86307

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 24 • vol. 123 • setembro / 2016

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 123 • setembro / 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 Gímenez-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 Bizzotto (TJGO – Goiania/GO); Alexey Choi Caruncho (MPPR - Ponta Grossa /PR); Alvino Augusto de Sá (USP – São Paulo/SP); Américo Bedê Freire Júnior (FDV – Vitória/ES); Ana Claudia Cifali (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ana Cristina Gomes (USAL - Salamanca/ESP); Ana Gabriela Mendes Braga (UNESP – Franca/SP); André Machado Maya (TJRS – Porto Alegre/RS); Antonio Carlos Tovo Loureiro (UNIRITTER - Porto Alegre/RS); Arthur Levy Brandão Kullok (UC – Coimbra/PT); Bartira Macedo (UFG – Goiânia/GO); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP); Bruno Tadeu Buonicore (UNI-FRANKFURT- Frankfurt/ DEU); Camilla Marcondes Massaro (UNESP – Araraquara/SP); Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Cleunice Valentim Bastos Pitombo (USP – São Paulo/SP); Daniel Leonhardt dos Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); Daniel Silva Achutti (UniLasalle – Canoas/RS); Deise Krantz Lora (UCRC – Chapecó/SC); Diego Alan Schöfer Albrecht (PUCRS – Porto Alegre/RS); Diogo Malan (UFRJ/UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Eduardo Augusto Paglione (USP – São Paulo/SP); Eduardo Avellar Millhomens (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Eduardo Saad-Diniz (USP – Ribeirão Preto/SP); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Eneida Macedo Haddad (USP – São Paulo/SP); Fábio Delmanto (OAB – São Paulo/SP); Fabrício Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe Caldeira (OAB – Rio de Janeiro/RJ); Felipe da Silva Freitas (UNB – Brasília/DF); Felipe da Veiga Dias (IMED – Passo Fundo/RS); Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (PUCSP – Campinas/SP); Fernanda Regina Vilares (USP – São Paulo/SP); Filipe Henrique Vergniano Magliarelli (USP – São Paulo/SP); Francis R. Beck – (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior (UFPR – Curitiba/PR); Frederico Gomes Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG); Guilherme Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS); Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB); Gustavo de Souza Preussler (UFGD - Dourados/MS); Gustavo Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP); Heidi Rosa Florêncio Neves (UNISA – São Paulo/SP); Helena Regina Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP); Hugo Leonardo (CESMAC - Maceió /AL); Iván Navas Mondaca (PUC – Santiago/CHL); Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (UFMG – Belo Horizonte/MG); João Daniel Rassi (USP – São Paulo/SP); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Rio de Janeiro/RJ); Jônica Marques Coura Aragão (UFPB – Campina Grande/PB); Jose Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM - Marília/SP); Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Leonardo Massud (PUCSP – São Paulo/SP); Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC – Belo Horizonte/MG); Luiza Borges Terra (UNIFIL - Londrina/PR); Marcelo Almeida Ruivo (IPA – Porto Alegre/RS); Maria João Carvalho Vaz (UC – Coimbra/PT); Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS); Mariângela Lopes (Mackenzie – São Paulo/SP); Matheus Felipe de Castro (UFSC – Florianópolis/SC); Maurício Stegemann Dieter (USP – São Paulo/SP); Nestor Araruna Santiago (UNIFOR e UFC – Fortaleza/CE); Ney Fayet Júnior (PUCRS – Porto Alegre/RS); Oliveiros Guanais de Alencar Filho (PR – Salvador/BA); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Patrick Lemos Cacicedo (USP – São Paulo/SP); Rafhaella Cardoso (UNITRI - Uberlândia/SP); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – Porto Alegre/RS); Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (IJP – PT) ; Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (UFPE – Recife/PE); Ricardo Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ricardo Sontag (UFMG – Belo Horizonte/MG); Roberto Augusto de Carvalho Campos (EPD – São Paulo/SP); Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGE – Rio de Janeiro/RJ); Romulo Rhemo Palitot Braga (CUJP – João Pessoa/PB); Salah Hassan Khaled Junior (FURG - Rio Grande/RS); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Sergio Graziano Sobrinho (ESAOAB – Criciúma/RS); Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP); Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP); Thayara Castelo Branco (UCEUMA – São Luís/MA); Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ); Tomás Grings Machado (Unisinos – 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. 123 • setembro / 2016

Presidência
ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

Coordenação
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.

Diagramação eletrônica:
Atarukas Produção Editorial Ltda. CNPJ 21.968.625/0001-11
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49

© 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: [27.08.2016]

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 123 • setembro / 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. 123 • setembro / 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

Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal

Colletctive legal interest as a collorary of the current constitutional model: a proposal regarding its criminal protection

Andressa Paula de Andrade e Pedro Paulo da Cunha Ferreira 17

Cabe discutir a constitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro?

Should we discuss the constitutionality of anti-money laundering systems?

José Carlos Abissamra Filho 63

Processo Penal

Aspectos polêmicos da sentença penal condenatória que fixa valor mínimo de reparação de danos e sua execução e liquidação no juízo cível

Controversial aspects of a criminal sentence which sets up the miminum amount for damages and its enforcement and settlement in civil courts

Danyelle da Silva Galvão 93

O Tribunal de Justiça de São Paulo entre opiniões e princípios: uma crítica hermenêutica à jurisprudência penal paulista

The São Paulo court amid opinions and principles: a hermeneutical criticism of São Paulo Court precedents

Guilherme Gonçalves Alcântara 119

Crime e Sociedade

Baratta, Foucault e a questão criminal

Baratta, Foucault and the criminal question

Adrian Barbosa e Silva 157

Aplicabilidade da justiça restaurativa no programa "família acolhedora": técnicas e conhecimento

The application of restorative justice in "foster family" programs: techniques and knowledge

ANDRÉIA FAVARO DOS SANTOS E LUTHYANA DEMARCHI DE OLIVEIRA 187

Hipercriminalização: o sintoma totalitário na política da liberdade

Overcriminalization: a totalitarian symptom in the policy of freedom

CAIO PATRICIO DE ALMEIDA 207

Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para emancipação de gênero

Feminism, law and abortion: possible and necessary links to achieve gender emancipation

FERNANDA MARTINS E MARIANA GOULART 233

Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista

Criminal drug policy: a critique of the prohibitionist approach

GUSTAVO DE CARVALHO GUADANHIN E LEANDRO DE CASTRO GOMES 259

Romper o silêncio para a garantia dos direitos das mulheres em sofrimento mental autoras de delito

Breaking the silence to guarantee the rights of women with mental disorders involved in crimes

LUDMILA CERQUEIRA CORREIA, ANA VALESKA DE FIGUEIRÊDO MALHEIRO E OLÍVIA MARIA DE ALMEIDA 301

SISTEMA PRISIONAL

Entre a disciplina e a liberdade: a necessidade de limitação temporal e material da análise do comportamento carcerário como requisito subjetivo do livramento condicional

Between discipline and freedom: the limits of good behavior in prison as a requirement for parole

GISELA AGUIAR WANDERLEY E RAFAEL DA ESCÓSSIA 331

Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional

Giant in ruins: a scary overview of the Brazilian penitentiary system

FABIO LOBOSCO SILVA 361

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF
Criminal liability of collective entities in Brazil and the mandatory double charging theory: comments on the decision RE 548.181 STF
CLAUDIO BIDINO 383

RESENHA

Criminologia Realista, de Roger Matthews
Realist criminology, by Roger Matthews
Resenha por VITOR STEGEMANN DIETER 409

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 421

TEMAS 422

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 427

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 437

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (CHECK LIST) 443

EDITAL – CHAMADA DE ARTIGOS – DOSSIÊS 2017 445

Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal

Colletctive legal interest as a collorary of the current constitutional model: a proposal regarding its criminal protection

Andressa Paula de Andrade

Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Núcleo de Estudos Penais (NEP/UEM) e do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente (NEAMBI/UEM). Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogada.
aandressaandrade@hotmail.com

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Ciências Penais pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor de Direito Penal do Instituto de Nova Educação (Nova Faculdade) em Contagem-MG onde coordena a linha de pesquisa em "Política Criminal e Direito Penal" junto ao Núcleo de Iniciação Científica, bem como o grupo de estudos "Repensando as Ciências Penais no século XXI". Professor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Humanas (FACHI) da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI-MG).
p.cunha.ferreira@uol.com.br

Recebido em: 23.07.2015
Aprovado em: 29.04.2016
Última versão autor: 20.05.2016

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: A presente investigação científica se ocupa das transformações e evoluções do objeto de proteção pelo Direito Penal. Para tanto, preliminarmente se faz um retrospecto histórico, passando pelas concepções de Von Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, Karl Binding, Hans Welzel e Claus Roxin.

Abstract: This paper addresses the changes and the progress achieved in relation to the object of protection in criminal law. First, a historical background is presented, taking into account the concepts proposed by Von Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, Karl Binding, Hans Welzel and Claus Roxin.

Andrade, Andressa Paula de; Ferreira, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 17-62, set. 2016.

Em seguida, dado o panorama social hodierno, propõe-se que o âmbito da tutela criminal transponha aos bens jurídicos individuais e se lance àqueles bens denominados transindividuais e plasmados na Constituição Federal. Por fim, o ensaio se preocupa em discutir um dos instrumentos atualmente utilizados na salvaguarda penal dos bens jurídicos transindividuais, a partir de quando se propõe uma via normativa que auxilia em sua melhor adequação dogmática e político-criminal. Sugere-se, pois, a introdução das orientações precaucionais para os tipos penais de perigo abstrato, comumente empregado na tutela jurídica dos bens difusos face a uma presente sociedade de riscos.

PALAVRAS-CHAVE: Ideia histórica de bem jurídico – Bens jurídicos individuais – Bem jurídico-penal transindividual e sua tutela penal.

Then, considering the current scenario, we propose that the scope of criminal protection should go beyondthe protection of the individual legal interest, moving into the protection of the collective legal interest, according to the Federal Constitution. Later, we also address one of the instruments thatiscurrently being used to safeguard the collective legal interest, based on a regulatory pathway that would provide suppor in relation to a better dogmatic and political-criminal adequacy. We suggest the introduction of precautionary guidelines for criminal offenses of abstract danger, commonly used in the legal protection of diffuse legal interest,in the face of a risk society.

KEYWORDS: Historical idea of legal interest – Individual legal interest – Collective legal interest – Criminal protection.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Breve escorço histórico da teoria do bem jurídico-penal – 1.1 Von Feuerbach e a ideia de lesão a direitos subjetivos – 1.2 Johann Michael Franz Birnbaum: o surgimento da ideia de bem – 1.3 Karl Binding: surgimento do bem jurídico – 1.4 Hans Welzel e a necessária vinculação à função de proteção de valores essenciais da sociedade: o abandono do caráter arbitrário na escolha de bens jurídico-penais – 1.5 O modelo de Claus Roxin: a fundamentação constitucional na eleição de bens jurídicos – 2. Bens jurídicos transindividuais: necessária reflexão – 2.1 Sobre a proteção de bens jurídico-penais: contradição entre a missão e os resultados – 2.2 Bens jurídicos transindividuais como consequência da reformulação constitucional – 3. A difícil questão acerca de "como tutelar penalmente os bens jurídicos transindividuais": uma proposta à luz do princípio da precaução – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As consequências inegáveis da sociedade de risco vêm atingindo os diversos campos científicos em decorrência das fugazes transformações econômicas, sociais e tecnológicas, demandando uma reformulação científica na gestão de riscos e perigos ocasionados pelo fenômeno sociológico.

Ao Direito Penal caberá a reflexão de sua função diante da pós-modernidade que necessitará uma revisão de seus clássicos institutos penais. O seu fundamento e legitimação residente na tutela de bens jurídicos passará de uma proteção monista e individualista para se voltar aos bens jurídicos transindividuais, traduzindo os fundamentos constitucionais contidos no Estado de bem-estar e justapostos com as transformações sociológicas.

Perceptível essa mutação constitucional de um Estado Liberal para uma formulação voltada para a proteção da coletividade – em sentido *lato* – com a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente, ao sistema financeiro, patrimônio genético, proteção do consumidor etc.

Nesta senda de reformulação do Direito Penal, ocorrerá paralelamente um fenômeno designado de expansão penal que é a faceta negativa, onde há a proliferação de leis penais dotadas de efeito simbólico e a expansão do poder punitivo e controlador estatal sem qualquer esteio material constitucional e, ainda, carente de qualquer coerência teórica. Esse acontecimento resultará quase sempre da ausência de uma reflexão detida da intervenção da dogmática penal dando ensejo a fraturas no sistema penal.

Entretanto, cabe ao presente trabalho perquirir historicamente a ideia de bem jurídico que possui lastro monista e em um segundo momento a análise da possibilidade e necessidade de transposição de uma individualidade histórica estritamente ligada às concepções iluministas, umbilicalmente ligadas aos institutos penais e, obviamente, sobre o fundamento e limite do Direito Penal que é o objeto jurídico de proteção.

1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

1.1 Von Feuerbach e a ideia de lesão a direitos subjetivos

Antes de se adentrar propriamente na noção de bem jurídico transindividual, mister se faz uma compreensão do processo histórico, bem como, os autores que lançaram a ideia de objeto jurídico como meio de legitimação da intervenção penal e, atualmente, tida como uma diretriz e pressuposto básico de legitimação do Direito Penal. A ideia inaugural de bem jurídico exsurge como *lesão a direitos subjetivos*.

A ideia germinal de bem jurídico foi defendida por Paul Johann Anselm Von Feuerbach. Tal autor foi pioneiro na construção do conceito material de delito, asseverando a necessidade de comprovação de um conteúdo a ser tutelado pela norma penal. Esta criação sofreu uma forte influência do Iluminismo, baseando-se necessariamente na ideia do contrato social.[1]

1. "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental cuja solução é dada pelo pacto social". ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social:* princípios do direito político. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3.ed.

Von Feuerbach entendia que aquele que excedesse nos limites da liberdade jurídica cometeria uma lesão jurídica ou uma injúria. O indivíduo que lesionasse a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante as leis penais, cometeria, pois, um crime. Consequentemente, crime seria uma injúria contida na lei penal ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei de inequívoca natureza penal.[2]

Seu pensamento é fortemente influenciado pela ideia contratualista de que os homens para viverem em liberdade, teriam deixado o "Estado de Natureza" e aberto mão de parte de sua liberdade para se viver em segurança. Evidentemente, a concepção de Von Feuerbach alicerçada em ideias iluministas possuía como objetivo principal a limitação do *ius puniendi*. A pena enquanto sanção penal só seria justificada quando houvesse uma lesão ao direito de outrem.[3]

Destarte, o direito subjetivo é formado por uma faculdade jurídica privada, atribuição externa e individual. Para a ocorrência de um delito é necessária a violação de um objeto vinculado positivamente a um sujeito.[4] Os adeptos dessa concepção não viam o delito como mera violação da norma penal, mas a ação deveria abarcar um conteúdo material que fundamentasse a criminalização. Assim, toda pena seria a consequência jurídica necessária para salvaguardar os direitos subjetivos e sua proteção contra eventuais violações. Corolário, uma ação que não tenha lesado qualquer direito subjetivo de outrem jamais seria objeto de qualquer pena estatal.[5]

A razão pela qual Von Feuerbach tratava a questão dessa maneira deve ser lida com um suporte histórico. Isso significa dizer que o penalista buscava se afastar da ideia de "crime-pecado" tão presente no *Ancien Régime*, focando

São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 20-21.

2. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal:* comúm vigente en Alemania. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 65.
3. Cf. HORMOZABAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho:* el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago: ConoSur, 1992. p. 13-19.
4. SOUZA E SILVA, Gustavo Henrique. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico:* análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Direito Penal. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2011. p. 25.
5. LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 38-41.

sua concepção na doutrina contratualista. Isto é, uma vez violado o Contrato Social ou um direito subjetivo alheio, aí sim haveria lastro a fundamentar uma punição do Estado para com o sujeito. Em suma, inicia-se uma distinção entre delitos de natureza pública e aqueles de natureza privada.

Apesar de parecer obsoleta tal ideia, é inegável que a sua fundamentação acaba por limitar as possibilidades de punição do Estado, não podendo interferir na liberdade alheia sem que tenha ocorrido a violação do Contrato Social ou de um direito subjetivo alheio. É possível, portanto, concluir que a concepção primária de bem jurídico formulada por Von Feuerbach tinha como escopo constituir uma faceta protetiva, mas, acima de tudo, uma limitação à atuação repressiva estatal.

1.2 Johann Michael Franz Birnbaum: o surgimento da ideia de bem

Em que pese Von Feuerbach ter estabelecido um limite ao poder punitivo estatal, sua tese padecia de pontos fracos, que passaram a ser altamente questionados. A questão que circundava a ideia de Von Feuerbach era: o que se entende por direito subjetivo?[6] Evidentemente que da questão pode-se chegar a incontáveis interpretações. Os maiores questionamentos vieram por meio de Johann Michael Franz Birnbaum que também possuía alçada nas ideias iluministas,[7] todavia discordava de Von Feuerbach e sua formulação de quais seriam os objetos tutelados pela norma penal.

6. "(...) se Feuerbach tenta fundamentar a criminalização em sentido estrito na lesão de direitos inerentes ao homem, pois independentes do exercício de qualquer ato de governo ou de reconhecimento por parte do Estado, fundamenta ele a criminalização em sentido amplo (pela definição de contravenção de polícia) em uma afronta a um suposto "direito de obediência ao Estado", construção essa indispensável para que se atribua a Feuerbach que crime é necessariamente lesão a direitos, sendo que, em verdade, maior coerência haveria se se dissesse que tal autor vê no crime uma lesão ao Direito (ciência). Tal construção tão somente pretendeu conferir ares de cientificidade ao emprego quase irrestrito da violência estatal – desde que respeitado princípio da legalidade – sem, de fato, impor a ele uma real limitação, uma vez que competiria ao próprio Estado escolher (quando da criação das leis) o que gostaria de punir". VAY, Giancarlo Silkunas. Da racionalização do poder punitivo mediante a criação do conceito de bem jurídico. *Boletim IBCCrim.* ano 21. n. 247. São Paulo, jun./2013, p. 15.

7. Roxin não concorda com essa proposição, criticando-a. Aduz o autor que a proposição do surgimento da ideia de bem com supedâneo no ideal limitador da punibilidade é tão discutida como a conexão que frequentemente se afirma que existe a teoria do bem jurídico e o Direito Penal da Ilustração que se havia esforçado por restringir a

Birnbaum rechaçou a ideia inicialmente proposta por Von Feuerbach de que o delito ocorreria com a lesão a direito subjetivo ressaltando que a mesma estava eivada de uma demasiada abstração e possibilitava interpretações vagas e imprecisas. Pela primeira vez, Birnbaum trouxe a ideia de que o aspecto material delitivo deveria estar adstrito à noção de *bem*[8] e não a lesão de direitos subjetivos.

A grande contribuição de Birnbaum em sua concepção de delito é a não incriminação de preceitos morais ou sentimentos religiosos como lesão a direitos subjetivos, mas como *bens*. Birbaum neste instante vislumbrou a primeira contradição de Von Feuerbach que havia concebido a ideia de lesão a direito subjetivo, mas entendia que crimes contra o sentimento religioso e preceitos morais se enquadravam em "infrações de polícia" *(Polizeivergehen)*. A teoria de Von Feuerbach começava a padecer de um déficit argumentativo e explicativo ao permitir que o Estado punisse somente ações que lesionassem direitos subjetivos e, ao mesmo tempo, admitia exceções a sua própria teoria.[9]

Visando suprir essa lacuna deixada por Von Feuerbach e sua ideia de lesão a direitos subjetivos, Birnbaum asseverava que o que devia permanecer incólume eram somente os *bens*[10] *(Gutsverletzung)*. Assim, o "bem" na concepção de Birnbaum transcende a ideia e o enfoque individualista que se vislumbrava em Von Feuerbach e sua lesão a direitos subjetivos. Com efeito, para a caracterização de objeto jurídico era necessário que o bem não fosse somente uma demanda individual, mas a existência desse bem em toda sociedade, se tornando um "bem de direito".[11]

Isto é, Birnbaum não buscava o alicerce de sua teoria em relações subjetivas. O seu escopo era elevar a ideia de *bem* a algo desprovido de subjetivismos,

---

punibilidade dos "danos sociais", derivando também dele a exigência da impunidade das meras infrações contra a moral. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 55.

8. Polaino Navarrete conceitua bem – cuja base será sempre de natureza psicosociológica – em essência, a representação de um objeto que somente receberá um *status* jurídico quando resultar de um caráter positivo pelo Direito. Cf. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal.* Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974. p. 31.
9. LUZ, Yuri Corrêa da. Op. cit., p. 43.
10. Cf. HORMOZABAL MALAREE, Hernan. Op. cit., p. 26-27.
11. MEZGER, Edmund. *Derecho penal:* parte general. Trad. Conrado A. Fizzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1957. p. 155.

traçando limites objetivos e materiais que estivessem para além de um homem individualizado. Assim, a fundamentação está na ideia de um *bem* a todos protegidos pelo Estado.

Por fim, entendia Birnbaum que os bens jurídicos se colocavam na esfera pré-jurídica da razão, preexistindo ao Direito. Assim, para o autor, o Direito não cria o bem jurídico, mas tem a função de decidir o bem jurídico a partir de sua valoração.[12]Posteriormente, Binding exsurge visando esvaziar essa concepção pré-jurídica, assinalando que o legislador é o responsável tão somente pela criação dos objetos jurídicos.

O mérito, por assim dizer, do pensamento de Birnbaum foi uma limitação ainda maior da ingerência do *ius puniendi*, vez que os *bens* acabaram por se tornar pautas objetivas de proteção e limitação da punição, especialmente ancorada na ideia de igualdade de proteção de direitos entre os sujeitos. Essa restrição se centrava em não possibilitar ao Estado uma interpretação volátil sobre o que poderia ou não ser punido ou no que era passível de proteção, eis que tais conceitos já antecediam a persecução penal que inevitavelmente levavam a uma maior segurança jurídica e evitariam surpresas desagradáveis.

1.3 Karl Binding: surgimento do bem jurídico

Dando sequência ao retrospecto proposto, Binding exsurge como crítica ao modelo naturalista de bem jurídico. A fortificação do positivismo do momento não podia compactuar com uma esfera pré-jurídica apregoada por Birnbaum. Para este autor, o objetivo das normas penais é necessariamente garantir as condições da vida em comum.[13]

Foi em 1871 e 1872 que surgiu a primeira obra de Karl Binding com a conceituação de bem jurídico, chamada *Die Normen*. Adepto do positivismo, o autor confere à lei e somente a lei a competência para definir e/ou criar o bem jurídico e identificar as formas de agressão que reclamam uma intervenção penal. Ao jurista é vedado sugerir o que deve ser considerado um bem jurídico, devendo tomar como definitiva e absoluta a solução apontada pela lei.[14]

12. CANTON FILHO, Fabio Romeu. *A valoração do bem jurídico penal e a Constituição de 1988:* a evolução histórica no direito penal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Penal, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2009. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-03052010-153358/]. Acesso em: 10 out. 2015.

13. LUZ, Yuri Corrêa da. Op. cit., p. 47.

14. COSTA ANDRADE, Manuel da. *O consentimento e acordo em direito penal:* contributo

Neste sentido, bem jurídico seria compreendido como tudo que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem aos olhos do legislador valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica. Portanto, demanda uma manutenção íntegra e sem ranhuras, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas.[15] Todos os bens jurídicos seriam bens da comunidade por excelência, sendo desnecessária qualquer diferenciação entre bens individuais, coletivos ou supraindividuais. Alheios ao sistema penal são eles verdadeiras criações do legislador.[16]

De certa maneira, o pensamento de Binding deitou suas raízes no momento histórico de fortalecimento do Estado e o reconhecimento do poder público como direito do governante. Marcado por este aspecto, o Estado possuía ampla liberdade para a atividade de incriminação, sendo a decisão legislativa de escolha e tutela de determinado bem jurídico tida, pois, como inquestionável.[17]

Ainda, para Binding e seu positivismo exacerbado, o delito importaria em um primeiro plano em uma infração ao dever de obediência que o cidadão tem para com o Estado como titular de um direito subjetivo público: o poder de exigir a referida obediência. Igualmente, em seu pensamento, o que se lesiona efetivamente não é a norma e nem o mencionado direito subjetivo, mas o bem jurídico que expressa concreta, material e objetivamente o que realmente se lesiona ou se coloca em perigo com uma ação delitiva.[18]

Em que pese a definição de Binding acerca do bem jurídico e o vencimento de uma teoria naturalista (esvaziando os conceitos pré-jurídicos)[19] outrora roposta por Birnbaum, a noção de bem jurídico *bindigniana* outorgava plenos poderes ao Estado para que atuasse, deferindo existência e autonomia a um bem jurídico apenas pelo fato de o legislador ter definido certo comportamento como infração penal, não questionando os membros da sociedade se havia interesse na proteção de determinado bem.

---

para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 65.

15. Idem, ibidem.
16. SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 44.
17. LUZ, Yuri Corrêa da. Op. cit., p. 48.
18. Cf. HORMOZABAL MALAREE, Hernan. Op. cit., p. 42.
19. "Segundo esse autor, os bens não existiriam por si sós, ao que deveria o legislador reconhecer e protegê-los". VAY, Giancarlo Silkunas. Op. cit., p. 16.

Desta maneira, trata-se de uma concepção que não se comprometia com uma limitação do poder punitivo estatal, pelo contrário, conferia-lhe amplos poderes. O perigo desta concepção reside no fato de que um exacerbamento da norma e a existência *em si mesmo* em detrimento da realidade conduziria a arbitrariedades juridicamente legais, vez que o legislador seria um sujeito dotado de amplos poderes para chancelar o que seria ou não digno de proteção. Em suma, o indivíduo fica apequenado e submisso perante o Estado que não possui qualquer mecanismo de restrição de sua atividade.

1.4 Hans Welzel e a necessária vinculação à função de proteção de valores essenciais da sociedade: o abandono do caráter arbitrário na escolha de bens jurídico-penais

Com o período nazista[20] e pós-Segunda Guerra Mundial veio à tona novamente a necessidade de se limitar o *ius puniendi* ocasionada pela dura experiência ideológica e beligerante daquele sistema político. Hans Welzel foi o primeiro teórico a estabelecer limites rígidos para a eleição de bens jurídicos. Trata-se de uma conçepção de matiz ontológica – semelhante à proposta por Birnbaum – que se contrapõe ao neokantismo[21] e acabou por possibilitar um amplo espaço para o relativismo valorativo no campo da dogmática penal.[22]

Para Welzel, bem jurídico[23] é um bem vital de um grupo ou do indivíduo, que em razão de sua significação social é amparado juridicamente. Seu substrato

20. "A Escola de Kiel, a serviço do nacional-socialismo, eliminou a construção de proteção de bens jurídicos por meio do Estado, possibilitando um canal valorativo enorme, levando as atrocidades descritas nos livros de história e que nossa memória jamais esquecerá. Com o fim do regime totalitário, a ideia de bem jurídico é reascendida, principalmente com a conceituação de Hans Welzel". Cf. SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Op. cit., p. 48.

21. "Os neokantistas compreendem a realidade em si mesma como um dado livre de valor e sentido, constituindo o *reino da natureza*. Dessa maneira, a ciência dogmática do Direito tem assim de investigar o significado de uma proposição jurídica que lhe cabe na estrutura de sentido da ordem jurídica, segundo o conteúdo significativo que lhe é imanente". Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2012. p. 125-138.

22. LUZ, Yuri Corrêa da. Op. cit.,p. 52.

23. Não se pode deixar de assinalar o entendimento de Von Liszt sobre bens jurídicos: "Chamamos de bens jurídicos os interesses que o Direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido*. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas

pode se apresentar de diversas maneiras: como objeto psicofísico (v.g. *vida*) ou como objeto ideal-psíquico (v.g. honra); como estado real; como relações da vida; como relação jurídica (v.g. propriedade). Assim, bem jurídico seria um Estado Social desejado que o Direito quer proteger e evitar a ocorrência de lesões[24] devido a sua importância.

Pondera o autor que a proibição estrita de lesão a bens jurídicos levaria a configuração de um sistema jurídico-penal rígido, acarretando uma paralisação total da vida social e transformaria os bens jurídicos em peças de museu onde não haveria qualquer lesão por obras humanas, mas ao mesmo tempo, totalmente estéreis e anquilosadas, sem qualquer função vital.[25] Em suma, os bens jurídicos são naturalmente consumidos, mas é necessário que se evite lesões de extensa monta e, ao mesmo tempo, que os objetos jurídicos não se tornem estáticos, sendo necessária a conciliação na utilização e em sua proteção.

Ainda, para o referido autor, é necessário que para a imputação de um delito esteja presente o desvalor da ação e o desvalor do resultado. A lesão do bem jurídico só assumirá relevância para o Direito Penal dentro de uma ação pessoalmente antijurídica. O desvalor pessoal da ação é o desvalor geral de todos os delitos no Direito Penal. Por sua vez, o desvalor do resultado que será o bem jurídico lesionado ou posto em perigo é um elemento que carece de independência dos inúmeros delitos (delitos de resultado e delitos de perigo).

só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero. Os interesses, porém, surgem das relações dos indivíduos entre si e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou *vice-versa*. Onde há vida há força que tende a manifestar-se, afeiçoar-se e desenvolver-se livremente. Em pontos inúmeros, os círculos da vontade humana tocam-se e cruzam-se, colidem as esferas em que os homens exercem a sua ação. A essas relações corresponde o interesse de cada um à ação ou inação de outrem, quando a ação ou inação tem importância para a própria eficiência". Cf. LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. p. 139-140.

24. WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 5-6.

25. Idem, p. 136.

O desvalor do resultado em alguns casos (v.g. tentativa inidônea) pode não ocorrer, mas o desvalor da ação[26] deverá estar presente.[27]

A concepção de Welzel é digna de encômios eis que se afigura comprometida com a limitação do *ius puniendi* estatal e por uma fixação da delimitação dos objetos jurídicos no plano ontológico, restringindo assim uma atividade de criação e valoração excessiva da compreensão dos bens jurídicos. Fortemente influenciado pelo quadro histórico em que estava inserido é natural que se empenhasse em fortalecer princípios comprometidos acima de tudo com a proteção humana. Outrossim, o resgate de preceitos ontológicos direcionou a criação da sua teoria finalista da ação que levava em consideração as estruturas lógico-objetivas[28] de matiz ontológica. Anota-se que todo esse rearranjo visava outro objetivo senão a salvaguarda e a inserção do homem no centro do Direito Penal como ser dotado de vontade e direção final.

Em apertada síntese, na concepção finalista de ação preconizada por Welzel, há uma grande valorização das *estruturas objetivas,* o que vincularia as concepções da Dogmática Penal. Corolário disso competiria ao legislador penal a postura de observador acerca da *natureza das coisas,* acolhendo os dados ônticos ou os rejeitando adequadamente na quadradura normativa. Assim, a formulação do sistema finalista buscava estabelecer estruturas rígidas e vinculantes ao legislador que outrora abusara de sua liberdade de criação ou rejeição de bens jurídicos, o que culminou nas atrocidades do Nazismo.

26. "Os argumentos usados por Welzel para defender essa priorização parecem muito fortes. Segundo esse autor, não perceber a importância do *sentido social* da proibição penal e, assim, inverter a prioridade do desvalor da ação sobre o desvalor do resultado seria, antes de tudo, aceitar que o Direito Penal seria quase sempre um meio *ineficiente* para atingir sua função. Afinal, para a proteção de bens (isto é, para evitar desvalores do resultado), o Direito Penal chega geralmente muito tarde. A sanção criminal, em regra, não é aplicada antes da ocorrência do resultado desejado, mas sim depois de o bem ser deteriorado ou violado. Se o Direito Penal tivesse como função precípua a proteção do bem *vida,* não faria sentido afirmar que a pena por homicídio cumpriria efetivamente talfunção, pois ela só é aplicada quando a morte de um indivíduo *já ocorreu.* Ou seja, se do que se trata é unicamente a proteção de desvalores de resultado, a efetividade da intervenção penal cairia por terra. Por esse motivo, mais importante do que a proteção contra bens jurídicos concretos seria a proteção da vigência e da validade dos valores sociais, garantidos pela observância das normas penais. Seria fundamental destacar a dimensão prático-social do conceito de bem jurídico, percebendo que, mais do que voltado ao desvalor do resultado, o Direito Penal estaria orientado pela lógica do *desvalor de ação".* Cf. LUZ, Yuri Corrêa da. Op. cit., p. 55.

27. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 82.

28. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal:* concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 236.

1.5 O modelo de Claus Roxin: a fundamentação constitucional na eleição de bens jurídicos

Claus Roxin ao elaborar sua teoria com sustentáculo no Estado Democrático de Direito, rechaça a ideia personalíssima de bem jurídico defendida pela Escola de Frankfurt (Winfried Hassemer; Cornelius Prittwitz, Peter-Alexis Albrecht, Felix Herzog, dentre outros), asseverando a necessidade de proteção de bens jurídicos de caráter geral, desde que vinculados ao indivíduo.[29]

A finalidade do Direito Penal na manutenção da convivência pacífica social só estará legitimada se for condicionada a um fator limitador, a saber, a pena só será imposta se não houver meios que transcendem a esfera penalística e estes não puderem obter os fins por outras medidas menos gravosas. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais brandos para alcançar a situação desejada.[30]

A temática do bem jurídico articulada por Roxin está umbilicalmente ligada às finalidades da pena.[31] Para ele, as finalidades da tutela pelo Direito Penal

29. "A definição que aqui se propõe distingue um conceito "pessoal" de bem jurídico como o que, de forma similar, foi desenvolvido primeiramente por *Rudolphi, Marx e Hassemer* há mais de trinta anos e de acordo com o projeto alternativo alemão do ocidente. Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isto é assim quando se trata dos bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral. Pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade. O mesmo dever de pagar impostos, detestado com frequência pelos cidadãos, não busca o enriquecimento do Estado, mas o benefício do particular que está sujeito às contribuições do Estado que estão financiadas precisamente através dos gravames. Um conceito de bem jurídico pessoal de tais características é a forma correta de expressão de um Estado de Direito Liberal, desde o qual parte a minha argumentação". ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

30. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Revista Jurídica Nota dez*. ano 52. n. 317. Porto Alegre, mar./2004, p. 70.

31. Para Roxin, a pena não é meramente retribuição, mas deve atender a pressupostos de prevenção (geral e especial). Armin Kaufmann não coaduna com um pensamento preventivo, acreditando que admitir a ideia de proteção de bens jurídicos por meio do Direito Penal pode criar determinada confusão, pois, demandará uma proteção futura

são estabelecidas em função das esferas de atividade que hoje competem ao Estado; o Estado Democrático de Direito fundado no laicismo e que prioriza a liberdade do cidadão não pode ter a finalidade de um aperfeiçoamento moral dos cidadãos, editando normas penais para sensibilizar as atividades humanas, mas deve garantir uma coexistência pacífica entre os homens. Assim, o Direito Penal deverá assegurar, *a priori*, os bens jurídicos fundamentais que dizem respeito a todos: vida, integridade física, liberdade etc. Todavia, ainda deverá assumir a tarefa de alcance dos escopos perseguidos pelas prestações públicas de um Estado ao qual se coloca, também, como objetivos de promoção e ajuda social.[32]

A proteção de preceitos morais, religiosos e pedagógicos ou com fim de sensibilização[33] das pessoas deve sofrer uma descriminalização vez que tais assuntos não são afetos ao Direito Penal, ao qual apenas incumbe a proteção de danos a terceiros[34]– merece atenção nesse aspecto que na legislação de drogas, a punição do porte de drogas para uso pessoal não possui qualquer fundamento penal pertinente, pois, não há lesão a um terceiro, caracterizando

por meio da tutela penal, algo que não pode ser cumprido. Se o Direito Penal aderir a ideia de proteção de objetos jurídicos, deixará aplicar a justa punição pelos delitos cometidos. Cf. KAUFMANN, Armin. La misión del Derecho Penal. In: MIR PUIG, Santiago. *La Reforma del derecho penal II*. Barcelona: Bellaterra, 1981. p. 21-22.

32. FIANDACA, Giovanni. O "bem jurídico" como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*. ano 89. vol. 776. São Paulo: Ed. RT, jun./2000, p. 413.

33. Roxin, defende apenas a tutela de proteção de "sentimentos", quando estes forem sentimentos de ameaça, a saber, a incitação ao ódio ou a utilização de medidas violentas ou desprezo. Caberá ao Estado manter a sociedade livre do medo. Cf. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 22.

34. Roxin rechaça a punição da autolesão, pois a proteção penal só faz sentido se for frente a outra pessoa, e não frente a si mesmo. Para ele, o paternalismo estatal só deverá ser posto em prática quando se tratar de um déficit de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si). Tal afirmativa leva a uma dúvida: quais as razões da punição da posse de drogas para uso pessoal prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006? Essa é uma pergunta que parece não ter resposta dogmática alguma. Cf. ROXIN, Claus. Idem, p. 23.

apenas a autolesão do usuário[35] – a paz social, desde que realizado com fulcro no princípio da subsidiariedade.[36]

A força normativa constitucional enquanto *norma mater*, proporciona um quadro a ter obviamente em conta na definição e seleção daquele catálogo de bens (necessariamente fragmentário), sobre os quais o Direito Penal irá deitar seus fundamentos. Nesta esteira, significa que nem o legislador penal poderá tutelar bens discrepantes da diretriz constitucional. Essa aceitação geral – atualmente – como princípio de legitimação do direito penal implica o reconhecimento de um princípio de *subsidiariedade*[37] na tutela desses bens jurídicos.[38]

Por fim, nenhuma teoria do objeto de proteção do Direito Penal dispõe de um critério que fixe limites à liberdade mediante o Direito Penal. Os bens jurídicos penalmente protegidos são a leitura do legislador com fundamento constitucional e ontológico, não resultando compatível com a ideia de liberdade de o legislador democrático restringir a criminalização de comportamentos lesivos a bens jurídicos, a menos que se possa traduzir em um argumento de necessidade jurídico-constitucional. E por mais inconveniente que resulte, dificilmente o Direito Penal que parte de um fundamento constitucional poderá criminalizar comportamentos meramente "imorais".[39]

---

35. "(...) entende-se que deve ser garantido ao indivíduo maior e capaz a autonomia de decidir quais as substâncias quer consumir, revelando-se contraditório, por exemplo, permitir que ele escolha seus representantes políticos, mas retirar a capacidade de decidir o que quer ingerir em seu organismo. O problema se agrava, e revela o cunho moral da proibição, quando se constata que existem diversas substâncias que produzem severos danos à saúde do usuário e que estão ao largo de qualquer proibição". GOMES, Leandro de Castro. Porte de drogas para uso pessoal: por uma nova hermenêutica constitucional. *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 240. São Paulo, nov./2012, p. 19.

36. ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? Trad. Luís Greco. *Revista dos Tribunais*. ano 90. vol. 790. São Paulo: Ed. RT, ago./2001, p. 465-466.

37. "É interessante observar que a referência a um bem jurídico não é mais reconhecida como uma condição necessária para incriminações. Roxin prevê três exceções, a saber, a proteção ao embrião, a proteção de plantas e animais e a proteção de gerações futuras". Cf. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 38.

38. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 83-84.

39. ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminologia*. n. 15. Granada, 2013, p. 22-27.

A concepção de Roxin é restritiva na medida em que busca fundamentar e limitar adequadamente o esteio dos bens jurídicos na ordem constitucional, sendo rechaçadas condutas meramente imorais, discriminatórias e fins ideológicos, pois estes não se apresentam relevantes ao desenvolvimento humano. Dentro dessa corrente teórica, a pessoa humana está no centro de proteção, cuja gênese da salvaguarda está na Constituição. Assim, se torna coerente a ideia de Roxin que defende objetos jurídicos como circunstâncias ou finalidades úteis ao desenvolvimento do indivíduo, cabendo ao próprio sistema – de maneira coerente – determinar o cumprimento de normas que visem preservar a integridade da liberdade do sujeito.[40]

2. BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS: NECESSÁRIA REFLEXÃO

2.1 Sobre a proteção de bens jurídico-penais: contradição entre a missão e os resultados

Após o modelo liberal social, exsurge uma reformulação constitucional visando salvaguardar os bens jurídicos transindividuais e a consecução de um modelo estatal de bem-estar social – *WelfareState*. Todavia, surge um hiato na implementação de mecanismos adequados para a realização dos mandamentos constitucionais, mesmo sabendo que a Lei Fundamental possui um caráter vinculativo absoluto que irradia sua força normativa sobre todos os ramos jurídicos.

Esse processo de reconhecimento e eleição de bens jurídicos para a tutela é demasiadamente árduo por enfrentar inúmeros problemas – v.g. interesses pessoais, classistas e mudanças de paradigmas culturais – que levam tempo até uma guinada de arquétipos. O doutrinamento dos sujeitos passivos das normas jurídicas de que o Direito Penal não possui como função precípua a proteção de interesses morais e educativos, encontra resistência diariamente, principalmente com o fomento midiático[41] de um discurso de medo e

40. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 55-56.

41. "O excesso descritivo nada mais é do que um recurso de linguagem com que se visa bem demonstrar que o interesse subjacente à espetacularização das notícias supera em muito a simples informação. Sem mencionar o efeito catártico de quem se sente aliviado por não ter feito parte das tragédias, a transformação da criminalidade em espetáculo quotidiano de sons e imagens é, sim, uma forma lucrativa de exploração não só da curiosidade mórbida dos espectadores, como também de outros impulsos primitivos que acabam tocados e estimulados pela exposição do bizarro, o que desvela

sensação de alerta constantes que incute no meio social que o Direito Penal é exacerbadamente brando (*sic.*).

A propagação do discurso de terror[42] favorece enunciados messiânicos de doutrinas que possuem o rótulo de maior rigidez no combate a criminalidade, apoiando-se em um recrudescimento de penas,[43] regimes disciplinares diferenciados, redução da maioridade penal e até mesmo a assustadora pena

---

um circuito perverso que se retroalimenta da seguinte forma: quanto mais se exibe a criminalidade, mais se amplia a audiência, que tem o senso crítico entorpecido na medida em que recebe a mensagem como denúncia, ou seja, sob a justificativa de uma necessária conscientização quanto à incapacidade de juízes, promotores e policiais de lidarem com a delinquência que se alastra; e para que sempre se faça legítima a exploração maciça desse tipo de informação, mais necessária é a difusão de uma ideia de incompetência das autoridades para lidarem com a expansão da delinquência, o que termina por justificar a cada vez maior e mais profunda intervenção da mídia nesses assuntos. E assim segue, em moto contínuo". COSTA, Domingos Barroso da. Circuito perversos I: os efeitos criminógenos da mídia exploradora da violência como espetáculo. *Boletim IBCCrim.* ano 20. n. 234. São Paulo, maio/2012, p. 14.

42. "Em muitas pessoas, essa visão distorcida da mídia faz nascer um sentimento de insegurança, a sensação de que, a qualquer momento, seremos nós as próximas "vítimas". Melhor então que as vítimas sejam "eles", aqueles que aparecem nos meios de comunicação, e em especial na televisão, protagonizando a violência. Aos criminosos, a punição severa e exemplar, a prisão perpétua, a pena de morte, se possível. Qualquer meio justifica o fim retributivo. O medo move a massa, que não quer justiça (de que adianta a justiça?), quer proteção (vingança inconsciente?). E para se proteger, nada mais eficaz do que a inocuização, a eliminação pura e simples daquele que representa o perigo. Se não se pode matar o "criminoso" – já que a Constituição não permite (!) – então que seja ele encarcerado definitivamente". GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia, Poder e delinquência. *Boletim IBCCrim.* ano 20. n. 238. São Paulo, set./2012, p. 4.

43. "Diante do ritmo em que se desenvolve a vida moderna, em que as transformações se produzem com espantosa rapidez, é muito provável que a prisão venha a ser cada vez mais criminógena. Um homem, por exemplo, que no início do século fosse condenado a cinco anos de prisão, talvez, diante das condições da época, pudesse ser mais facilmente incorporado ao trabalho e à vida social. Porem, na atualidade, cinco anos podem significar uma segregação muito prolongada, que provavelmente impedirá a ressocialização do delinquente. Para medirmos os efeitos negativos da prisão, além do critério quantitativo, devemos levar em consideração o número de anos e a velocidade com que se produzem as mudanças na sociedade. Se se fizer essa relação, é possível que se chegue a conclusão de que, na sociedade moderna, a imposição de uma pena de cinco anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos ressocializadores quanto os que existiam quando se impunha uma pena de vinte anos, na primeira metade do século". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão* – Causas e alternativas. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 147.

de morte. Não se busca compreender o fenômeno e as razões da criminalidade, mas importa uma verdadeira segregação e repressão àqueles delinquentes que mais se assemelham às vítimas[44] de um sistema que prevê penas de grande monta aos crimes patrimoniais e inunda de benefícios penais os crimes contra a ordem financeira e tributária, traduzindo a crueldade e a seletividade do sistema penal. Em outras palavras, é possível afirmar que não há uma maior cautela acerca do objeto jurídico que se busca proteger do ponto de vista científico. Há um ingresso irrefreável de diversas finalidades externas e sem conexão alguma com a ideia de salvaguardar objetos jurídicos por meio do Direito Penal que é, por excelência, o ramo do ordenamento jurídico que opera com instrumentos e ferramentas mais severos.

Não se discute os fundamentos constitucionais e tampouco se perquire a necessidade de se efetivar um Estado Democrático de Direito que elege como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana que não pode funcionar como mero adorno jurídico, mas demanda uma verdadeira efetivação. Estimula-se uma individualidade e o aparte da coletividade, vez que o outro não é uma promessa, mas uma ameaça, um potencial criminoso. Perde-se a fé nas leis e se aumenta a sensação de impotência ante as atrocidades cometidas, instalando uma visão de mundo permanentemente cética.

Dá-se uma atenção inesgotável ao espetáculo macabro que se faz diante da dor e sofrimento do autor e da vítima do delito. Explora-se[45] os estigmas

44. "Caem, assim, no embuste da liberdade sem limites para tê-la quase totalmente limitada. No final das contas, longe de serem desviantes, tais indivíduos-espectadores servem ao sistema, ao qual conferem legítimo direito de mantê-los, e a toda miséria social que representam, sob o mais amplo e radical controle, debaixo de olhos atentos enquanto atores fracassados de um espetáculo quotidiano perversamente explorado pela mídia, a partir do qual se logra desviar os interesses para mais longe daquilo que realmente importa: da grande corrupção, das omissões do Estado e de tantas outras questões cuja solução dependeria da garantia a todos, indistintamente, não de espetáculos, mas das condições de exercer ativamente uma liberdade política (...)". COSTA, Domingos Barroso da. Circuitos perversos II: os efeitos criminógenos da mídia exploradora da violência como espetáculo. *Boletim IBCCrim.* ano 20. n. 236. São Paulo, jul./2012, p. 12.

45. "Mesmo com o desenvolvimento destes espetáculos, os sistemas penais permanecem iguais ou agravam seus caracteres negativos: violência, seletividade, efeito reprodutor e deteriorante, corrupção e abuso de poder. A isto se agrega a transferência de instituições inquisitoriais e autoritárias em função de novas emergências que se apresentam como ameaças à humanidade (terrorismo e drogas), mas, como nas anteriores emergências não se faz algo para resolver o problema senão para ter um pretexto para aumentar o controle social punitivo". ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

ocasionados pelo cenário da miserabilidade[46] (inter)nacional. Entregam-se todas as liberdades ao Direito Penal e há a confiança de que este setor da ordem jurídica conseguirá eliminar e controlar[47] o crime.

O modelo bélico de política-criminal imprime suas marcas também no procedimento judiciário, diminuindo garantias processuais, isolando o sujeito passivo do processo penal etc. Legitima-se o Estado a "delinquir" em prol de um ideal de segurança, onde amplos setores da imprensa comprometidos com o projeto neoliberal econômico fazem o que é preciso para omitir o noticiário de cada dia e talvez a maior das omissões seja subtrair às execuções policiais sua autoria real (pela aceitação acrítica da versão de "disputa de quadrilhas") ou sua significação de abuso de poder.[48]

Resiste-se a atualização da visão de que a Constituição Federal de 1988 é antes de tudo uma carta política com fundamentos protecionistas aos direitos e liberdade humanas. O não alinhamento do Direito Penal com estes fundamentos constitucionais produz na praxe um sistema de justiça penal desolador e contraditório com sua missão de proteção de bens jurídicos

---

Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 5. n. 20. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./1997, p. 20.

46. "Violência e impunidade é, também, impedirem a manifestação do pensamento livre e da individualidade responsável; é constrangerem os corpos com a dor da fome e a agressão da doença sem socorro; é admitirem a crueldade da tortura, da degradação brutal do local no qual se vive, o padecimento provocado pela não-convivência com aqueles a quem se ama. Violência e impunidade é, também, ser vitimado pela falta de trabalho, ser humilhado pela ausência de estudo, ser desprovido de um lazer sadio, ser mortalmente ferido pela discriminação de qualquer tipo. Violência e impunidade é, também, ser violentado pelo embaraço traumático da religiosidade, da sexualidade, da amorosidade. Violência e impunidade é, também, em suma, admitir que apodreçam as esperanças, extirpem os desejos e a sacralidade das vidas". CORTELLA, Mario Sergio. Outras faces da violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 12. n. 47. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr./2004, p. 376.

47. "O objetivo da hipertrofia do "controle" da criminalidade por meio da utilização do Direito Penal, nesse contexto, é justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda por ser inconveniente aos desígnios do capital e que, por isso, precisa ser constantemente vigiada, controlada e, sempre que possível, punida". CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do poder punitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 18. n. 87. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez./2010, p. 292.

48. BATISTA, Nilo. Política Criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 5. n 20. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./1997, p. 144-146.

e os resultados alcançados. Em outras palavras, quando a Dogmática Penal avoca para si o papel de último e mais severo guardião de objetos jurídicos indispensáveis à autorrealização humana, deve estruturar seus mecanismos punitivos de maneira que a imposição da pena a um indivíduo por violação deste substrato protecionista da norma penal não provoque um permanente descumprimento dos direitos fundamentais e, consequentemente, dos bens jurídicos. Este é o caso *sub judice* na ADPF 347, sendo que em sede de cognição sumária ao deferir a Medida Cautelar nestes autos, o STF afirmou que o sistema penitenciário nacional se encontra em um "estado de coisas inconstitucional" pela violação generalizada de direitos fundamentais que segue ocorrendo contra os apenados. Ou seja, no afã de punir aqueles que cometeram um delito e, portanto, violaram um bem jurídico, a pena coopera para o fomento e incremento de lesões a bens jurídicos dos condenados.

Realiza-se um modelo bélico no combate a criminalidade. Não se tem em conta de que a guerra ocorre todos os dias e que não é necessário nenhum documento que ateste tal perversidade, pois as imagens do caos estão afixadas em cada rua das grandes metrópoles. A guerra em que se está imerso é velada, age sub-repticiamente e ceifa direitos fundamentais todos os dias. Cria-se um Estado policialesco no afã de maior proteção, mas em que é possível ver uma – tão flagrante quanto preocupante – autofagia de direitos individuais.

O que se expande não é a segurança ou a paz social, mas a indústria do controle do crime.[49] Nesta indústria não há escassez de matéria-prima: a

49. Não se pode esquecer do pensamento de Michel Focault sobre o fracasso da prisão: "Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isto não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata eu a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa. Por exemplo, no proveito que se pode tirar da exploração sexual: a instauração, no século XIX, do grande edifício de prostituição só foi possível graças aos delinquentes que permitiram a articulação entre o prazer sexual quotidiano e custoso e a capitalização". FOCAULT, Michel. *Microfísica do Poder.* Trad. Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 121-122.

oferta do delito pode parecer infinita. Também são infinitas as demandas por esse serviço e a vontade de se pagar pelo que se considera segurança. Não há problemas ambientais ocasionados pela atividade industrial, pelo contrário, trata-se de uma atividade que cumpre suas tarefas de limpeza ao extrair do sistema social os elementos não desejados.[50]

A mudança desse panorama de guerra velada implica na mudança de paradigmas culturais, de um modelo de Estado e de políticas públicas. Não basta a Constituição Federal de 1998 trazer em seu bojo a essência do Estado de bem-estar, é necessário a sua implementação e a sua realização plena, do contrário, seria admitir que a *lei mater* seja uma natimorta!

É necessária a reformulação e relegitimação do Direito Penal que deve se adaptar ao Estado Democrático de Direito, realizando descriminalizações de preceitos morais – v.g. o comportamento bígamo reprovado no conteúdo de injusto do art. 235 do CP. Em face de preceitos assim justapostos, imperiosa a indagação: qual interesse do Direito Penal nas relações íntimas das pessoas?

Outro exemplo entre choque de missão e resultados da proteção de bens jurídicos por meio da ciência criminal é a questão relativa à matéria de drogas. Na doutrina nomina-se como bem jurídico-penal a *saúde pública*. No entanto, não se consegue depreender desse proibicionismo qualquer proteção ao referido bem coletivo que no fim das contas acaba assumindo um adiantamento punitivo e um ingresso sobre a autonomia individual do sujeito.[51]

O tempo pós-moderno convida a todos a repensar uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política e consequentemente, um novo Direito Penal. Para o Poder Legislativo surgirá, especificamente, uma obrigação de observância dos direitos e garantias individuais constitucionalmente positivados, no momento de elaboração das leis.[52] E para a dogmática penal, resta uma reformulação em seus institutos penais e no reconhecimento de bens

50. CHRISTIE, Nils. *La indústria del control del delito:* ¿La nueva forma forma del holocausto? Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 1993. p. 21.

51. Sobre falsos bens jurídicos e esse choque entre missão e resultados, recomendamos vivamente o seguinte artigo: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: PALITOT BRAGA, Romuldo Rhemo; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. *III Encontro de internacionalização do Conpedi – Direito Penal, Criminologia e Seguridade Pública.* Madrid: Ediciones Laborum, 2015. Ainda, encontra-se *sub judice* a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 por meio do RE 635.659 (Repercussão Geral) cujo julgamento está em curso até a conclusão desta pesquisa.

52. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 29-30.

jurídicos e a descriminalização de condutas que transcendem os fundamentos constitucionais e penais.

O paradoxo entre missão e o quadro real das práticas penais exige que a ciência criminal busque se alinhar formal e materialmente aos fundamentos constitucionais de maneira que na objetivação de se tutelar bens jurídicos não acabe redundando justamente em uma violação contínua de outros objetos jurídicos gerando, assim um "estado de coisas inconstitucional", desbordando-se por completo na busca de uma eficaz proteção penal conjugada com a mínima violação de liberdades e garantias individuais.

2.2 *Bens jurídicos transindividuais como consequência da reformulação constitucional*

Após essa breve e seletiva história da ideia de bem jurídico, além de uma explanação do panorama atual do Direito Penal e sua invocação desmedida diante de uma sociedade que se encontra presa ao medo fomentado quase sempre pelos meios midiáticos e interesses políticos escusos, passa-se à análise dos objetos jurídicos *transindividuais* que decorrem especialmente da mudança de arquétipos constitucionais.

Desde a ideia primária de bem jurídico proposta por Birnbaum, muito se avançou neste campo do Direito Penal, seja em decorrência de aspectos sociais, econômicos ou constitucionais. Mas, é necessária uma revisão e estruturação do que se compreende como bem jurídico transindividual, retirando de cena os falsos bens jurídicos[53] e as tutelas de função dotadas de uma conceituação vaga e carente de qualquer fundamentação empírica.[54]

53. "Um tal 'bem jurídico coletivo aparente' é a saúde pública, que na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão individual, não passando, portanto, de um bem jurídico individual segundo uma perspectiva da lógica de classes. Esta errônea aglomeração de bens jurídicos individuais num coletivo serve à jurisprudência de argumento para que se ignorem por completo os princípios da exclusão da proteção penal em face do consentimento do titular do bem jurídico, o que torna possível que se apene severamente, pela lesão de um bem jurídico real, uma conduta que poderia no máximo ser merecedora de pena em razão de perigos indiretos para outros bens jurídicos". Cf. 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. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 13. n. 53. São Paulo, mar.-abr./2005, p. 26.

54. Cf. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 25.

As vertentes de criminalização devem traduzir o bojo constitucional[55] no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos revelará, não infrequentemente característicos de um novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuirá para oferecer a imagem de um Estado que se mostra ativo na realização de objetivos de transformação social e da tutela de bens de dimensões transindividuais e coletivas.[56]

Isso é visível nos mandados de criminalização impostos pela Constituição Federal. Exemplo de tais instrumentos é o art. 5.°, XLI, da CF/1988 que determina a punição de qualquer conduta que tenha cunho discriminatório contra os direitos e as liberdades fundamentais; art. 5.°, XLII (racismo); art. 225, § 3.° – do mesmo Documento Jurídico – em que se prevê a penalização das pessoas físicas e jurídicas na prática de condutas lesivas ao meio ambiente. Obviamente, por ser a Constituição Federal uma norma diretiva – porém, de força cogente – não consegue tipificar e catalogar todos os tipos penais necessários à proteção de bens jurídicos de natureza constitucional, reservando ao legislador infraconstitucional a missão de editar leis que visem à proteção e salvaguarda da própria essência constitucional.

É de se considerar ainda que uma teoria do bem jurídico que prossiga se manifestando a favor da *teoria pessoal*[57] *do bem jurídico*, propalada no período clássico e que dá extensa ênfase aos bens individuais como a propriedade e o

55. "A expansão debuxada de conteúdo jurídico-fundamental efetuou uma constitucionalização material da ordem jurídica. Todos os três poderes são afetadas por ela diretamente". Cf. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Trad. Luís Afonso Heck. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*. ano 92. n. 809. São Paulo: Ed. RT, mar./2003, p. 57.

56. Cf. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 103-104.

57. "De acordo com essa teoria, o direito penal não deve nem pode, pelas suas especificidades, arvorar-se em instrumento de proteção dos novos e grandes riscos próprios da sociedade contemporânea e, ainda mais, dos riscos que ameaçam a sociedade do futuro. Há, pelo contrário – sustentam – que guardar o patrimônio ideológico do Iluminismo Penal, reservando ao Direito Penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação. Deve, pois, reforçar-se a ideia de que só se está perante um autentico bem jurídico-penal na medida em que ele possa conceber-se como expressão de um interesse do indivíduo. É o pensamento que no essencial surge como denominador comum da chamada Escola de Frankfurt". Cf. SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *réquiem* pelo bem jurídico? *Revista de Ciências Criminais*. ano 18. n. 86. São Paulo, set.-out./2010, p. 235.

patrimônio, não se coaduna com o modelo social que se experimenta hoje. Essa ótica faz objeção à necessidade de criar, sem discriminações, chances de participação a todos os membros da sociedade.[58] Apenas uma teoria do bem jurídico que oportunize uma solidariedade pode ser considerada uma teoria social adequada ao novo modelo de Estado.

De fato, a doutrina penal é incipiente no sentido de realizar uma exata diferenciação entre bens jurídicos individuais, coletivos e transindividuais. Deve-se reconhecer o mérito da doutrina processual civil nesse campo que, com esteio nos estudos do Direito Italiano, chegou a uma definição – ao menos mais próxima – desse instituto.

Sob o aspecto processual não se fala – em verdade, não se falava – sobre bens jurídicos transindividuais, mas sim em interesses difusos.[59] Essa é uma diferença terminológica entre o Direito Penal que adota uma concepção de bem jurídico, enquanto o Direito Processual Civil utiliza a nomenclatura de *interesse*[60] que é, obviamente, muito mais extensa – o que não deslegitima a ideia base introduzida no Brasil – no sentido de selecionar o que seria algo que transcende o homem singularmente sob o aspecto jurídico e sua necessidade de proteção. Ainda, também, no âmbito do próprio Direito Penal ocorre uma diferença entre *interesse* e *bem*.

O Direito possui interesses de que alguns entes sejam preservados, valorando-os positivamente: ao fazê-lo, tornam-se interesses jurídicos. Esses *entes* existem, ainda que o Direito não se interesse por eles. O *interesse* jurídico

58. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 18. n. 87. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez./2010, p. 116.

59. "(...) Por difuso se quer, portanto, entender o interesse de um grupo, ou de um grupo de pessoas, entre as quais não há um vínculo jurídico ou fático muito preciso, constituindo-se um grupo de certa forma menos determinado de pessoas. Aliás, os mais autênticos *interesses difusos* – o exemplo, por excelência, é do meio ambiente – não podem deixar de ser incluídos como pertencentes, *lato sensu*, à categoria do interesse público". Cf. MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990. p. 18.

60. "(...) o interessse é sempre uma relação entre uma pessoa e um bem (*quod inter est*), no caso dos interesses difusos essa relação é super ou metaindividual, isto é, ela se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito, e um dado bem da vida "difuso", como objeto. Certo, pode suceder que esses interesses, num caso concreto, venham a ser veiculados, exteriorizados por um dos sujeitos ou uma entidade (o *ente esponenziale* a que alude a doutrina italiana), mas isso não altera a essência dos interesses, que permanecem "difusos", pelo fato de se referirem à toda uma coletividade, indistatamente". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos:* conceito e legitimação para agir. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1992.

faz com que os *entes* passem a serem objetos de interesse jurídico. Os objetos de interesse jurídico (entes) que o legislador valora, serão considerados *bens jurídicos* e quando o legislador considera que determinadas lesões merecem uma consequência jurídica, os tutelam com uma sanção penal e se converte em *bens penalmente tutelados,* mas somente na medida da tutela penal, pois os *bens jurídicos penalmente tutelados* só recebem esse tipo de proteção em conformidade com determinadas formas de afetação.[61]

Entretanto, necessário se faz diferenciar bens jurídicos coletivos dos transindividuais. Por bens jurídicos coletivos entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas demanda – entre esse ente e seus titulares – uma relação jurídica base que os congreguem.[62] Os bens coletivos[63] estão ligados às necessidades de uma coletividade em consonância com o sistema social.[64] Da mesma maneira, estes bens possuem três critérios de interpretação: *não exclusividade* de seu gozo; da *não rivalidade* de seu consumo e da *não distributividade.*[65]

61. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal:* parte general IV. Buenos Aires: Ediar, 1981. p. 119-120.

62. "(...) estamos inquestionavelmente no campo dos interesses coletivos, interesses metaindiduais, supra-individuais, coletivos. Mas é preciso distinguir. É metaindividual também o interesse público, exercido com relação ao Estado. Mas esse interesse (à ordem pública, à segurança pública) constitui interesse de que todos compartilham. E o único problema que pode suscitar ainda se coloca na perspectiva clássica do conflito indivíduo contra Estado. Já por interesses coletivos entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A socjedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregar todos os empregados de uma determinada categoria profissional." Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos.* São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 30.

63. "(...) o interesse coletivo é aquele que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos, como a dos associados de uma entidade de classe, a dos consumidores lesados no uso de algum produto". Cf. MAZZILI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 19.

64. Cf. SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Op. cit., p. 62.

65. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *ADPE.* n. 2.2012, p. 66.

