 68,5% (318).

A *Tabela 1* fornece estatísticas descritivas que permitem verificar o padrão de distribuição da PSC, segundo a legislação que tipificou a infração penal. Verifica-se a massiva concentração de dispositivos do Código Penal para descrição dos fatos ilícitos e instauração do processo penal, seguida pelo Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). Juntas, as duas legislações totalizam 84% (3.513) dos casos. Ainda, 6,3% (261) dos casos ingressaram na justiça criminal devido a infrações penais tipificadas nas Leis 11.343/2006 e 6.368/1976, que tratam da prevenção e repressão ao tráfico de drogas. As infrações de trânsito representam 4,1% (171) da totalidade dos casos, e 2,2% (91) das infrações foram tipificadas de acordo com uma variedade de leis, tais como: Contravenções Penais (Lei 3.688/1941), Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) e o Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003), dentre outras.

quanto ao art. 214 Código Penal foram 9 observações, com relação aos artigos 213, 216 e 218 do Código Penal foram 1 observação para cada um.

Tabela 1 – Distribuição da legislação para aplicação da prestação de serviço à comunidade.

Legislação	Frequência	%
Código Penal	2.381	57,0
Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03)	1.132	27,1
Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97)	173	4,1
Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (Lei 11.343/06)	221	5,3
Prevenção e Repressão ao Tráfico (Lei 6.368/76) – Revogada pela Lei 11.343/06	40	1,0
Outras Leis	91	2,2
Combinação de duas ou mais Leis	39	0,9
Missing Data	103	2,4
Total	4.180	100

Fonte: VEPEMA/DF.

Os dados sumarizados na *Tabela 2* mostram que as infrações tipificadas como crimes contra a propriedade (furto, roubo, estelionato e receptação) representam 34,5% (1.441) dos casos. O porte ilegal de arma de fogo, seja de uso restrito ou proibido, representa 24% (1.101) do total dos casos e o tráfico de drogas, 5,6% (232).

Tabela 2 – Distribuição das infrações penais na aplicação da prestação de serviço à comunidade segundo sexo.

Infração Penal	Homens		Mulheres		Total
	Frequência	%	Frequência	%	%
Furto	737	19,8	101	21,8	20,0
Roubo	182	4,9	6	1,3	4,5
Estelionato	155	4,2	58	12,5	5,1
Receptação (de Roubo)	195	5,2	7	1,5	4,8
Uso e/ou forjar documento falso	149	4,0	16	3,4	3,9
Porte ilegal de arma de fogo	700	18,8	34	7,3	17,6
Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito/proibido	262	7,1	5	1,1	6,4
Tráfico de drogas (Lei 11.343/06 e Lei 6.368/76)	152	4,1	80	17,2	5,6
Outros artigos do Código Penal	657	17,7	118	25,4	18,5
Outros artigos do Estatuto do Desarmamento	131	3,5	4	0,9	3,2
Outros artigos das Leis 11.343 e Lei 6.368	24	0,6	2	0,4	0,6
Artigos de outras Leis	249	6,7	17	3,7	6,4
Combinação de duas ou mais Leis	34	0,9	3	0,6	0,9
Missing Data	89	2,5	13	2,9	2,5
Total	3.716	100	464	100	100

Fonte: VEPEMA/DF.

O crime de roubo é referido na literatura criminológica como um dos mais "generados",[4] tendência verificada nos índices apresentados na *Tabela 2*, com 4,9%

4. Uma crítica, ouvida em rodas feministas, é que a presumida "generização" das infrações penais seria justamente um dos resultados do seletivismo do sistema penal, não se podendo afirmar que homens cometem mais crimes do que mulheres. Um

(182) das observações para homens e 1,3% (6) para mulheres. Por sua vez, o crime de furto apresenta uma menor variação entre homens e mulheres, respectivamente 19,8% (737) e 21,8% (101). Embora os homens, de maneira geral, apresentem maiores índices no cometimento de infrações, as estatísticas descritivas neste estudo indicam que existe uma substancial e perceptível variação de gênero com relação à punição pelas penas alternativas com respeito a algumas infrações. Particularmente, no que se refere ao crime de tráfico de drogas, as mulheres apresentam um maior índice (17,2% – 80) em relação aos homens (4,1% – 152), o que confirma o aumento do ingresso de mulheres na justiça criminal por esse tipo de crime nas últimas duas décadas (BARCINSKI, 2009; CARVALHO *et al.*, 2006; LAURITSEN; HEIMER; LYNCH, 2009; RODRIGUES *et al.*, 2012; OLIVEIRA, 2008).

3.1. Renda

Os dados da *Tabela 3* mostram a magnitude da desigualdade de renda entre os cumpridores de PSC. Primeiro, a categoria "Não Informada[5]" foi mantida na composição da tabela pelo fato de sua frequência ser muito significativa. Verifica-se que 62,4% (2.412) dos cumpridores estão concentrados entre as faixas de renda "menos de 1 SM" até "2 SM". E dentro desse segmento, a maior proporção está entre aqueles que ganham "mais de 1 SM" e "menos de 2 SM" com 48,9% (1.179). Inversamente ao aumento da renda mensal atribuída aos cumpridores, individualmente, verifica-se uma diminuição justamente dos estratos com maior renda em todas as tipologias de infração penal. Por exemplo, aqueles com renda mensal entre "mais de 5 SM" até "10 SM" representam 2,4% (93) dos cumpridores e aqueles "acima de 10 SM" correspondem a 0,6% (23).

A *Tabela 3* também apresenta a distribuição dos cumpridores com relação às tipologias da infração penal. Três infrações penais concentram mais da metade das observações: furto, 21,1% (814) dos casos; porte ilegal de arma de fogo, 25,3% (979) e tráfico de drogas, 5,6% (218). A análise com relação à renda mensal e infração penal mostra de forma marcante a desigualdade de renda dentro da população de cumpridores de penas alternativas no DF. Ainda, os

pressuposto ouvido é que, pela existência da subnotificação, os homens são mais criminalizados do que as mulheres. Desse modo, as cifras ocultas da criminalidade não permitiriam dizer mais.

5. Em conversas com os técnicos da Vepema, pôde-se perceber que a categoria "Não Informada" em relação à renda mensal do cumpridor é um tanto nebulosa, pois a resposta à pergunta pode ser verdadeiramente "não tenho renda" ou a omissão do cumpridor em informar sua renda.

dados da *Tabela 3* demonstram que 67,6% (484) dos homens punidos por furto estão distribuídos entre as faixas de renda "menos de 1 SM" até "2 SM"; entre as mulheres, a proporção é igual a 67,3% (66). A concentração dos cumpridores nos estratos de menor renda não é diferente com respeito ao porte ilegal de arma de fogo: 75,% (705) entre os homens e 73,7% (28) entre as mulheres. O mesmo padrão é verificado para com o tráfico de drogas: 68% (96) dos homens e 63,6% (96) das mulheres.

Embora numa proporção menor, a coluna "Outras Infrações", que corresponde à outra metade de cumpridores de maneira geral, demonstra o mesmo padrão verificado na análise das três infrações penais com maiores frequências. Homens e mulheres estão concentrados nas faixas de renda entre "menos de 1 SM" até "2 SM", respectivamente, 55,5% (909) e 54,6% (119).

Tabela 3 – Distribuição dos cumpridores de prestação de serviço à comunidade segundo renda em SM e infração penal.

	Renda Mensal em SM	Furto	%	Porte ilegal de arma de fogo *	%	Tráfico de Drogas **	%	Outras Infrações	%	Total	%
	Não Informada	181	5,3	158	4,6	40	1,2	438	12,8	817	23,9
	< 1 SM	166	4,8	195	5,7	27	0,8	176	5,1	564	16,4
H	1 SM	110	3,2	154	4,5	32	0,9	206	6	502	14,6
o	>1 SM e < 2 SM	201	5,9	344	10,0	37	1,1	508	14,8	1090	31,7
m	2 SM	7	0,2	12	0,3	0	0,0	19	0,6	38	1,1
e	>2 SM até 5 SM	48	1,4	61	1,8	4	0,1	201	5,9	314	9,1
n	>5 SM até 10 SM	2	0,1	10	0,3	1	0,0	77	2,2	90	2,6
s	>10 SM	1	0,0	7	0,2	0	0,0	12	0,3	20	0,6
	Total	716	20,8	941	27,4	141	4,1	1.637	47,7	3.435	100
	Não Informada	29	6,7	10	2,3	28	6,5	76	17,6	143	33,2
M	< 1 SM	29	6,7	15	3,5	22	5,1	43	10,0	109	25,3
u	1 SM	15	3,5	3	0,7	12	2,8	28	6,5	58	13,5
l	>1 SM e < 2 SM	21	4,9	9	2,1	15	3,5	44	10,2	89	20,6
h	2 SM	1	0,2	1	0,2	0	0,0	4	0,9	6	1,4
e	>2 SM até 5 SM	3	0,7	0	0,0	0	0,0	17	3,9	20	4,6
r	>5 SM até 10 SM	0	0,0	0	0,0	0	0,0	3	0,7	3	0,7
e	>10 SM	0	0,0	0	0,0	0	0,0	3	0,7	3	0,7
s	Total	98	22,7	38	8,8	77	17,9	218	50,6	431	100

Fonte: VEPEMA/DF.
* Compreender artigos 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, porte ilegal de arma de fogo e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito/proibido.
** Compreender artigo 33 e artigo 12, respectivamente das leis 11.343/06 e 6.368/76.

3.2. Escolaridade

Os resultados relacionados às variáveis escolaridade e infração penal são apresentados na *Tabela 4*. Mantiveram-se as categorias de registro administrativo usadas pela Vepema. Os dados demonstram claramente o baixo número

de cumpridores com ensino superior.[6] Estes representam 4,1% (156) daqueles cumprindo PSC. A maior proporção de cumpridores está concentrada substancialmente no estrato ensino fundamental incompleto, que representa 41,5% (1.590) dos casos. Aqueles com ensino médio completo representam 20,4% (780) dos cumpridores, seguidos por ensino médio incompleto 16% (608) e ensino fundamental completo 10% (385).

As variações e a distribuição dos cumpridores segundo a infração penal e o grau de escolaridade, apresentados na *Tabela 4*, indicam um maior envolvimento do estrato ensino fundamental incompleto nas três infrações penais mais frequentes, tanto para homens como para mulheres. A partir dos dados apresentados nas colunas, verifica-se que 52,4% (366) dos homens e 40,4% (38) das mulheres punidos com PSC por furto estão no estrato ensino fundamental incompleto. Os índices para porte ilegal de arma de fogo não diferem substancialmente, 43,7% (408) para os homens e 55,3% (21) para as mulheres, já para o tráfico de drogas, 47,5% (66) e 52% (41) para homens e mulheres respectivamente.

Em geral, os cumpridores da PSC apresentam um baixo grau de escolaridade independentemente da infração penal. No entanto, quando as três infrações penais mais frequentes são comparadas com a coluna "Outras Infrações[7]", essa tendência não se mostra tão sistemática e revela discrepâncias quanto à escolaridade. A proporção de cumpridores no estrato ensino fundamental incompleto, na coluna "Outras Infrações", representa 36,3% (592) do universo masculino e 26,7% (58) do universo feminino. Na coluna "Outras Infrações", o maior percentual de homens – 6,2% (103) – com ensino superior é quase o dobro da soma das três infrações penais mais freqüentes, que juntas representam 3,3% (24) dos cumpridores. Por sua vez, as mulheres com ensino superior representam 11,5% (25) dos cumpridores, na coluna "Outras Infrações", mais do que o dobro da soma das três infrações penais mais frequentes – 4,3% (4).

6. Considerando aqueles categorizados como ensino superior completo, pós-graduação, mestrado e doutorado.

7. A categoria "Outras Infrações" penais compreende uma diversidade de leis e artigos, por exemplo: uso ou falsificação de documento, tráfico de influência, lesão corporal, corrupção passiva, provocar ou consentir aborto (Código Penal); explorar jogo de azar, servir bebida alcoólica a menor de idade, perturbar sossego alheio (Lei 3.688/41 – Contravenções Penais); maus-tratos a animais, pescar em local proibido, causar danos a unidade de preservação (Lei 9.605/98); lesão corporal culposa com automóvel, homicídio culposo, omissão de socorro, conduzir alcoolizado veículo automotor (Lei 9.503/97); parcelamento irregular do solo urbano (Lei 6.776/79).

Tabela 4 – Distribuição dos cumpridores de prestação de serviço à comunidade segundo escolaridade e infração penal.

	Escolaridade do Cumpridor	Furto	%	Porte ilegal de arma de fogo*	%	Tráfico de Drogas**	%	Outras Infrações	%	Total	%
Homens	Analfabeto	27	0,8	22	0,6	4	0,1	32	0,9	85	2,5
	Fundamental Incompleto	366	10,8	408	12,0	66	1,9	592	17,4	1.432	42,1
	Fundamental Completo	69	2,0	106	3,1	16	0,5	157	4,6	348	10,2
	Médio Incompleto	103	3,0	168	4,9	26	0,8	246	7,2	543	16,0
	Médio Completo	109	3,2	178	5,2	17	0,5	373	11,0	677	19,9
	Superior Incompleto	18	0,5	34	1,0	9	0,3	129	3,8	190	5,6
	Superior Completo	5	0,1	15	0,4	1	0,0	92	2,7	113	3,3
	Pós-Graduação	1	0,0	2	0,1	0	0,0	10	0,3	13	0,4
	Mestrado	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
	Doutorado	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0	1	0,0
	Total	698	20,5	933	27,4	139	4,1	1.632	48,0	3.402	100
Mulheres	Analfabeta	2	0,5	0	0,0	1	0,2	5	1,2	8	1,9
	Fundamental Incompleto	38	8,9	21	4,9	41	9,6	58	13,6	158	36,9
	Fundamental Completo	5	1,2	4	0,9	5	1,2	23	5,4	37	8,6
	Médio Incompleto	17	4	8	1,9	15	3,5	25	5,8	65	15,2
	Médio Completo	23	5,4	4	0,9	16	3,7	60	14,0	103	24,1
	Superior Incompleto	5	1,2	1	0,2	1	0,2	21	4,9	28	6,5
	Superior Completo	3	0,7	0	0,0	0	0,0	22	5,1	25	5,8
	Pós-Graduação	0	0,0	0	0,0	0	0,0	3	0,7	3	0,7
	Mestrado	1	0,2	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,2
	Doutorado	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
	Total	94	22,0	38	8,8	79	18,5	217	50,7	428	100

Fonte: VEPEMA/DF.
* Compreender artigos 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, porte ilegal de arma de fogo e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito/proibido.
** Compreender artigo 33 e artigo 12, respectivamente das leis 11.343/06 e 6.368/76.

3.3. *Local de residência*

A *Tabela 5* mostra a distribuição dos cumpridores segundo o seu local de residência, indicando o grau de desigualdade de renda entre as RAs que compõem o DF. Os dados apresentados informam a frequência e variação das infrações penais em relação a cada grupo de RAs e apontam padrões na concentração de certas infrações penais de acordo com a estrutura social do DF.

O grupo de RAs caracterizado como "Baixa Renda" concentra 70,3% (2.814) dos cumpridores no DF, a distribuição das infrações penais dentre esse grupo é a seguinte: 21,2% (597) foram sentenciados por furto; 28,7% (808) por porte ilegal de arma de fogo; 5,3% (150) por tráfico de drogas e 44,7% (1.259) por Outras Infrações. Por outro lado, o exame dos grupos de RAs caracterizados como "Média para Alta Renda" e "Alta Renda" sugere outra relação social entre local de residência e cometimento das infrações penais. Esse dois grupos representam 7,7% (309) da população de cumpridores, sendo que 65,7% (203)

cumprem PSC por Outras Infrações penais: 14,9% (46) por furto; 11,7% (36) por porte ilegal de arma de fogo e 7,8% (24) por tráfico de drogas.

A diferença na distribuição das infrações penais para homens e mulheres com relação à variação de renda mensal residencial – como *status* socioeconômico – entre os grupos de RAs mostra-se mais significativa para o tráfico de drogas. Dentre os homens punidos por tráfico de drogas, 60% (90) deles residem em RAs dentro do grupo "Baixa Renda", enquanto que entre as mulheres a proporção sobe para 77% (60). A maior participação feminina e sua vulnerabilidade socioeconômica também aparecem no porte ilegal de arma de fogo, onde 92,1% (35) das mulheres encontram-se no grupo "Baixa Renda", enquanto 80,7% (773) dos homens estão dentro desse grupo.

Tabela 5 – Distribuição dos cumpridores de prestação de serviço à comunidade segundo grupos de RAs por concentração de renda mensal, por residência e infração penal.

Grupos de RAs por Concentração de Renda Mensal Média em SM por Residência		Furto	%	Porte ilegal de arma de fogo *	%	Tráfico de Drogas **	%	Outras Infrações	%	Total	%
Homens	Baixa Renda (1)	525	14,7	773	21,7	90	2,5	1.134	31,8	2.522	70,7
	Média Renda (2)	164	4,6	149	4,2	40	1,1	422	11,8	775	21,7
	Média para Alta (3)	31	0,9	27	0,8	14	0,4	109	3,1	181	5,1
	Alta Renda (4)	9	0,3	9	0,3	6	0,2	63	1,8	87	2,4
	Total	729	20,4	958	26,9	150	4,2	1.728	48,5	3.565	100
Mulheres	Baixa Renda (1)	72	16,4	35	8,0	60	13,6	125	28,5	292	66,5
	Média Renda (2)	20	4,6	3	0,7	14	3,2	69	15,7	106	24,0
	Média para Alta (3)	5	1,1	0	0,0	3	0,7	17	3,9	25	5,7
	Alta Renda (4)	1	0,2	0	0,0	1	0,2	14	3,2	16	3,7
	Total	98	22,3	38	8,7	78	17,7	225	51,3	439	100

* Compreender artigos 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, porte ilegal de arma de fogo e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito/proibido.
** Compreender artigo 33 e artigo 12, respectivamente das leis 11.343/06 e 6.368/76.
(1) Entorno DF, Brazilândia, Ceilândia, Paranoá/Itapuã, Planaltina, Recando das Emas, Riacho Fundo II, Samanbaia, Santa Maria, São Sebastião, Varjão e Estrutural.
(2) Candangolândia, Gama, Núcleo Bandeirante, Riacho Fundo, Sobradinho, Taguatinga, Vila Planalto.
(2) Cruzeiro, Guará, Águas Claras, Vicente Pires.
(4) Brasília, Lago Sul, Lago Norte, Setor Mansões Park Way (SMPW).

3.4. *As penas em horas de PSC*

Os dados da *Tabela 6* mostram que 5,5% (222) dos cumpridores não têm o cumprimento de PSC como punição, aqueles com "zero hora", o que sugere

apenas a aplicação da Prestação Pecuniária (PEC) como pena para esses casos. Ou, então, a conversão das penas de PSC para PEC. Verifica-se, ainda, que a maior parte desses cumpridores está concentrada na coluna "Outras Infrações", representando 80% (178) dos casos.

A *Tabela 6* mostra as disparidades da magnitude da punição com relação à infração penal. A grande parte do universo de cumpridores, 69% (2.753) dos casos, está concentrada na faixa de "360 horas até 1.440 horas" de PSC, que corresponde a penas privativas de liberdade entre 1 e 4 anos (360 horas = 1 ano). Em geral, verifica-se a baixa variação no número de horas de PSC, inclusive com relação às quatro tipologias de infrações. Dentre os cumpridores sentenciados por furto, 70,5% (601) dos casos estão nas faixas de "360 horas até 1.440 horas" de PSC; por porte ilegal de arma de fogo, são 85,5% (851); e por tráfico de drogas, são 72,4% (165). A coluna "Outras Infrações" apresenta o menor índice de penas entre as faixas de horas de PSC referidas acima, a proporção de cumpridores nessas faixas de horas abaixa para 58,3% (1.136).

Embora se verifique uma uniformidade na intensidade da punição – número de horas de PSC –, independentemente da infração penal, o exame do papel social do gênero dos cumpridores mostra discrepâncias na aplicação das sentenças e, consequentemente, das penas. Percebem-se disparidades na intensidade da punição para homens e mulheres sentenciados pela mesma infração penal, nas faixas de "360 horas até 1.440 horas". Dentre os homens punidos por porte ilegal de arma de fogo, 86% (823) estão nessa faixa, enquanto a proporção de mulheres punidas pela mesma infração penal abaixa para 72% (28). Por outro lado, com relação às infrações penais tráfico de drogas e "Outras Infrações", as mulheres experimentam punições mais severas. Enquanto a proporção de homens punidos por tráfico de drogas nas faixas de "360 horas até 1.440 horas" de PSC é de 66,7% (100), entre as mulheres, a razão aumenta para 83,3% (65). Da mesma forma, os homens punidos por "Outras Infrações" proporcionalmente recebem sentenças menos severas do que as mulheres, respectivamente 56,6% (974) e 70,7% (162).

Tabela 6 – Distribuição dos cumpridores de prestação de serviço à comunidade segundo horas de pena e infração penal.