Por sua vez, os bens jurídicos de natureza difusa e/ou transindividual possuem uma tutela que transcende o indivíduo e uma coletividade – e as relações jurídicas de base que os agrega –, abarcando a todos, inclusive as futuras gerações. Ponto nodal e discutível é no sentido de que se os bens são necessariamente consumíveis e eleitos em decorrência de fatores históricos e sociais, é crítico tutelar algo além, imprevisível – v.g. *o que são as futuras gerações? Os fundamentos filosóficos, sociológicos e jurídicos no momento de escolha dos bens jurídicos no futuro seriam os mesmos?* – e passível de modificação estrutural.[66] Efetivamente a conceituação pode se mostrar ampla, o que invoca uma necessária e correta delimitação do objeto a ser tutelado, sob pena de uma abstração desmedida, o que levaria uma fatídica contestação se realmente o Direito Penal está comprometido em atuar frente aos novos riscos da sociedade pós-moderna.

Entretanto, mister romper os grilhões[67] da teoria monista de bem jurídico cunhada no período liberal e iluminista. A tutela se volta neste momento para uma concepção de solidariedade e reconhecimento de que os interesses globais

66. Roland Hefendehl acredita que o Direito Penal deve se ocupar de riscos futuros, mesmo porque uma ação isolada provavelmente não produzirá um atentado imediato a um bem coletivo. Cita como exemplo a indústria situada em uma zona costeira que despeja detritos no mar. Neste caso é pouco provável que o dano ocorra simultaneamente após o despejo de resíduos industriais, mas certamente no futuro ocorrerão danos àquele local em que por determinado tempo se tornou um desaguamento de substâncias inapropriadas para o bioma. Encontrar normas para o futuro, atuar visando um provável dano, segundo determinado prognóstico é mais acertado do que reagir posteriormente ante aos danos, omissões e catástrofes do presente. Ainda, deve-se levar em conta que a ameaça de uma pena é meio de intimidação e desaprovação vinculada a um juízo de desvalor. Desta maneira, caberá ao Direito Penal ponderar e selecionar as ações mais danosas que contenham um maior juízo de desvalor frente aos bens jurídicos protegidos. Cf. HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ano 4. n. 14. Granada, 2002, p. 5.

67. O Estado precisará assumir as prerrogativas enunciadas pela Constituição para plasmar a realidade no que se caracteriza como *social*. A concepção *social* está referendada no sentido de que a sociedade já não mais abarca um constitucionalismo liberal, senão uma sociedade a que se trata de transformar como objetivo básico do constitucionalismo social. A evolução exata do Estado, precisa realizar um modelo de Estado Liberal tradicional ao modelo constitucional e social. Se antes o Estado tinha a prerrogativa de não intervenção no corpo social, agora ele deve deixar essa inércia para intervir e, se optar por uma omissão e uma não ingerência, responderá pela sua inconstitucionalidade por omissão. Cf. SAN EPIFANIO, Leire Escajedo. *El medio ambiente em la crisis del Estado Social:* su protección penal simbólica. Granada: Ecorama, 2006. p. 81.

ultrapassam qualquer aspiração singular.[68] É uma verdadeira ótica holística regente de todo processo jurídico moderno.[69]

O direito que visa o futuro deverá se adaptar inevitavelmente às novas expressões do Estado e às novas exigências da comunidade. A subordinação

68. "(...) o que queremos afirmar com a ideia de um presente aberto não é outra coisa senão uma admissão sem reservas da importância do futuro tem de ter para o direito penal. Todavia, a âncora deve estar no presente, não no presente dos instantes, mas em qualquer coisa outra que mostre os problemas – os problemas criminais – que atormentam o nosso cotidiano. O que queremos é que p direito penal se preocupe com a criminalidade organizada, sobretudo com aquela de cariz transnacional; se preocupe com o terrorismo, também dele de matriz internacional ou mesmo transnacional e sem colaboração – pelo menos aparente – ideológica; se preocupe com a efetiva e concreta punição de atos de corrupção de modo a quem um tal comportamento não se transforme em doença endêmica tolerada; se preocupe com as manifestas violações ambientais, visíveis – elas são tantas – no presente; se preocupe a construir, em sistema organizado dentro de um perfil mundial, novas formas de aplicação da lei penal no espaço; se preocupe a ser um direito penal de corpo inteiro e não um direito penal que admita, como boa ou até desejável, uma fissura nos seus objetivos e na definição de suas regras elementares; se preocupe a ter como referente inescapável a proteção de bens jurídicos que possam encontrar referência na Constituição ou em espaços normativos de igual dignidade; se preocupe em ser uma defesa, uma cidadela, dos direitos fundamentais de todos, do arguido à vítima. Eis um rol de preocupações do presente que são tarefas mais do que suficientes para mostrar que o futuro das mais próximas gerações futuras – só essas racionalmente estão no nosso horizonte – estará bem assegurado se conseguirmos cumprir esta pauta de encargos". COSTA, José de Faria. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 17. n. 81. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez./2009, p. 47.

69. Isso é perceptível em todos os ramos do ordenamento jurídico, até mesmo na esfera mais privada do Direito, a saber, o Direito Civil, os interesses difusos e coletivos tem expandido sua atuação. Sob o aspecto constitucional, pode-se dizer que as ações envolvendo a propriedade rompem com um interesse privado para que a interpretação seja realizada em conformidade com a sociedade, vislumbrada no artigo XX, que abarca a função social da propriedade. Após a Constituição Federal de 1988, não se pode falar em um interesse individual na propriedade, devendo haver a comprovação de uma finalidade coletiva – *v.g.* se uma extensa propriedade, embora devida regularizada se mostre improdutiva, qual a função dela perante a sociedade? – formando uma consciência coletiva de *pertencimento* ao nicho social. Sob o aspecto constitucional, civilístico, ambiental etc., é possível trabalhar com leis e institutos pedagógicos – *v.g.* o dano moral que deve abarcar uma sanção e uma finalidade pedagógica de conscientização – para incutir na coletividade essa sensação de pertença, o que encontra duras dificuldades sob o viés do Direito Penal.

do Direito Penal à constituição vai muito além de uma compatibilização legislativa, devendo irradiar todo o processo de *lege ferenda* e *lege lata.*[70]

A característica essencial do bem jurídico transindividual se revela na possibilidade de ele ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse usufruto, inclusive a gerações vindouras. Dessa afirmação pode sobressair uma crítica,[71] a saber, que os bens jurídicos transindividuais não possuem autonomia, sendo uma mera barreira que antecede a outros interesses, *in casu* os bens jurídicos individuais como a vida, integridade física, patrimônio etc. Todavia, a existência autônoma dos bens metaindividuais deve ser aceita sem maiores tergiversações, mormente quando se recolhesse seu valor de uso no atual panorama sociocultural. Óbvio que essa classe de bens jurídicos levará a interesses legítimos da pessoa, o seu caráter de supraindividualidade não exclui decerto a existência de interesses individuais que com eles se convergem: se todos os membros do corpo social se veem prejudicados com uma conduta danosa, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais.[72] Isso é visível, por exemplo, quando se pensa em afetações ao *meio ambiente.*

Toda essa concepção de bem jurídico transindividual encontra a guarida constitucional na necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais, imprescindíveis no todo à existência humana. A titularidade individualizada outrora preconizada pela concepção liberal de direitos fundamentais (basicamente, direitos do indivíduo contra o Estado, de cunho predominantemente negativo) e a titularidade coletiva da segunda concepção (social) de direitos fundamentais (basicamente, direitos dos indivíduos por meio do Estado, de cunho predominantemente positivo), soma-se a uma

70. Vide DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini.Op. cit., p. 75-76.

71. GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel Sánchez. *El moderno derecho penal y la antecipación de la tutela penal.* Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999. p. 66.

72. DIAS, Jorge Figueiredo. O papel do Direito penal na tutela das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* n. LXXV. Coimbra, 2003.

titularidade transindividual vinculada à concepção moderna baseada na solidariedade – *sincrônica e diacrônica*[73] – dos mesmos direitos fundamentais.[74]

Analisando sistematicamente a evolução da conceituação de bem jurídico, a convergência de uma adaptação e agasalhamento de concepções transindividuais pouco ou nada relacionam seus fundamentos na sociedade de risco, mas sim, em um modelo Estatal[75] que visa tutelar direitos e garantias fundamentais que outrora não haviam sido "descobertos" (identificados) ou encontravam resistência para tanto durante o modelo liberal[76] de Estado. A sociedade de risco no surgimento dos bens jurídicos é mera peça coadjuvante, não sendo razão cardinal desse processo evolutivo, apenas sinalizando que tais bens são sensíveis aos possíveis danos.

Finalmente, não merece prosperar o setor doutrinário que compreende que a acepção de que os bens jurídicos transindividuais não possuem qualquer base fundante. O que conforta é que qualquer bem jurídico, antes de ser tutelado penalmente encontrou resistência por diversos campos, principalmente os que vislumbram uma vantagem de qualquer ordem na *não proteção* penal como ocorreu no período da escravidão, onde, infelizmente, a vida e a integridade física não eram um direito de todos em decorrência de uma mercantilização e coisificação do homem. É imperioso que a noção de igualdade e solidariedade se expanda formando uma consciência coletiva. Ainda que os bens jurídicos

73. "Em círculos ambientais e universitários, fala-se muito em dois tipos de solidariedade: a sincrônica e a diacrônica. A primeira, *sincrônica* ("ao mesmo tempo"), fomenta as relações de cooperação com as gerações presentes, nossas contemporâneas. A segunda, a *diacrônica* ("através do tempo"), é aquela que se refere às gerações do após, ou seja, as que virão depois de nós, na sucessão do tempo. Preferimos falar em solidariedade *intergeracional*, porque traduz os vínculos solidários entre as gerações presentes e com as futuras". MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 259.

74. "São situações jurídicas que podem ser encaradas inclusive sob o ângulo subjetivo (direitos subjetivos), porém articuladas por sujeitos de representatividade metaindividual (como o cidadão em nome da coletividade, as associações, os entes públicos) e cujas consequências atingem todos, com representação temporal que ultrapassa a existência de uma geração". Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista dos Tribunais*. ano 7. vol. 29. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./1999, p. 61.

75. Cf. MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 113-114.

76. Para um panorama crítico Cf. LUZ, Yuri Corrêa da. Op. cit., p. 83-85.

transindividuais[77] encontrem um campo de resistência,[78] é questão de tempo para que a consciência jurídica assimile sua autenticidade enquanto objeto digno de proteção pelo direito. Não se trata de uma *espiritualização/desmaterialização*[79] do bem jurídico, mas a justaposição e compasso com os fundamentos constitucionais,

77. Corcoy Bidasolo, assim como Claus Roxin, aceita a concepção de bens jurídicos supraindividuais, mas ressalva que a intervenção penal é legitimada desde que sua proteção ocorra em conformidade com o melhor desenvolvimento pessoal de cada um dos indivíduos que estão compreendidos nesta tutela. Mas é contestável esse pensamento vez que os bens supraindividuais visam a proteção de futuras gerações e possuem um caráter de indivisibilidade, não sendo razoável mirar um desenvolvimento pessoal de cada indivíduo e sim da coletividade. Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal em el control de riesgos. In: GÓMEZ MARTÍN, Victor (coord.). *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires: B de F, 2010. p. 39.

78. "O Direito como mecanismo científico de controle social inserido no compasso de evolução das ciências sociais – sendo ou não, ele próprio, ciência –, não consegue regulamentar determinadas matérias sem subverter seus próprios padrões evolutivos. Esta é, a meu ver, uma delas, senão a principal a razão pela qual é tão difícil preservar as garantias de princípios formulados ao longo da evolução do direito e conseguir concomitantemente alcançar a regulamentação jurídica de temas oriundos da moderna sociedade tecnológica. Tratamos, por muito tempo, de manter o sistema jurídico, especialmente o jurídico-penal, vinculado a um ponto de vista dogmático, reservando-se as questões axiológicas para o campo filosófico-religioso. Esta fórmula acentuava diferenças, levando a preservação de um *status quo* social. O Direito serve para o controle social. O Direito Penal, por marcar especialmente a vítima como o epíteto de *criminoso* acaba funcionando como instância de legitimação de uma divisão da sociedade em castas... exemplo claro disso aparece ao analisarmos a situação do delito de sonegação fiscal (aflitivo do patrimônio público) comparado com o furto (aflitivo do patrimônio individual), onde só o primeiro goza a uma modalidade de arrependimento posterior geradora de extinção de punibilidade. Evidentemente, só sonega impostos quem tem renda suficiente para dever impostos e para este, o Direito Penal concede benefícios. Quem tem renda tributável, por outro lado, dificilmente estará envolvido em furtos. Ademais, visto sob o prisma da vítima, o violador de um bem jurídico privado patrimonial recebe toda a carga da vingança penal do Estado-juiz por sua atitude, em contrapartida, o violador do bem jurídico público, que a todos pertencem por igual, não gera idêntica reação do Estado-juiz". BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 501-503.

79. "(...) desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico, que, segundo Sgubbi, pode ser explicado pela identificação do bem com um fim social, mediante o abandono de qualquer materialidade pré-positiva." Cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 110.; Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedade del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 69-70.

devendo, pois, a tutela de tais bens passar pelo filtro dos princípios penais de garantia, a saber, a fragmentariedade, subsidiariedade, lesividade etc., atendendo, assim, a caracterização de *ultima ratio legis* do Direito Penal.

3. A DIFÍCIL QUESTÃO ACERCA DE "COMO TUTELAR PENALMENTE OS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS": UMA PROPOSTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Uma vez firmado o posicionamento acerca da autonomia dos chamados bens jurídicos transindividuais, bem como reconhecido o seu manifesto e incontestável valor utilitário àconvivência comunitária, resta divisar os modos pelos quais se podem controlar seus usos e consumos. Dizendo de outra forma, é preciso que ao homem sejam impostos limites plausíveis à utilização de certos interesses de natureza coletiva. Aliás, alguns dos bens jurídicos difusos, a exemplo, pois, do meio ambiente, se mostram em latente estado de perigo face, sobretudo, às modernas tendências que dirigem certos e atuais modelos econômicos e políticos. É notável, por vezes, que as diretrizes consumeristas de um capitalismo atomizado pouco – ou nada – se preocupam com a adesão de seus cânones a um programa de desenvolvimento que o seja sustentável. Isto é, o modelo econômico neoliberal pauta-se por metas de alta produção e melhor aproveitamento dos recursos imprescindíveis à realização das atividades que executam, sem que em paralelo integre suas prioridades uma preocupação para com a conservação permanente de suas fontes produtivas.

Todavia, conquanto se traslade – em diferentes espaços – de modelos de Estado liberal para sua configuração, como um Estado Social e democrático, as estruturas jurídico-políticas passam, outrossim, por significativas transformações. A mais proeminente delas talvez seja justamente a dimensão de relevo que as instâncias formais de regulamentação passam a ter com relação ao referido consumo desenfreado dos substratos materiais de certos interesses humanos e a sua eventual e futura escassez.

Na medida em que esse quadro se delineia, alguns estudiosos atentos, a exemplo de Silva Sánchez,[80] chamam a atenção – nesse contexto – para uma circunstância que o mentado autor denomina "descoberta de novos interesses". Em que pese a identificação de uma maior consideração jurídica em torno dos

80. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 27 e ss.

chamados interesses coletivos, mormente após a primeira metade do século XX, não se apresenta correta – conforme expõe o penalista espanhol – considerar que se experimenta nos últimos tempos o aparecimento de interesses daquela natureza.

Primeiramente, porque o bem jurídico, independente de sua natureza (individual ou transindividual), comporta um notório aspecto ontológico, ou seja, trata-se de um ente real, estribado na experiência cotidiana. Dizendo de outro modo, os interesses humanos que satisfazem aos indivíduos suas condições existenciais não são criados pelo direito, tampouco "descobertos" pelos seus instrumentos, mas hauridos da realidade concreta e elevado à categoria de valor jurídico em face a sua impostergável necessidade de proteção. Desta feita, a vida humana, tal qual o meio ambiente, o patrimônio genético e outros bens de índole que transcendem a uma titularidade individual sempre existiram. A mudança de paradigma histórico e sociológico apenas revela, atualmente, uma maior ingerência por parte do Estado nas atuações humanas que possam lesar ou periclitar esses interesses.

De modo secundário, anota-se que a salvaguarda jurídico-penal em torno de valores dessa classe não é representado nenhum ineditismo para as mais variadas normativas, posto se do contrário fosse não se explicaria os tradicionais tipos penais de proteção de interesses como a Administração da justiça, a moeda ou a fé pública, o falso testemunho e outros tantos mais de inequívoco caráter coletivo, já enunciados em muitos Códigos Penais do século XIX como adverte Gracia Martín.[81]

Malgrado esses dados não sejam – e nem o poderiam ser – negados, atualmente um importante movimento teórico promove uma flagrante resistência a considerar que os interesses coletivos devam merecer a proteção jurídica oferecida pelas ferramentas e aparatos punitivos. Semelhante posicionamento, diga-se de passagem, anacrônico, retrógrado e perverso se opõe à imprescindível necessidade de modernização do Direito Penal, bem como da readequação de certos pressupostos político-criminais.

O dito discurso de resistência à modernização do Direito Penal, de maneira geral, apregoa a recondução do tratamento jurídico da proteção dos bens jurídicos difusos a outros setores da ordem jurídica, a dizer, aqueles que não operem com os tradicionais aparatos jurídico-penais.

81. GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*. México: Ubijus, 2011. p. 307.

Além disso, outros adeptos da mesma vertente teórica – aqui nomeada de resistente ao processo de modernização do Direito Penal – defende indiscriminadamente que a salvaguarda de tais bens somente encontraria espaço no âmbito do poder punitivo, desde que suas vulnerações, por via reflexa, encontrassem análoga afetação a bens jurídicos individuais. Trata-se, pois, daquilo que se convencionou chamar de teoria pessoal do bem jurídico, conjunto de argumentos tais que, não alcança outro fim, senãoesvaziar de sentido e autonomia (independência) os interesses de cariz transindividuais.

De uma forma ou de outra, negar aos bens jurídicos difusos uma abrangência penal implica, antes de tudo, na reprodução de um discurso ideológico próprio de um Estado liberal, cujas feições já não mais correspondem aos reclames de preservação de interesses que não traduzem mais apenas interesses de uma fração do agrupamento social.

O que se pretende esclarecer é que, conquanto se avance na proteção jurídica em geral – e jurídico-penal em particular – de determinados bens jurídicos transindividuais, mais se limite o uso indiscriminado de bens jurídicos individuais, a exemplo, pois, das limitações que sofrem o direito de propriedade diante da proteção penal do ambiente. Não reconhecer, portanto, aos interesses difusos o *status* de bem jurídico penalmente relevante pode servir a satisfazer as aspirações de um grupo social muito definido. Demais disso, a reprodução acrítica dessa "ideologia" não só replica, mas acima de tudo chancela a distribuição desigual da carga de ilicitude dos comportamentos, vez que o tratamento acerca das violações (lesão ou perigo de lesão) aos bens metassocial deveria ser consignado a outros ramos da ordem extrapenal, cujos meios sancionadores não são outro senão medidas administrativas e outras respostas de cunho pecuniário.

Importa ainda em registrar que, independente da causalidade, as lesões ou perigo de lesões a certos bens jurídicos de caráter difuso se mostram de difícil – quando não muito impossível – reparação. Uma salutar ilustração dessa afirmativa encontra diferentes marcos na experiência histórica,[82] cujos registros denunciam os efeitos drásticos e colaterais que certos comportamentos, técnicas ou substâncias causam ao meio ambiente, e, por conseguinte, a todas as demais formas de vida que dependam de seus substratos e recursos naturais.

Logo, se a existência dos bens jurídicos é um dado conato à realidade concreta, prévio inclusive à própria disciplina jurídica, sua exposição a uma maior ou menor escala de riscos não. O vasto e denso diagnóstico oferecido

82. Vide RIBEIRO, Viviane Martins. *Tutela penal nas atividades nucleares*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 31.

pela sociologia especializada denuncia que hodiernamente se experimenta um estágio que os cientistas sociais nomearam "sociedade de risco".[83] Essa expressão serve a referenciar um panorama social, cultural, técnico e científico que se por um lado proporciona ao homem um padrão de bem-estar, por outro abre espaço a um sem-número de contingências que inexistiam até então. Trata-se, por assim dizer, de um estágio da trajetória humana, outrossim, nomeada pós-modernidade cultural, cujo alto desenvolvimento dos conhecimentos do homem lhe faculta acesso a um elevado número de tecnologias, que indiscutivelmente ofertam um melhor aproveitamento cotidiano do estado de bem-estar social. Consequentemente, por se tratarem tais tecnologias de avanços erguidos sob os imperfeitos e falhos instrumentos da ciência, seus efeitos nem sempre podem ser, em paralelo, amplamente vislumbrados por parte de seus idealizadores. Dentre essas "lacunas de previsibilidade", atenta-se, especificamente para o desconhecimento (total ou parcial) das consequências que determinados experimentos, técnicas, substâncias ou empreendimentos modernos possam ocasionar a integralidades dos múltiplos e mais indispensáveis interesses individuais e coletivos.

A falibilidade dos métodos eleitos pela ciência – v.g. hipotético-dedutivo – impossibilita com uma margem plena de certeza à compreensão da totalidade dos fenômenos, deixando, assim, ao incerto os prognósticos que determinados eventos possam fazer repercutir, por exemplo, as heterogêneas técnicas de engenharia genética com relação ao patrimônio genético humano; os diferentes fármacos com relação à saúde pública (saúde humana) ou mesmo novas obras e instalações relacionados aos impactos ambientais. O sobejamente narrado – pela literatura médica e jurídica – caso da "Talidomida" paradigmático nos anos 1980 revela o quão impreciso em termos de previsibilidade se afigura a ciência e seus instrumentos de manejo, ao não haver, quando da época de criação do aludido fármaco, testes que identificassem seu efeito teratogênico para os fetos em gestão. Os desastres humanos e ambientais decorridos dos acidentes radioativos em Chernobyl na Ucrânia, bem como em Goiânia (caso do Césio-137), ambos no fim da década de 80, igualmente denotam a incerteza em torno das causalidades que envolviam as tecnologias radionucleares.

Outros tantos exemplos mais poderiam ser oferecidos nesse mesmo sentido. Todavia, atualmente, os riscos comportam um aspecto distinto daquelas situações perigosas do passado. Ou seja, se no pretérito o temor

83. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Trad. Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Mª Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 66 e ss.

circundava as incertezas – e evidentemente suas consequências – próprias dos fenômenos naturais, como erupções vulcânicas, enchentes, pestes, tufões, maremotos e outros mais, na sociedade do risco a contingência decorre de riscos manufaturados, a dizer, criados ou incrementados pela atuação humana.

Desde essa perspectiva, é que exsurge propostas que persigam um controle das situações arriscadas[84], visando à conciliação, inicialmente de objetivos, aparentemente inconciliáveis. Essa provável incompatibilidade residiria nas dificuldades em se justapor medidas de gestão de riscos – sobretudo aqueles derivados de tecnologias, obras, substâncias e empreendimentos em geral – e o crescimento econômico e cultural próprio das sociedades desenvolvidas e em desenvolvimento.

Por óbvio que um padrão de "risco zero" constitui-se, hoje por hoje, em uma expectativa tão irrealizável quando inviável, posto haver disponíveis claras diretrizes utilitárias em políticas de desenvolvimento sustentável. Entretanto, nem todas as situações que possam se apresentar como arriscadas integram casos de riscos mensuráveis, ou seja, conhecidos em sua complexidade estrutural e, portanto, previsíveis no todo acerca de seus efeitos deletérios aos mais caros interesses sociais. Ao lado desses "riscos calculados" coexistem os riscos que são assim classificados – a saber, comportam uma potencialidade lesiva – visto que um lastro mínimo de suspeita científica atesta sua danosidade social. Tratam-se, esses últimos, dos riscos não completamente conhecidos, seja quanto a sua origem, seja quanto aos seus desdobramentos ou ainda a sua real extensão.

É claro que medidas de prevenção podem auxiliar, sobremaneira na gestão de situações cuja potencialidade lesiva é no todo aferida. De outro turno, mais problemático se exibe as hipóteses de controle dos ditos riscos ocultos. Uma vez aceita como plausível uma correspondência entre a função de tutela jurídica – subsidiária, fragmentária e mínima – que o Direito Penal visa desempenhar com relação a determinados bens jurídicos e o gerenciamento de contextos que os exponham a uma potencial lesão, resta meridiamente clara algumas questões dogmáticas e político-criminais importantes de serem anotadas, e esclarecidas.

Uma dessas problemáticas se refere ao modo com o qual o Direito Penal pode disponibilizar uma efetiva proteção aos bens jurídicos – mormente aos difusos,

84. Cf. FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. *Direito Penal e princípio da precaução*: desafios dogmáticos e novas perspectivas político-criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 255 e ss.

cuja afetação mostra-se irreversível, e concessionária de lesões transfronteiriças – frente a circunstâncias nas quais não se domina com precisão a causalidades dos acontecimentos ao redor do risco em voga. Invariavelmente o sistema penal alberga instrumentos técnicos que perfeitamente podem ser postos ao papel de realizar a gestão punitiva da execução de tecnologias e obras em geral, conjecturadas – desde o ponto de vista científico – como precursoras de um latente risco à incolumidade dos bens jurídicos transindividuais e, isto posto, vulnerando seus substratos materiais e essenciais, por vezes a manutenção da vida humana.

Alude-se aqui às técnicas legislativas dos crimes de perigo,[85] que permitem através de um juízo normativo eleger escalas de riscos autorizados, de modo a partir dessa definição para estabelecer limites para a atuação humana que ora se adequem àquele parâmetro – e, portanto, tidas como lícitas –, ora delimitam como ilícitos os comportamentos que se exercitem fora daquele critério, a saber, o critério do risco permitido. O emprego do controle jurídico do risco através da utilização da técnica legislativa dos crimes de perigo, mormente dos delitos de perigo abstrato, pode afastar os problemas de causalidade, especialmente aqueles advindos por ocasião da prova, evitando, como apregoa Regis Prado, "infundadas absolvições, lastreadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal".[86]

De outra sorte, uma Política Criminal que cede espaço àquela técnica de construção do injusto, faculta certas antecipações da punibilidade, indispensáveis nos casos em que se deve conter dados comportamentos (arriscados) às escalas prévias a efetiva lesão ou perigo concreto a que expõem o meio ambiente, a saúde pública ou o patrimônio genético humano. Os críticos dessa técnica de tipificação alegam sua frontal violação ao princípio da ofensividade penal, dado que o legislador, a partir de semelhante artifício, converte o risco em referência essencial da intervenção punitiva.

Em que pese os crimes de perigo abstrato – se não dirigidos por uma racionalidade legislativa – possibilitar uma indesejável expansão do Direito Penal, os mesmos têm sido amplamente empregados, sobretudo na regulamentação de matérias bastante específicas. Essa propensão legislativa

85. Cf. CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 10. Madrid, jul./2002, p. 57.

86. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental:* problemas fundamentais. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 75.

encontra supedâneo, segundo seus principais defensores, nas ingentes necessidades preventivas que o Direito Penal de hoje deve adotar diante, pois, de algumas problemáticas ao redor da exposição a perigo face aos riscos da atualidade. Nessa categoria de crimes, a descrição típica carrega consigo uma conduta que é em si mesma perigosa ou, dizendo de outra forma, o perigo é um dado conato ao comportamento tipificado.

Desta feita, esse expediente normativo poderia prestar-se a descrever as condutas que envolvem situações de notória exposição a perigo (abstrato) nos contextos acima desenhados, a dizer, diante de quadros em que, embora não se conheça com exatidão a profundidade e extensão do risco, paira uma suspeita acerca de seus efeitos deletérios. Todavia, os injustos assim confeccionados assumem uma feição essencialmente monista, de forma que todo o conteúdo do injusto culpável encerra-se no desvalor da ação. O desvalor do resultado (naturalístico) encontra-se faltoso revelando, assim, uma estrutura típica fundamentada apenas na descrição de uma conduta (comissiva ou omissiva) perigosa abstratamente.[87]

A fim de corrigir essa lacuna estrutural propõe-se aqui que se invoquem meios regulamentadores que auxiliem o legislador na melhor definição da conduta dita como arriscada, permitindo, doravante, uma melhor gestão jurídica de situações arriscadas que envolvam os interesses ora merecedores de atenção. O chamado *princípio da precaução*,[88] diretriz amplamente acolhida no direito internacional e também no direito interno de diferentes Estados, apresenta-se como uma alternativa profícua a esse fim. A precaução como regra de direito manifesta-se pela primeira vez em normativas alemãs nos anos 1970 do século XX, a fim de impor medidas de cuidado para a execução de procedimentos arriscados a intangibilidade ambiental. As medidas precaucionais podem variar desde o impedimento da execução do processo arriscado até a sua total liberação, ajustáveis, assim, desde que os instrumentos avaliativos – de cunho transdisciplinar – atestem uma maior ou menor probabilidade de afetação. Estudos sobejos, atualizados e multidisciplinares podem – envolvendo sempre que possível o exame das diferentes áreas do saber que se ocupam das fontes supostamente arriscadas –, fornecer laudos (Estudos de Impacto Ambiental)

87. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal...* cit., p. 34.

88. ROMEO CASABONA, Carlos-María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos-María (ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares, 2004. p. 387-388.

capazes de revelar recomendações de cautela que possibilitariam que dada atividade se desenvolvesse no âmbito de um risco (juridicamente) tolerado.

Adverte-se, portanto, que o princípio da precaução sugere – segundo essas circunstâncias – a adoção de pautas de prudência com relação a comportamentos que desencadeiem causalidades desconhecidas, porém sob as quais se presuma – com base em lastros mínimos de comprovação – uma potencialidade danosa. Isso posto, nesses termos, resta saber, com clareza, o modo por meio do qual as diretrizes precaucionais auxiliariam[89] em um indispensável reforço de legalidade penal aos crimes de perigo abstrato. As instruções inspiradas conforme se pode propor, a partir do princípio da precaução – diga-se de passagem expressamente previsto no direito nacional (art. 54, § 3.º da Lei 9.605/1998 e art. 1.º da Lei 11.105/2005) –, contribuem na definição do chamado "risco permitido" (ou a *contrario sensu* do "risco proibido", esclarecendo, pois, de modo objetivo, a partir desse critério, os parâmetros de (i)licitude do comportamento descrito no tipo. Ou seja, trazer para a descrição típica recomendações de cuidado à realização de certa conduta – possivelmente arriscada ao ambiente e seus recursos naturais – torna o tipo penal mais adequado à exigência da taxatividade legal.

Demais disso, permitir que integre o tipo penal um complemento normativo,[90] de natureza administrativa, no qual estão elencados os cuidados propostos para certa atuação, permite que os mesmos – a saber, as medidas de precaução – sejam atualizadas sempre que novas pesquisas surgirem para uma melhora de compreensão do fenômeno arriscado. Constata-se que a relação que se estabelece entre o princípio da precaução, o Direito Penal em sua tarefa de gestão de riscos, a técnica dos crimes de perigo abstrato e a tutela de bens jurídicos transindividuais face à sociedade de risco se estabelecem por intermédio de um nível de acessoriedade administrativa, fraqueado pelas chamadas normas penais em branco.

O fato é que as recomendações precaucionais serviriam a incrementar o desvalor da ação nos crimes de perigo, figurando, portanto, como um desvalor da ação adicional,[91] cuja realização é imprescindível ao perfazimento do injusto.

89. Ver FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; BRODT, Luís Augusto Sanzo. *O Princípio da Precaução e o Direito Penal*. vol. 956. ano 14. p. 119-168. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015.

90. Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades*. São Paulo, dez. 2011, p. 35.

91. ROMEO CASABONA, Carlos-María. Contribuições do princípio da precaução ao Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 2. n. 5. Porto Alegre, 2002, p. 53.

Elucidando melhor, o sujeito que se predisponha a executar uma atividade, tida, a princípio, como portadora de um risco – v.g. ao meio ambiente –, caso tenha para tanto observado as cautelas enunciadas nas regras de cuidado dispostas a realização desse processo no campo do risco permitido, ainda que o evento lesivo se manifeste, não pode ter a si imputado o resultado danoso. Esse acréscimo se verificaria da seguinte maneira: ao não se verificar o regramento disposto na normativa administrativa – elaborada à luz dos pressupostos da precaução – observa-se uma nítida demonstração de um maior incremento com relação ao desvalor da ação, desvendando aí uma maior exposição do bem jurídico ao âmbito do risco proibido.