	Horas de PSC	Furto	%	Porte ilegal de arma de fogo *	%	Tráfico de Drogas **	%	Outras Infrações	%	Total	%
Homens	0 Horas	15	0,4	15	0,4	11	0,3	168	4,7	209	5,9
	> 1 até 30	9	0,3	13	0,4	0	0,0	27	0,8	49	1,4
	> 30 até 60	3	0,1	4	0,1	3	0,1	54	1,5	64	1,8
	> 60 até 120	9	0,3	8	0,2	4	0,1	84	2,4	105	3
	> 120 até 240	27	0,8	8	0,2	7	0,2	131	3,7	173	4,9
	> 240 até 360	72	2	10	0,3	18	0,5	191	5,4	291	8,2
	> 360 até 720	259	7,3	420	11,8	71	2,0	478	13,4	1.228	34,5
	> 720 até 1.440	269	7,6	403	11,3	29	0,8	496	2,4	1.197	33,7
	> 1440 até 2.160	62	1,7	66	1,9	7	0,2	84	2,4	219	6,2
	> 2.160 até 2.880	4	0,1	9	0,3	0	0,0	8	0,2	21	0,6
	Total	729	20,5	956	26,9	150	4,2	1.721	48,4	3.556	100
Mulheres	0 Horas	2	0,4	0	0,0	1	0,2	10	2,2	13	2,9
	> 1 Hora até 30	4	0,9	3	0,7	0	0,0	10	2,2	17	3,8
	> 30 até 60	2	0,4	0	0,0	0	0,0	3	0,7	5	1,1
	> 60 até 120	0	0,0	1	0,2	0	0,0	7	1,6	8	1,8
	> 120 até 240	4	0,9	0	0,0	2	0,4	9	2,0	15	3,4
	> 240 até 360	6	1,3	2	0,4	6	1,3	21	4,7	35	7,8
	> 360 até 720	29	6,5	13	2,9	35	7,8	79	17,7	156	35,0
	> 720 até 1.440	44	9,9	15	3,4	30	6,7	83	18,6	172	38,6
	> 1440 até 2.160	8	0,2	4	0,9	4	0,9	6	1,3	22	4,9
	> 2.160 até 2.880	1	0,2	1	0,2	0	0,0	1	0,2	3	0,7
	Total	100	22,4	39	8,7	78	17,5	229	51,3	446	100

* Compreender artigos 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, porte ilegal de arma de fogo e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito/proibido.
** Compreender artigo 33 e artigo 12, respectivamente das leis 11.343/06 e 6.368/76.

A *Tabela 7* mostra a associação entre a infração penal com a renda mensal dos cumpridores e com a magnitude da punição em horas de PSC. Os dados apresentados mostram a distribuição dos cumpridores com relação à renda mensal e horas de PSC, considerando somente três estratos de renda: renda "não informada", renda "< 1 SM até 2 SM" e renda "acima de 2 SM". No geral, os dados apontam uma baixa elasticidade das penas em horas de PSC independentemente da renda mensal do cumpridor. Nos estratos de renda "não informada" e "acima de 2 SM", respectivamente, 53,3% (489) e 55% (360) dos cumpridores foram punidos com penas de "360 horas até 1.440 horas" de PSC. Contudo, mesmo que assumindo a baixa variação da punição em número de horas de PSC, o estrato de renda "< 1 SM até 2 SM" apresenta uma maior concentração de cumpridores nas faixas de "360 horas até 1.440 horas" com 78,4% (1.904) dos casos, o que pode sugerir uma maior severidade punitiva com relação a esse grupo.

Em geral 80% dos cumpridores dentro do estrato de renda "< 1 SM até 2 SM", independentemente da infração penal, receberam penas nas faixas de "360 horas até 1.440 horas" de PSC, com exceção de "Outras Infrações", com 69,3%. Os dados da coluna tráfico de drogas demonstram que as penas tendem

a ser significativamente mais longas para os cumpridores na faixa de renda "< 1 SM até 2 SM". Nesse estrato de renda, 80% (115) dos cumpridores foram sentenciados com penas de "360 horas até 1.440 horas" de PSC; no estrato renda "não informada", o percentual é de 66,1% (43), enquanto no estrato "acima de 2 SM", essa proporção abaixa para 37% (7).

A maior concentração de longas horas de PSC no estrato de renda "< 1 SM até 2 SM" não parece estar relacionada somente ao maior número de cumpridores na composição desse grupo. Considerando cada tipologia de infração penal individualmente, o estrato de renda "< 1 SM até 2 SM" apresenta os maiores índices com relação as penas entre "360 horas até 1.440 horas" de PSC. Por exemplo, enquanto o estrato de renda "não informada" apresenta baixos índices quanto às quatro tipologias de infrações penais, na ordem, 14,6% (121), 12,6% (125), 18,9% (43) e 10,3% (200); o estrato "< 1 SM até 2 SM" apresenta índices mais elevados, respectivamente 53,2% (441), 65,2% (649), 50,4% (115) e 35,8% (699).

Tabela 7 – Distribuição dos cumpridores de prestação de serviço à comunidade segundo renda mensal em SM e horas de cumprimento de PSC.

Renda Mensal em SM	Horas de PSC	Furto	%	Porte Ilegal de arma de fogo *	%	Tráfico de Drogas **	%	Outras Infrações	%	Total	%
Não Informada	< 360	58	6,3	12	1,3	14	1,5	250	27,3	334	36,4
	360 a 720	42	4,6	46	5,0	18	2,0	87	9,5	193	21,0
	720 a 1440	79	8,6	79	8,6	25	2,7	113	12,3	296	32,3
	> 1440	26	2,8	28	3,1	8	0,9	32	3,5	94	10,3
	Total	205	22,4	165	18	65	7,1	482	52,6	917	100
< 1 SM Até 2 SM	< 360	67	2,8	32	1,3	26	1,1	268	11,0	393	16,2
	360 a 720	228	9,4	346	14,2	84	3,5	363	14,9	1.021	42,0
	720 a 1440	213	8,8	303	12,5	31	1,3	336	13,8	883	36,4
	> 1440	39	1,6	49	2,0	3	0,1	41	1,7	132	5,4
	Total	547	22,5	730	30,1	144	5,9	1.008	41,5	2.429	100
Acima de 2 SM	< 360	28	4,3	20	3,0	12	1,8	197	30,0	257	39,2
	360 a 720	18	2,7	41	6,3	4	0,6	107	16,3	170	25,9
	720 a 1440	21	3,2	36	5,5	3	0,5	130	19,8	190	29,0
	> 1440	10	1,5	3	0,5	0	0,0	26	4,0	39	5,9
	Total	77	11,7	100	15,2	19	2,9	460	70,1	656	100

* Compreender artigos 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, porte ilegal de arma de fogo e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito/proibido.
** Compreender artigo 33 e artigo 12, respectivamente das leis 11.343/06 e 6.368/76.

Os dados da *Tabela 8* apresentam a distribuição dos cumpridores segundo o número de horas de PSC com relação ao local de residência – como indicador de *status* social –, considerando a concentração de renda média mensal por residência para composição dos grupos de RAs.

Considerando somente o grupo de RAs "Baixa Renda", na *Tabela 8*, verifica-se que 69,5% (1.964) dos cumpridores nesse grupo cumprem penas de "360 horas até 1.440 horas" de PSC. No grupo "Média Renda", o percentual é 67,8% (599); no grupo "Média para Alta", é 67,% (140) e no grupo "Alta Renda", o índice de cumpridores que tem como punição penas na mesma faixa de horas de PSC abaixa para 58,7% (64). De forma geral, os dados não sugerem que o local de residência do cumpridor, como um indicador de seu *status* social, promova disparidades significativas na uniformidade punitiva das penas alternativas.

Tabela 8 – Distribuição dos cumpridores de prestação de serviço à comunidade segundo horas de PSC por grupos de RAs.

Grupos de RAs por Concentração de Renda Mensal Média por Residência		Horas de PSC											
		> 240 até 360	%	> 360 até 720	%	> 720 até 1.440	%	> 1440 até 2.160	%	> 2.160 até 2.880	%	Total	%
Homens	Baixa Renda (1)	622	17,4	905	25,2	836	23,2	149	4,2	16	0,4	2.528	70,6
	Média Renda (2)	200	5,5	258	7,2	267	7,5	49	1,3	4	0,2	778	21,7
	Média para Alta (3)	50	1,4	52	1,5	65	1,8	13	0,4	2	0,1	182	5,1
	Alta Renda (4)	28	0,8	28	0,8	27	0,8	10	0,3	0	0,0	93	2,6
	Total	900	25,1	1.243	34,7	1.195	33,3	221	6,2	22	0,7	3.581	100
Mulheres	Baixa Renda (1)	57	12,8	107	24,0	116	26,0	17	3,8	1	0,2	298	66,8
	Média Renda (2)	25	5,6	33	7,5	41	9,2	5	1,1	1	0,2	105	23,6
	Média para Alta (3)	3	0,7	15	3,4	8	1,8	0	0,0	1	0,2	27	6,1
	Alta Renda (4)	5	1,1	3	0,7	6	1,3	2	0,4	0	0,0	16	3,5
	Total	90	20,2	158	35,6	171	38,3	24	5,3	3	0,6	446	100

* Compreender artigos 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, porte ilegal de arma de fogo e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito/proibido.
** Compreender artigo 33 e artigo 12, respectivamente das leis 11.343/06 e 6.368/76.
(1) Entorno DF, Brazilândia, Ceilândia, Paranoá/Itapuã, Planaltina, Recando das Emas, Riacho Fundo II, Samanbaia, Santa Maria, São Sebastião, Varjão e Estrutural.
(2) Candangolândia, Gama, Núcleo Bandeirante, Riacho Fundo, Sobradinho, Taguatinga, Vila Planalto.
(2) Cruzeiro, Guará, Águas Claras, Vicente Pires.
(4) Brasília, Lago Sul, Lago Norte, Setor Mansões Park Way (SMPW).

No entanto, os dados da *Tabela 8* devem ser analisados com relação às *Tabelas 5 e 6* que mostram a distribuição dos cumpridores quanto à infração penal com relação às RAs e à magnitude da punição.

A *Tabela 6* mostra que a infração por porte ilegal de arma de fogo foi aquela com o maior número de cumpridores com penas de "360 horas até 1.440 horas", 85,5% (851), sendo que a *Tabela 5* informa que os cumpridores punidos por porte ilegal de arma de fogo estão concentrados nas RAs consideradas como "Baixa Renda", correspondendo a 75,2% (749). Quando a infração penal

que levou ao cumprimento da pena alternativa foi o furto, 70,5% (601) dos cumpridores receberam penas de "360 horas até 1.440 horas" e 74,7% (598) desses cumpridores estão no grupo de RAs "Baixa Renda". Dentre aqueles sentenciados por Outras Infrações, os índices são: 58,3% (1.136) dos cumpridores receberam penas de "360 horas até 1.440 horas" e 61,8% (1.206) desses cumpridores estão no grupo de RAs "Baixa Renda". Com relação ao tráfico de drogas, respectivamente, os índices são 72,4% (165) e 67,5% (154).

Resumidamente, os dados apresentados neste permitem afirmar que a população de cumpridores de PSC no DF pode ser caracterizada pelo seu contexto de vulnerabilidade socioeconômica, ou seja, baixa remuneração, baixa escolarização e concentração nas RAs com baixo *status* social. Assim, é razoável presumir que as variações com respeito à magnitude da punição, em horas de PSC, ocorrem com relação à associação entre a infração penal e o contexto socioeconômico do cumpridor.

Embora a uniformidade na magnitude das penas de PSC reflita, de certa forma, o princípio universal da aplicação da lei como o exercício da punição a todo infrator independentemente da natureza da infração ou bem jurídico tutelado, os dados demonstram que a desigualdade socioeconômica atua como uma espécie de atributo social na estratificação dos cumpridores de penas alternativas. Dessa forma, a desigualdade social deve ser compreendida a partir das disposições e estrutura social do DF que acabam por construir um comportamento infracional distinto que, associado à posição social do cumpridor, reforça a seletividade penal. Assim, a desigualdade social tende a promover uma punição desproporcional para aqueles indivíduos socialmente desfavorecidos e que cometem certas infrações.

4. A SELETIVIDADE PENAL NAS PENAS ALTERNATIVAS

Os dados apresentados neste estudo permitiram a construção de um quadro das infrações penais e magnitude das penas no escopo da prestação de serviço à comunidade no DF. Os resultados da análise mostram uma considerável consistência na identificação de padrões quanto ao cumprimento da PSC com relação à frequência das infrações penais e aos atributos sociais dos cumpridores, isto é, a prescrição de penas dentro de uma mesma faixa de horas para cumpridores com posição social similar, porém com algumas variações segundo a infração penal.

Dado que o objetivo de um sistema de punição é influenciar as pessoas a abster-se de condutas criminosas ou desviantes, as penas alternativas não se descolam desse postulado geral. Além disso, as penas alternativas manifestam

as funções da punição e controle social às latentes relações entre a punição e a estrutura social. Assim, a distribuição dos infratores punidos com PSC varia diretamente com as mudanças na estrutura social, não desconsiderando as variações quanto à infração penal cometida. A partir dessa perspectiva, as penas alternativas obedecem à lógica contemporânea das instituições de punição criminal, que é distinguir o infrator e seu comportamento "criminoso" (WESTERN; KLEYKAMP; ROSENFIELD, 2004).

Sociologicamente, a execução das penas alternativas no DF infere uma relação adversarial, apesar de sua intenção em romper com a lógica penal-prisional ainda persiste uma relação entre desigualdade e punição criminal. A posição do indivíduo na estrutura social tem implicações para o seu tratamento dentro da justiça criminal. Portanto, infratores socialmente desfavorecidos são propensos a um tratamento mais coercitivo pela imposição de rótulos negativos pelo fato de seu comportamento ameaçar interesses econômicos, político-sociais e morais e serem percebidos como culturalmente diferentes, perigosos e imprevisíveis (STEFFENSMEIE; DEMUTH, 2000).

Assim, pode-se inferir uma associação entre desigualdade e punição nas penas alternativas, que grupos sociais mais desfavorecidos socialmente permanecem representados por uma maior participação no cometimento de crimes contra a propriedade, que tende a estar correlacionada com características tais como renda, educação ou área de residência. Paticularmente, quanto aos cumpridores de PSC no DF, é preciso destacar que as diferenças socioeconômicas sugerem diferenças quanto ao comportamento infracional e uma maior concentração de cumpridores dentro dos estratos sociais mais baixos da população. Mesmo que independentemente da infração as penas sejam equiparáveis, essas estão concentradas e voltadas para certos grupos sociais (CURRY; KLUMPP, 2009; STACK, 1984).

Para maior compreensão da relação entre desigualdade e punição, deve-se considerar a magnitude com que certos grupos sociais são punidos com relação à infração cometida. A frequência, a distribuição e a variação das infrações penais e horas de PSC entre os cumpridores de penas alternativas no DF estão ligadas à variação da renda, da escolaridade e à área de residência. Os resultados apresentados suportam o argumento de que a desigualdade e a presença de uma grande população, social e economicamente subordinada, funcionam como um dínamo para uma punição mais coercitiva.

Dessa forma, a desigualdade não tem influência somente sobre medidas agregadas de infrações, mas também sobre o uso dos mecanismos legais de controle social. Assim, a desigualdade pode desencadear uma vontade, uma motivação de punir indivíduos e grupos identificados com situações específi-

cas, baseada não somente no controle do crime, mas também na desaprovação de comportamentos e na reafirmação da legitimidade das normas sociais. As penas alternativas não estão descoladas de uma abordagem punitiva voltada para o controle social e o exercício da punição a certos grupos sociais, embora se apresentem como um novo sistema de condenação penal.

Boiteux (2006, p. 8) destaca os efeitos adversos da Lei 11.346/2006, que promoveu a despenalização da posse de entorpecentes, mas, por outro lado, aumentou significativamente a pena para o delito tráfico de drogas. A punição ao tráfico de drogas por meio das penas alternativas no DF segue as tendências do endurecimento penal a esse ilícito, ou seja, considerável número de punidos entre os "mais vulneráveis" e o aumento do número de mulheres. No caso particular do DF, percebe-se a centralidade do gênero na construção da identidade dos punidos com PSC por tráfico de drogas, indicando mudanças em relação a práticas mais amplas e menos tolerantes para com a penalização das mulheres. A cultura do controle alarga sua rede para mulheres com algum risco de cometer alguma infração penal (BOITEUX; PÁDUA, 2013; BOITEUX; CORDA; EDWARDS, 2010; BARCINSKI, 2009; STEFFENSMEIER et al., 2006; HEIDENSOHN; GELSTHORPE, 2007).

As penas alternativas, como uma modalidade punitiva, estão inseridas e constituídas dentro da conformação ideológica da estrutura social e cultura jurídica brasileira, e não deixam de ser reformas legais e institucionais de maior intervenção penal e estatal. Ao longo da história jurídica do país, a punição se apresenta como uma intervenção penal sobre o criminoso mais do que sobre o crime. O que temos é um discurso ordenador e normalizador, cujo objeto da ação penal não deixa de ser o indivíduo ou certos grupos sociais. Dessa forma, as penas alternativas, assim como o sistema prisional, operam orientadas por disposições sociais que reforçam as desigualdades racial e social constitutivas da sociedade brasileira, e produzindo sua própria desigualdade jurídica (ALVAREZ, 2002; SCHWARCZ, 2008).

Apesar da ausência de dados sobre cor/raça nos registros da Vepema, a análise dos resultados das *Tabela 5*, combinada com os dados sociodemográficos da pesquisa amostral por domicílio 2011 no DF (CODEPLAN, 2012), aponta para diferenças raciais significativas na composição da população de cumpridores. Segundo os dados apresentados pela Codeplan (2012), 75% dos residentes no grupo RAs Alta Renda são brancos, enquanto no grupo RAs Baixa Renda 66% dos residentes são negros (pretos/pardos). Além da desigualdade socioeconômica, esses dados reforçam a interação e os efeitos diretos da raça/cor no processo social da punição criminal. Assumindo que a raça/cor de um indivíduo influencie suas relações sociais, marcadas pela desigualdade e se-

gregação, pode-se sugerir que sua raça/cor promova uma maior propensão a interações sociais discriminadoras, incluindo polícia e a justiça criminal. Com isso, as penas aplicadas aos grupos racial e socialmente desfavorecidos seriam uniformemente mais longas (ADORNO, 1995; 1996).

Myers (1987, p. 747) argumenta "que uma maior desigualdade cria um clima geral de maior punição e aplicação da lei". Portanto a desigualdade tende a promover uma punição desproporcionalmente mais severa para aqueles considerados mais perigosos e socialmente desfavorecidos por duas razões: primeiro, um elevado grau de desigualdade indica o maior uso dos mecanismos de controle legal como controle social pelas elites; segundo, as elites são propensas ao emprego de punições mais severas como resposta a qualquer ameaça real ou simbólica a sua posição hegemônica. A presença de grupos sociais marcados pela desigualdade e espacialmente próximos pode ser percebida como ameaçadora, funcionando como uma força dinâmica em relações sociais e políticas intergrupos. As disparidades das condições sociais somadas à ideia de uma percebida ameaça potencializam o preconceito, que enfatiza um tipo de percepção social e cultural e respostas subjetivas a determinados grupos sociais (BOBO; HUTCHINGS, 1996; BOGUS; PASTERNAK, 2003; RIBEIRO; SANTOS JUNIOR, 2005; NUNES; COSTA, 2007).

A punição não depende somente da infração penal cometida, mas também em parte da natureza e do objetivo justificador geral do sistema punitivo. A pena não está ligada apenas à infração penal, mas também às características do infrator, tais como raça, gênero, escolaridade e renda, orientações apresentadas dentro da justiça criminal como juridicamente irrelevantes. Dessa forma, a supervisão penal operada pelas penas alternativas também é marcada pelas disparidades sociais e econômicas e reproduz a concentração sociodemográfica produzida pela prisão, que é a punição não somente de indivíduos, mas de grupos sociais (GARLAND, 2001; WACQUANT, 2001a; GARLAND, 2005; WESTERN; WILDEMAN, 2008).

Nas últimas duas décadas, as penas alternativas (BARRETO, 2010; GOMES, 2008) têm buscado redesenhar a punição dentro da justiça criminal, apresentando-se como um interesse legítimo do Estado e do sistema penal em assegurar a cidadania aos grupos socialmente marginalizados e desfavorecidos. Contudo as penas alternativas acabaram por se tornar ações mais diretivas e punitivas – no cumprimento de longas penas – como resposta a infrações penais, desvios de comportamentos, no controle e supervisão de determinados grupos sociais. Portanto, as penas alternativas, enquanto punição criminal, respondem e atendem aos interesses de maior demanda punitiva, controle social, lei e ordem.

As penas alternativas em comparação com outras formas de controle social, como a prisão moderna, na prática, não contradizem o pensamento criminológico clássico sobre a regulação dos comportamentos sociais por meio de processos sociais normativos, portanto, são sanções legais formais e reações sociais criadas num contexto coercitivo, baseadas nos custos legais de punição, processos normativos e numa ética de interação social com vista à regulação da vida social cotidiana, bem como à mobilização da comunidade como resposta a problemas de comportamento e facilitação à conformidade.