Trata-se por assim dizer que esse arranjo não só permite uma análise crítica e utilitária da técnica em comento, mas acima de tudo impõe, nesses casos, um maior limite a responsabilidade penal.

4. CONCLUSÃO

Diante do panorama da caótica sociedade de risco e seus cursos causais incertos, vez que a regência social fica por conta do medo, da ansiedade, da insegurança sentida e, claro, uma sociedade de sujeitos passivos, onde todos são vítimas em potencial de um desastre – ecológico, nuclear, bélico etc. – ocasionado pelo incremento de tecnologias, busca-se encontrar o real papel a ser desempenhado pelo Direito Penal em face desse quadro.

Atento a essa transformação social, o Direito é convocado a atuar, devendo oferecer uma resposta aos danos presentes e a evitar lesões futuras e incertas, pois resta consignado pelos diversos ramos científicos que uma possível lesão ao bem jurídico transindividual – principalmente ao ambiente – pode ser fatal e irreversível.

Com vistas ao enfrentamento das transformações sociais, incumbe ao Direito Penal modernizar-se – diferentemente de expandir-se sem suas frenagens tradicionais –, revisitando seus institutos e projetando novos fins à pena, sem que isso implique exceção a seus princípios de garantia, a fim de alcançar aefetiva (e não meramente simbólica) proteção de bens jurídicos ancorados na Constituição, especialmente daqueles bens de caráter transindividual.

Nessa tutela preventiva, o Direito Penal deverá se comunicar com as ciências capazes de lhe ofertar os conhecimentos necessários no momento de aferição dos riscos permitidos e da configuração dos perigos (saber ontológico e nomológico). Outro aspecto importante que será levado em consideração é que ao passo que as ciências tecnológicas, econômicas etc., sejam capazes

de ofertar maiores esclarecimentos sobre seus cursos causais, a atuação da dogmática penal será diminuída ou extinta.

A pedra de toque da barreira interventiva *a priori* é a conjugação de uso e proteção ao mesmo tempo do bem jurídico. Sem embargo, a ciência jurídico-penal deverá se atentar para não transformar essa proteção em dois fatores nocivos, a saber, um engessamento de qualquer avanço científico ou uma tutela simbólica. Para o rechaço desses fatores, será necessário o diálogo entre o Direito Penal e as demais ciências. Com a configuração moderna complexa é inadmissível que o Direito Penal permaneça um sistema opaco sem qualquer influência externa. A dogmática deve permanecer porosa, sob pena de uma tutela meramente simbólica e desajustada do corpo social.

Outrossim, o Direito Penal deverá travar uma aliança com a Política Criminal e a Criminologia, não podendo renegar a um plano inferior tais ciências pois a gênese da criminalidade e a orientação para os fins de eficácia e prevenção serão oferecidos por ambas. O selamento da dogmática penal levaria a um indigno movimento de injustiça desvinculada de qualquer caráter social e humano necessário para dar conteúdo e sentido à ciência penal.

Imerso na filosofia contemporânea, o constituinte originário elegeu os bens mais importantes, outorgando-lhes o caráter de direitos fundamentais e vinculando o ordenamento – inclusive o jurídico-penal –, que deverá prestar obediência aos mandados expressos de criminalização como aquele constante do § 3.º do art. 225 da CF/1988. Porém, a ordem expressa não engessará o legislador penal, que deve selecionar as mais lesivas ou que ofereçam expressivo risco à incolumidade do bem jurídico ambiente e escolher o meio mais adequado à sua salvaguarda.

A não atenção à imposição Constitucional expressa resultará em uma inconstitucionalidade por omissão, que poderá ser arguida a qualquer tempo mediante ação constitucional com fundamento no art. 102, I, *a* e art. 103, § 2.º, da CF/1988.

Finalmente, mostra-se desarrozoada qualquer manifestação em sentido contrário à Modernização do Direito Penal, eis que não se pode manter uma ciência fundamentada em valores cunhados durante o período liberal da ciência penal. Naquele momento, o contexto histórico e as exigências eram necessariamente a proteção individual, mormente a tutela do patrimonial. Permanecer com estes mesmos pilares é, no mínimo, perverso, eis que em um Estado de Direito que visa dar sentido a uma proteção coletiva, deve o Direito Penal voltar seus olhos para o futuro e lançar mão da melhor tutela.

Uma vez fixados os contornos históricos e teóricos em voga dos chamados bens jurídicos transindividuais, viu-se que um discurso de resistência à modernização do Direito Penal, ainda contesta sua dignidade como interesse que faça jus à salvaguarda penal. Todavia, não prospera tal postura, visto mostrar-se desconexa no todo com o vigente modelo social e democrático de direito. Semelhante formatação política prestigia, outrossim, os interesses difusos, o que acaba por redundar na limitação dos usos dos tradicionais bens jurídicos individuais. É justamente essa a grande questão que impede que alguns confiram aos bens coletivos o *status* de objeto jurídico-penalmente relevante.

No entanto, como foi esposado, compartilha-se aqui de outro viés, a dizer, acolhe-se o conjunto argumentativo que concede aos interesses coletivos, bem como a seus substratos materiais uma indiscutível validade de objetos jurídicos penalmente relevantes. Somado a isso, a flagrante exposição a qual estão hoje esses interesses submetidos reforça a necessidade de uma salvaguarda preventiva. O Direito Penal, nesse sentido, passa a se ocupar de situações até então inéditas, a saber, aquelas sob as quais pairam incertezas. Contingências essas oportunizadas pelo alto desenvolvimento da técnica que muito embora possa repercutir no incremento do bem-estar social, por outro lado expõe a riscos (nem sempre conhecidos em sua totalidade) a um sem-número de interesses indispensáveis a existência humana, e também a outras formas de vida.

Os instrumentos próprios do Direito Penal são postos a promover, pois a chamada "gestão punitiva do risco". Esse gerenciamento se dá a partir do estabelecimento de barreiras que definam os contornos do chamado "risco permitido". Essa categoria conceitual serve, outrossim, para fundamentar – e, também limitar – a responsabilidade penal pela afetação ou exposição a perigo dos bens jurídicos protegidos no âmbito da chamada "sociedade de risco". Colocou-se que os fins preventivos próprios do Direito Penalnesse campo podem perfeitamente ser satisfeitos com o emprego da técnica legislativa de perigo (abstrato), por meio da qual o legislador descreve como antijurídica uma conduta em si mesmo arriscada. Críticas pertinentes surgem acerca dessa metodologia da construção do injusto, principalmente por que dela deriva uma estrutura essencialmente monista do tipo, isto é, o conteúdo desvalioso encerra-se exclusivamente no desvalor da ação, sem um correspondente desvalor do resultado (naturalístico).

Como forma de corrigir esse desnível, impondo ainda limites plausíveis a responsabilidade penal, mormente diante da possibilidade de expansão punitiva que essa técnica pode ocasionar, ofereceu-se o recurso ao princípio da precaução, cujas diretrizes podem servir a definir com maior precisão

(taxatividade) o risco permitido (ou o perigo proibido), critério esse que determina, pois, a conduta arriscada em cada contexto.

As orientações precaucionais *in casu* definiriam – a partir de estudos científicos, atualizados e interdisciplinares – diferentes medidas de cuidado, aplicáveis a cada circunstância, necessárias à evitação de riscos em situações sob as quais se ignore as dimensões da potencialidade lesiva, e acima disso, não se afigurar prudente uma intervenção postergada, isto é, um controle jurídico apenas quando o perigo se manifestarconcretamente ou desdobrar-se em uma efetiva lesão ao certo interesse socialmente relevante.

A inserção na descrição de típica das medidas de cautela próprias à realização de certo procedimento no âmbito do risco permitido se dá através das chamadas normas penais em branco, bastante úteis –a dizer – diante da eventual necessidade de atualização das medidas de precaução derivada, pois, de vindouros estudos acerca do fenômeno arriscado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Trad. Luís Afonso Heck. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*. ano 92. vol. 809. São Paulo: Ed. RT. p. 57. mar./2003.

BATISTA, Nilo. Política Criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 5. vol. 20. São Paulo: Ed. RT. p. 144-146. out.-dez./1997.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Trad. Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Mª Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão* – Causas e alternativas. São Paulo: Ed. RT, 1993.

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do poder punitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 18. vol. 87. São Paulo: Ed. RT. p. 292. nov.-dez./2010.

CANTON FILHO, Fabio Romeu. *A valoração do bem jurídico penal e a Constituição de 1988:* a evolução histórica no direito penal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Penal, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2009. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponíveis/2/2136/tde-03052010-153358]. Acesso em: 16 out. 2015.

CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades*. São Paulo. p. 35. dez./2011.

_____; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: PALITOT BRAGA, Romuldo Rhemo; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. *III Encontro de internacionalização do Conpedi* – Direito Penal, Criminologia e Seguridade Pública. Madrid: Ediciones Laborum, 2015.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 10. Madrid. p. 57. jul./2002.

CHRISTIE, Nils. *La indústria del control del delito:* ¿La nueva forma forma del holocausto? Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: GÓMEZ MARTÍN, Victor (coord.). *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires: B de F, 2010.

CORTELLA, Mario Sergio. Outras faces da violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 12. vol. 47. São Paulo: Ed. RT. p. 376. mar.-abr. 2004.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *O consentimento e acordo em Direito Penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

COSTA, Domingos Barroso da. Circuito perversos I: os efeitos criminógenos da mídia exploradora da violência como espetáculo. *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 234. São Paulo. p. 14. maio/2012.

_____. Circuitos perversos II: os efeitos criminógenos da mídia exploradora da violência como espetáculo. *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 236. São Paulo. p. 12. jul./2012.

COSTA, José de Faria. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 17. vol. 81. São Paulo: Ed. RT. p. 47. nov.-dez./2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na tutela das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. n. LXXV. Coimbra. 2003.

DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. *Direito Penal e princípio da precaução*: desafios dogmáticos e novas perspectivas político-criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. BRODT, Luís Augusto Sanzo. O princípio da precaução e o direito penal. *Revista dos Tribunais*. ano 104. vol. 956. São Paulo: Ed. RT. p. 119-168. jun./2015.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal:* comúm vigente en Alemania. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni. O "bem jurídico" como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*. ano 89. vol. 776. São Paulo: Ed. RT. p. 413. jun./2000.

FOCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Trad. Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel Sánchez. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999.

GOMES, Leandro de Castro. Porte de drogas para uso pessoal: por uma nova hermenêutica constitucional. *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 240. São Paulo. p. 19 nov./2012.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia, poder e delinquência. *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 238. São Paulo. p. 4. set./2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis. La *polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*. México: Ubijus, 2011.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *ADPE*. n. 2. p. 66. 2012.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ano 4. n. 14. Granada. p. 5. 2002.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 18. vol. 87. São Paulo: Ed. RT. p. 116. nov.-dez./2010.

HORMOZABAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho:* el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago: ConoSur, 1992.

KAUFMANN, Armin. La misión del derecho penal. In: MIR PUIG, Santiago. *La reforma del derecho penal II*. Barcelona: Bellaterra, 1981.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão.* Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos:* um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos:* conceito e legitimação para agir. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1992.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal:* parte general. Trad. Conrado A. Fizzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1957.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal:* concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1997.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal.* Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal.* Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental:* problemas fundamentais. São Paulo: Ed. RT, 1992.

RIBEIRO, Viviane Martins. *Tutela penal nas atividades nucleares.* São Paulo: Ed. RT, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos-María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos-María (ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho.* Granada: Comares, 2004.

_____. Contribuições do princípio da precaução ao Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais.* vol. 2. n. 5. Porto Alegre. p. 53. 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista dos Tribunais.* ano 7. vol. 29. São Paulo: Ed. RT. p. 61. out.-dez./1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social:* princípios do direito político. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminologia.* n. 15. Granada. 2013.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Revista Jurídica Notadez.* Ano 52. n. 317. p. 70. Porto Alegre, mar. 2004.

_____. Tem futuro o direito penal? Trad. Luís Greco. *Revista dos Tribunais.* ano 90. vol. 790. São Paulo: Ed. RT. p. 465-466. ago./2001.

SAN EPIFANIO, Leire Escajedo. *El medio ambiente en la crisis del Estado Social:* su protección penal simbólica. Granada: Ecorama, 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. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 13. vol. 53. São Paulo. p. 26. mar.-abr./2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *réquiem* pelo bem jurídico? *Revista de Ciências Criminais.* ano 18. vol. 86. São Paulo. p. 235. set.-out./2010.

SOUZA E SILVA, Gustavo Henrique. *O princípio da legalidade e o direito penal Econômico:* análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Direito Penal. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 7. vol. 28. São Paulo: Ed. RT. out.-dez./1999.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y funcion en derecho penal.* Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

VAY, Giancarlo Silkunas. Da racionalização do poder punitivo mediante a criação do conceito de bem jurídico. *Boletim IBCCrim.* ano 21. n. 247. São Paulo. p. 15. jun./2013.

WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontánn Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 5. vol. 20. São Paulo: Ed. RT. p. 20. out.-dez./1997.

_____. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal:* parte general IV. Buenos Aires: Ediar, 1981.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A tutela penal constitucional, de Gianpaolo Poggio Smanio – *RBCCrim* 39/125-147 (DTR\2002\610);
- Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões, de Davi Castro Silva – *Ciências Penais* 10/190-210, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/1209-1227 (DTR\2009\36);
- Individualidade e coletividade na definição criminal: (in)compatibilidade com a proteção da singularidade, de Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar– *RT* 871/442-458 (DTR\2008\321); e
- Modernização do direito penal: diálogos interdisciplinares, de Andressa Paula de Andrade e Pedro Paulo da Cunha Ferreira – *RTS* 4/305-332 e *RTS* 5/305-332 (DTR\2014\19889).

6413

Cabe discutir a constitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro?

Should we discuss the constitutionality of anti-money laundering systems?

José Carlos Abissamra Filho

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (GVlaw) e, também, em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Mestrando em Direito Penal na PUC-SP. Diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Coordenador-Chefe do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim). Membro do Conselho da Comunidade de São Paulo. Advogado.

josecarlos@abissamra.adv.br

Recebido em: 03.01.2016
Aprovado em: 29.03.2016
Última versão autor: 27.04.2016

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente trabalho tentou investigar a constitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro. Com efeito, o sistema de combate à lavagem, aparentemente, incorre em vários excessos desnecessários, inadequados e desproporcionais. O sistema de combate à lavagem de dinheiro choca-se com alguns dispositivos constitucionais específicos, indicados ao longo do trabalho. Ademais, não se sabe a que veio o sistema, nem se tem legitimidade. Da mesma forma, não se sabe até hoje qual o bem jurídico protegido. Mesmo assim, parece haver um consenso muito forte da comunidade internacional acerca da sua implantação.

Palavra-chave: Lavagem de dinheiro - Legitimidade - Bem jurídico -Inconstitucionalidade.

Abstract: This paper intends to look into the constitutionality of anti-money laundering systems. Anti-money laundering systems seem to impose various excesses against civil liberties, prompting unnecessary, inaccurate, and disproportional interference. They go against some specific constitutional rules that are pointed out in this paper. Additionally, the purpose of anti-money laundering systems are not clear nor is it clear the harm (or offense) they seek to prevent. Not to mention that their legitimacy is questionable. Nevertheless, there seems to be a strong international consensus about implementing anti-money laundering systems.

Keywords: Money laundering - Legitimacy - Legal interest - Unconstitutionality.

Abissamra Filho, José Carlos. Cabe discutir a constitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 63-89, set. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Seria constitucional o sistema de combate à lavagem de dinheiro? - 3. Tipicidade: lavagem de dinheiro ou isolamento? Direito penal da terceira velocidade? - 4. O confronto com a Constituição Federal de 1988 - 5. Ordem mundial - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que o presente trabalho tenha sido gestado desde o segundo semestre de 2012. Eis, portanto, a materialização de uma inquietude que nos acompanhou por toda a Pós-Graduação (Pós-Graduação *Lato Sensu* da DIREITO GV em Direito Penal Econômico); os estudos iam gerando reflexões que, ao final, trouxeram-nos até aqui. A conclusão, a nosso ver, é surpreendente; quando começamos a pensar o trabalho esperávamos um resultado completamente diferente. Mas a importância da pesquisa está exatamente na constatação; na análise de tudo aquilo que foi produzido; no presente caso, exatamente na surpresa. Decidimos, portanto, publicar o presente artigo, de forma que as nossas constatações sejam compartilhadas com a comunidade científica.

O presente artigo, então, tem início a partir de uma suspeita: a suspeita de que o *sistema de combate à lavagem de dinheiro* seria incompatível com a Constituição Federal de 1988; a nosso ver, o sistema de combate à lavagem de dinheiro incorreria em vários excessos *desnecessários, inadequados e desproporcionais*; além de se chocar com alguns dispositivos constitucionais específicos, conforme indicado abaixo.

Ocorre que, já no final da pesquisa, para a nossa surpresa, constatamos a inexistência de campo para a discussão que se propunha. Com efeito, há uma coesão internacional muito forte em torno da necessidade de se implantar o sistema. É o que se verá da parte final do artigo.

O primeiro capítulo foi dedicado à introdução. O segundo capítulo, à demonstração da suspeita (acerca da inconstitucionalidade do sistema). O terceiro, aos excessos do no que tange ao tipo penal (Tipicidade: lavagem de dinheiro ou isolamento? Direito penal da terceira velocidade?). O quarto, ao confronto com a Constituição Federal. O quinto, à *Ordem Mundial*: o sistema de combate à lavagem de dinheiro está de tal forma atrelado a fóruns (e interesses) internacionais que se torna quase impossível qualquer discussão sobre sua eventual inconstitucionalidade. Por fim, o sexto, e último, foi dedicado à conclusão do trabalho.

2. SERIA CONSTITUCIONAL O SISTEMA DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO?

Conforme se disse, o que motivou o presente trabalho foi uma suspeita (de que o *sistema de combate à lavagem de dinheiro* seria incompatível com a Constituição Federal do Brasil de 1988). Com efeito, o sistema de combate, aparentemente, incorre em vários excessos *desnecessários*, *inadequados e desproporcionais*; além de se chocar com alguns dispositivos constitucionais específicos; por exemplo, a nosso ver, choca-se frontalmente com o art. 179 da Carta Magna.[1] Referido dispositivo, aparentemente, desautoriza muitos dos deveres impostos pelos arts. 9.º, 10 e 11 da Lei 9.613/1998. Nesta tônica, a restrição à *liberdade individual* e à *livre iniciativa* (art. 170, *caput*, da CF/1988) seria contrária à Constituição Federal de 1988; com efeito, o *caput* do art. 179 da Carta Magna fala em "simplificação de suas obrigações administrativas" (ou, *redução*; ou ainda, *eliminação* das obrigações), o que vai exatamente na contramão das obrigações criadas pelo sistema de combate à lavagem de dinheiro; as obrigações impostas justamente sufocam as empresas, principalmente, as pequenas; são tantos os deveres criados que as empresas têm que criar mecanismos internos *só* para a observância da regras, o que significa, *no mínimo*, mais custos para todos; sem se olvidar da restrição ao *livre mercado*.

No mesmo sentido, suspeitar de forma institucionalizada de *todos* os

> agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiras, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares e estreitos colaboradores.[2]

Seria um excesso aparentemente indiscriminado. A reflexão é a mesma para todos aqueles que prestam, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência; impor a todos obrigações sufocantes seria contrário à *livre iniciativa* e à própria *liberdade*, que é tantas vezes reafirmada[3] pela Carta Magna.

---

1. "Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela *simplificação de suas obrigações administrativas*, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou *pela eliminação ou redução destas por meio de lei*" (grifo nosso).
2. Art. 1.º, § 1.º, da Res. 16/2007 do COAF.
3. Art. 5.º, II, IV, VI, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XX.

Ainda, no mesmo sentido, as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, as quais devem comunicar ao COAF todas as operações realizadas ou serviços prestados cujo valor seja igual ou superior a R$10.000,00 (dez mil reais)[4] – ou seja, todo cidadão que depositar mais que R$10.000,00 (dez mil reais) na conta de outro é cadastrado e fichado no COAF; esse cidadão um dia poderá ser investigado por conta desses depósitos. A pergunta é: seria essa política de combate à lavagem de dinheiro condizente com o Estado Democrático de Direito que prega e incentiva a *liberdade*, a *livre iniciativa* (art. 170, *caput*, da CF/1988), a *intimidade* e a *vida privada* (art. 5.º, X, da CF/1988)? Não seriam a restrições excessivas? Ser fichado e cadastrado no COAF e nos demais órgãos públicos (ou nas próprias empresas privadas) não seria uma forma de catalogar os cidadãos para futuras investigações? Não seria isso uma ameaça à vida privada, ou seja, uma desmedida ingerência estatal na esfera de privacidade de um grande número de pessoas?

A respeito de tema similar, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou inconstitucional lei que determinava o armazenamento de dados de telecomunicação por um período de 6 meses a 2 anos, por ofensa ao dever de proporcionalidade.[5]

A nosso ver, o sistema de combate à lavagem de dinheiro pratica uma ingerência desmedida, e, de forma indiscriminada, na vida privada dos cidadãos, especialmente quando obriga à coleta de dados. Vale referir que as primeiras recomendações do GAFI – ou, *Financial Action Task Force* (FATF – *Recommendations* – 1990) – já impunham a coleta de dados.

Mais: não se sabe ao certo os eventuais efeitos da lavagem de dinheiro; sendo assim, não há como justificar a instalação de um sistema tão invasivo e poderoso. Da mesma forma, não parecem claros também os efeitos do próprio sistema: os custos parecem elevados demais para um sistema que aparentemente não se justifica; e, não parecem compensar os (desconhecidos) benefícios; sem contar a dúvida sobre a sua *legitimidade*. Pergunta-se: o que o sistema de combate à lavagem de dinheiro busca proteger? Para tentar respon-

4. Art. 13, I (Circular 3.461, de 24.07.2009, do Banco Central do Brasil).

5. Cf. CHAVES, Christian Frau Obrador. A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais: análise crítica de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Direitos fundamentais & justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC-RS*. ano 4. n. 12. Porto Alegre: HS Editora, jul.-set./2010, p. 284-306.

der, foram de valia os *considerandos* da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas concluída em Viena; interessante perceber que os *considerandos* não dizem absolutamente nada de concreto; vale dizer, a Convenção ajudou a impulsionar o cenário mundial, estipulando um crime moderno (*lavagem de dinheiro*) somente com base em retórica. Chega a espantar, pois parece que tanto os crimes de *tráfico de drogas* quanto os de *lavagem de dinheiro* não protegem bem importante algum.

Mais de vinte anos depois da Convenção e não se sabe ao certo o que o sistema pretende.[6] Também não se sabe ao certo se funciona.[7] Ou seja, há sérias dúvidas sobre a sua legitimidade, com efeito, se não está atrelado à proteção de um *bem*[8] jurídico, não tem lastro e, assim, seria abusivo, na medida em que

6. Cf. CORDERO, Isidoro Blanco. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 13-01. 2011, p. 19. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc].

7. "Esto es ciertamente frustrante si tenemos en cuenta que después de dos décadas de lucha contra el blanqueo y una inversión de millones de euros, somos incapaces de determinar si el sistema funciona o no (Verhage, 2009a, 125)" (CORDERO, Isidoro Blanco. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estúdio del cumplimiento normativo (compliance) desde uma perspectiva criminológica. *Eguzkilore, Cuaderno del Intituto Vasco de Criminología*. n. 23. San Sebastián, 2009, p. 126-127).

8. Sobre bem jurídico, vale conferir: ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 70-97; ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 41-69; valendo conferir também: JABOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 159-177.
Sobre a polêmica *bem jurídico/legitimidade da criminalização*: ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 17-36; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoria del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 99. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 327-356; MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009 (série GV*law*). p. 63-04; SCHMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do Direito penal econômico a partir do objeto ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). *Direito penal econômico: crimes financeiros e cor-*

restringe a liberdade de todos sem um propósito Constitucional minimamente claro.[9] A dúvida quanto ao *bem*[10] que o sistema tentaria proteger[11] é o que mais prepondera. Não se sabe qual é o bem jurídico protegido. No mesmo sentido, não se sabe a que veio.

Eis o problema.

Se não tem uma finalidade específica, o sistema de combate à lavagem de dinheiro seria inconstitucional. Uma vez que não tem claro qual o objeto de proteção, restringindo, mesmo assim, a liberdade de todos de forma bastante grave, é abusivo; e, sendo assim, ilegal; em flagrante desconformidade com qualquer Constituição Democrática.

---

relatos. São Paulo: Saraiva, 2011. Série GV*law*. p. 19-77; e, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

9. Sobre proporcionalidade: ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y Constituición. *Revista Penal*. año 1. n. 1. 1998, p. 1-15; FRANCO, Alberto Silva. Há produto novo na praça. *Boletim IBCCrim*. n. 70. ed. esp. set./1998, p. 05-06; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; e, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos "fundamentalismos" hermenêuticos. *Revista da ESMESC*. vol. 15. n. 21. Florianópolis: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, 2008, p. 37-74.

10. A interminável discussão a respeito do *bem jurídico* tutelado indica, a nosso ver, fortemente a falta de lastro do sistema de combate à lavagem de dinheiro. Sobre a discussão em torno do *bem jurídico*, conferir: CORDERO, Isidoro Blanco. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Thomson Reuters ARANZADI, 2012. p. 189-235; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 48-62; e, REALE JR., Miguel. Figura típica e objeto material do crime de "lavagem de dinheiro". In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. vol. 3, p. 559-575.

11. Segundo Maíra Rocha Machado: "as principais regras ao setor financeiro foram criadas no final da década de 80, pelos próprios bancos dos países mais ricos. A partir daquele momento, o discurso da globalização financeira e os sucessivos episódios de crises sistêmivas patentearam um valor comum a ser compartilhado pelo setor financeiro: a estabilidade. As regras criadas pelo sistema antilavagem de dinheiro foram criadas neste contexto e, sugiro, graças a ele" (MACHADO, Maíra Rocha. Regulação financeira e política criminal: o estado brasileiro em face do sistema antilavagem de dinheiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*. vol. 51. n. 190. 2006, p. 147-148).

3. TIPICIDADE: LAVAGEM DE DINHEIRO OU ISOLAMENTO? DIREITO PENAL DA TERCEIRA VELOCIDADE?

Apesar de o presente artigo discutir o sistema de combate à lavagem como um todo, no presente tópico haverá um olhar especial ao § 2.º, I, do art. 1.º da Lei 9.613/1998 (com alterações promovidas pela Lei 12.683/2012). O art. 1.º, § 1.º, I, II e III da Lei em referência suscita questões[12] que não são objeto do presente artigo – por exemplo, o bem jurídico protegido pelo do art. 1.º, § 1.º, I, II e III, segundo Isidoro Blanco Cordero, seria a Administração da Justiça;[13] já, com relação ao § 2.º, I, do art. 1.º, o bem jurídico protegido seria a ordem socioeconômica.[14]

O presente tópico tem por objetivo trabalhar justamente alguns dos excessos que sobressaem do § 2.º, I, do art. 1.º – pela lei brasileira, o mero ato de *utilizar*, na atividade econômica ou financeira, bens provenientes de infração penal poderá configurar crime. Segundo Isidoro Blanco Cordero, com a tipificação da lavagem de dinheiro desta forma: "se pretendía articular una lucha contra la reintegración de los capitales procedentes del tráfico de drogas o de precursores en el circuito económico legal".[15] Trata-se de um tipo de isolamento ("aislamiento"): ninguém pode fazer negócio com aquele que comete crime.[16] O sistema de combate à *lavagem de dinheiro* não se contenta somente

12. A lavagem constitui-se num *ato* só ou num *processo de reintrodução* do dinheiro com aparência de licitude na economia? Sobre a questão, conferir: VILARDI, Celso Sanchez. Ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 237. São Paulo, ago./2012, p. 17-18; e, CERVINI, Raúl. Lavado de activos e individualizacion de operaciones sospechosas. *Cursos de direito econômico e empresarial*. Fundação Getúlio Vargas, maio/2002.
13. CORDERO, Isidoro Blanco. *El Delito de Blanqueo de Capitales* cit., p. 213.
14. Idem, ibidem.
15. CORDERO, Isidoro Blanco. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales*. vol. 50. 1997, p. 264. A respeito, conferir ainda: CORDERO, Isidoro Blanco. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales cit., p. 117-138; e, MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.
16. "Se configuran un 'tipo de aislamiento', dirigido precisamente a aislar al autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación, de manera que no quede impune quien realice negocios con aquél a sabiendas del origen de sus bienes" (CORDERO, Isidoro Blanco. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales*, cit., p. 271).

com a punição do criminoso; mais além, a legislação de combate vai no sentido de punir também todos aqueles que se relacionam com o criminoso.

Vale um exemplo simplório – de fácil compreensão –, mas que ilustra bem a questão.

No caso de um taxista; se sabe que recebeu dinheiro do tráfico (dolo direto); ou, se não sabe, pelo mesmo, imagina; e, mesmo assim, aceita levar o traficante e assim, receber como pagamento dinheiro do tráfico (dolo eventual; questões relativas ao tipo subjetivo); seria isso crime? Alguns "sectores doctrinales opinan que tales acciones quedan fuera ya del proprio tipo objetivo".[17] A questão poderia ser, de fato, de imputação objetiva.[18] Não se deveria perquirir de dolo. A discussão deveria se colocar no seguinte sentido: se o taxista leva um traficante e recebe como pagamento dinheiro do tráfico – e sabe de tudo isso –, pouco importa, pois a sua atividade é lícita; dirigir táxi e receber por isso é lícito, não importando a origem do dinheiro.[19]

17. Idem, p. 277.

18. Sobre imputação objetiva, vale conferir: ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101-131. E, para incrementar: MIR, José Cerezo. O finalismo, hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 3. n. 12. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./1995, p. 39-49.

19. Na mesma linha, é muito discutível a imputação de homicídio para aquele que segue dirigindo mesmo sabendo – e podendo evitar – que outra pessoa se jogue na frente do seu carro; mesmo *querendo* que a outra pessoa se jogue para que possa atropelar e, assim, matá-la. Se seguir dirigindo de forma a não ser ele o causador do atropelamento, pouco importa a sua vontade e o que a vítima faça. Ele não tem o dever de evitar nada.
"Así, a la hora de abordar este problema en relación con el blanqueo de capitales, Forthauser ha puesto el ejemplo del conductor que viaja por una calle a la velocidad correcta y mata a un niño que salta a la carretera desde un matorral de forma totalmente imprevisible, y sin poder evitarlo objetivamente. En este caso, el conductor no es punible porque no se le puede imputar al resultado de muerte a quien actúa diligentemente, pese a que se produzca el tipo objetivo, puesto que se realiza un riesgo permitido y no prohibido. Ahora bien, si el conductor sabe que saltará el niño a la carretera, y pese a ello continua conduciendo, y le mata, es responsable de un homicidio, pues podía objetivamente evitarlo" (CORDERO, Isidoro Blanco. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales*, cit., p. 274). *Data vênia*, não há como concordar com essa segunda situação. Por mais imoral que seja, o condutor que segue dirigindo mesmo sabendo que o outro vai pular na frente do carro – ou até mesmo torcendo para que o outro pule justamente para que morra (dolo direto) – não comete crime algum, pois não tem "obrigação"; não "assumiu a responsabilidade de impedir o resultado"; e, muito

Ocorre que a lei brasileira pretende punir aquele que "utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal".[20] Pela lei brasileira, o mero ato de usar na atividade econômica dinheiro proveniente do tráfico é crime. Então, o taxista que receber dinheiro do tráfico poderá estar cometendo crime de lavagem.

Outro exemplo, também simplório, mas que também ilustra bem a problemática. Uma pessoa dá sinal na rua. Como acontece todos os dias, o taxista para; não pergunta a profissão da pessoa antes de deixá-la entrar. A pessoa é levada até o seu destino. Lá, o taxista recebe e a pessoa vai embora. O taxista então para para almoçar com o dinheiro que recebeu desta corrida. Se a pessoa for um traficante e a polícia estiver de olho, o taxista será preso em flagrante!

É isso o que está escrito na lei brasileira.[21] A ação do taxista – o seu trabalho cotidiano – deveria estar fora do tipo objetivo, mas não está. Eis aqui um evi-

---

menos criou o "risco da ocorrência do resultado" (art. 13, § 2.º, *a*, *b* e *c*, do CP). Ou seja, pelo menos no sistema brasileiro, o condutor, mesmo querendo que o outro pule, não comete crime algum. É questão de tipo objetivo. Não importa o dolo se o fato não é típico.

O mesmo deveria valer para o taxista. Mesmo que o taxista leve o traficante e receba o dinheiro do tráfico – mesmo querendo servir ao traficante (com dolo direto) –, isso não importa, pois o fato é da vida cotidiana; não deveria estar no tipo objetivo. Levar e trazer pessoas no táxi e receber por isso (pouco importando se traficante ou não) é lícito.

Interessante, aliás, a forma como Jakobs trata do assunto, muito embora, num outro contexto de discussão: "A causação de uma perda (ou a possibilidade de sua evitação) não diz *per se* nada sobre a competência por essa perda. Por exemplo, o motorista de táxi que conduz o seu passageiro em circunstâncias de todo normais de um lugar a outro não responde pelos fatos que o passageiro comete no local de chegada, ainda que, por qualquer razão, saiba dos planos delitivos do passageiro. (...). Quem nada faz que contradiga a seu papel – legal! – não viola qualquer expectativa, mas atua em consonância com a sociedade, ainda que cause uma lesão a um bem" (JABOBS, Günther. Op. cit., p. 165).

20. § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 com redação dada pela Lei 12.683/2012.

21. "Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. *(Redação dada pela Lei 12.683/2012).*
Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. *(Redação dada pela Lei 12.683/2012)*
(...)
§ 2.º Incorre, ainda, na mesma pena quem: *(Redação dada pela Lei 12.683/2012)*
I – *utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*; *(Redação dada pela Lei 12.683/2012)* (...)" (Lei 9.613/1998 – destaque nosso).

dente excesso. É o sistema de combate à lavagem de dinheiro inaugurando uma nova forma de política criminal: a de punir não só aquele que comete crime, mas também todos aqueles que se relacionam com quem comete o crime. É como punir a comunidade por conviver com o traficante, o que, nem seria preciso dizer, é absolutamente ilegítimo, com efeito, a pena não pode passar da pessoa que cometeu crime ("nenhuma pena passará da pessoa do condenado" – art. 5, XLV, da CF/1988). Trata-se, na verdade, de uma amplificação quase sem limites do crime, o que a nosso ver, é incompatível com os princípios mais comezinhos do Direito Penal (princípio da estrita legalidade, da proibição de regresso *etc.*).

Segundo Isidoro Blanco Cordero, isso dá lugar ao que o autor chama de *fraude de etiquetas*, pois não se estaria a sancionar as ações constitutivas da lavagem de dinheiro, mas a sancionar: "la quiebra de la excomunión económica".[22]

O sistema de combate à lavagem de dinheiro, na verdade, parece ser uma legislação de guerra; talvez, expressão do Direito Penal da terceira velocidade que Silva Sánchez chamou de "não Direito";[23] uma arma a mais na luta contra o inimigo, seja ele interno ou externo; uma arma a mais na luta contra o terrorismo, por exemplo.[24]

A política criminal[25] de *punir a comunidade* para tentar acabar com o tráfico – ou, com o terrorismo – não é condizente com a política criminal de um Estado Democrático de Direito. Estabelecer a política de *prender todos aqueles*

22. "Esto da lugar, en opinión de este autor, a un fraude de etiquetas: no se sancionan sólo las acciones constitutivas de blanqueo de capitales, sino que se tipifica igualmente la 'punibilidad por la quiebra de la excomunión económica' de los delincuentes. Una interpretación en este sentido puede ser contraria incluso al carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, pues se invierte la regla según la cual un comportamiento normal y diario es básicamente impune, y sólo excepcionalmente punible, considerándose punibles como blanqueo con carácter general todas las actuaciones socialmente adecuadas" (CORDERO, Isidoro Blanco. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales*, cit., p. 291).

23. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. rev. e atual. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, Willian Terra de (coords.). *Coleção Direito e Ciências Afins*. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 6, p. 196.

24. Com uma abordagem diferente, mas conteúdo e sentido próximo: ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal*, cit., p. 30-31.

25. Sobre política criminal, vale conferir: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. 2. tir. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e, ROXIN,

que se relacionarem com o traficante é obviamente um excesso. Pode até acabar com o tráfico (e com o terrorismo), mas parece desproporcional, e assim, inconstitucional, na medida em que acaba com tráfico, mas, também com espaços importantes da liberdade, o que significa acabar com o próprio objeto da proteção penal.

4. O CONFRONTO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal brasileira data exatamente do mesmo momento em que se intensificava a guerra contra as drogas e começava-se a pensar o terrorismo, a estabilidade do sistema financeiro e a lavagem de dinheiro como questões mundiais. Por exemplo, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas das Nações Unidas foi concluída em Viena em 20.12.1988. Da mesma forma, as primeiras 40 recomendações do GAFI são de 1990. E, a Constituição Federal brasileira é de 05.10.1988. Ou seja, talvez influenciada pelo que acontecia no mundo ocidental, a Constituição tenha acolhido em seu texto a mesma obsessão pelo combate ao terrorismo e ao tráfico de drogas. Assim, no seu art. 5.º, em meio a alguns comandos de criminalização, a Constituição lança: "XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)".

A obsessão pelo tráfico de drogas aparece mais duas vezes na Constituição. Uma ainda no art. 5.º,[26] outra, no final da Constituição, no art. 243.[27] Os outros

Claus. *Tem futuro o direito penal? Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-30.

26. "LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; (...)."

27. "Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias."

artigos são harmônicos, que nenhuma relação têm com os dispositivos acima – cogita-se, inclusive, da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos Constitucionais.[28]

28. "Apesar dessas considerações críticas, o Movimento da lei e da Ordem depositou seus ovos de serpente no texto constitucional e gestou a categoria do crime hediondo" (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 153).
A questão é que mesmo a Constituição tem limites; limites em si enquanto documento coerente; não podendo estabelecer absurdos. O inc. XLIII, do art. 5.º, da CF/1988 tem, mais que inspiração no movimento da lei e da ordem, uma função muito clara; um simbolismo importante; os *torturadores* são os inimigos antigos (da ditadura recém vencida); os *terroristas* e os *traficantes*, os novos inimigos, sem os quais o *status quo* não se mantém. Muito embora recreativa, a leitura de *George Orwell* (1984) ilustra esse simbolismo. A sociedade precisa estar em guerra, pois em guerra, estará em paz. Os *terroristas*, os *torturadores* e os *traficantes* são elevados à categoria Constitucional de inimigos. E, aparentemente, não se tem preocupado que o ato de terror (praticado pelo *terrorista*) tem uma danosidade social; já o ato praticado pelo traficante tem *outra* danosidade social (infinitamente menor). A vítima do terrorista é pega de surpresa e, de forma covarde; já a vítima do tráfico (se é que se pode chamar de vítima), compra a droga porque quer – aliás, trata-se de decisão individual e que, assim, deve ser respeitada; quem usa droga, usa porque quer – salvo os casos de uso problemático. Ou seja, não há comparar o terrorista com o traficante; essa equiparação não tem fundamento; não se sustenta. Segundo pesquisa do NEV (Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo): "a maioria dos apreendidos [por tráfico] são jovens, sendo que 75,6 % são jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos" (JESUS, ria Gorete Marques de; OI, Amanda Hildebrando; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas, Um estudo sobre os flagrantes de tráfico drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Nev. Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2011. p. 19); "Quanto ao registro de *antecedentes criminais* daqueles apreendidos por tráfico, verifica-se que 57% delas não continham nenhum antecedente em sua folha de antecedentes" (Idem, p. 20); e, com relação à quantidade de drogas apreendidas, a situação é ainda mais chocante: a média é de 66,5 g de drogas por abordagem (Idem, p. 13-14).
Ou seja, *terrorista* e *traficante* não têm relação alguma, especialmente em termos de danosidade, e sendo assim, a Constituição não pode equipará-los. Se não há justificativa para essa equiparação, então, mesmo contida na Constituição, ela viola a própria Constituição, por falta de fundamento na equiparação (violação da proporcionalidade).
Em resumo, pesa reconhecer, mas o inc. XLIII do art. 5.º da CF/1988 é inconstitucional. Numa democracia todos têm limites, até o constituinte. Se o constituinte cria regras sem sentido, essas regras, mesmo que estabelecidas na Constituição, são materialmente inconstitucionais.

De fato, a Constituição Federal de 1988 é um documento coerente com o seu momento:[29] o fim da ditadura e o início do que se acreditava ser um período de paz; de democracia, enfim. A Constituição sinaliza para o bom senso, mostrando-se quase como a materialização de um acordo feito pelas várias frentes de luta política do país. Por isso é um documento amplo, que tenta fixar vários temas, desde os *direitos dos trabalhadores*, passando pelos *direitos políticos* até *os dias de reuniões do Congresso Nacional*, *reforma agrária*, *sistema financeiro nacional*, *saúde*, *previdência social*, *educação*, *família*, *meio ambiente* (...). É um documento que reflete a sua época: desejo de paz, numa sociedade que intenta a democracia. É como se todos tivessem deixado de lado um pouco de suas convicções para aceitar as do outro, e assim, levar o país a um caminho seguro.

Como todos os países do ocidente, o Brasil foi, desde muito cedo, influenciado por ideias do iluminismo. Por exemplo, há quase dois séculos o "Príncipe Regente *D. Pedro I* rubricou o Decreto de 23.05.1821, diploma que se propunha a dar 'providências para a garantia da liberdade individual'".[30] Os princípios constitucionais que foram discutidos e desenvolvidos pelo mundo ocidental[31] fazem parte da cultura brasileira também.[32]

A Constituição tem vários comandos de criminalização;[33] há um sistema penal que está legitimado.[34] Nesse sistema, coube ao Ministério Público "pro-

29. Alberto Silva Franco, com uma posição um pouco diferente: "Não deve, por fim, causar estranheza que a Constituição abrigue posições que se antagonizam, ora movidas pela nobreza da motivação, ora cedendo a posturas político-criminais menos generosas. Está ela longe de ser uma ordenação fechada em si mesma e que, por tal motivo, guarde uma harmonia perfeita. Toda Constituição tem necessariamente áreas de tensão na medida em que tais áreas representam o pluralismo e o confronto de ideias subjacentes ao pacto fundador" (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 74).

30. DARCIE, Stephan Doering. O status da liberdade e da dignidade no âmbito do direito e do processo penal brasileiros: entre estagnação, evolução e retrocesso. *Boletim IBCCrim*. n. 227. São Paulo, out./2011, p. 9.

31. Cf. SANTOS, Mariano Barbero. Estado constitucional de derecho y sistema penal. *Direito e Cidadania*. ano III. n. 14-15. jul./2000; fev./2001, p. 13-24.

32. Vide: MELLO, Sebastian Borges Albuquerque de. A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. vol. 2. n. 3. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez./2005, p. 167.

33. Por exemplo: art. 5.°, XLII, XLIII, XLIV; art. 7.°, X; art. 29-A, § 2.° e § 3.°; art. 50, *caput* e § 2.°; art. 85; art. 225, § 3.°; art. 227, § 4.°.

34. Art. 5.° LXXVIII; art. 15, III; art. 22, I; art. 24, I, X, XI e XIII; art. 37, § 4.°.

mover, privativamente, a ação penal pública" (art. 129, I). E, como não poderia deixar de ser, há *vários* limites opostos ao sistema penal, os quais impedem o Estado de incorrer em excessos,[35] valendo aqui fazer um rápido destaque para os seguintes: *devido processo legal*, *ampla defesa*, *contraditório*, *publicidade* dos atos processuais e direito ao habeas corpus.

Esse é o sistema penal em vigor no Brasil, sistema que incide diretamente sobre valores supremos do cidadão, como *liberdade, fraternidade, bem-estar,* os quais estão estampados no Preâmbulo da Carta Magna.

Levar alguém à prisão (legalmente ou não) é sempre um ataque aos *valores* e *bens* mais sagrados do cidadão. Esse ataque pode ocorrer; o sistema penal está legitimado pela Constituição Federal; mas isso não retira o caráter agressivo do sistema criminal. Sendo assim, há que se encontrar um meio do caminho entre a *liberdade*, a *fraternidade*, a *solução pacífica das controvérsias*, ou seja, entre os valores do cidadão e o sistema penal, que também está contido na Carta Magna, tendo sempre em mente que a Constituição é clara ao dar relevo à *dignidade da pessoa humana* (art. 1.°, III) e aos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1.°, IV); no mesmo sentido, é clara ao estabelecer como *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3.°, I). É clara ainda quanto ao grau de importância dos valores supremos: primeiro, o direito à *vida* e à *liberdade*; e, só depois, direito à *segurança* e à *propriedade*.[36]

São todos direitos sagrados, estando a *vida* e a *liberdade* em primeiro lugar: primeiro, o direito à *vida* e à *liberdade*; e, só depois, direito à *segurança* e à *propriedade*: *liberdade* individual e familiar; de cada cidadão e de cada família, a "base da sociedade" (art. 226, § 7.°): homem e a mulher, crianças e idosos, como centro de gravidade de todo o sistema constitucional brasileiro.

35. Art. 5.°, XXXVII, XXXIX, XL, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, LXXV; art. 227, IV, V; art. 228.

36. "Art. 5.° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)".
Interessante perceber que primeiro vem a *vida*; depois, a *liberdade*; de forma muito ilustrativa, exatamente no meio, como se fosse um divisor entre os dois blocos, a *igualdade*; depois, a *segurança*; e, por último, a *propriedade*.

Liberdade, pois, como valor supremo da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1.º, *caput*); ou seja, *liberdade* que é reafirmada.[37]

A *liberdade*, valor supremo de todos os indivíduos, é afirmada e reafirmada, o que significa que impera soberana (e, quase absoluta), sendo ela somente restringida em casos pontuais, e, mesmo assim, mediante um processo justo (*devido processo legal*), respeitadas uma série de limitações impostas ao Poder Estatal. O indivíduo é o foco. O Estado é somente um instrumento para a realização do indivíduo, e nada mais. O que significa que qualquer excesso Estatal é contrário à Constituição Federal. Isso implica em reconhecer que o Estado pode pouco diante do indivíduo.

A Carta Magna por um lado é expressa em garantir e assegurar *o direito de propriedade* (art. 5.º, XXII), e, por outro, é expressa também em limitar esse direito: "a propriedade atenderá a sua função social" (art. 5.º, XXIII).[38] Mais uma vez, o direto poderá ser restringido, mas sempre mediante o processo justo (o devido processo legal).

Por outro lado, a Constituição Federal coloca, em vários tópicos, a República Federativa do Brasil como um país promotor de atividades tendentes à promoção social, à igualdade de todos, ou seja, coloca o Estado numa posição ativa: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5.º, LXXIV); "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos (...)" (art. 3.º, III e IV); "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...)" (art. 203, *caput*).

Esse é o equilíbrio da Carta Magna de 1988: estabelece a *liberdade individual* como valor supremo, mas que pode sofrer restrição pontual (na exata medida da necessidade da restrição), respeitado sempre o *devido processo legal*; no mesmo sentido, assegura o direito à *propriedade*, que também pode ser restringido,

37. Art. 5.º, II, IV, VI, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XX.

38. "A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição" (art. 5.º, XXIV); "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano" (art. 5.º, XXV).

respeitado o *devido processo legal* (também, na exata medida da necessidade da restrição); e, não poucas vezes, coloca o Estado como interventor na economia, na vida privada, restringindo, da mesma forma, direitos de uns, para *promover o bem de todos*, *erradicar a pobreza* e *reduzir as desigualdades*.

Esta, em resumo, é a Constituição Federal da República Federativa do Brasil; Constituição de um autêntico Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são: a *soberania*; a *cidadania*; a *dignidade da pessoa humana*; os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*; e, o *pluralismo político* (art. 1.º, I, II, III, IV, V).

Este é o harmônico tecido Constitucional. O valor da *liberdade* é tão forte, que nem no estado de defesa cede tanto (art. 136 § 3.º, I, II, III, IV); o mesmo valendo para o estado de sítio.[39]

Ou seja, a *liberdade* individual é o centro de gravidade da Constituição Federal, de onde tudo emana, e para onde tudo se volta. Trata-se de um sistema de várias diretrizes e vertentes; que tem como valor supremo o indivíduo enquanto ser livre, ao qual será dedicado atenção, caso seja hipossuficiente, mas o qual, como regra, viverá livremente caso assim o queira; o que não exclui, respeitado o processo justo, a restrição a essa *liberdade* em dadas situações pontuais (excepcionais).

A conclusão disso tudo é que a *liberdade* só será restringida na estrita medida da necessidade e, ainda assim, respeitadas todas as limitações Constitucionais, o que significa dizer que qualquer excesso na restrição é contrário à Constituição. Tudo o que não for absolutamente necessário, é excessivo; e, sendo assim, inconstitucional.

Assim, um sistema de combate que imponha restrições à população sem um propósito idôneo claro, não pode ser aceito, porque viola a *intimidade* e a *vida privada*; assim como viola a *livre iniciativa*. Ou seja, ter seus dados enviados ao COAF por conta de um depósito realizado é obviamente violação da *intimidade* e da *vida privada*; especialmente porque esta comunicação é automática,

39. "Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I – obrigação de permanência em localidade determinada; II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV – suspensão da liberdade de reunião; V – busca e apreensão em domicílio; VI – intervenção nas empresas de serviços públicos; VII – requisição de bens."

feita sem o devido processo legal, sem que se tenha verificado a existência de justa causa para a invasão da vida privada (invasão da esfera de relacionamento privado). E, nem se diga que essa é uma falha do sistema; o que quer o sistema é justamente invadir a esfera de privacidade de todos para ver o que cada um está fazendo com o seu dinheiro. É exatamente isso. Tanto assim que as primeiras recomendações do GAFI já eram claríssimas a esse respeito: "2. Financial institution secrecy laws should be conceived so as not to inhibit implementation of the recommendations of this group. (...)".[40] Ou seja, não parece haver dúvida sobre a contundência do ataque que o sistema de combate à lavagem de dinheiro fez contra as liberdades individuais.

Ocorre que, conforme se expõe no tópico seguinte, não existe campo para a discussão acima; o sistema de combate à lavagem de dinheiro – com todos os males que traz consigo – está absolutamente disseminado pelo mundo; pelo menos, pelo mundo ocidental.

Nenhuma análise de constitucionalidade, como se pretendia fazer no início da pesquisa, poderá ser feita de forma isolada – cada país à sua forma e de forma individualizada –; ao contrário, constatou-se, ao final da pesquisa que ora se está a expor, que os sistemas jurídicos/políticos ocidentais[41] estão se tornando cada vez um só sistema, supranacional,[42] o que torna quase impossível a discussão sobre a constitucionalidade. Ou a discussão faz-se em âmbito internacional; ou não se faz.

40. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/internationalstandardsoncombatingmoneylaunderingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html]. Acesso em: 16.04.2014. Trata-se do seguinte *link*: *FATF – Recommendations – 1990.*

41. Tomamos de empréstimo o termo "ocidental" utilizado por Silva Sánchez: "Sem prejuízo de estudos mais concretos a respeito, por ora me inclino a recorrer ao termo ambíguo 'o ocidental' para designar a comunidade de sujeitos na qual nos encontramos compreendidos" (SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais,* cit., p. 113-114).

42. Silva Sánchez trata de uma *possível* – ou, por que não (...) *inevitável* – dogmática jurídico-penal supranacional (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Bases de uma dogmática jurídico-penal suprenacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 3. n. 12. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./1995, p. 34-38).

5. ORDEM MUNDIAL

Há uma fortíssima tendência mundial à *regulação internacional*: *competição regulatória*, *harmonização* ou *cooperação regulatória*.[43] Darnaculleta Gardella trouxe pertinente contribuição para a discussão, ao tratar do desmonte do poder estatal de polícia.[44] Há um enfraquecimento dos Estados, antes soberanos, diante das novas dinâmicas dos mercados, das novas estruturas de poder, das várias frentes sociais. As questões jurídicas (econômicas, políticas e sociais também) transcendem hoje as fronteiras estatais. Não há mais discussão de legalidade que possa ser travada no contexto de um ordenamento jurídico só. Aliás, o Estado não é mais o grande detentor de poder. O poder, hoje, advém de várias instancias da sociedade: fóruns internacionais multinacionais, veículos de comunicação, sociedade civil, grupos de direitos humanos. A discussão em torno de um centro de poder e eventual contenção (poder Estatal x Constituição) parece ter ficado obsoleta. É o que se vem discutindo em torno do tema *autorregulação regulada*.

O Estado não é mais o grande regulador da sociedade; não é mais aquela estrutura coesa e fechada, de onde todas as regulamentações eram emanadas; de onde todas as leis, todas as normas, todas as políticas públicas eram emanadas. O Estado não é mais o grande interventor na economia; no mesmo sentido, não é mais o grande responsável pelo sucesso econômico – quando o caso –; ou, o grande promotor dos avanços; ou ainda, não é mais o grande interventor na vida privada, quando Estado totalitário. O Estado perdeu o seu protagonismo; deixou de elaborar sozinho as políticas públicas. As políticas públicas hoje são elaboradas por setores dos mercados, por fóruns internacionais, por diversos setores da sociedade.[45] Assim, a nosso ver, todas as instâncias estatais perderam força; inclusive a Constituição. Paradoxalmente, o enfraquecimento do Estado parece ter lançado o cidadão ao arbítrio. O cidadão, com o enfraquecimento do Estado,

43. Especificamente sobre *regulação*, vale conferir: MOROSINI, Fábio. Estratégia de regulação: a experiência ambiental da União Européia e do NAFTA. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 10. n. 40. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 44-77.

44. "(...) la actividad administrativa de policía, vinculada tradicionalmente al mantenimiento del orden y al deber general de no perturbar, se tranforma en una técnica articulada en torno de la gestión de riesgos" (DARNACULLETA GARDELLA, M. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Tesis doctoral. Universitat de Girona, Departament de Dret Públic, 2002. p. 70. Disponível em: [http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4787/tmdg.pdf?sequence=10]. Acesso em: 04.07.2015.

45. Idem, p. 1-726.

parece ter ficado mais desprotegido. Se o Estado não é mais o grande interventor; no mesmo sentido, a Constituição também não é mais a Carta Magna!

Hoje, as políticas públicas são definidas fora do país[46] – em alguns momentos, a portas abertas; em outros, a portas fechadas.[47]

O sistema de combate à lavagem de dinheiro está inserido exatamente neste contexto; no contexto de perda de protagonismo do *poder de polícia* do Estado diante da nova realidade de divisão de poder; no contexto das preocupações com os direitos de terceira geração. E, aparentemente, num contexto de não legitimidade.

É exatamente este o contexto do sistema de combate à lavagem de dinheiro, um sistema que foi elaborado fora, com a participação de somente alguns atores internacionais, o que não impediu que fosse imposto a todo o planeta. Ou seja, não há como discuti-lo em âmbito nacional – para não dizer que é impossível discuti-lo em âmbito nacional.[48]

---

46. Segundo Isidoro Blanco Cordero: "A finales de los años 80 la administración norteamericana promovió una reforma legal interna conforme a la cual todas las entidades financieras que operaran en los Estados Unidos, con independencia de su nacionalidad o del Estado en el que realizasen la operación, estarían obligadas, al igual que las nacionales, a comunicar a las autoridades norteamericanas la ejecución de cualquier transacción cuyo importe excediera de 10.000 dólares bajo la amenaza de la retirada de la licencia para operar en los Estados Unidos" (CORDERO, Isidoro Blanco. La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. n. 15. San Sebastián, 2001, p. 12).

47. Segundo Maíra Rocha Machado: "Enfim, o diagnóstico da transnacionalização do Estado, como uma 'americanização' ou, 'europeização' das práticas jurídicas e institucionais, tem pautado o debate sobre a incorporação de normas internacionais, especialmente em questões relacionadas com o tráfico de drogas, o crime organizado e, recentemente, o terrorismo. A transnacionalização aparece nesse contexto como um fluxo de mão única entre os países do Norte e do Sul ou como um fenômeno que se assiste e não se toma parte. Focalizando a ausência de participação plena dos Estados em desenvolvimento no processo decisório, sugere-se que o resultado final da incorporação destas políticas criminais ficaria contaminado pela baixa legitimidade de seu processo de elaboração. A formação da política criminal em relação à lavagem de dinheiro, capitaneada pelo GAFI, dá excelentes ilustrações deste fenômeno" (MACHADO, Maíra Rocha. Op. cit., p. 172).

48. "(...) O efeito dominó das crises sistemáticas, a insuficiência do poder político para intervir em atividades transnacionais levara desde a falência do *Herstaat Bank* e do *Frank National Bank* na década de 70, as reuniões do G10 (e a criação de organizações ou *soft bodies* internacionais) de onde saíram os tão vulgarizados princípios do *passaporte transnacional* das empresas, ou o princípio do *Home Country Control* dos

Como se não bastasse, o sistema de combate à lavagem tem como fundamento vários documentos internacionais, o que dificulta ainda mais a sua discussão em âmbito nacional; por exemplo, tem fundamento na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas das Nações Unidas; na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; sem se olvidar da Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo e do GAFI/FATF (*Grupo de Acción Financiera*), dentre outros.[49]

Sobre o GAFI, vale conferir *introdução*[50] do último documento (The FATF Recommendations – February 2012), cujo título segue: *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation.*

---

grupos transfronteiriços, e princípios de regulação comuns (os designados *Core Principles*, da IOSCO, do GAFFI, ou do Comité de Basileia). A insuficiência destes meios iniciais levaria a um novo estádio, com criação de mecanismos de troca informal de informação, participação dos reguladores em redes regulatórias (*network regulation*), convergência de poderes regulatórios com quebra dos sigilos profissionais e criação de autoridades independentes nacionais (*convergência regulatória*) (...)" (CATERINO, Luís Guilherme. O direito administrativo global na regulação financeira europeia: alguns problemas. *Revista do Ministério Público de Lisboa*. vol. 33. n. 131. 2012, p. 98). Sobre tema correlato, vale conferir: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 08-05. 2006. p. 19. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf]; ainda: TARUN, Robert W. *The foreign corrupt practices act handbook: a practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white collar criminal practitioner*. Second Edition. American Bar association: United States of America, 2012. p. 1-44; e: SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*. n. 39. São Paulo, 1997. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007]. Acesso em: 08.03.2015).

49. Segundo Maíra Rocha Machado: "No mesmo mês de dezembro de 1988 em que se adotava a Convenção da ONU contra o tráfico de drogas, o Comitê de Basiléia apresentava um documento com o objetivo de encorajar o setor bancário, mediante uma 'declaração geral de princípios éticos', a dotar posição comum com o fim de assegurar que os bancos não fossem utilizados para esconder ou lavar fundos adquiridos mediante atividades criminais e, em particular, mediante tráfico de drogas" (MACHADO, Maíra Rocha. Op cit., p. 152).

50. "Combating terrorist financing is a very significant challenge. An effective AML/CFT system, in general, is important for addressing terrorist financing, and most measures previously focused on terrorist financing are now integrated throughout the Recommendations, therefore obviating the need for the Special Recommendations. (...) The proliferation of weapons of mass destruction is also a significant security

Hoje o sistema de combate à lavagem de dinheiro está sendo usado inclusive como instrumento de guerra contra o Estado Islâmico.[51]

Ou seja, o sistema de combate à lavagem de dinheiro está de tal forma atrelado a fóruns (e interesses) internacionais que se torna quase impossível qualquer discussão sobre sua eventual inconstitucionalidade.

Infelizmente, o que se constatou ao longo da pesquisa é que não existe nenhum clima para discutir a constitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro, muito embora pareçam claras, mesmo sem justificativa idônea, as ingerências na vida privada das pessoas.

6. CONCLUSÃO

A conclusão é a de que não há campo para a discussão acerca da constitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro; com efeito, a ordem internacional está tão unificada em torno do tema, e, de forma tão fortemente unânime – mesmo de forma não legítima –, que a discussão não é permitida. Há, ademais, nos fóruns internacionais inclusive uma certa *histeria* em torno do tema,[52] o que inviabiliza qualquer discussão mais cautelosa.

---

concern, and in 2008 the FATF's mandate was expanded to include dealing with the financing of proliferation of weapons of mass destruction" (*International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation.* p. 8. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf]. Acesso em: 21.09.2015).

51. O FATF emitiu documento a respeito da guerra contra o Estado Islâmico, no qual se lê, no SUMÁRIO EXECUTIVO: "ISIL represents a new form of terrorist organisation where funding is central and critical to its activities. This report identifies ISIL's primary sources of revenue which are mainly derived from illicit proceeds from its occupation of territory. (...) *Cutting off these vast revenue streams is both a challenge and opportunity for the global community to defeat this terrorist* organisation" (FATF (2015), *Financing of the terrorist organisation Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL), FATF,* p. 5. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/financing-of-terrorist-organisation-isil.html]. Acesso em 03.03.2015 – grifo nosso). Ainda, editorial publicado pelo The New York Times: *To Hurt ISIS, Squeeze the Cash Flow*, by The Editorial Board, March 3, 2015; uma versão do editorial aparece no jornal impresso de 03.03.2015, na p. A28.

52. "It is clear that some elements of 'moral panic' and 'moral entrepreneurship' can be seen in the development of the discourse surrounding Money laundering" (ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law. Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal laundering and taxation of the proceeds of crime.* Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 11).

Conforme se disse, os eventuais efeitos da lavagem de dinheiro não são claros ainda a justificar a instalação de um sistema tão invasivo e poderoso; da mesma forma, não parecem claros os efeitos do próprio sistema de combate. Os custos parecem elevados (em termos de dinheiro despendido com a instalação do sistema e também em termos de restrição às liberdades e garantias fundamentais). Sem contar a dúvida sobre a legitimidade, com efeito, não se tem claro até hoje qual o bem jurídico protegido. No mesmo sentido, não se sabe a que veio o sistema: seria ele um sistema de guerra? Tudo isso sem contar que foi pensado por poucos atores internacionais.

Mesmo assim, vem sendo imposto para todo o planeta. E, o clima parece ser o de intensificação.