Se no passado a vadiagem[8] foi um dos dispositivos jurídicos para o controle legal sobre os pobres (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004[1939]; NEDER, 2009; KOWARICK, 1987; MONTEIRO; CARDOSO, 2013; RESENDE; ANDRADE, 2011), no presente, ela foi substituída por crimes contra a propriedade e tráfico drogas – e no DF posse ilegal de arma de fogo. Nesse quadro, as penas alternativas reforçam a justiça criminal como o espaço de arbitragem dos conflitos sociais entre as autoridades legais e as populações marginalizadas. A punição operaria para controlar ameaças à ordem político-social representadas pelas populações problemáticas, e o grau de punição varia com o tamanho do grupo problemático. Homens e mulheres na parte inferior da hierarquia social podem se recusar a trabalhar, roubar dos ricos ou dedicar-se a atividades criminosas. E a desigualdade enquanto distância econômica entre ricos e pobres reafirmaria a distância cultural entre os dois grupos e potencializaria o medo para com as populações marginalizadas, intensificando a punição e o controle social (WESTERN; KLEYKAMP; ROSENFIELD, 2004; DUBBER, 2001).

A probabilidade de penas mais longas está diretamente relacionada aos níveis normativos e aos componentes políticos e morais da punição, que por sua vez estão imbricados na lógica da dissuasão. Uma organização social estruturada hierarquicamente reforça os controles legais e a alteridade social e, com o desenvolvimento de espaços de segregação, ajuda a criar os fatos para sua própria justificação. As disparidades na punição produzidas pela orientação coercitiva e normalizadora da política de justiça criminal, no Brasil e no

8. No Brasil, a vadiagem constitui-se num mecanismo de controle do Estado sobre os indivíduos até o início do século XX, num modo de regulação do tempo e da força de trabalho. A vadiagem antes conformada nos hábitos culturais e sociais do período colonial, com o surgimento do trabalho livre, configurou-se como uma ameaça à ordem político-social. Assim, a vadiagem no sistema legal ganhou novos contornos sociológicos pela criminalização e punição de indivíduos e grupos sociais – negros libertos, mendigos, desocupados – considerados potencialmente perigosos anteriormente ao cometimento de alguma infração.

mundo, não se referem somente à intenção de controlar o crime, são também o resultado das percepções político-sociais do problema (FAGAN; MEARES, 2008; MAUER, 2004; FEELEY; SIMON, 1992; GARLAND, 2001, 2005, 1995; WACQUANT, 2001a).

A ideia da punição como resposta à ameaça político-social é aqui enquadrada segundo a percepção do sistema de justiça criminal sobre como um grupo social particular representa uma ameaça para a segurança pública. Este estudo também assume que a execução das penas alternativas no âmbito da justiça criminal tende a responder as infrações penais pelo princípio da aplicação universal da lei, como o direito de punir e a proteção dos bens jurídicos tutelados.

A uniformidade da punição a certos grupos sociais evoca a questão dos propósitos a serem alcançados, se a uniformidade está estruturada em torno do propósito da prevenção geral, por exemplo, os atributos sociais dos infratores não são considerados tão relevantes. Porém, se a uniformidade é um reflexo da vulnerabilidade social e seletividade do sistema da justiça criminal, a punição constitui-se numa ferramenta de controle social e de manutenção da ordem político-social. Dessa forma, as penas alternativas reproduzem as desigualdades e os padrões do sistema punitivo brasileiro. A punição penal é mediada por uma interação social seletiva e discriminatória, sendo assim uma decisão política de controle e gestão de riscos reais ou percebidos (FEELEY; SIMON, 1992; GONÇALVES; ARAÚJO; SANTANA, 2010; WACQUANT, 2001b; MONTEIRO; CARDODO, 2013; GARLAND, 2005; RESENDE; ANDRADE, 2011; CARVALHO *et al.*, 2006; SALLA; BALLESTEROS, 2008).

A inclusão das penas alternativas no sistema de justiça criminal tem como produto o alargamento do controle social brasileiro, que, segundo Kant de Lima (1999, p. 24), é caracterizado pelo controle de uma população subordinada e resultado de "formulações legais especializadas, legislativa ou judicialmente." Embora possua um caráter progressista[9] as penas alternativas não conseguem superar uma ordem político-social e jurídica estabelecida pela desigualdade e acabam reproduzindo um sistema punitivo fundado numa estrutura social hierarquizada.

Resumidamente, as penas alternativas reproduzem a escala de punição verificada na execução da pena de privação de liberdade. Portanto, a justiça cri-

9. As penas alternativas buscam o reconhecimento dentro do sistema penal a partir da perspectiva de um sistema "transcarceral" de controle social em vez do confinamento de seres humanos, sistema baseado na "humanização" da pena, responsabilização do infrator pelos seus atos e a manutenção dos vínculos familiares e comunitários.

minal como agência punitiva se vale de mais uma ferramenta de manutenção da lei e da ordem que também reflete e mantém a desigualdade nas relações sociais intergrupos. A uniformidade das penas aplicadas a certos grupos sociais não é aleatória, mas sim uma escolha política que deve ser entendida como o resultado de uma série de fatores político-culturais e sociodemográficos. Punir é o produto de um alinhamento político, uma construção sociolegal e não somente um produto do medo do crime.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. In: *Novos Estudos Cebrap,* São Paulo, n. 43, Nov., 1995, p. 45-63.

_____. Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. In: *Revista Estudos Históricos,* Rio de Janeiro, vol. 9, n. 18, 1996, p. 283-300.

_____. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no Tribunal do Júri. In: *Revista USP*, São Paulo, n. 21, Mar.-Mai., 1994, p. 132-151.

_____. Exclusão socioeconômica e violência urbana. In: *Sociologias,* Porto Alegre, ano 4, n. 8, Jul.-Dez., 2002, p. 84-135.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. In: *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 45, n. 4, 2002, p. 677-704.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In: *Revista Sequência,* Florianópolis, n. 52, Jul., 2006, p. 163-182.

BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. In: *Revista Ciência e Saúde Coletiva,* Rio de Janeiro, vol. 14, n. 5, Dez., 2009, p. 1843-1853.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira *et al. Roubo e Furto no Distrito Federal: avaliação da efetividade das sanções não-privativas de liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, vol. 1., 2009, p. 146.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas. In: *Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas*, 2010, Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 47.

BOBO, Lawrence; HUTCHINGS, Vincent L. Perceptions of racial group competition: Extending Blumer's theory of group position to a multiracial social context. In: *American Sociological Review*, vol. 61, n. 6, Dec., 1996, p. 951–972.

BOGUS, Lucia Maria Machado; PASTERNAK, Suzana. A cidade dos extremos: desigualdade socioespacial em São Paulo. In: *Cidades – comunidades*

e territórios, Lisboa: CET – Centro de Estudos Territoriais, n. 6, Jun. 2003, p. 51-71.

BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*, ano 14, n. 167, Out. 2006, p. 8-9.

_____; CORDA, Alejandro; EDWARDS, Sandra. *Sistemas sobrecargados*: Leyes de drogas y cárceles en América Latina. Washington, D.C.: Office on Latin America Publisher, Diciembre, 2010. p. 102

_____; PÁDUA, João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas*: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. 2013. Disponível em: [http://www.drogasyderecho.org/assets/proporcionalidad-brasil.pdf]. Acesso em: 5 mai. 2014.

BREEN, Richard; JONSSON, Jan O. Inequality of opportunity in comparative perspective: Recent research on educational attainment and social mobility. In: *Annual review of sociology*, Palo Alto, CA, vol. 31, August 2005, p. 223-243.

CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. In: *Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 11, n.1, jan./ jun 2003, p. 155-170.

CARVALHO, Márcia Lazaro de *et al.* Perfil dos internos no sistema prisional do Rio de Janeiro: especificidades de gênero no processo de exclusão social. In: *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 2, Jun. 2006, p. 461-471.

CODEPLAN, Governo do Distrito Federal. Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios: Distrito Federal 2011. Companhia de Planejamento do Distrito Federal-SEPLAN, 2012. p. 148.

COELHO, Edmundo Campos. *A Oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

_____. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 2, 1978, p. 139-161.

COIMBRA, Cecília M. B.; NASCIMENTO, Maria Lívia. Ser jovem, ser pobre é ser perigoso? *Jovenes*, Revista de Estudios sobre Juventud, México, ano 9, n. 22, jan.-jun. 2005, p. 338-55.

COIMBRA, Cecília M. B. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor; Intertexto, 2001.

COMMISSION, on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. In: *Report of the commission on systemic racism in the Ontario criminal justice system*. Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1995, p. 486.

CORRELL, Shelley J.; BERNARD, Stephen; PAIK, In. Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty? 1. *American Journal of Sociology*, Illinois, vol. 112, n. 5, March 2007, p. 1297-1339.

CUNNEEN, Chris. Aborigines and law and order regimes. In: *The Journal for Social Justice Studies*, vol. 3, Apr., 1990, p. 37-48.

CURRY, Philip A.; KLUMPP, Tilman. Crime, punishment, and prejudice. In: *Journal of Public economics* 93 (1), Feb., 2009, p. 73-84.

DUBBER, Markus Dirk. Policing possession: The war on crime and the end of criminal law. In: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 91, issue 4, summer 2001, p. 829-996.

ERMÍNIA, Maricato. Metrópole, legislação e desigualdade. In: *Estudos avançados,* vol. 17, n. 48, 2003, p. 151-166.

FAGAN, Jeffrey; MEARES, Tracey. Punishment, deterrence and social control: The paradox of punishment in minority communities. In: *Ohio State Journal of Criminal Law,* vol. 6, n. 173, 2008, p. 173-229.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. In: *Criminology*, vol. 30, n. 449, 1992, p. 449-474.

GARLAND, David. Penal Modernism and Postmodernism. In: COHEN, S.; BLOOMBERG, D. (Eds.). In: *Punishment and Social Control*. New York: Aldine, 1995, p. 181-209.

_____. Introduction: The meaning of mass imprisonment. In: GARLAND, David (Ed.) *Mass imprisonment*: Social causes and consequences. London: Sage, 2001. p. 1-3.

_____. *La cultura del control:* crimen y orden social en la Sociedad Contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

GOMES, Geder Luiz Rocha. *A trajetória da central nacional de penas e medidas alternativas do Ministério da Justiça*. Disponivel em: [http:www.lfg.com.br. 28 julho, 2008]. Acesso em: 24 mar. 2011.

GONÇALVES, Thiago André Silva; ARAÚJO, Elson Luiz de; SANTANA, Isael José. *A seletividade do sistema penal e a pena de prisão. Anais do* sciencult – *Simpósio Científico-Cultural*, vol. 2, n. 1, 2010, p. 409-418.

HASENBALG, Carlos Alfredo; SILVA, Nelson do Valle; LIMA, Márcia. *Cor e estratificação social*. São Paulo: Saraiva, 1999.

HEIDENSOHN, Frances; GELSTHORPE, Loraine. Gender and crime. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *The Oxford handbook of criminology*, 4th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 381-420.

HERINGER, Rosana. Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 18 (Supl.), 2002, p. 57-65.