O presente trabalho iniciou-se com uma tentativa de verificar a eventual inconstitucionalidade do sistema. Terminamos por concluir que não há (e não haverá, num espaço curto ou médio de tempo) campo para esse tipo de discussão, eis que vivemos, infelizmente, o início de um período difícil. Se fizéssemos um prognóstico, diríamos que o sistema de combate à lavagem de dinheiro ocupará exatamente o mesmo lugar já ocupado por muitos anos pelo sistema de combate ao tráfico de drogas; local onde não é permitida a reflexão.[53]

53. É verdade que o Supremo hoje está discutindo a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006: "Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do art. 5.°, X, da CF. 6. Repercussão geral reconhecida." (Repercussão geral no RE 635.659, São Paulo, STF). Mas a discussão é restrita, não chegando, a nosso ver, a questionar de forma séria os pilares da política de *guerra* às drogas. Aliás, há fundadas razões para acreditar que a política de *guerra* às drogas continuará a produzir muitos danos, mesmo após a decisão do Supremo, seja qual for a decisão, pois foi exatamente o que aconteceu após a Lei 11.343/2006: "Com a mudança da lei [11.343/2006], imaginava-se que o número de pessoas presas diminuiria, uma vez que o usuário não seria mais punido com pena de prisão. Entretanto, o que se viu nos últimos anos foi exatamente o movimento contrário, um aumento do número de presos por tráfico de drogas após 2006" (JESUS, Maria Gorete Marques de; OI, Amanda Hildebrando; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. Prisão Provisória e Lei de Drogas, Um estudo sobre os flagrantes de tráfico drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Nev. Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2011. p. 7). Segundo Salo de Carvalho: "não invariavelmente a resposta punitiva produz mais danos à sociedade e ao usuário ou dependente que a própria droga" (CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 147.) Como é possível sustentar ainda a *legitimidade* de uma lei (Lei 11.343/06) que, ao invés de diminuir o número de drogas no mercado, aumenta; além de fortalecer diretamente o tráfico? "a oferta de drogas não foi reduzida, o consumo aumentou, a situação da

Não há, pois, com que se animar.

Conclusão: não há como discutir a eventual inconstitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro.

7. Referências bibliográficas

ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law. Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal laundering and taxation of the proceeds of crime*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2012.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

saúde pública agravou-se, o sistema prisional está superlotado e próximo à falência, aumentou a corrupção, e os grandes traficantes continuam soltos; os lucros nunca foram tão altos, e a circulação de dinheiro sujo não diminuiu; novas drogas estão disponíveis nos mercados, as drogas naturais foram geneticamente modificadas e estão cada vez mais potentes" (*Política nacional de drogas*. p. 6. Disponível em: [www.ibcrim.org.br/site/comissoes/politicaDrogas.php]. Acesso em: 10.06.2012). Valendo conferir ainda: Regras de Bangkok – está na hora de fazê-las valer! *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 232. São Paulo, mar. 2012, p. 18-19; e, Editorial. As marchas e contra-marchas da política mundial de drogas. *Boletim IBCCrim*. ano 16. n. 187. São Paulo, jun./2008, p. 1.

É por todos esses motivos que afirmamos que o tema das drogas não permite discussão, pois as discussões que existem, a nosso ver, são insuficientes. Ou seja, o tema das drogas não permite discussões mais sérias; não permite discussões mais profundas, menos apaixonadas. Declarar o art. 28 da Lei 11.343/2006 não diminuirá os danos causados pela *guerra* às drogas; não diminuirá, ademais, a corrupção gerada a partir do próprio sistema de combate às drogas. O *fracasso* da *guerra* às drogas, neste caso, mais parece *sucesso*! E, no entando, as pessoas não parecem perceber isso. As contradições da política de *guerra* às drogas são evidentes e, no entanto, o sistema segue cada vez mais forte, gerando efeitos opostos ao que prega buscar. E, ao que tudo indica, o sistema de combate à lavagem de dinheiro seguirá o mesmo caminho. (o termo *sucesso* da forma como aqui se emprega é oriundo dos estudos de Foucault: FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir, história das violências nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2004; e, FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003).

CATERINO, Luís Guilherme. O direito administrativo global na regulação financeira europeia: alguns problemas. *Revista do Ministério Público de Lisboa*. vol. 33. n. 131. p. 95-153. 2012.

CERNEKA, Heidi Ann. Regras de Bangkok – está na hora de fazê-las valer! *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 232. São Paulo. p. 18-19, mar./2012.

CERVINI, Raúl. Lavado de activos e individualizacion de operaciones sospechosas. *Cursos de direito econômico e empresarial*. Fundação Getúlio Vargas, maio/2002.

CHAVES, Christian Frau Obrador. A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais: análise crítica de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Direitos fundamentais & justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC-RS*. ano 4. n. 12. Porto Alegre: HS Editora. p. 284-306. jul.-set./2010.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Thomson Reuters ARANZADI, 2012.

_____. *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 13-01. p. 1-46. 2011. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc].

_____. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estúdio del cumplimiento normativo (compliance) desde uma perspectiva criminológica. *Eguzkilore, Cuaderno del Intituto Vasco de Criminología*. n. 23. San Sebastián. p. 117-138. 2009.

_____. La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. n. 15. San Sebastián. p. 7-38. 2001.

_____. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales*. vol. 50. p. 263-291. 1997.

DARCIE, Stephan Doering. O status da liberdade e da dignidade no âmbito do direito e do processo penal brasileiros: entre estagnação, evolução e retrocesso. *Boletim IBCCrim*. n. 227. São Paulo. p. 9-10. out./2011.

DARNACULLETA GARDELLA, M. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Tesis doctoral. Universitat de Girona, Departament de Dret Públic, 2002. Disponível em: [http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4787/tmdg.pdf?sequence=10]. Acesso em: 04.07.2015.

EDITORIAL. As marchas e contra-marchas da política mundial de drogas. *Boletim IBCCrim*. ano 16. n. 187. São Paulo. p. 1. jun./2008.

FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. *Vigiar e punir, história das violências nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. Há produto novo na praça. *Boletim IBCcrim*. n. 70. ed. esp. p. 05-06. set./1998.

_____; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 08-05. p. 1-27. 2006. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf].

JABOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JESUS, Maria Gorete Marques de; OI, Amanda Hildebrando; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas, Um estudo sobre os flagrantes de tráfico drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Nev. Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2011.

MACHADO, Maíra Rocha. Regulação financeira e política criminal: o estado brasileiro em face do sistema antilavagem de dinheiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*. vol. 51. n. 190. p. 143-173. 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009 (série GV*law*).

MELLO, Sebastian Borges Albuquerque de. A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. vol. 2. n. 3. São Paulo: Ed. RT. p. 159-175. jul.-dez./2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIR, José Cerezo. O finalismo, hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 3. n. 12. São Paulo: Ed. RT. p. 39-49. out.-dez./1995.

MOROSINI, Fábio. Estratégia de regulação: a experiência ambiental da União Européia e do NAFTA. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 10. n. 40. São Paulo: Ed. RT. p. 44-77. 2005.

Política nacional de drogas. Disponível em: [www.ibcrim.org.br/site/comissoes/politicaDrogas.php]. Acesso em: 10.06.2012.

REALE JR., Miguel. Figura típica e objeto material do crime de "lavagem de dinheiro". In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. vol. 3.

ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque*. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. 2. tir. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Tem futuro o direito penal? *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A teoria da imputação objetiva. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*. n. 39. São Paulo, 1997. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007]. Acesso em: 08.03.2015.

SANTOS, Mariano Barbero. Estado constitucional de derecho y sistema penal. *Direito e Cidadania*. ano III. n. 10-11. p. 13-24. jul./2000; fev./2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos "fundamentalismos" hermenêuticos. *Revista da ESMESC*. vol. 15. n. 21. Florianópolis: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. p. 37-74. 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). *Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. Série GV*law*.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Bases de uma dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 3. n. 12. São Paulo: Ed. RT. p. 34-38. out.-dez./1995.

_____. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. rev. e atual. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, Willian Terra de (coords.). *Coleção Direito e Ciências Afins*. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 6.

_____. Teoria del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 99. São Paulo: Ed. RT. p. 327-356. 2012.

TARUN, Robert W. *The foreign corrupt practices act handbook: a practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white collar criminal practitioner*. Second Edition. American Bar association: United States of America, 2012.

VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCrim*. ano 20. n. 237. São Paulo. p. 17-18. ago./2012.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y Constituición. *Revista Penal*. año 1. n. 1. p. 1-15. 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ações neutras e teoria do abuso de direito – Um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia, de José Danilo Tavares Lobato – *RBCCrim* 111/113-156 (DTR\2015\239);
- Crimes de lavagem e o devido processo penal, de Marco Antonio de Barros – *RIASP* 9/237-246 (DTR\2002\89); e
- Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RDB* 67/163-195 (DTR\2015\7989).

86359

Aspectos polêmicos da sentença penal condenatória que fixa valor mínimo de reparação de danos e sua execução e liquidação no juízo cível

Controversial aspects of a criminal sentence which sets up the minimum amount for damages and its enforcement and settlement in civil courts

Danyelle da Silva Galvão

Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.
danyelle@fariaegalvao.com.br

Recebido em: 07.08.2015
Aprovado em: 28.03.2016
Última versão autora: 20.06.2016

Área do Direito: Penal; Civil

Resumo: Pretende-se analisar a fixação de valor a título de reparação de danos em sentença penal, além de discutir a legitimidade para formulação do pedido, termo inicial da execução e liquidação da sentença.

Palavras-chave: Sentença penal – Reparação de danos – Indenização – Dano moral – Dano material – Quantum indenizatório – Condenação – Juízo Criminal – Liquidação cível – Execução cível.

Abstract: The goal of this paper is to analyze the setting of the amount to be paid for damages in a criminal sentence, and to discuss the legitimacy of the request, the initial term of enforcement and its settlement.

Keywords: Criminal sentence – Repair damage – Compensation – Moral damage – Material damage – Amount set for compensation – Sentencing – Criminal court – civil settlement – Civil enforcement.

Sumário: 1. Introdução – 2. A reforma do Código de Processo Penal em 2008 e a disciplina sobre a possibilidade de fixação mínima de reparação civil em sentença penal (art. 387, IV, do CPP) – 3. Legitimidade para formulação do pedido na esfera criminal e o momento processual adequado – 4. (Im)possibilidade de cumulação de pedido de valor a título de dano moral – 5. Critérios de fixação de valor mínimo pelo juízo criminal – 6. Legitimidade e interesse recursais – 7. Termo inicial da execução e liquidação da sentença penal que fixa valor mínimo de reparação de danos e efeitos da prescrição penal – 8. A execução e a liquidação da sentença penal condenatória – 9. Conclusão – Apontamentos críticos sobre a fixação de valor mínimo de reparação civil na esfera criminal – 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que um mesmo fato jurídico pode repercutir em mais de uma esfera do direito. A isso, dá-se o nome de incidência múltipla.

No Brasil, há muito se trata sobre a possibilidade de reparação civil decorrente de ilícito penal, tendo previsão legal em vários diplomas diferentes.

O Código Civil, em seu art. 935, prevê que a responsabilidade civil independe da criminal, mas estabelece que não se pode mais questionar, na esfera cível, sobre "a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

O Código de Processo Civil de 1973 dispunha, em seu art. 475-N, II, que a sentença penal condenatória é título executivo judicial, previsão que é repetida no novo Código de Processo Civil (2015) no art. 515, VII.

Uma leitura atenta e dependente dos artigos supramencionados conduzem à conclusão que, apesar das searas penal e civil serem independentes, têm estreita e direta ligação no que se refere ao dever de indenizar.

Tal conclusão é ainda mais nítida ao se analisar a disposição do art. 91, I, do CP, que estabelece que é efeito da condenação criminal "a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

Não é diferente o panorama existente no Código de Processo Penal, que prevê (art. 63) a execução da sentença penal para o efeito de reparação do dano, sem excluir a possibilidade de proposição de ação civil *ex delicto* no juízo cível (art. 64).

Apesar de todas estas disposições legais, o legislador, em 2008, alterou o Código de Processo Penal para incluir o inc. IV ao art. 387 e possibilitar a fixação, perante o juízo criminal, de valor indenizatório.

Como expõe Paulo Rangel:

> (...) a possibilidade de indenizar não é novidade no processo penal, pois sempre existiu (cf. arts. 186 c/c 935, ambos do CC/2002), porém não se aplicava desde a sentença penal que estabelecia apenas o *an debeatur*, mas não o *quantum debeatur*.[1]

Assim, sem prejuízo de análise da ação civil *ex delicto* e da eficácia civil da sentença penal em estudo posterior independente, o presente trabalho tem como objetivo analisar a nova disposição legal relativa à fixação de valor mínimo de reparação civil pelo juízo criminal quando da sentença condenatória,

1. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 580.

discutindo-se a possibilidade de decisão de ofício, a legitimidade e o momento adequado da postulação, o termo inicial para a execução da sentença penal, legitimidade e interesse recursais, além da análise do procedimento adequado para executar e/ou liquidar a sentença penal.

2. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM 2008 E A DISCIPLINA SOBRE A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO MÍNIMA DE REPARAÇÃO CIVIL EM SENTENÇA PENAL (ART. 387, IV, DO CPP)

A Lei 11.719/2008, que alterou o Código de Processo Penal, inovou ao permitir, no art. 387, IV, pretensão indenizatória na seara criminal, pois dispõe que o juiz, ao proferir sentença condenatória, "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

Além disto, a mesma lei incluiu um parágrafo único ao art. 63 do CPP, que trata da execução da reparação do dano poderá ser efetuada pelo valor fixado em sentença (art. 387, IV, do CPP), sem prejuízo de eventual liquidação no juízo cível.

Duas foram as justificativas para as alterações acima mencionadas: garantir uma maior observância à garantia da duração razoável do processo, dando maior celeridade à pretensão indenizatória ao ofendido;[2] e conceder uma maior importância à vítima no processo penal, ao passo que seus interesses são parcialmente tutelados nesta seara.[3]

2. Antonio do Passo Cabral afirma que "o principal objetivo da reforma foi conferir celeridade à indenização, sem que o lesado tenha que: suportar a demora do processo de liquidação de sentença ou ajuizar ação autônoma algum valor já fica definido desde logo". CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. *Revista da Emerj*. vol. 13. n. 49. 2010, p. 307. Sobre a celeridade processual como objetivo da modificação legislativa, vide HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória. *Revista da Emerj*. vol. 13. n. 49. 2010, p. 63.

3. Sobre o enfoque dado à vítima, vide FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A valorização da vítima e o valor mínimo de indenização em sentença penal condenatória. *Revista Jurídica*. ano 59. n. 405. jul./2011, p. 99-101. Consta na Mensagem n. 213, de 30.03.2001, que é a exposição de motivos do projeto de lei: "a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem a necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação" (item D. 5). Além disso, como sustenta a doutrina de Antonio do Passo Cabral, as modificações legislativas tiveram como intuito "reduzir

Como será abordado mais adiante, a realidade indica que as justificativas eram pertinentes quando da aprovação e sanção da legislação, no entanto, os efeitos desejados não foram plenamente alcançados.

Inicialmente, breve apontamento deve ser feito quanto a sua aplicação no tempo. O art. 2.º do CPP dispõe que a lei processual aplicar-se-á desde então. No entanto, o pedido de fixação de valor indenizatório mínimo, apesar de ter natureza civil, tem característica condenatória.

Assim sendo, entende-se que a sua aplicação deve ocorrer apenas em relação aos fatos típicos praticados após a sua entrada em vigor,[4] até porque a novel legislação não exclui a possibilidade de propositura de ação civil *ex delicto*, portanto, não obstaria a busca da vítima pela reparação civil. Este é o posicionamento da jurisprudência, a saber: "considerando que os fatos delituosos ocorreram antes da edição da referida lei, deve ser observado, na hipótese, o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa".[5]

Diante das alterações legislativas, a doutrina debruçou-se para discutir questões relativas à pretensão cível, especialmente sobre a necessidade ou não de pedido expresso e consequente possibilidade de fixação do valor mínimo de ofício, além da legitimidade para o mencionado pedido nos autos criminais.

Aury Lopes Jr. discorre que é "fundamental que exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos dados".[6]

No mesmo sentido tem-se Alexandre Mota Brandão de Araújo quando defende que a fixação do valor indenizatório deriva de uma atividade cognitiva do magistrado, que somente deve se manifestar quando provocado, sendo imprescindível a observância das garantias processuais da ampla defesa e do contraditório, suprimidas quando o *quantum* é decidido de ofício. E que a decisão

---

o número de processos, acompanhando uma tendência mundial de resolver certas questões, em casos de incidência múltipla, na mesma relação processual". CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 307.

4. Na doutrina, Aury Lopes Jr. enfatiza que "somente é cabível tal condenação em relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei n. 11.719/08, sob pena de ilegal atribuição de efeito retroativo a uma lei penal mais grave". LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 375. Com posicionamento que a lei processual pode retroagir a fatos anteriores, tem-se RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 580.
5. TRF-1.ª Reg., ACR 9976620114013804, 3.ª T., rel. Ney Bello, e-*DJF1* 07.11.2014.
6. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 375.

de ofício infringe o sistema acusatório preconizado pela Constituição Federal.[7] Até porque, como salienta Antonio Scarance Fernandes, "a acusação contém a imputação mais o pedido de condenação e de aplicação de pena, ou seja, a acusação abrange a imputação e o pedido".[8]

Questão interessante é apontada por Paulo Rangel, indicando que o juiz decidirá a lide nos termos em que foi proposta, não podendo conhecer de questões não suscitadas.[9] A conclusão do autor decorre do disposto no art. 128 do CPC/1973, previsão hoje contida no art. 141 do CPC/2015.

Instado a se manifestar em várias oportunidades, o STJ, por meio das suas duas Turmas com competência criminal, vem dispondo que não há que se falar em fixação de ofício, sob pena de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Isto porque, segundo a íntegra das decisões, é inadmissível que não se oportunize ao acusado a possibilidade de apresentar defesa e contra argumentar as razões e o próprio pedido da acusação.[10]

Não é diferente o posicionamento de outros Tribunais pátrios,[11] com o que se concorda. Considera-se inadmissível tal condenação de ofício, por duas razões: além de não garantir, nem minimamente, a possibilidade do acusado apresentar suas razões de defesa e convencimento, viola o princípio da correlação entre acusação e sentença.[12]

Em sentido contrário, aceitando a possibilidade de condenação cível de ofício, tem-se posicionamento de Antonio do Passo Cabral, que entende que a expressão "fixar" indica um poder-dever ao juiz e que que inexiste necessidade

7. ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Indenização cível como capítulo da sentença penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. ano X. n. 58. out.-nov./2009, p. 98-99. E também BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 136-137.

8. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 153.

9. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 578.

10. A título exemplificativo, tem-se: STJ, AgRg no AREsp 352.104, 6.ª T., j. 19.11.2013, rel. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 06.12.2013; STJ, AgRg no REsp 1186956, 5.ª T., j. 18.12.2012, rel. Laurita Vaz, *DJe* 01.02.2013 e STJ, Edcl no Resp 1286810, 5.ª T., j. 23.04.2013, rel. Campos Marques, *DJe* 26.04.2013.

11. A título exemplificativo, tem-se TRF-4.ª Reg., ACR 0009949-03.2004.404.7100, 8.ª T., rel. José Paulo Baltazar Junior, *DJe* 19.02.2015.

12. Neste sentido, LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 375.

de requerimento expresso. O autor entende que "a fixação do *quantum* mínimo da reparação civil é um efeito secundário (ou anexo) da condenação, e tem que constar expressamente da sentença".[13] E ainda, Thiago Baldani Gomes de Filippo, afirmando que não implica qualquer lesão ao princípio dispositivo, diante da cogência da expressão "fixará" contida no texto legal.[14]

Por sua vez, Daniel Roberto Hertel tem posicionamento moderado, visto que entende ser comando legal imperativo porque o princípio da correlação entre acusação e sentença "está muito mais ligado à causa de pedir do que ao pedido propriamente dito", mas considera que a fixação do valor mínimo somente deve ocorrer quando houver prova do *quantum da indenização*.[15]

No entanto, melhor definição é encontrada na obra de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que, ao tratar especificamente sobre a correlação entre a acusação e sentença afirma que é de rigor que "o objeto do processo permaneça inalterado, durante todo o desenvolver do iter procedimental. Não pode haver alteração do objeto do processo, considerado em seus momentos extremos".[16]

Não por outra razão, entende-se que a disposição legal do inc. IV, art. 387, do CPP ("fixará") deve ser interpretada como "poderá fixar", afinal, depende de pedido expresso da acusação[17] e da concessão de oportunidade ao acusado para apresentar defesa específica sobre tal pedido. Ou seja, considera-se que a disposição prevista no mencionado inciso legal não é imperativa ao juiz sentenciante, cabendo a fixação de valor mínimo de reparação apenas quando for expressamente requerido nos autos.

3. LEGITIMIDADE PARA FORMULAÇÃO DO PEDIDO NA ESFERA CRIMINAL E O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

Diante da premissa que o valor mínimo de reparação de danos somente pode ser fixado em decorrência de pedido expresso ao juízo criminal, deve-se

13. CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 310.
14. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Op. cit., p. 104. No mesmo sentido, tem-se STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 318.
15. HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 66.
16. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 99.
17. Sobre a legitimidade para formulação do pedido, vide o item abaixo.

analisar a legitimidade para a sua formulação, bem como o momento processual adequado para tanto.

Primeiramente, é forçoso reconhecer que a legitimidade é a questão mais controvertida na doutrina ao tratar do tema de fixação de reparação civil em sentença penal. Isto porque são, pelo menos, quatro posicionamentos conflitantes a este respeito.

Renata Caroline Kroska aponta que o pedido pode ser feito pelo Ministério Público, "não havendo necessidade de que seja aduzido pela vítima".[18]

Antonio do Passo Cabral entende há uma legitimidade extraordinária do Ministério Público não prevista em lei, defendendo que o legislador dispensou o pedido ou requerimento, "até porque a vítima muitas vezes desconhece o direito à indenização ou possui algum temor em ajuizá-lo".[19]

Para estes autores, o Ministério Público é legitimado para requerer, em qualquer hipótese, a fixação do valor mínimo indenizatório.

Em outra direção, tem-se posicionamento de Alexandre Mota Brandão de Araújo restringindo a legitimidade do Ministério Público apenas às hipóteses de vítimas pobres.[20] Isto porque, na visão dos mencionados autores, o STF declarou a inconstitucionalidade progressiva do art. 68 do CPP, que autoriza a execução da sentença condenatória e a proposição de ação civil *ex delicto* pelo órgão acusatório.

Decidiu o STF que:

> (...) a teor do disposto no art. 134 da CF, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do art. 127 da CF).[21]

Em que pese a discussão levada à Corte Constitucional não ter sido em relação à disposição do art. 387, IV, do CPP, posto que inexistente à época, o

18. KROSKA, Renata Caroline. Aspectos polêmicos da execução civil da sentença penal condenatória. *Revista Brasileira de Direito Processual*. ano 22. n. 88. out.-dez./2014, p. 75.

19. CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 313. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – Reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008. *RDPP*. n. 56. jun.-jul./2009, p. 74.

20. ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Op. cit., p. 99.

21. STF, Pleno, RE 135328, j. 19.06.1994, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 20.04.2001.

raciocínio é o mesmo, já que a formulação de pedido na seara criminal é alternativa à propositura de ação civil *ex delicto*.

Desta forma, entendem aqueles autores que o pedido só poderia ser feito pelo Ministério Público nas hipóteses de vítimas pobres, até que haja a efetiva instalação, em todas as comarcas, da Defensoria Pública.[22]

Apesar do disposto pelo STF acima transcrito, e do incremento da Defensoria Pública nos últimos anos, inclusive com o imperativo constitucional (EC 80), denota-se, da análise da jurisprudência, que os Tribunais não têm discutido sobre a legitimidade do Ministério Público para os pedidos de reparação civil na seara criminal.

Por sua vez, Nereu Giacomolli e Aury Lopes Jr., justificam a impossibilidade de fixação de ofício justamente por defenderem que "a pretensão indenizatória é de natureza privada e exclusiva da vítima",[23] podendo dela dispor (pedir, renunciar ou transacionar).[24]

Entende-se que a posição mais acertada, pois intermediária, é a defendida por Thiago Baldani Gomes de Filippo. Apesar de entender que não há necessidade de pedido expresso, com o que não se concorda, afirma que só existe legitimidade do Ministério Público para formulação de pedido de reparação civil na seara criminal quando a acusação versar sobre interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não relativos a direitos individuais disponíveis.[25]

Ou seja, admite-se a possibilidade de formulação do pedido pelo Ministério Público apenas em algumas hipóteses, deixando para a vítima – quando existir e for determinada – a análise sobre a pertinência/interesse em buscar reparação civil e realizar o respectivo pedido. Nestas situações, portanto, caberia apenas ao querelante, nas ações penais provadas, ou ao assistente de acusação o pedido de fixação do valor indenizatório no juízo criminal.[26]

22. Eugênio Pacelli defende que não compete ao Ministério Público, mas à Defensoria Pública estes pedidos de indenização na seara criminal. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 658.
23. LOPES JR. Op. cit., p. 375; GIACOMOLLI, Nereu. *Reformas (?) do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 111.
24. Eugênio Pacelli indica que "não seria o Ministério Público parte legítima para a pretensão, diante da revogação do art. 68, CPP, pela nova ordem constitucional, ao menos onde houver Defensoria Pública". PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 658.
25. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Op. cit., p. 104-105.
26. Idem, p. 105.

A discussão sobre a legitimidade tem relação direta com o momento processual adequado para a formulação do pedido no âmbito criminal. A jurisprudência menciona a realização em "momento oportuno", mas sem especificar quando do *iter* processual isto deveria ocorrer.[27]

Aceitar a legitimidade do Ministério Público para tanto, mesmo que em algumas hipóteses apenas, enseja reconhecer que o mais adequado é a formulação do pedido de reparação civil quando do oferecimento da denúncia, cumulativamente ao pedido de condenação criminal.[28]

No entanto, tal conclusão não afasta a possibilidade de formulação posterior do pedido, visto que o próprio Código de Processo Penal autoriza o aditamento da inicial acusatória, inclusive após encerrada a instrução processual.

Além disto, não se pode olvidar da possibilidade de formulação de pedido posterior pelo Ministério Público nas hipóteses em que for promovida, pelo ofendido ou seu representante legal, ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP). Nestes casos, a intervenção do Ministério Público é necessariamente posterior ao oferecimento da denúncia, portanto, entende-se possível o pedido tardio de reparação civil.

Por outro lado, o rechaço à legitimidade do Ministério Público acarreta o reconhecimento de que cabe apenas às vítimas a formulação do pedido. Considerando que a sua intervenção no processo penal ocorrerá como assistente da acusação e nos termos do art. 269 do CPP, "receberá a causa no estado em que se achar", conclui-se que o pedido de reparação civil certamente não ocorrerá quando do oferecimento da denúncia, visto que é atividade privativa do Ministério Público (art. 129, I, da CF/1988), mas em momento posterior.[29] No entanto, não se pode esquecer que a assistência à acusação é facultativa,

27. A título exemplificativo, tem-se: "Não cabe fixação de ofício do valor mínimo de indenização ao ofendido (art. 387, IV, CPP), devendo, para tanto, haver pedido expresso, do Parquet ou da vítima, em momento processual oportuno" (TRF-4.ª Reg., ACR 5037660-57.2011.404.7000, 7.ª T., j. 22.07.2014, *DJe* 23.07.2014).

28. O mesmo raciocínio deve ser considerado nas hipóteses de oferecimento de queixa-crime nos casos de ação penal privada.

29. Há quem defenda que o pedido tem como prazo máximo o início da audiência de instrução, após a oitiva da vítima, visto que "até esse momento ainda há a possibilidade de a defesa se manifestar sobre os argumentos do Ministério Público ou do Assistente da Acusação, ou ainda da própria vítima, com observância às garantias do contraditório e da ampla defesa". ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Op. cit., p. 100.

podendo, portanto, não haver pedido de reparação civil durante toda a relação processual penal.[30]

A questão primordial que acaba por definir a questão relativa ao momento adequado para formulação do pedido é a concessão de oportunidade – e prazo adequado – para que o acusado apresente as suas razões defensivas. Em síntese, entende-se que o pedido de reparação civil pode ser formulado a qualquer tempo, desde que se oportunize ao acusado tempo e meios adequados para que exerça – de maneira plena e efetiva – o contraditório.

Até mesmo quem defende a possibilidade de fixação de valor mínimo *ex officio,* acentua a necessária observância do contraditório. Antonio do Passo Cabral afirma que "a moderna configuração do princípio do contraditório exige que haja debate entre as partes mesmo a respeito das questões que o juiz possa conhecer *ex officio*".[31] Trata-se, portanto, de adaptação dos sistemas processuais à realidade constitucional, em que a observância das garantias é imprescindível para uma melhor prestação jurisdicional.

4. (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDO DE VALOR A TÍTULO DE DANO MORAL

Outra questão que merece destaque é a (im)possibilidade de pedido e condenação de valor mínimo a título de danos morais.

Parte da doutrina sustenta que o pedido e eventual condenação em danos morais são impossíveis, visto que "a expressão valor mínimo é indicativa de que os danos a serem considerados são os materiais. Eventuais danos de

30. Sobre a assistência à acusação, dispõe Hidejalma Muccio que "sua intervenção é facultativa. Enquanto aquelas [Ministério Público e acusado] são partes principais, necessárias, o assistente de acusação é parte desnecessária, portanto, contingente". MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal.* 2. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 588.

31. CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 317. Esclarece o autor, na mesma obra (p. 318), que a observância do contraditório não se confunde com a necessidade de pedido expresso, dispondo que o juiz "pode suscitar o debate intimando as partes para que controvertam a respeito do tema. O mais importante é que a defesa do réu tenha oportunidade de discutir os valores apontados nos autos como sendo o prejuízo do lesado". Com posição semelhante, tem-se PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 657, indicando que eventual fixação sem prévio debate acarreta a nulidade absoluta da decisão. No mesmo sentido, com ênfase na necessidade de pedido expresso, tem-se RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 579.

natureza diversa, como o dano moral, deverão ser pleiteados na esfera competente".[32]

Thiago Baldani Gomes de Filippo também afasta a possibilidade por entender que para a fixação de danos morais é necessária a observância de uma série de fatores (capacidade econômica das partes, repercussão à esfera patrimonial da vítima, por exemplo), "que dificilmente podem ser extraídos do conjunto probatório criminal".[33]

Inclusive este foi o posicionamento do TJSP assentado na Ap 0006566-81.2008.8.26.0002:

> (...) a indenização por danos morais ou extrapatrimoniais é pretensão que não compete ao juízo criminal conhecer, cumprindo, acaso expressamente requerida pela vítima ou seus familiares, o que não também é o caso, ser apreciada no âmbito cível.[34]

Por outro lado, com posicionamento com o qual se concorda, tem-se doutrina que defende a possibilidade de cumulação de dano moral, ante a inexistência de restrição na disposição legal.[35]

Para justificar tal posição, Alexandre Mota Brandão de Araújo utiliza-se da disposição contida na Súmula 37 do STJ, que autoriza a cumulação de indenização por dano material e moral oriunda do mesmo fato.[36]

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró defende que apesar da lei utilizar a expressão *reparação do dano*, "tem-se entendido que o dispositivo não se limita ao dano moral, mas abrange qualquer forma de dano causado pelo delito, seja ele moral ou material, e, neste caso, envolva o dano emergente ou lucro ces-

32. SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. Saraiva, 2012. p. 594.

33. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Op. cit., p. 108. No mesmo sentido, PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 771; e SILVA Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Op. cit., p. 594.

34. TJSP, 14.ª Câm. de Direito Criminal, j. 12.02.2015, rel. Miguel Marques e Silva, registro 25.02.2015.

35. CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 316; HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 67; RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 579.

36. ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Op. cit., p. 104.

sante".[37] No mesmo sentido, Daniel Roberto Hertel defende que a lei abrange também eventuais prejuízos sofridos moralmente.

Em verdade, entende-se que o legislador, ao utilizar a mencionada expressão, não restringiu a discussão dos danos na esfera criminal apenas àqueles materiais. Primeiro porque a própria Constituição Federal, no seu art. 5.º, V, assegura o direito à indenização por dano moral.

E, por conseguinte, como visto anteriormente, um dos objetivos da modificação legislativa foi garantir maior celeridade processual e reduzir a quantidade de demandas propostas no Poder Judiciário para a discussão do mesmo fato. Restringir a discussão, no processo penal, às questões materiais, não atinge os objetivos desejados pela mudança na legislação, devendo-se, portanto, interpretar a expressão de forma mais ampla, englobando os danos morais e materiais.

No entanto, entende-se que eventual condenação em dano moral deve ser feita de maneira destacada na sentença, com fundamentação autônoma da relativa aos danos materiais, inclusive com valores individualizados, visando possibilitar a impugnação e/ou posterior execução e liquidação. Este é o posicionamento também de Daniel Roberto Hertel ao defender que "somente desse modo será facilitada a atividade do juízo cível ao apurar eventual dano residual, seja ele de ordem patrimonial ou moral".[38]

5. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PELO JUÍZO CRIMINAL

Apesar da importância de estabelecimento de critérios para fixação do valor mínimo no juízo criminal, o assunto não encontra muita discussão na doutrina.

Evidentemente que o pedido de fixação de valor mínimo indenizatório só poderá ser analisado, e eventualmente deferido, caso haja condenação do acusado, afinal, trata-se de pedido secundário na ação penal e detém relação de dependência com o pedido condenatório propriamente dito.

37. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012. p. 372. Por sua vez, com posicionamento oposto, tem-se Eugênio Pacelli ao sustentar que "eventuais acréscimos da responsabilidade civil, sob a rubrica dos lucros cessantes e eventuais danos morais, serão fixados na instância cível". Justifica o autor que não se trata de cumulação de instâncias civil e penal, mas apenas a especificação de um valor mínimo. PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 657.

38. HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 67.

Além disto, de acordo com a opinião de Eugênio Pacelli, o *quantum* só pode ser fixado caso tenha sido cabalmente demonstrado o dano.[39]

Antonio do Passo Cabral tem entendimento interessante. Apesar de reconhecer que a previsão contida no art. 387, IV, do CPP é imperativa, entende que isto "não significa dizer que sempre haverá fixação da indenização ou tampouco que qualquer omissão em mencionar na decisão o *quantum* permita impugná-la".

Para o autor, a fixação do valor depende da "existência de provas nos autos que permitam ao juiz aferir a extensão do dano ou ao menos ter algum parâmetro para tanto".[40]

Concorda-se com a opinião do mesmo autor no sentido que não se pode ampliar demais a instrução probatória em relação ao dano civil,[41] sob pena de perda de enfoque no principal objeto da ação penal (análise sobre a existência do fato, sua autoria e materialidade).

Portanto, passa-se a análise dos critérios para a mencionada fixação que, conforme ensina Daniel Roberto Hertel, "devem ser os mesmos utilizados pelo juízo cível".[42]

Maior detalhamento é encontrado na doutrina de responsabilidade civil. Clóvis do Couto e Silva destaca a importância de se impedir que "através da reparação, a vítima possa ter benefícios, vale dizer, possa estar numa situação econômica melhor do que aquela em que se encontrava anteriormente ao ato delituoso".[43]

O mesmo é defendido por Rui Stoco quando enfatiza que "a reparação do dano não pode converter-se em fonte de enriquecimento da vítima".[44] Por sua vez, o STJ vem reiteradamente decidindo que, ao fixar valores de indenizações cíveis por dano material e moral, devem os magistrados observar os critérios

39. PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 657. Sobre o conceito de dano, vide STOCO, Rui. Op. cit.

40. CABRAL. p. 310. O mesmo autor, na p. 326, defende que poderá haver condenação em danos morais caso haja provas nos autos, em que pese reconhecer que para a reparação deste dano muitas vezes é necessária prova mais alongada.

41. CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 310.

42. HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 68.

43. COUTO E SILVA, Clóvis do. *O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado*. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 11.

44. STOCO, Rui. Op. cit., p. 152.

de razoabilidade e proporcionalidade, para que fiquem em consonância com o dano sofrido.[45]

Desta forma, entende-se que a melhor forma de fixação de valor a título de dano material, mesmo que em seu patamar mínimo, é de acordo com o estabelecido no art. 944 do CC/2002, medindo-se a indenização em razão da extensão do dano.[46]

Com relação ao dano moral, solução é trazida pela doutrina e consagrada na jurisprudência. Segundo Rui Stoco:

> (...) impõe-se a obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido.[47]

6. LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAIS

Outra questão que merece destaque no estudo do tema é a legitimidade recursal específica quanto à fixação do valor mínimo de indenização.

Diante da previsão constitucional sobre a ampla defesa e o contraditório, além do fato da sentença penal adquirir estabilidade quanto ao valor mínimo, cabendo apenas rediscussão no cível quanto a eventual prejuízo excedente, não restam dúvidas quanto à legitimidade recursal do acusado para discussão do tema em instância superior.[48]

A discussão maior reside na legitimidade recursal do beneficiário da indenização.

---

45. A título exemplificativo, tem-se STJ, AgRg no REsp 1521254, 2.ª T., j. 19.05.2015, rel. Humberto Martins, *DJe* 26.05.2015.

46. Com este posicionamento, tem-se STOCO, Rui. Op. cit., p. 152; HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 68.

47. STOCO, Rui. Op. cit., p. 152.

48. Neste sentido, tem-se a doutrina de Antonio do Passo Cabral afirmando que o interesse recursal do acusado "parece ser mais facilmente compreendido pela relativa estabilidade que a decisão adquire mesmo em sede de cognição sumária, causando-lhe prejuízo imediato de ter que, na esfera civil, impugnar o valor já fixado no processo penal". CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 319.

Para Antonio do Passo Cabral, a legitimidade recursal é restrita apenas ao ofendido por se tratar de um interesse patrimonial, disponível e individual, salvo nas hipóteses em que há legitimidade do Ministério Público (art. 68 do CPP).[49]

Posicionamento interessante é trazido por Alexandre Mota Brandão de Araújo quando aduz sobre a impossibilidade do Ministério Público oferecer, sequer, contrarrazões ao recurso nas hipóteses em que a vítima não for pobre, afinal caberá a ela intervir como assistente litisconsorcial.[50]

Como anteriormente exposto, discorda-se da possibilidade do Ministério Público requerer a fixação do valor indenizatório, salvo nas hipóteses de interesses supraindividuais, razão pela qual se entende também que não há legitimidade recursal nesta matéria.

Sobre a assistência à acusação, entende-se cabível a interposição de recurso no tocante ao valor mínimo, tal como para o querelante, sujeito processual olvidado pela doutrina ao tratar deste ponto.

No entanto, pequeno apontamento deve ser feito. Como anteriormente exposto, a indenização fixada pelo juízo criminal refere-se apenas a um valor mínimo, que constituirá a parte líquida da sentença penal, passível de execução direta na esfera cível.

Portanto, diante da possibilidade – inclusive com previsão legal – de liquidação para apurar a real extensão do dano (parte ilíquida da sentença), a interposição de recurso de apelação criminal apenas com o fim de majorar o valor fixado adiará o termo inicial da execução cível.

É possível afirmar, assim, que a discussão do valor para maior é processualmente mais vantajosa – pelo critério de celeridade e adequação- se realizada perante o juízo cível.

Diferente seria se, apesar do pedido de condenação indenizatória e existência de provas neste sentido nos autos, o magistrado deixasse de fixar um valor mínimo, verificando-se facilmente o interesse recursal do assistente

49. Idem, p. 312. Afirma o autor que "apenas uma exceção pode ser imaginada para esta legitimidade: quando a ação civil *ex delicto* puder ser ajuizada pelo MP, na forma do art. 68 do CPP, é natural que ao parquet seja também assegurada a legitimidade recursal contra a parte da decisão que fixou erroneamente ou deixou de fixar o valor mínimo da reparação".

50. ARAÚJO Alexandre Mota Brandão de. Op. cit., p. 105.

de acusação, do Ministério Público ou do querelante, a depender do crime tratado na ação penal.

7. TERMO INICIAL DA EXECUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA PENAL QUE FIXA VALOR MÍNIMO DE REPARAÇÃO DE DANOS E EFEITOS DA PRESCRIÇÃO PENAL

Proferida sentença condenatória criminal com a fixação de valor mínimo de reparação civil, passa-se a discutir o termo inicial para que seja promovida a execução na esfera cível, além do regime submetido e meios de defesa cabíveis.

A Constituição Federal, no seu art. 5.º, LVII, prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".[51]

Até fevereiro de 2015, a jurisprudência do STF era no sentido de que a execução das penas fixadas em sentença penal condenatória somente poderia ser iniciada após o trânsito em julgado.

Conforme entendimento do STF, apesar do art. 637 do CPP não conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário, a *"Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória", além de existir disposição constitucional com o mesmo sentido.*[52]

No entanto, no julgamento do HC 126.292, o STF fixou novo entendimento possibilitando o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau.[53]

Em que pese o valor mínimo de reparação civil ter natureza indenizatória, entende-se que foi fixada em sentença criminal, sendo indissociável do restante da condenação contida naquele *decisum*.

O próprio novo Código de Processo Civil, no seu art. 515, VII (antigo art. 475-N, II, do CPC/1973), dispõe expressamente sobre o tema quando dispõe que é título executivo judicial a sentença penal condenatória transitada em

51. Trata-se da garantia da presunção de inocência. A este respeito, vide a obra de MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

52. Apenas a título exemplificativo: STF, HC 98212, 2.ª T., j. 03.11.2009, rel. Eros Grau, *LEXSTF* vol. 32. n. 375. 2010, p. 350-356.

53. Notícias sobre o mencionado julgamento disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153]. Acesso em: 09.03.2016.

julgado. E é neste sentido o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, quando afirmam ser imprescindível o trânsito em julgado.[54]

Ou seja, conforme previsão legal, a execução do valor mínimo fixado na sentença criminal só será possível após o trânsito em julgado da decisão, não havendo o que se falar em autonomia dos capítulos da sentença que embasaria eventual execução provisória da parte indenizatória,[55] mesmo diante deste novo entendimento do STF.[56]

Outro ponto importante para ser discutido é o efeito da prescrição penal sobre o valor mínimo de reparação civil fixado em sentença condenatória. Entende-se que o mesmo raciocínio de utilizado para determinar o termo inicial da execução do valor deve ser transposto para esta questão.

Com efeito, a condenação em reparação civil é indissociável da condenação às penas privativa de liberdade/restritiva de direitos. Ademais, a obrigação de reparar o dano é prevista como efeito secundário e automático da condenação criminal, no art. 91, I, do CP.

Assim sendo, entende-se que a ocorrência da prescrição extingue não só a punibilidade do agente (art. 107, IV, do CP), mas também atinge a condenação do valor mínimo de reparação civil, já que decorre da mesma decisão, cujos capítulos de sentença são indissociáveis.

Neste sentido foi a decisão proferida pelo TRF-1.ª Reg.:

> (...) ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, todos os efeitos principais ou secundários, penais ou extrapenais

54. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 489. No mesmo sentido, KROSKA, Renata Caroline. Op. cit., p. 74.

55. Com posicionamento diverso, tem-se Alexandre Mota Brandão de Araújo ao sustentar a possibilidade de execução provisória do capítulo da sentença condenatória relativa à indenização civil, desde que apresentada caução. ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Op. cit., p. 106. Sabe-se que após o trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que sejam cumpridos determinados requisitos legais, surge a possibilidade de propositura de revisão criminal. Desta forma, entende-se que em havendo reversão da condenação, haverá a extinção da execução e/ou liquidação da sentença sem ônus ao acusado. E em já tendo sido satisfeita a obrigação na esfera cível, nasce o direito ao acusado de propor ação de regresso para reaver o valor pago indevidamente.

56. Apesar de não adentrar à discussão específica sobre o termo inicial e ser anterior ao mencionado julgamento do STF, Daniel Roberto Hertel estabelece que é executável a sentença transitada em julgado. HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 69.

da sentença condenatória não definitiva encontram-se irremediavelmente extintos em razão dela.[57]

Interessante sequência decisória foi observada em pesquisa jurisprudencial sobre o tema. O TRF-4.ª Reg. decidiu, com fulcro no art. 67, II, do CPP, que a extinção da punibilidade não obstava a eficácia civil da condenação penal e fixou o valor mínimo de indenização do crime de evasão de divisas, conforme disposição do art. 387, IV, do CPP.[58]

A premissa utilizada por aquele Tribunal foi acertada, visto que o artigo legal invocado realmente dispõe que a extinção da punibilidade não obsta a reparação civil. No entanto, o artigo autoriza a propositura de ação civil, de maneira autônoma e na esfera cível, não a continuidade da tramitação da ação penal apenas para a discussão do valor mínimo da indenização, como fez aquele Tribunal.

A decisão acabou reformada pelo próprio Tribunal, em sede de embargos declaratórios, oportunidade em que se reconheceu que entendimento que foi mantido pelo STJ.

Reitera-se, portanto, que ocorrência da prescrição e a consequente extinção de punibilidade surte efeitos também sobre a fixação de valor mínimo indenizatório feita em sentença criminal.

8. A EXECUÇÃO E A LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Como já destacado anteriormente, compete ao juízo criminal apenas a fixação de valor mínimo a título de reparação de danos (art. 387, IV, do CPP). E, conforme disposição do novo Código de Processo Civil, no seu art. 515, VII (antigo art. 475-N, II, do CPC/1973) é título executivo judicial a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Surgem, portanto, duas possibilidades:[59] (a) promover apenas a execução, no juízo cível, do valor mínimo fixado pelo juízo criminal, quando o *quantum*

57. TRF-1.ª Reg., ACR 87958420064013600, rel. Alexandre Buck Medrado Sampaio, e-*DJF1* 25.10.2013.

58. TRF-4.ª Reg., ACR 00342083720054047000, rel. Sebastião Ogê Muniz, *DJe* 09.08.2012.

59. Sobre as duas possibilidades, breve relato de KROSKA, Renata Caroline. Op. cit., p. 76. É de se destacar ainda, como fez Thiago Baldani Gomes de Filippo, que a proposição de ação de execução ou liquidação não obsta a propositura de ação civil, de conhecimento, contra terceira pessoa que não o acusado. FILIPPO, Thiago Baldani

é satisfatório à pretensão (*execução direta*); (b) promover a execução do valor mínimo de indenização simultaneamente à liquidação para apuração de valor superior àquele ou demais prejuízos não avaliados pelo juízo criminal (*execução + liquidação*).

Na hipótese em que a vítima, ou seu representante legal, satisfaz-se com o valor mínimo fixado pelo juízo criminal, sem que haja interesse ou necessidade de apuração de outros prejuízos, tem-se sentença líquida.[60] Portanto, haverá apenas a execução do título judicial, por meio de *ação de execução,* na forma do art. 829 e ss. do CPC/2015 (antigo art. 652 e ss. do CPC/1973).

A justificativa da doutrina para que não seja adotado o cumprimento de sentença como procedimento para a cobrança do valor mínimo é que "não há qualquer base processual prévia na esfera cível para que se promova a sua respectiva execução na forma de cumprimento de sentença".[61]

Concorda-se com tal posicionamento e entende-se ser a ação de execução de quantia certa o procedimento mais adequado para a situação. Desta forma, após a sua propositura, será o acusado/executado citado para que, no prazo de 3 dias realize o pagamento da dívida, inclusive dos honorários advocatícios de 10%, que serão fixados nos termos do art. 827 do CPC/2015 (antigos art. 652-A e art. 20, § 3.°, ambos do CPC/1973).

No entanto, com posicionamento breve sobre a questão, Alexandre Mota Brandão de Araújo indica que o trânsito em julgado autoriza o cumprimento de sentença. Rui Stoco, por sua vez, afirma que transitada em julgado, o destinatário da reparação civil poderá propor execução por quantia certa, nos termos do antigo art. 475-J do CPC/1973 (atual art. 523 do CPC/2015), "sorte que bastará a intimação do devedor para efetuar o pagamento no prazo de

Gomes de. Op. cit., p. 100. Inclusive esta é a disposição contida no art. 64 do CPP. Em doutrina anterior à modificação legislativa do art. 387, IV, do CPP, Fábio Guedes de Paula Machado afirmava que "apenas aquele que figura no polo passivo do título é que pode figurar como executado da execução civil, não podendo o mesmo abranger v.g. o terceiro responsável, devendo assim contra este ser movida uma ação de conhecimento". MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Execução civil da sentença penal condenatória em favor da vítima pobre. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. vol. 27. n. 1. jun./1998, p. 107.

60. KROSKA, Renata Caroline. Op. cit., p. 67.

61. HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 71.

quinze dias, sob pena de multa no percentual de dez por cento, e expedição de mandado de penhora e avaliação".[62]

De qualquer sorte, independentemente do procedimento a ser adotado, Renata Caroline Kroska esclarece que "tendo em vista a necessidade de se manter o original da sentença nos autos do juízo criminal, a petição inicial será processada mediante certidão do juízo criminal".[63]

Duas questões são de suma importância e merecem destaque: a ação de execução será proposta perante o juízo cível, não criminal; e em que pese haver a independência das esferas cível e criminal e o fato danoso ser considerado de incidência múltipla, entende-se que o valor mínimo fixado pelo juízo criminal não pode ser rediscutido – para menor – posteriormente no cível.

Isto porque, parte-se da premissa que a fixação do valor no juízo criminal decorreu obrigatoriamente de pedido expresso, com a posterior concessão de prazo e meios suficientes para o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo acusado.

Com posicionamento diverso, tem-se Antonio do Passo Cabral, que considera que a sentença não tem força definitiva neste ponto, não podendo assumir estabilidade típica de coisa julgada. Segundo o autor, "o valor indenizatório mínimo adquire apenas uma estabilidade fraca, própria de decisões precárias, baseadas em cognição menos intensa e sujeitas a alterações", podendo "a cognição sobre a quantificação do dano poderá ser reaberta integralmente no futuro".[64]

A segunda possibilidade, em que há necessidade ou interesse de apuração dos prejuízos sofridos, cria o panorama exposto por Antonio do Passo Cabral: "uma só sentença penal pode dar ensejo, concomitantemente, a uma execução pela parcela líquida (o valor mínimo fixado) e à liquidação para fixar o *quantum* do restante".[65]

Segundo Araken de Assis, a sentença penal condenatória será submetida, obrigatoriamente, à liquidação, salvo no que se refere ao valor mínimo fixado pelo juízo criminal.[66]

62. ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Op, cit., p. 15; STOCO, Rui. Op. cit., p. 319.
63. KROSKA, Renata Caroline. Op. cit., p. 68.
64. CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 315.
65. Idem, p. 306; HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 70-71.
66. ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 173.

É importante destacar que o próprio Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 63, parágrafo único, sobre a coexistência de ação de execução e liquidação de sentença. Isto além da previsão expressa contida no art. 509, §1.º do CPC/2015 (antigo art.475-I, § 1.º, do CPC/1973).

Esta possibilidade decorre justamente do fato do juízo criminal apenas fixar um valor mínimo de indenização (art. 386, IV, do CPP). Desta forma, os demais prejuízos serão apurados por meio de liquidação de sentença, nos termos dos arts. 509 a 512 do CPC/2015 (antigos arts. 475-A a 475-H do CPC/1973).[67]

Entre as formas de liquidação existentes (cálculo, arbitramento e artigos), Araken de Assis considera mais adequada a *liquidação por artigos* porque há fatos, estranhos à discussão no juízo criminal, "cuja prova se afigura indispensável à apuração do *quantum debeatur*".[68]

Como anteriormente dito, não se busca a abertura demasiada, perante o juízo criminal, de discussão sobre o *quantum* indenizatório, justamente para não inviabilizar a normal tramitação da ação penal e também porque a rediscussão será possível quando da liquidação de sentença.

No entanto, ressalva deve ser feita quanto à rediscussão da questão na liquidação da sentença. Como sustenta Renata Caroline Kroska "somente são admitidas provas que tenham implicações no *quantum debeatur*, não sendo possível rediscutir a autoria e a existência do fato".[69]

Concorda-se com tal posicionamento, afinal, o art. 935 do CC/2002, apesar de prever que a responsabilidade civil é independente da criminal, veda a rediscussão sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Superada a discussão sobre a possibilidade de proposição simultânea de execução e liquidação de sentença, Daniel Roberto Hertel destaca a necessi-

67. Daniel Roberto Hertel afirma que "não há qualquer óbice para que o ofendido, havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo que esta tenha feito referência à indenização cível, promova a respectiva liquidação". HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 70.

68. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 97. Com posicionamento diverso, entendendo que em algumas situações deva ser aplicável a liquidação por arbitramento, tem-se BURINI, Bruno Corrêa. Op. cit., p. 117-118.

69. KROSKA, Renata Caroline. Op. cit., p. 76.

dade de serem feitas em duas ações diferentes, "por tratarem de atividades processuais completamente distintas",[70] o que é realmente plausível.

Por fim, faz-se mister analisar a legitimidade ativa e passiva para a execução e/ou liquidação da sentença penal condenatória no juízo cível.

Nos termos do art. 63 do CPP, são legitimados para propor ação de execução o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.[71] Disposição semelhante é encontrada no art. 778 do CPC/2015 e nos arts. 566 e 567 do CPC/1973.

É de se notar que a legislação processual civil autoriza a execução pelo Ministério Público, em casos previstos em lei. No tocante a matéria em questão, entende-se que poderá o Ministério Público promover a execução apenas nos casos de vítimas pobres e não houver Defensoria Pública, ou quando se tratar de bens jurídicos difusos ou coletivos. Tem-se, portanto, delimitada a legitimidade ativa.

Quanto à legitimidade passiva, dois apontamentos devem ser feitos. O art. 779, I, do CPC/2015 (antigo art. 568, I, do CPC/1973) estabelece é sujeito passivo da execução, o devedor, reconhecido no título executivo. No caso de sentença penal condenatória, o devedor é o acusado, não havendo possibilidade de execução e/ou liquidação em desfavor de quem não integrou a relação processual penal, visto que não foi oportunizada a possibilidade de apresentar defesa e contraditar os argumentos.

No entanto, considerando a natureza indenizatória/civil da condenação, em que pese ser fixada por juízo criminal, aplica-se às execuções e liquidações a regra contida no art. 779, II, do CPC/2015 (antigo art. 568, II, do CPC/1973), que considera como sujeito passivo da obrigação o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor. Sabe-se que a morte do acusado extingue a sua punibilidade (art. 107 do CP), no entanto, há disposição expressa na Constituição Federal (art. 5.º, XLV) que poderá:

> (...) a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

70. HERTEL, Daniel Roberto. Op. cit., p. 71. No mesmo sentido, STOCO, Rui. Op. cit., p. 319, afirmando que "não haveria como, em um só procedimento, executar valor fixado, líquido e certo e, ao mesmo tempo, estabelecer fase paralela de cognição para encontrar o valor devido, além daquele já fixado no juízo criminal".

71. Renata Caroline Kroska traz discussão doutrinária a respeito da legitimidade ativa dos herdeiros. KROSKA, Renata Caroline. Op. cit., p. 68-70.

9. CONCLUSÃO – APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO DE REPARAÇÃO CIVIL NA ESFERA CRIMINAL

Além de todas as conclusões parciais trazidas no bojo do presente estudo, importante indicar que se concorda com afirmação de Antonio do Passo Cabral que "aplicação prática destes novos dispositivos vem criando uma série de problemas e fomentando grande número de indagações sobre seu correto tratamento".[72]

É bem verdade que já haviam discussões e divergências doutrinárias anteriores ao estabelecimento da possibilidade de se fixar reparação civil, mesmo em patamar mínimo, na seara penal (art. 387, IV, do CPP).

No entanto, a modificação legislativa operada no Código de Processo Penal, que tinha como intuito dar maior importância à vítima e garantir a celeridade processual para satisfazer dever indenizatório, não alcançou seus objetivos de maneira plena.

Primeiro porque há enorme discussão, como acima exposto, sobre a legitimidade para a realização do pedido nos autos, exigindo-se, na maioria das vezes, a intervenção do ofendido ou representante como assistente litisconsorcial.

Depois porque a fixação de valor relativo ao dano depende de prova, mesmo que mínima, mas a persecução penal tem como intuito primeiro a verificação sobre a existência do fato, sua autoria e materialidade, não a discussão alongada e instrução probatória sobre eventual prejuízo de natureza civil.

Ademais, porque compete ao juízo criminal a fixação apenas de valor mínimo a título de reparação de danos. Ou seja, tem-se uma sentença parcialmente líquida para posterior execução no cível, restando possível ainda rediscussão e/ou apuração do valor efetivo em sede de liquidação de sentença.

Melhor seria, portanto, manter o tratamento anterior dado à matéria, com a independência relativa das instâncias e possibilidade de execução cível da sentença penal transitada em julgado (art. 63, *caput*, do CPP), ou propositura de ação civil de conhecimento para reparação de danos (art. 64 do CPP), revogando-se o parágrafo único do art. 63, bem como do inc. IV do art. 387, ambos do CPP.

72. CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 307.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Indenização cível como capítulo da sentença penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. ano X. n. 58. p. 98-99. out.-nov./2009.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. *Revista da Emerj*. vol. 13. n. 49. p. 307-317. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – Reflexões sobre a Lei 11.719/2008. *RDPP*. n. 56. p. 74. jun.-jul./2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. São Paulo: Ed. RT, 1991.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A valorização da vítima e o valor mínimo de indenização em sentença penal condenatória. *Revista Jurídica*. ano 59. n. 405. p. 99-101. jul./2011.

GIACOMOLLI, Nereu. *Reformas (?) do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória. *Revista da Ajuris*. vol. 36. n. 114. p. 63. jun./2009.

KROSKA, Renata Caroline. Aspectos polêmicos da execução civil da sentença penal condenatória. *Revista Brasileira de Direito Processual*. ano 22. n. 88. p. 67-76. out.-dez./2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Execução civil da sentença penal condenatória em favor da vítima pobre. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. vol. 27. n. 1. p. 107. jun./1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O método fenomenológico proposto por Edmund Husserl e o caso escola base, de Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo – *Ciências Penais* 9/150-166 (DTR\2011\2161);
- O valor indenizatório mínimo do inc. IV do art. 387 do CPP a relativização da independência entre as esferas civil e penal, de Denise Vargas Geremias Lessa – *RePro* 196/345-364 (DTR\2011\1628);
- Os efeitos civis da fixação de valor reparatório aos prejuízos da vítima na sentença criminal: a reforma do Código de Processo Penal, a interpretação conforme a Constituição e o contraditório no novo Código de Processo Civil, de Guilherme Antunes da Cunha e Jessica Zimmer da Silva – *RePro* 247/17-47 (DTR\2015\13200); e
- Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolatação da sentença penal condenatória: implicações da Lei 11.719/2008 no âmbito do processo civil e do processo penal, de Tiago Figueiredo Gonçalves – *Ciências Penais* 12/349-367 (DTR\2010\580).

O Tribunal de Justiça de São Paulo entre opiniões e princípios: uma crítica hermenêutica à jurisprudência penal paulista

The São Paulo Court amid opinions and principles: a hermeneutical criticism of São Paulo court precedents

Guilherme Gonçalves Alcântara

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.
Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo
Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado.
guilhermealcantara@msn.com

Recebido em: 25.09.2015
Aprovado em: 19.04.2016

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: Trata-se de um estudo fenomenológico-hermenêutico do comportamento jurisprudencial do TJSP, apontado por pesquisa da FGV-Rio como a autoridade coautora mais presente nas concessões de ordens de habeas corpus pelos Tribunais Superiores. O objetivo foi tecer uma crítica, a nível hermenêutico, da fundamentação judicial dos colegiados desta Corte a respeito de assunto bastante peculiar e relevante no contexto criminal: a fixação de regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos casos de condenação por tráfico de drogas, garantias processuais penais recentemente interpretadas à luz do princípio da individualização da pena (art. 5..º, XVLI, da CF/1988), nos HC 97.256/RS e 111.840/ES.

Palavras-chave: Jurisprudência – Políticas – Princípios – Tráfico de drogas – Individualização da pena.

Abstract: This paper is a phenomenological-hermeneutical study regarding court precedents in the Court of São Paulo, which was regarded as the cort with the highest number of habeas corpus granted, according to higher courts – based on findings of a research conducted by FGV-Rio. The objective here was to provide a criticism, on an hermeneutical level, of the legal concept used by members of this court regarding a theme which is rather peculiar and relevant in the criminal context: the establishment of a criminal sentence, and the replacement of imprisonment by a sentence that involves the restriction of rights in cases of drug trafficking convictions; the criminal procedural guarantees that have recently been interpreted in the light of the principle of sentence individualization (art. 5.º, XVLI, CF /1988), found in HC 97.256/RS and 111.840/ES.

Keywords: Court precedents – Policies – Principles – Drug trafficking – Individualization of sentence.

Alcântara, Guilherme Gonçalves. O Tribunal de Justiça de São Paulo entre opiniões e princípios: uma crítica hermenêutica à jurisprudência penal paulista.
Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 119-153, set. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Breve relatório da pesquisa - 3. Mas... O que significa "julgar por princípios"? - 3.1 Hermenêutica jurídica no contexto pós-positivista - 3.2 O papel das diretrizes heurísticas na teoria da decisão judicial - 3.3 O julgar conforme o princípio constitucional da individualização da pena - 3.3.1 Síntese dos julgamentos – HC 97.256/RS e 111.840/ES - 3.4 Conclusões parciais – Os indícios de um julgar por princípios - 4. Interpretação e crítica aos argumentos por opinião - 4.1 Existe uma periculosidade presumida! – "Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade" - 4.2 A "hediondez" do tráfico de entorpecentes não deixa – ou a Constituinte quis assim - 4.3 As declarações pela via difusa não vinculam as decisões - 5. Considerações finais - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pretendo elaborar uma análise crítica do comportamento jurisprudencial do TJSP, nas ocasiões em que o órgão enfrenta a questão da fixação do regime inicial de pena e viabilidade de substituição de pena privativa de liberdade nos delitos de tráfico de entorpecentes. A pesquisa tem eixo na dicotomia entre julgar por princípios e julgar por opiniões – de Dworkin –, e privilegia – como objeto de estudo – os argumentos formais despendidos nos julgados selecionados da Corte.

Motiva a pesquisa o estudo produzido pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, no projeto "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores",[1] com apoio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Ministério da Justiça, o qual demonstrou que "o crescimento do número de impetrações de HC's e RHC's [nos Tribunais Superiores] não é uma 'doença', mas o 'sintoma' de uma 'doença'".[2] No aspecto qualitativo, diagnosticou-se como problema a *desobediência* das instâncias de segundo grau em relação às orientações do STF e STJ e; na parte quantitativa, o TJSP como detentor da assustadora concentração de 43,8% dos casos de impetração perante o STJ – o segundo lugar é do TJMG, com 9,4%.

Usando como premissa estas duas conclusões, o presente estudo se propõe a analisar os argumentos lançados pelas diferentes Câmaras da Corte bandeirante, no tocante a um delito de alta repercussão no Brasil: o tráfico de drogas. Isso porque, além do tráfico de drogas fazer parte significativa de casos de

1. Selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD n. 131/2012, no âmbito do projeto "Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil". Esse relatório complementa o relatório parcial apresentado pela equipe de pesquisa em 30.09.2013.
2. BOTTINO, Thiago. Relatório final do Projeto "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores". Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Direito-Rio – Centro Justiça e Sociedade – CJUS, 17.03.2014. p. 97.

concessão de ordem de *habeas corpus*, do debate jurídico-penal, e uma questão grave de segurança e saúde públicas, o delito em tela é celeuma integrante de dois julgamentos paradigmáticos do STF (HC 97.256/RS e 111.840/ES) no que tange à principiologia constitucional, mais precisamente: o princípio da individualização da pena (art. 5.º, XVLI, da CF/1988).

A metodologia do trabalho segue na linha de uma *hermenêutica argumentativa*: insere o direito no paradigma hermenêutico e, assim, os argumentos jurídicos formais, lançados do ponto de vista dos julgadores, são compreendidos como parte do significado e da experiência jurídica, merecedores de estudo e crítica. Assim se propõe superar estudar o direito conforme o positivismo jurídico, bem como a filosofia da consciência que lhe subjaz, na medida em que interpretação e aplicação do direito são uma só operação e, assim, os *argumentos jurídicos formais* são materiais frutíferos para o estudo do *trabalho jurídico*.[3]

O trabalho se divide em duas grandes partes. Na primeira, além de esboçar o *pano de fundo* da pesquisa, abordei a dicotomia dada por Dworkin entre julgar por políticas e julgar por princípios, e os motivos do autor para que haja uma preferência deste sobre aquele. Também elaborei um quadro de *diretrizes heurísticas*, dirigidas a identificar um julgamento por princípios – no caso, julgamentos que respeitem o princípio da individualização da pena – e, de outra face, julgamentos por opinião.