HOJMAN, David E. 2004. Inequality, unemployment and crime in Latin American cities. In: *Crime, law and social change*, vol. 41, n. 1, 2004, p. 33-51.

HOOD, Roger Grahame; CORDOVIL, Graça. *A question of judgement: race and sentencing; Summary of a report for the Commission for Racial Equity, race and sentencing: a study in the crown court*. Great Britain: Commission for Racial Equality, 1992.

KAHN, Túlio. Justiça e discriminação racial. *Boletim conjuntura criminal*, n. 11. 1999. Disponível em: [www.conjunturacriminal.com.br]. Acesso em: 15 mar. 2014

KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e vadiagem*: a origem do trabalho livre no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LAURITSEN, Janet L.; HEIMER, Karen; LYNCH, James P. Trends in the gender gap in violent offending: new evidence from the national crime victimization survey*. In: *Criminology*, vol. 47 n. 2, May 2009, p. 361–399.

LIMA, Roberto Kant de. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. In: *Revista de sociologia e política,* vol. 13, 1999, p. 23-38.

LIMA, Roberto Kant de. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? In: *São Paulo em Perspectiva,* vol. 18, n. 1, 2004, p. 49-59.

LIMA, Renato Sérgio de. Atributos raciais no funcionamento do Sistema de Justiça Criminal Paulista. *São Paulo em Perspectiva,* vol. 18, n. 1, 2004, p. 60-65.

MAUER, Marc. The causes and consequences of prison growth in the United States. IN: GARLAND, D (Ed.). *Mass imprisonment*: Social causes and consequences. London: Sage Publications, 2001, p. 4-14.

_____. Race, class, and the development of Criminal Justice Policy. In: *Review of Policy Research*, vol. 21, n. 1, Jan., 2004, p. 79-92.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: um debate oportuno. In: Civitas – *Revista de Ciências Sociais*, vol. 13, n. 1, 2013, p. 93-117.

MUSUMECI *et al. Raça e gênero no Sistema de Justiça Criminal brasileiro: perfil dos operadores e da população carcerária.* Disponível em: [http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2011/06/Ra%C3%A7a-e-genero-no-SJC3_11.pdf]. Acesso em: 5 mar. 2014.

MYERS, Martha A. Economic inequality and discrimination in sentencing. In: *Social Forces* vol. 65, n. 3, 1987, p. 746-766.

NEDER, Gizlene. Sentimentos e idéias jurídicas no Brasil: pena de morte e degredo em dois tempos. In: MAIA, Clarisse Nunes *et al. História das prisões no Brasil.* Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

NUNES, Brasilmar Ferreira; COSTA, Arthur. Distrito Federal e Brasília: dinâmica urbana, violência e heterogeneidade social. In: *Cadernos Metrópole*, n. 17, 1° sem., 2007, p. 35-57.

OLIVEIRA, Erika Patrícia Teixeira de. *Mulheres em conflito com a lei: representações sociais, identidades de gênero e letramento.* 145 fls. Dissertação (Mestradodo) Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade Estadual de Maringá, Paraná 2008.

PETTIT, Becky; WESTERN, Bruce. Mass imprisonment and the life course: Race and class inequality in US incarceration. In: *American Sociological Review*, vol. 69, n. 2, 2004, p. 151-169.

PORTO, Maria Stela Grossi. A violência entre a inclusão e a exclusão social. In: *Tempo social,* vol. 12, n. 1, 2000, p. 187-200.

PRATTO, Felicia *et al.* Social dominance orientation and the legitimization of inequality across cultures. In: *Journal of cross-cultural psychology*, vol. 31, n. 3, 2000, p. 369-409.

RESENDE, João Paulo de; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime social, castigo social: desigualdade de renda e taxas de criminalidade nos grandes municípios brasileiros. In: *Estudos Econômicos,* São Paulo, vol. 41, n. 1, 2011, p. 173-195.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. Democracia e cidade: divisão social da cidade e cidadania na sociedade brasileira. In: *Análise social,* vol. XL, n. 174, 2005, p. 87-109.

RODRIGUES, Raimundo Nina. 1894. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil.* Vol. 110, 3 ed. Brasialiana Eletrônica, 1938. Disponível em: [http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/As_racas_humanas_responsabilidade_penal_Brasil.pdf]. Acesso: 27 mai. 2014.

RODRIGUES, Viviane Isabela *et al.* Gênero e privação de liberdade: as condições de vida das mulheres na prisão. *Revista de Iniciação Científica da ULBRA*, n. 10, 2012, p. 83-89.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* Rio de Janeiro: Revan, 2004[1939].

SALLA, Fernando; BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Democracia, direitos humanos e condições das prisões na América do Sul. In: *Paper para o Research Project of Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Núcleo de Estudos da Violência, USP, São Paulo*, 2008. Disponível em: [http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1795&Itemid=55]. Acesso em: 7 abr. 2013

SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. Quando a desigualdade é diferença: reflexões sobre antropologia criminal e mestiçagem na obra de Nina Rodrigues. In *Gazeta Médica da Bahia*, vol. 76, n. 2, 2008, p. 47-53.

STACK, Steven. Income inequality and property crime. In: *Criminology,* vol. 22, n. 2, 1984, p. 229-256.

STEFFENSMEIER, Darrell; DEMUTH, Stephen. Ethnicity and sentencing outcomes in US federal courts: Who is punished more harshly? In: *American Sociological Review,* vol. 65, n. 5, 2000, p. 705-729.

STEFFENSMEIER, Darrell; ZHONG, Hua; ACKERMAN, Jeff; SCHWARTZ, Jennifer; AGHA, Suzanne. Gender gap trends for violent crimes, 1980 to

2003 A UCR-NCVS comparison. *Feminist Criminology,* vol. 1, n. 1, 2006, p. 72-98.

UGGEN, Christopher; MANZA, Jeff; THOMPSON, Melissa. "Citizenship, democracy, and the civic reintegration of criminal offenders". *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 605, n. 1, 2006, p. 281–310.

VALLADARES, Lícia. *Cem anos pensando a pobreza (Urbana) no Brasil.* Rio de Janeiro: IUPERJ, 1990.

VASCONCELOS, Wilson Santos. *Penas alternativas: um estudo acerca da execução das penas restritivas de direito no Rio de Janeiro (1994-2009).* 135 fls. Dissertação (Mestrado) Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE/ Escola Nacional de Ciências Estatísticas, Rio de Janeiro, 2011.

VERÍSSIMO, Marcos. A nova lei de drogas e seus dilemas Apontamentos para o estudo das formas de desigualdade presentes nos interstícios do ordenamento jurídico-penal brasileiro. In: Civitas – *Revista de Ciências Sociais,* vol. 10, n. 2, mai.-ago., 2010, p. 330-344.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001a.

_____. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos EUA. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001b.

WESTERN, Bruce; KLEYKAMP, Meredith; ROSENFIELD, Jake. Crime, punishment, and American inequality. In: NECKERMAN, Kathryn M. (Ed.) *Social inequality*. New York: Russel Sage Foundation, 2004, p. 771-796.

WESTERN, Bruce; PETTIT, Becky. Incarceration & social inequality. *Daedalus*, vol. 139, n. 3, 2010, p. 8-19.

WESTERN, Bruce; WILDEMAN, Christopher. Punishment, inequality, and the future of mass incarceration. *University of Kansas – Kansas Law Review*, vol. 57, n. 4, 2008, p. 851-877.WILKINSON, Richard G. The culture of inequality. Income inequality and health. In: KAWACHI, Ichiro; KENNEDY, Bruce P.; WILKINSON, Richard G. In: *The Society and Population Health Reader: Income, Inequality and Health*. Vol. 1, New York: New Press, 1999, p. 447-463.

WORTLEY, Scot. Justice for all-race and perceptions of bias in the Ontario Criminal Justice System – A Toronto Survey. In: *Canadian Journal of Criminology*, vol. 38, 1996, p. 439-469.

ZALUAR, Alba. *Condomínio do diabo.* Rio de Janeiro: Revan, 1981.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A substituição da pena privativa de liberdade: Legitimidade e adequação das alternativas penais, de Gedder Luiz Rocha Gomes – *Ciências Penais* 8/322-322 (DTR\2011\2202);
- "Clientela Penal": Os bastidores da repressão, de Vinicius Martins Lemos – *RBCCrim* 113/215-256 (DTR\2015\3609);
- Diálogo com os prestadores de serviços: Um estudo de caso, de Maíz Ramos Junqueira – *RBCCrim* 91/273-311 (DTR\2011\2342); e
- Penas Alternativas, de Fauzi Hassan Choukr – *RT* 777/453-471, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/341-366 (DTR\2000\416).

A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal

The declaratory nature of the decision that grants the regime progression: notes about the trial of HC 115.254 in the Supreme Court

Patrick Cacicedo
Doutorando e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.
patrickcacicedo@gmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo objetiva analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 115.254 e suas inovações no campo da execução penal no Brasil. Além de destacar os efeitos concretos da decisão em tempos de encarceramento em massa, o estudo analisa criticamente o confronto entre as concepções dos dois Tribunais Superiores brasileiros sobre a progressão de regime. O instituto é estudado à luz da garantia constitucional da legalidade e discute a natureza jurídica tanto da decisão judicial que a concede quanto do instituto propriamente dito.

Palavras-chave: Execução penal – progressão de regime – superlotação prisional – legalidade – lentidão processual.

Abstract: This study aims to examine the Supreme Court of Justice decision in HC 115.254 and the innovation caused by it at penal execution field in Brazil. In addition to highlight the impact of that decision in mass imprisonment times, this study critically analyzes the conflict between the opinions of both High Courts of Brazil about regime progression. The regime progression is going to be studied under the legality constitutional guarantee and discuss the juridical nature of both the judicial decision which concedes it as the institute itself.

Keywords: Penal execution – regime progression – prison overcrowding – legality –lawsuits slowness.

Sumário: 1. Introdução – 2. Superpopulação prisional e lentidão das varas de execução penal no Brasil – 3. A posição do Superior Tribunal de Justiça – 4. O Supremo Tribunal Federal e a correção de rumos na progressão de regime – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

Cacicedo, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 357-368, out. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Em 26 de fevereiro de 2016 foi publicado o acórdão mais importante para a execução penal no Brasil nos últimos anos, notadamente por seus efeitos práticos. Trata-se do HC 115.254-SP, no qual a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal definiu, por unanimidade, a natureza declaratória da decisão de progressão de regime de cumprimento de pena.

Concretamente, a questão posta para análise do STF versava sobre a definição da data-base para a progressão do regime semiaberto para o aberto de uma pessoa que iniciou o cumprimento de pena em regime fechado, ou seja, a data-base para a segunda progressão de regime. Para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a data-base para a segunda progressão de regime é a data em que foi concedida a primeira progressão de regime por decisão judicial, ainda que posterior à data em que a pessoa cumpriu todos os requisitos previstos em lei para a mudança de regime de cumprimento de pena.

Contra tal posicionamento, a posição defendida no *habeas corpus* sob análise era a de que a data-base para a segunda progressão de regime é a data em que a pessoa preencheu os requisitos legais para a progressão de regime, quais sejam a fração temporal de um sexto e o bom comportamento carcerário, na esteira do art. 112 da Lei de Execução Penal.

No caso julgado, o paciente completara os requisitos para a progressão do regime inicial fechado para o semiaberto em outubro de 2004, porém só teve o direito reconhecido judicialmente em setembro de 2007. A questão a ser decidida era se a contagem de novo lapso temporal de um sexto sobre o restante da pena para a progressão ao regime aberto tem como marco inicial setembro de 2007 ou outubro de 2004, o que no plano prático implica o cumprimento de três anos de pena em um regime notadamente mais rigoroso.

No julgamento do HC 115.254-SP, o STF acolheu a segunda tese e asseverou que a data-base para a progressão de regime é aquela em que efetivamente os requisitos legais foram alcançados pelo sentenciado. Esta decisão tornou-se um marco na execução penal brasileira, não só pela sua correção, como também pelos efeitos concretos que ensejará na execução das penas no Brasil.

2. SUPERPOPULAÇÃO PRISIONAL E LENTIDÃO DAS VARAS DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Nas últimas décadas, o Brasil passou por um significativo aumento da sua população prisional decorrente do fenômeno descrito por alguns autores como

CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 357-368, out. 2016.

encarceramento em massa ou grande encarceramento.[1] Com efeito, de 1990 a 2014 a população prisional brasileira teve um aumento de 575%, ultrapassando a faixa dos 600 mil presos.[2] Com déficit superior a 230 mil vagas, o sistema penitenciário brasileiro passou por expressiva piora no referido período, sendo notório o reconhecimento de nossas prisões como ambientes notadamente degradantes.[3]

Ainda que este quadro tenha múltiplas causas e agentes, o Poder Judiciário tem sido apontado como um dos protagonistas do grande encarceramento brasileiro. De maneira geral, o conteúdo das decisões judiciais durante toda a persecução penal e em todas as instâncias aponta para um crescente conservadorismo,[4] cujos efeitos no crescimento da população prisional são evidentes. À guisa de exemplo, o fato de 41% da população prisional brasileira não ter contra si condenação,[5] indica um conjunto de decisões que privilegiam a prisão em detrimento da liberdade.

Sem dúvida, o papel impulsionador do encarceramento, mas omissivo quanto às condições materiais das prisões, têm tornado o Poder Judiciário objeto de críticas contundentes.[6] Contudo, há um aspecto relacionado ao funcionamento da estrutura judiciária pouco abordado, mas que, aliado ao conteúdo

1. Cf. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
2. Dados oficiais do Sistema Integrado de Informação Penitenciária do Ministério da Justiça. Disponível em: [www.mj.gov.br]. Acesso em: 14 abr. 2016.
3. Cf. a título exemplificativo o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário realizada em 2009 pela Câmara dos Deputados, disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1]. Acesso em: 22 abr. 2016.
4. Cf. PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2010.
5. Cumpre ressaltar a impropriedade do dado oficial do Ministério da Justiça com relação ao número de presos provisórios, pois estão considerados nesta categoria somente os presos que ainda não receberam sentença penal condenatória. Assim, como também são provisórios aqueles presos condenados, mas cuja sentença não transitou em julgado, o percentual de presos provisórios no Brasil é significativamente maior do que o dado oficialmente divulgado.
6. Cf. SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o judiciário e irresponsabilidades. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 274, 2015. Confira-se, ainda, o magnífico parecer de Juarez Tavares que acompanha a ADPF 347. Disponível em: [www.stf.jus.br].

das decisões, representa significativo reforço no contingente populacional das prisões: o lento e burocrático funcionamento das varas de execução penal.

A práxis cotidiana nas varas de execução penal demonstra que o funcionamento da maior parte destas é verdadeiramente caótico.[7] A burocracia, contudo, não revela apenas um mau funcionamento do órgão, mas produz efeitos concretos no direito de liberdade das pessoas sob sua jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação tanto ao art. 196 da Lei de Execução Penal, quanto à determinação constitucional de duração razoável do processo.

Por conta desse problema, os lapsos temporais previstos em lei para os direitos da execução penal são desrespeitados e as pessoas acabam por cumprir a pena de maneira notadamente mais gravosa do que o previamente determinado na norma penal. No plano concreto da execução penal, a progressão de regime, por exemplo, é concedida muito após um sexto do cumprimento da pena no caso de crimes não hediondos, sendo mais frequente até mesmo que ocorra após um terço do que no marco legalmente garantido. No caso de penas curtas, a lentidão das varas de execução penal acaba por revigorar, na prática, o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, pois a pena se esgota antes que o juiz consiga analisar qualquer dos direitos da execução penal.

Assim, para além do conteúdo das decisões, o mau funcionamento das varas de execução penal contribui de maneira significativa para a superlotação das prisões, pois impedem a efetivação dos direitos no tempo e na forma determinados legalmente como garantias diante do poder punitivo do Estado.

A lentidão das varas de execução penal e o consequente prejuízo à liberdade dos jurisdicionados na execução penal motivaram, em 2012, a edição da Lei Federal 12.714, que pretendeu criar um sistema de acompanhamento da execução das penas, com ferramentas que informem as datas estipuladas para os direitos por meio de um aviso eletrônico. Assim, informatizada a execução penal, juiz, promotor e defensor receberiam, por exemplo, um aviso tempestivo e automático de que o lapso temporal para a progressão de regime estaria por ser atingido, de modo a possibilitar sua concessão na data prevista em lei, quando presentes os requisitos legais.

A despeito da previsão legal e da intensa informatização que os processos judiciais têm sofrido no Brasil de maneira geral, o sistema informatizado da

7. Cf. Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. *Conselho Nacional de Justiça*, 2012.

execução penal ainda é letra morta no plano nacional, sendo raras e isoladas as iniciativas nesse sentido nas varas de execução penal.[8]

A notoriedade do burocrático funcionamento das varas de execução penal motivaram, igualmente, previsões específicas nos Decretos Presidenciais de indulto para sua efetivação mais célere, seja pela prioridade a ser dada a esse direito que implica em imediata liberdade, seja pelo incentivo a organização de mutirões específicos para sua aplicação (art. 11, § 3.º e 4.º do Dec. 8.615/2015).

Assim, para além de motivar medidas normativas, o caótico funcionamento da execução das penas no Brasil acaba por trazer ao próprio Poder Judiciário questões de cunho jurídico daí advindas. É o caso do *habeas corpus* em tela, que discute efetivamente a consequência jurídica a ser dada ao atraso na concessão da progressão de regime.

3. A posição do Superior Tribunal de Justiça

A posição firmada no Superior Tribunal de Justiça foi a de que

> o marco para a progressão ao regime aberto será aquela data que efetivamente corresponda ao início do cumprimento da pena no regime anterior – semiaberto – e não aquela que supostamente lhe daria tal direito.[9]

O principal fundamento utilizado pela Corte Superior é o de que "devem ser respeitados os períodos cumpridos em cada regime prisional",[10] uma vez que "estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal que o sentenciado tem que cumprir o requisito temporal de 1/6 no regime em que se encontra e, posteriormente, progredir para o regime subsequente."[11]

Portanto, para o STJ trata-se, antes de tudo, de uma questão de legalidade, pois ao exigir que o preso cumpra um sexto da pena "em regime anterior", a

8. A lentidão da vara de execução penal do Rio de Janeiro, por exemplo, motivou a Defensoria Pública local a impetrar mais de 5 mil *habeas corpus* em dezembro de 2015, todos motivados pela lentidão na análise dos pedidos com consequências reais para o direito de liberdade de seus defendidos. Cf. [www.conjur.com.br/2015-dez-11/defensoria-rj-impetra-mil-hcs-vara-execucoes-penais]. Acesso em: 23 abr. 2016.

9. HC 171.695/SP, 6ª T, j. 28.06.2012, Min. Og Fernandes.

10. HC 202.202/RJ, 5ª T, j. 15.08.2013, Min. Laurita Vaz; HC 297.936/SP, 5ª T, j. 17.09.2015, Min. Reynaldo Soares da Fonseca.

11. HC 260.546/SP, 5ª T, j. 01.08.2013, Min. Laurita Vaz.

Lei de Execução Penal teria impedido a contagem de tempo cumprido a mais no regime fechado quando for pleiteada a progressão para o regime aberto. Isso porque, segundo tal interpretação, a norma penal teria vedado em caráter absoluto a chamada progressão por salto, qual seja a progressão do regime fechado diretamente ao regime aberto. O entendimento é exposto de maneira clara no seguinte acórdão:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO PER SALTUM. IMPOSSIBILIDADE. ART. 112 DA LEP. NECESSIDADE DO PRÉVIO DESCONTO DE 1/6 DA PENA NO REGIME ANTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o magistrado da execução deferiu a progressão para o regime semiaberto com data retroativa e, logo em seguida, antes mesmo do cumprimento da decisão, deferiu nova progressão para o regime aberto.

II. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, não se admite a denominada progressão de regime *per saltum*, considerando a inteligência do art. 112 da Lei de Execução Penal, no qual é estabelecido que o sentenciado deve descontar 1/6 da pena imposta no regime em que se encontra e, posteriormente, progredir para o regime subsequente.

III. Hipótese na qual Colegiado a quo determinou o retorno do paciente ao regime intermediário em razão do não preenchimento do requisito objeto necessário para a concessão da benesse, porquanto o apenado não havia ainda descontado 1/6 da reprimenda no regime intermediário quando obteve a progressão ao regime aberto. IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC 191223/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5.ª T., j. 01.03.2012, *DJe* 08.03.2012.)

A "progressão com data retroativa" significa, no acórdão acima, a consideração da data-base para a progressão de regime a data em que a pessoa preencheu os requisitos legais, independentemente de reconhecimento judicial. Para o STJ, portanto,

> A Lei Execução Penal não autoriza a progressão direta do regime fechado para o aberto, ainda que o sentenciado tenha cumprido tempo suficiente para os dois estágios no regime fechado, pois configuraria progressão *per saltum*.[12]

Assim, para evitar que ocorra a progressão por salto, em nenhuma hipótese o tempo de pena cumprido a mais no regime fechado pode ser contado para a

12. HC 199.436/PR, 5ª T, j 06.11.2012, Min. Laurita Vaz.

progressão ao regime aberto, ainda que no caso concreto a progressão por salto não ocorra, mas apenas antecipe a progressão ao regime aberto.

Além da questão da legalidade, favorece a interpretação do STJ a concepção de que a progressão de regime, tal qual o livramento condicional, a remição, o indulto e a comutação, tem a natureza jurídica de benefício. Em todos os acórdãos referidos, a progressão de regime é mencionada como um benefício ou benesse, ou seja, uma vantagem ou privilégio que se concede a alguém por um ato de bondade ou clemência. Segundo tal entendimento, a concessão da progressão de regime após o lapso temporal não gera prejuízo, pois este lapso criaria apenas uma expectativa de recebimento de um benefício pelo juiz.

A consequência deste posicionamento é que a decisão que concede a progressão de regime a constitui a partir de sua prolação, de modo que apenas confirma uma expectativa do seu destinatário. A natureza da decisão que concede a progressão de regime de cumprimento de pena, portanto, é constitutiva, criando um novo estado jurídico na posição do sentenciado.

Se no âmbito do STJ a questão restou uníssona, a frequência com que ocorre e a afetação à liberdade que carrega, certamente demandava a palavra do Supremo Tribunal Federal, que foi suscitada em setembro de 2012 no HC 115.254/SP.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORREÇÃO DE RUMOS NA PROGRESSÃO DE REGIME

Após mais de três anos de tramitação, em dezembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 115.254/SP de maneira frontalmente contrária à jurisprudência dominante no STJ. Para o STF, "na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior."

Primeiramente, cumpre ressaltar que no julgamento do *habeas corpus*, o STF não tratou a questão apenas em seu aspecto técnico-dogmático, senão que reconheceu os problemas reais que ocasionaram a discussão jurídica em tela. Nesse sentido, o relator, Min. Gilmar Mendes, apontou que "negligenciar a observância da celeridade processual nas decisões acerca da progressão de regime pode gerar reflexo inclusive na superlotação carcerária." Alerta, por isso mesmo, para um projeto de lei do Senado Federal (PLS 513/2013) que prevê a automatização dos pedidos em execução penal com a utilização de tecnologia da informação.

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia classificou como "limbo burocrático" a demora na análise dos pedidos em execução penal. Menciona, em seguida, pesquisa feita em três Estados do Brasil, segundo a qual a média para reconhecimento da progressão de regime é de um ano e meio.

O caso, portanto, recebeu uma análise também a partir de circunstâncias concretas e de seus efeitos práticos. Trata-se, aqui, de definir se a demora na análise da progressão de regime, que não teve como causa a conduta do sentenciado, pode prejudicá-lo. Mais especificamente, trata-se de definir se a mora do próprio Poder Judiciário pode ter como consequência uma decisão judicial que prejudique o jurisdicionado.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou que prejudicar o réu nessa circunstância "seria fazer vista grossa à mora judiciária em detrimento do apenado cumpridor de suas obrigações." Para além disso, o atraso na apreciação da progressão de regime possibilitou um outro olhar sobre a questão da legalidade: se para o STJ a ilegalidade consiste na consideração do tempo de cumprimento de pena após atingir o lapso temporal, mas antes da decisão que concede a progressão de regime, para o STF a ilegalidade se verifica no próprio atraso na análise do pedido progressivo.

Com efeito, o acórdão assinala que foi a "omissão judicial inaceitável (que) causou constrangimento ilegal ao apenado", o que torna as decisões dos Tribunais Superiores contraditórias e inconciliáveis. A diferença fundamental entre os dois entendimentos se encontra no fato de que o STJ invocou a garantia fundamental da legalidade em desfavor do seu destinatário, enquanto o STF o fez em seu benefício.

A legalidade, tal qual as demais garantias fundamentais previstas na Constituição da República e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem sua razão de ser na limitação do arbítrio estatal exercido na forma de poder punitivo.[13] A leitura da questão levada a efeito pelo STJ subverte o sentido da legalidade, que no caso concreto amplia indevidamente o poder punitivo do Estado, no que se pode classificar como verdadeiro garantismo às avessas.

A Lei de Execução Penal não dispõe de norma que autorize a progressão de regime meses ou anos após a fração legal, como frequentemente sucede na

13. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

prática. O posicionamento do STJ, a despeito de se arvorar na defesa da legalidade, na verdade corrobora o mais absoluto estado de ilegalidade da execução penal brasileira, fazendo com que uma deficiência do próprio Poder Judiciário recaia sobre a liberdade das pessoas, que passam a cumprir pena de maneira mais gravosa do que a determinada em lei. Invoca-se, assim, a legalidade, princípio constitucional de proteção contra o arbítrio estatal, para justificar uma situação de verdadeira ilegalidade.

A vedação legal da progressão por salto, trazida como argumento de peso em todos os julgados sobre o tema no plano do STJ, no entanto, não se aplica à questão. Conforme expôs o acórdão da Suprema Corte, no caso sob análise

> o paciente não se insurge contra o cumprimento da pena em caráter progressivo, tampouco se recusa a submeter-se ao regime semiaberto. O que o reeducando pleiteia é que se respeitem os prazos legais e que os direitos sejam declarados à época adequada.

Não se trata, por evidente, de progressão por salto.[14] Este fenômeno se perfaz apenas no caso em que uma pessoa que cumpre pena em regime fechado e que preencha os requisitos apenas para o regime semiaberto seja progredida diretamente para o regime aberto. No caso do HC 115.254/SP, o paciente não pleiteou a progressão do regime fechado diretamente para o aberto, uma vez que já se encontrava em regime semiaberto, mas desejava que a data-base para início da contagem do lapso temporal para a progressão final fosse antecipada ao momento em que cumprira os requisitos para a primeira progressão de regime.

Ressalte-se, contudo, que mesmo nos casos em que a demora judicial seja tamanha que o sentenciado ainda no regime fechado perfaça os requisitos para duas progressões de regime, sua transferência imediata para o regime aberto não configura progressão por salto. Esta situação é inteiramente diversa daquela em que preenchidos os requisitos apenas para a progressão ao regime intermediário o sentenciado é transferido para o regime aberto, pois no primeiro caso, apenas a ineficiência estatal impediu que o regime semiaberto fosse cumprido regularmente antes da chegada ao regime aberto.

Um dos principais méritos da decisão em comento é o de assentar que a violação ao princípio constitucional da duração razoável do processo não pode ensejar para o seu destinatário que, "pessoalmente, arque com as deficiências do aparato judicial." Este fundamento, por si só, desmonta toda a razão de ser

14. Admitindo a progressão por salto, a nosso sentir corretamente, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, p. 321, 2014.

dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, a decisão foi além e possibilitou qualificar o debate sobre a natureza jurídica da progressão de regime e da decisão judicial que a concede.

Conforme exposto acima, a jurisprudência do STJ confere à progressão de regime a natureza jurídica de benefício. Esta concepção, contudo, é fruto de uma visão autoritária que ignora a natureza penal das normas que regem a fase executória e seu consequente papel de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal. Desta forma, os lapsos temporais previstos em lei devem ser interpretados como limites impostos à execução da pena, enquanto a progressão de regime deve ser encarada como um verdadeiro direito da pessoa em face do Estado. Assim, cumpridos os requisitos previstos em lei, o juiz deve imediatamente reconhecer o direito, de maneira que resta configurado constrangimento ilegal o cumprimento de pena em regime fechado quando preenchidos os requisitos para progressão ao regime semiaberto. O mesmo entendimento se aplica ao livramento condicional, indulto e comutação.

A melhor posição, portanto, é aquela que reconhece a progressão de regime como um direito, não como um benefício. Na qualidade de um direito da pessoa que cumpre pena, após o preenchimento dos requisitos legais, cumpre ao juiz apenas reconhecer o direito e efetivá-lo. Este é o sentido que se extrai do acórdão da Suprema Corte, a despeito de se referir à progressão de regime ora como direito, ora como benefício, o que parece ser feito mais em virtude do costume do que a partir da materialidade dos seus fundamentos.

A correta interpretação da garantia da legalidade e o reconhecimento da natureza jurídica de direito à progressão de regime culminam na natureza declaratória da decisão judicial a seu respeito, conforme deixou expresso a decisão do STF. Desta forma, a decisão judicial declara a existência do direito no momento em que seus requisitos legais são preenchidos, ou seja, a ato judicial apenas declara a progressão de regime, que se completou na data em que o lapso temporal foi alcançado quando a pessoa possui bom comportamento carcerário. Como consequência lógica, a contagem do lapso temporal para a segunda progressão de regime inicia-se na data em que os requisitos da primeira foram atingidos, pois a decisão judicial apenas declara a progressão de regime ao invés de constituí-la.

No caso do indulto e da comutação, que igualmente possuem a natureza jurídica de um direito subjetivo do sentenciado, o Decreto 8.615/2015 prevê expressamente que o ato judicial de sua concessão tem caráter declaratório. Cumpre consignar que, por igualmente ter a natureza jurídica de direito subjetivo, a mesma lógica se aplica ao livramento condicional.

No caso concreto, a analogia utilizada pelo STF na afirmação do caráter declaratório da decisão de progressão de regime foi a do caso da regressão de regime pela prática de falta disciplinar de natureza grave. Conforme assinalou o acórdão da Corte Suprema, "em caso de regressão, a data-base é o dia da prática da falta grave, e não do pronunciamento judicial posterior reconhecendo-a: em situações de progressão, a regra deve ser a mesma, o cumprimento dos requisitos legais é o marco."

Assim, consignada a natureza declaratória, e não constitutiva, da decisão que defere a progressão de regime, a data em que o sentenciado efetivamente cumpriu os requisitos para o regime semiaberto passa a ser definida como a data-base para o início de contagem do lapso temporal para a progressão final ao regime aberto, de modo a impedir que eventual demora na análise judicial do pedido progressivo possa prejudicar o jurisdicionado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Supremo Tribunal Federal lançou novas luzes sobre a execução penal no Brasil. Além da sua conformidade constitucional, o novo entendimento proclamado pelo STF tem um potencial de reduzir os efeitos do absurdo funcionamento das varas de execução penal sobre a liberdade dos sentenciados.

A correta interpretação da garantia constitucional da legalidade, o reconhecimento da progressão de regime como um direito e da natureza da decisão judicial que a concede como declaratória, representam um correto e considerável avanço neste campo do direito cuja arbitrariedade e inquisitoriedade são as maiores marcas. Diante do caos das varas de execução penal e da barbárie que representam nossos superlotados presídios, a decisão do STF tem o potencial de reduzir os danos advindos do cumprimento indevido de penas no Brasil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. *Conselho Nacional de Justiça*, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2010.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 274, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Execução Penal – parte II, de Sérgio Mazina Martins, *RBCCrim* 20/417-499 (DTR\2011\2914);

Veja também Jurisprudência

- *RT* 894/595 (JRP\2010\496); e
- Conteúdo Exclusivo WEB: JRP\2014\4985 e JRP\2012\4892.