Na segunda parte me dedico à crítica destas últimas situações. A partir do quadro referencial formulado, identifiquei na amostra de julgados colhidos os julgamentos por opinião e agrupei seus argumentos em *teses*. Estas teses são compreendidas e postas frente à interpretação constitucional "autêntica" sobre o tema – me refiro aos posicionamentos consolidados nos julgamentos dos HC 97.256/RS e 111.840/ES –, com vistas ao *constrangimento doutrinário*.

Neste sentido, ao demonstrar que as argumentações que subjazem em certa espécie de entendimento jurisprudencial são, evidentemente, incompatíveis com o sistema constitucional de Jurisdição brasileira, o trabalho contribui para a construção de uma jurisprudência efetivamente democrática e garantidora dos direitos e garantias fundamentais.

2. BREVE RELATÓRIO DA PESQUISA

No portal *E-saj*, do site do TJSP, consultei a seção de jurisprudência com as palavras-chave "tráfico" e "inconstitucionalidade" e, diante do imenso reper-

3. MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 12.

tório de julgados, colhi cinco acórdãos de cada Câmara[4] de Direito Criminal. A seleção observou se os acórdãos abordavam as *teses* de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei Antitóxicos e do § 1.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, sejam elas dirigidas a recursos de apelação ou impetrações de ordens de *habeas corpus*. Reuni decisões de julgamentos realizados entre junho e agosto de 2015.

Para efeitos de síntese, e porque o trabalho se dirigiu precipuamente à crítica, excluí as decisões de acordo as *diretrizes heurísticas* extraídas da hermenêutica constitucional construída pelo STF. Tratou-se de cerca de 30% da amostra descartada e restou, portanto, muito material julgado em desacordo com a jurisprudência superior.

Observando a fundamentação das decisões *rebeldes* face à orientação do STF, verifiquei 03 (três) tipos de argumentos que – separados ou em complementariedade – sustentaram esse tipo de postura jurisprudencial do Tribunal de Justiça paulista:

a) Existe – no tráfico – uma *periculosidade presumida*;

b) Tráfico é delito hediondo, incompatível com regime aberto e substituição de pena corporal;

c) As declarações de inconstitucionalidade são ignoradas;

As *teses* muitas vezes se complementam, e um olhar atento perceberá que elas se confundem. Para o objetivo proposto – uma crítica à fundamentação jurídica da Corte bandeirante –, contudo, a divisão é útil porque cobre todos os argumentos das decisões dissidentes da orientação do STF, possibilitando críticas coerentes em torno do mesmo eixo – o julgar por *opinião* em detrimento dos *princípios constitucionais*.

3. MAS... O QUE SIGNIFICA "JULGAR POR PRINCÍPIOS"?

Dworkin conceitua o ato de julgar por princípios em contraposição ao ato de julgar por políticas. Quando um juiz (ou tribunal) decide deste último modo, o faz – segundo Dworkin – com vistas a satisfazer um interesse social de certa natureza e intensidade,[5] e acredita desempenhar uma espécie de papel de "Poder Legislativo *segundo*".[6]

4. Não considerei as Câmaras Extraordinárias e demais especiais.

5. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 134.

6. Idem, p. 129.

Seguindo nesta direção, a teoria da decisão judicial tradicional – mormente a brasileira – aceita e legitima o julgar por políticas porque (ainda) não ultrapassou a questão da discricionariedade judicial. De Hans Kelsen a Robert Alexy – à brasileira –, passando por Norberto Bobbio, Miguel Reale, Herbert Hart, e hoje, Dimitri Dimoulis, a doutrina hegemônica sempre reservou espaço para o arbítrio autoritário do juiz na solução dos *hard cases*.

Esqueceram-se, contudo, de que "os juízes não são e não deveriam ser *legisladores delegados*".[7] Efetivamente – e o problema é sério em terras nacionais –, não é possível superar o paradigma positivista-individualista na Ciência Jurídica – e instrumentalista, no Direito[8] – caso não se construa uma teoria da decisão judicial avessa a adágios como: "O direito é (texto de) lei", "O direito é o que os juízes dizem ser", "O direito é a finalidade da lei", "O direito é a história da lei", "O direito é intenção do legislador", "O direito é uma *fusão* de finalidade, intenção, e história da lei", entre outros mantras, meros álibis retóricos que mascaram uma consciência arbitrária atrás das instituições jurídicas.

Por isso é que, defendendo o que chamou de *visão impopular* da filosofia e teoria do direito, Dworkin propôs uma teoria da decisão judicial que privilegie argumentos de *princípios* – e não argumentos de política, ou de opinião – como válidos. A teoria tem por premissa a possibilidade de estabelecer deveres *prima facie* aos juízes de decidir "certos pleitos num certo sentido", mesmo os mais difíceis (*hard cases*), caso presentes às condições apropriadas em determinada situação.[9]

Essa premissa é, na verdade, o próprio conceito de *princípio*, em Dworkin. Um exemplo clássico de argumento de *princípio* é o de que, não importa o quão benéfico seja para a economia, bem estar, ou interesse geral da sociedade, não se condena um inocente.[10] Os argumentos de princípio não decorrem do texto legal ou de *atos de vontade* da autoridade – para falar em termos kelseneanos –, mas antes de *profundos direitos individuais*, que se distinguem e se contrapõem ao bem coletivo – fundamento e objeto dos argumentos de política.[11]

7. Idem, ibidem.
8. SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2011. p. 158.
9. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 176.
10. Idem, p. 105.
11. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos*... cit., p. 141.

Julgar por princípio, logo, distingue-se do julgar por políticas ou opinião, porque neste último se abre amplo espaço para que o interesse particular da autoridade no assunto predomine na argumentação jurídica. Pelo contrário, julgar por princípios requer uma *suspensão* dos (pré)-juízos[12] particulares do julgador em prol do predomínio de argumentos de princípios na fundamentação de decisões.

3.1 Hermenêutica jurídica no contexto pós-positivista

Argumentei acima que – para que se supere a crise epistemológica e prática do direito – não podemos mais enxergar a norma jurídica como reprodução lógica de conceitos abstratos.[13] Isso também vale para uma perspectiva "'ontologicizante' sem mediações [isto é] a partir da chamada *essência* do direito"[14] – à moda de um jusnaturalismo *tardio*.

Nestas condições,

> (...) o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente representa um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto (norma), e de, outro busca, nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se o fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos (jurídicos) fossem meros enunciados lingüísticos.[15] (STRECK, 2013, p. 09).

Torna-se necessário romper com o que a epistemologia chama de esquema sujeito-objeto – próprio do positivismo jurídico – e, para tanto, atribuímos ao direito um caráter hermenêutico, essencialmente interpretativo. Isso não significa que o direito é "uma questão de interpretação", que demanda(ria) atenção

12. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002. p. 392.
13. LARENZ, Karl. Apud ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 17.
14. MULLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência:* elementos de uma teoria constitucional. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1995. vol. 1. p. 23.
15. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09.

às tradicionais "técnicas de interpretação da lei" – os cânones de Savigny. Para Dworkin, "os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*".[16]

O paradigma hermenêutico do direito propõe a interpretação como atividade dirigida a toda prática jurídica – "interpretação e aplicação do direito são uma só operação"[17] – e, igualmente, como modo de conhecimento.[18]

Para tanto, identificaremos a interpretação jurídica – conforme faz Dworkin – com a interpretação literária, pois ambas objetivam acentuar da melhor maneira possível o valor da obra em questão (ou dos dispositivos legais em questão), atentando, concorrentemente, ao respeito às características formais, à coerência e à integridade destes. Assim: "O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não *inventar* um história melhor".[19]

Uma analogia entre os romances em cadeia – no qual cada capítulo é escrito por um autor diferente, sendo que cada escritor está atrelado ao que se contou nas páginas anteriores e deve melhorar ao máximo a obra sem finalizá-la – e a tradição jurídica de decisão do *common law* –, elaborada por Dworkin, ilustra o paradigma hermenêutico do direito:

> Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.[20]

O direito inserido no paradigma hermenêutico, brevemente esboçado, permite, assim, elaborar uma teoria da decisão judicial que aponte *a resposta correta* mesmo no que o positivismo jurídico chama de *hard cases* – nos quais se chancela a discricionariedade – ou, se muito, que demonstre que as questões em que não há nenhuma resposta correta "podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe".[21]

16. DWORKIN, Ronald. *Uma questão...* cit., p. 219-220.
17. GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes:* a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 31.
18. DWORKIN, Ronald. *Uma questão...* cit., p. 220.
19. Idem, p. 239-240.
20. Idem, p. 238.
21. Idem, p. 176.

3.2 O papel das diretrizes heurísticas na teoria da decisão judicial

Restou uma pergunta: se o trabalho se insere no paradigma hermenêutico do direito, a partir do qual é possível (re)compreender o processo de decisão judicial – como processo hermenêutico – e construir uma teoria da decisão judicial que extirpe a legitimação da discricionariedade judicial, qual é o gabarito a ser seguido? Onde está resposta certa?

Acredito que estabelecer critérios do tipo "algoritmo" para a *resposta certa* não é compatível com a teoria da decisão judicial de que necessitamos. Com efeito, compreender o direito na via hermenêutica é abrir mão de *fórmulas mágicas* e gabaritos que nos dariam, de antemão, a resposta pronta para os problemas da vida – retirando, daí, a responsabilidade das escolhas (NIETZSCHE). Assim, conforme já afirmado, a queda da perspectiva do direito como reprodução lógica de conceitos abstratos demanda a superação da perspectiva silogística da decisão judicial.

É preciso entender que a capacidade de criação do direito pelo juiz – (re) descoberta pelo realismo jurídico tardio –, no paradigma hermenêutico, joga luz tanto à importantíssima função do Judiciário no cenário brasileiro pós Constituição Federal de 1988 – "campo privilegiado na concretização dos direitos (...)"[22] –, quanto à responsabilidade política (*accountability*) atribuída ao aplicador da lei.

À doutrina jurídica, nestas condições, cabe compreender e criticar o trabalho jurídico (Muller), buscando – assim como faria um crítico de uma peça de teatro ou de um livro – simultaneamente expressar seu significado como um *todo* e mostrar o seu *melhor*.[23]

Ocorre que o crítico literário, como o jurista (autenticamente) pós-positivista, não usa critérios rígidos e estanques no exercício da sua atividade.[24] Isto é, a resposta correta não se confunde com a *resposta pronta*, pois não existe meio de se *antecipar ao mundo*. Neste sentido, proponho para nos auxiliar na crítica jurisprudencial que pretendemos levar a cabo diretrizes (mais) próprias ao exercício de julgar questões práticas (e não matemáticas), que chamo, com escopo na lição de Mike Rose, de *heurísticas*:

22. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 206.

23. DWORKIN, Ronald. *Uma questão...* cit., p. 222-223.

24. "(...) a compreensão [nos moldes de uma filosofia hermenêutica] independe de qualquer particular conjunto de regras." (FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Octanny S. da Mata e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves Ed., 1977. p. 376).

> (...) poucas situações cotidianas são suficientemente circunscritas em termos matemáticos para permitir a aplicação de algoritmos. Mais geralmente funcionamos com a ajuda de regras heurísticas ou práticas bastante gerais, diretrizes que oferecem vários graus de flexibilidade ao abordar problemas. Em vez de operar com uma certeza e precisão algorítmica, sondamos criticamente várias alternativas, usando nossa heurística como uma vareta divinatória – "se você empacar num problema matemático, tente chegar à solução seguindo ao inverso"; "se o motor do carro não ligar, verifique x, y ou z", e assim por diante. A heurística não dará a precisão ou a certeza das operações algorítmicas; pode ser tão "frouxa" que chega a ficar vaga. Mas, num mundo onde as tarefas e os problemas raramente têm precisão matemática, as regras heurísticas se tornam as regras mais apropriadas, mais funcionais, ao nosso alcance.[25]

As diretrizes heurísticas ganham especial relevância na medida em que a função do Judiciário – na esteira do aludido deslocamento de tensão do Legislativo e Executivo para si (Streck) – transcende a mera resolução de conflitos interindividuais nesta quadra da história.

Dito isto, a partir da noção de que: cabe ao STF, precipuamente, dar o sentido do texto constitucional (Streck); a decisão judicial (processo hermenêutico) é uma atualização da *corrente jurídica* (Dworkin) e; que cabe à teoria da decisão judicial (hermenêutica) compreender e criticar o processo decisório como trabalho jurídico a ser melhorado,[26] estabeleci, a partir da análise de julgados do STF e da amostra colhida do TJSP, critérios que possibilitaram dividir a amostra em julgamentos por princípio e julgamentos por opinião.

3.3 *O julgar conforme o princípio constitucional da individualização da pena*

Apontarei, agora, diretrizes *heurísticas* que identificam uma decisão judicial fundada em argumentos de princípio jurídico, com enfoque no princípio da individualização da pena, que o inc. XLV, art. 5.º, da CF/1988 preceitua. Compreendendo o direito como fenômeno hermenêutico, sua noção não ultrapassa uma generalização "baseada em experiências institucionais (...)".[27] Por isso, me vali do texto constitucional, da interpretação do tema pelo STF, bem como

25. ROSE, Mike. Rigid Rules, Inflexible Plans, and the Stifling of Language: A Cognitivist Analysis of Writer's Block. College Composition and Communication, vol. 31, No. 4. (Dec., 1980), p. 389-401, p. 391-392

26. DWORKIN, Ronald. *Uma questão*... cit., p. 223.

27. SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. São Paulo: Ed. RT, 1970. p. 79.

de súmulas do STF e STJ, para esboçar diretrizes que indicam quando o princípio da individualização da pena foi respeitado ou não, e porque uma decisão que não se guia por estes critérios é um julgamento por opinião.

Tais diretrizes, como adiantado, não são limites absolutos. Podem ser – e serão, eventualmente – abandonadas e substituídas por outras diretrizes, mais adequadas à sua época. Proponho uma experiência delimitada pelo tempo e espaço (presentes) e, por isso, exponho o significado do princípio da individualização da pena – e toda a sua celeuma com os dispositivos legais da Lei de Drogas e a Lei de Crimes Hediondos – visando um *quadro referencial* do tema.

O preceito do inc. XLVI do art. 5.º, da CF/1988 determina que "a lei regulará a individualização da pena (...)". Tenho que, numa acepção garantista – e, portanto, heteropoietica do direito (penal) –, na qual vige o agnosticismo do crime e da pena,[28] o princípio da individualização da pena é uma garantia penal do acusado, "que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo".[29]

Isso será apropriadamente exposto quando abordarmos uma das teses dos julgamentos por opinião – *existe uma periculosidade no delito de tráfico que o incompatibiliza com regimes mais brandos ou penas alternativas*. Por ora, basta apontar que o caráter deôntico do princípio da individualização da pena, que lhe torna *condicio sine qua non* para afirmação da responsabilidade penal,[30] no sistema acusatório,[31] é garantia jurídica de que "o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei".[32-33]

---

28. "de maneira que nem o crime seja considerado como um mal em *si quia prohibitum*, nem a pena seja considerada como um bem em *si quia peccatum*." (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147).

29. CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 147.

30. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3. ed. Trad. Ana Paula Homer Sica et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 74.

31. Destaco, com escopo em Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, que o sistema acusatório "é uma manifestação da recepção" do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: o *giro ontológico-linguístico*, pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito, e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – As garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45-46). É só *com* o sistema acusatório, portanto, que é possível construir uma teoria de decisão judicial pós-positivista.

32. Idem, p. 45.

33. *Cuidar de modo igualitário da aplicação da lei*, aqui – como veremos –, não se restringe à noção de Legislador imparcial, mas também Judiciário e Executivo que respeitem nas suas funções a garantia do réu em obter uma pena personificada, pois,

Nestas condições, a individualização da pena se identifica com o conceito de princípio de Dworkin, pois representa direito individual do sujeito – face ao bem coletivo. No mais, o sistema acusatório impede que a aplicação deste conteúdo deôntico fique ao alvedrio do julgador. Assentar isto é fundamental para compreendermos por que é necessário julgar por princípios em detrimento do julgar por opinião. Igualmente, garantir conteúdo deôntico aos princípios constitucionais é garantir a normatividade da Constituição Federal.

Os contornos da individualização da pena, quando relativas à fixação de regime mais benéfico e à substituição de pena privativa de liberdade aos condenados por crime de tráfico, podem ser delineados a partir dos julgamentos dos HC 97.256/RS e 111.840/ES, pelo pleno do STF. Além de tais julgamentos participarem da própria celeuma debatida nos acórdãos da amostra do TJSP, eles representam elementos identificadores da efetivação do aludido princípio *em concreto*, constituintes legítimos de (pré)juízos da hermenêutica constitucional.

Procuro desenvolver, a partir daqui, uma espécie de *hermenêutica argumentativa*.[34] Um estudo da prática jurídica que privilegie os *argumentos jurídicos formais*[35] lançados do ponto de vista do julgador, por constituírem – segundo Dworkin – "um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica".[36]

---

segundo o Plenário do STF: "Ela mesma [*sic*], Constituição Federal, sem precisar da lei comum, fez de tal garantia uma cabal situação jurídica subjetiva de todo e qualquer indivíduo, independente do crime por ele cometido ou mesmo da pena que venha a sofrer" (BRASIL. *STF. HC 97.256/RS*. Pleno. Rel. Min. Ayres Brito. Brasília. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 138).

34. Dworkin esclarece que: "O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*" (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 17).

35. "(...) a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre as outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca." (Idem, p. 19).

36. DWORKIN, Ronald. *O império*... cit., p. 19.

3.3.1 Síntese dos julgamentos – HC *97.256/RS e 111.840/ES*

No julgamento do HC 97.256/RS, "pela primeira vez, o texto normativo do art. 44 da Lei 11.343/2006 é focadamente submetido ao Plenário do STF".[37] A impetração teve por objeto acórdão do STJ, o qual concedeu parcialmente ordem de *habeas corpus* para diminuir a pena do réu condenado a 01 ano e 08 meses de reclusão sem, todavia, substituir a pena corporal por pena alternativa em virtude da expressa vedação legal contida no art. 44 da Lei 11.343/2006. Nas palavras da impetração (constantes no acórdão do STF):

> (...) a presunção legal de que o crime de tráfico de drogas, por sua gravidade, exige que se vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não é uma verdade indemonstrável, uma afirmativa que não possa ser refutada pela análise das circunstâncias fáticas nem um postulado que não possa ceder ante as eventuais singularidades do caso (STF, HC 97.256 RS, Tribunal Pleno, j. 18.03.2010, rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 16.12.2010, p. 125).

O processo foi submetido ao pleno, pois, embora as Turmas tivessem, noutras oportunidades, ratificado a constitucionalidade do dispositivo legal vedatório, o plenário do STF não possuía entendimento consolidado a respeito da matéria – se havia um entendimento, era manifestamente a favor da vedação.[38] Neste contexto, sem dúvida, o julgamento do HC 97.256/RS constitui uma ruptura de paradigma e os argumentos nele despendidos merecem destaque.

O voto do relator do processo – Min. Ayres Britto – se fundou na ideia de que "embora o Magno Texto Federal habilite a lei para completar a lista dos crimes hediondos, a ela impôs um limite material"[39] e, neste limite, se encontra a (im)possibilidade do legislador ordinário estabelecer restrições aos agentes de crimes hediondos. Nas suas palavras:

> Insista-se na ideia: no tema em causa, a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais ri-

37. BRASIL. *STF. HC 97.256/RS*. Pleno. j. 18.03.2010. Rel. Min. Ayres Brito. Brasília. *DJ* 16.12.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 127.

38. "Segundo pacífica jurisprudência desta Corte e do E. STF, nos crimes hediondos o regime de cumprimento da pena é o integralmente fechado, sendo vedada a progressão." (STJ, RHC 11.309/RS, 5.ª T., j. 15.05.2001. No mesmo sentido: STJ, RHC 5345/RN; STJ, RHC 9157/SP).

39. BRASIL. *STF. HC 97.256/RS*. Pleno. j. 18.03.2010. Rel. Min. Ayres Brito. Brasília. *DJ* 16.12.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 131.

> goroso do que o nela mesma previsto. Subtraiu do legislador comum a possibilidade de estabelecer constrições sobejantes daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte. É, como penso, atento ao postulado de que a norma constitucional restritiva de direitos ou garantias fundamentais é de ser contidamente interpretada, inclusive em sua primária aplicação pelo legislador comum (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, j. 18.03.2010, rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 16.12.2010, p. 131).

A par de que o texto constitucional não vedou a substituição da pena corporal por alternativa ao praticante de delito hediondo, o legislador ordinário, ao efetuar a vedação na Lei 11.343/2006, restringiu a individualização da pena sem respaldo constitucional e, assim, o argumento do Min. Ayres Britto foi a favor da inconstitucionalidade do art. 44.

Por outro lado, focou-se no chamado *núcleo semântico* do termo "individualização da pena" presente no inc. XLVI do art. 5.º da CF/1988, para compreender o processo de individualização da pena como "o caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado"[40] que se manifesta e se faz cogente em suas três funções: legislativa, executiva e judiciária.[41]

A personificação da pena – garantia fundamental do réu – na fase judiciária, ainda segundo o Min. Ayres Britto, não tolera "proibir ao julgador, pura e secamente, a convolação da pena supressora da liberdade em pena restritiva de direitos".[42] Citou-se a título de precedente a lição do Ex-Min. Eros Grau, nos autos do HC 82.959/RS. Para Grau, a considerada fase legislativa da individualização da pena:

> (...) não pode impor regra que impeça o julgador de individualizar, segundo a sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos (STF, HC nº 97.256 RS, Tribunal Pleno, j. 18.03.2010, rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 16.12.2010, p. 137).

Essa "avaliação" *casuística* a que Grau aduz, que é manifestamente chamada de poder discricionário do juiz na aplicação da pena no voto de Ayres Brito, não deve(ria) significar, na esteira do (neo)positivismo jurídico, espaço para decisionismos arbitrários. Caso o fosse, a teoria da decisão judicial se esgotaria por aqui. Tampouco se conclui que o próprio voto de Ayres Brito mantenha tal

40. Idem, p. 134.

41. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003. p. 53-55.

42. Idem, p. 137.

conotação, pois em inúmeras passagens do acórdão se destaca que a individualização da pena é direito (fundamental) subjetivo do réu e, assim, não pode se privar de certo controle.

Cito a título ilustrativo a noção de *ultima ratio* conferida à pena privativa de liberdade pela individualização da pena segundo o voto do Min. Ayres Britto. Para o relator do caso:

> (...) no próprio dispositivo em que habilita a lei ordinária a cominar pena privativa ou restritiva de liberdade, ela, Constituição, de pronto arrola espécies de apenamento (...), que a lei tanto pode fazer incidir sob o regime da cumulatividade, quanto não pode subtrair do regime de convolação; isto é, penas que a lei não está obrigada a cumular com outras, mas que obrigatoriamente se disponibilizam para o regime de substituição àquelas que tenham por conteúdo a liberdade humana (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, j. 18.03.2010, rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 16.12.2010, p. 140).

Neste sentido são as menções aos arts. 33, 44 e 59 do CP como *densificações* da garantia constitucional;[43] o recurso à ideia de "reserva legal proporcional" para demonstrar que "não há liberdade para o legislador nesse espaço que é de direito fundamental";[44] e, por todos, o argumento presente no voto do Min. Celso de Melo, o qual afirma que a avaliação *casuística*, cuja competência é do magistrado, deve considerar "os requisitos subjetivos e os pressupostos objetivos necessários à conversão da pena reclusiva em sanção restritiva de direitos"[45] – que significa nada menos que o recurso aos arts. 33, 44 e 59 do CP.

O julgamento do HC 111.840/ES – também pelo plenário do STF – aprofunda esta questão, pois um dos fundamentos da impetração – em continuação ao entendimento sedimentado a partir do HC 97.256/RS – é o de que foi fixado regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu mediante fundamentação vazia, distante do que determina a alínea *b* do § 2.º do art. 33 do CP. Ou seja, discute-se, justamente, o que é uma fundamentação concreta para efeitos de obediência à garantia da individualização da pena na sua dita *fase judicial*.

O STJ, autoridade coatora no *writ*, havia denegado ordem de *habeas corpus* cujo objeto era acórdão do TJES, o qual por sua vez, ratificou a sentença de primeiro grau que condenou – afastando o privilégio do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e estabelecendo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal em função da quantidade e variedade de entorpecentes – o réu a 06 (seis) anos de

43. Idem, p. 140.

44. Idem, p. 178.

45. Idem, p. 199.

reclusão em regime inicial fechado com base, unicamente, na determinação do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007.[46]

O relator do HC 111.840/ES, Min. Dias Toffoli, citando a ementa do julgado no HC 97.256/RS, prosseguiu no raciocínio já exposto a respeito das limitações contidas no inc. XLVI do art. 5.º da CF/1988, as quais, "dentre elas não se encontra nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime extremo para o início de cumprimento da pena".[47]

Considerando isso, o Min. Dias Toffoli consignou que:

> (...) deve ser superado o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no art. 33, §§ 2.º, *b*, e 3.º, do CP, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado. Nessa conformidade, tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/1990, na parte em que impõe a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, concedo a ordem para alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda impostas ao paciente para o semiaberto (STF, HC 111.840 ES, Tribunal Pleno, j. 27.06.2012, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 17.12.2013, p. 19).

A Min. Rosa Weber, complementando o voto do relator, observou que a declaração de inconstitucionalidade do *novo* § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/1990, se fazia necessária na medida em que a norma impede a análise das "circunstâncias do caso concreto" por parte do magistrado para fixar um regime inicial

46. "O Supremo, no HC 82.959, declarou *incidentur tantum* a inconstitucionalidade da redação inicial do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072, que determinava que os condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, teriam de cumprir a pena em regime integralmente fechado. Naquele caso, este Plenário assentou que essa imposição contrariava exatamente o princípio da individualização da pena, o que foi demonstrado agora pelo relator. Veio, então, a Lei 11.464/2007, promoveu mudanças nesse dispositivo e determinou que o regime inicial fosse fechado. Mantém-se, portanto, a mesma fundamentação, que foi aquela que o Supremo considerou que violaria o princípio da individualização da pena rigorosamente porque não deixa ao juiz condições de, em cada caso, verificar como e em que condições deveria ser cumprida a pena." (BRASIL. STF, HC 111.840/ES, Pleno, j. 27.06.2012, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 17.12.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 25).

47. Idem, p. 11.

de cumprimento pena *personalizado*. No mesmo sentido, os Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Assim, o pleno do STF concluiu pela inconstitucionalidade da obrigatoriedade de regime inicial fechado aos crimes hediondos.

Ambos os julgamentos indicam, na esteira do já ressaltado, que a individualização da pena – concebida como direito fundamental oponível ao bem coletivo, como garantia no processo penal acusatório – se constitui *barreira*, limitação, ao *jus puniendi*, que se reflete tanto como *poder* quanto como *dever* judicial. Isso significa que, embora admitido que o julgador se movimente com *ineliminável discricionariedade* na aplicação da pena, o próprio sistema de direito penal humanista cujo pilar é a dignidade humana,[48] exige que tal discricionariedade se exerça conforme o direito.

3.4 Conclusões parciais – Os indícios de um julgar por princípios

A síntese dos julgamentos pelo plenário nos HC 97.256/RS e 111.840/ES pode ser assim exprimida:

a) A individualização da pena é princípio e direito fundamental constitucional, garantia penal do acusado de conteúdo deôntico, que se efetiva mediante a fase legislativa, executiva e judicial. É garantia de que, ao réu, lhe será aplicada pena personalizada – que é o reverso de um pena padrão;[49]

b) O texto legislativo ordinário, logo, não pode subtrair do magistrado a possibilidade de analisar e ponderar a situação fática ou concreta em que está inserido o réu, a fim de garantir a "personalização da resposta punitiva do Estado".[50] Assim, na medida em que é possibilidade outorgada inexoravelmente ao juiz, a individualização da pena é *poder*.

c) Entretanto, parafraseando a Suprema Corte americana – a qual parafraseou, por sua vez, os quadrinhos de Stan Lee –, "com grandes poderes vem

48. BRASIL. STF, HC 97.256/RS, Pleno, j. 18.03.2010, rel. Min. Ayres Brito, *DJ* 16.12.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 136.

49. BRASIL. STF, HC 111.840/ES, Pleno, j. 27.06.2012, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 17.12.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 21.

50. BRASIL. STF, HC 97.256/RS, Pleno, j. 18.03.2010, rel. Min. Ayres Brito, *DJ* 16.12.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 134.

grandes responsabilidades".[51] Com efeito – e admitindo que nado contra a maré (positivista) –, garantir ao réu que o juiz (somente) *possa* analisar concretamente a sua situação de modo a personalizar o *jus puniendi* é parar a meio caminho e limitar o caráter deôntico da principiologia constitucional.

Como vim insistindo, é preciso que *algo* exista (de direito) fora da consciência da autoridade para que o Estado seja, efetivamente, *de Direito*. Assim, a individualização da pena é poder legítimo na medida em que é, também, *dever*. Mesmo neste espaço discricionário apontado, necessita-se de meios de discernir entre decisões mais ou menos corretas, de acordo ou muito aquém da principiologia constitucional. A presente crítica hermenêutica tem essa função.

Isto porque, este *dever* do magistrado, quando tratamos da individualização da pena é, amiúde, um dever de fundamentar. E, como visto, um dever de fundamentar concretamente. Citam-se nos acórdãos acima resumidos os arts. 33, 44 e 59 do CP, como *densificações constitucionais* da individualização da pena,[52] e acrescento as Súmulas 440 do STJ[53] e 718 do STF,[54] a título de elementos auxiliares para compreender o que é fundamentar concretamente a pena.

O § 2.º do art. 33, e os incs. I e II do art. 44 do CP, estabelecem balizas ditas "objetivas" tanto para a fixação inicial do cumprimento de pena quanto para a substituição da pena corporal. Não são, efetivamente, absolutas – conforme brada a doutrina positivista.[55] As alíneas do § 2.º do art. 33 do CP, manifestam que o réu *poderá* iniciar o cumprimento de pena desde o início em regime mais

51. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Kimble v. Marvel Entertainment LLC*. 576, U. S. 17, 2015.

52. BRASIL. STF, HC 97.256/RS, Pleno, j. 18.03.2010, rel. Min. Ayres Brito, *DJ* 16.12.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015. p. 140.

53. Súmula 440 do STJ: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

54. Súmula 718: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

55. O mote da maioria dos manuais de Direito Penal enfatiza que a liberdade do réu "não é direito absoluto" e, assim, é possível *ponderar* este *valor* com o que se comumente chama de *interesse social* – na punição do réu. Assim, com um discurso que *reifica* os princípios constitucionais e os *pondera*, a dogmática penal segue na linha discricionária e conservadora.

benéfico desde que atendidos seus requisitos e, deste modo, não se trata de *certeza* de pena mais branda.

Ainda existem, na esteira do § 3.º do art. 33, e inc. III do art. 44 do CP, critérios (ditos) subjetivos a serem observados para fixação de regime inicial diverso do fechado e substituição por pena restritiva de direitos. Entretanto, a mitigação dos critérios objetivos em função dos critérios subjetivos – que garante, precisamente, uma avaliação casuística pelo magistrado – não significam um *free pass* às decisões judiciais.

Os critérios (subjetivos) são, reconhecidamente, as circunstâncias judiciais representadas pelo art. 59 do CP, que determinam ao julgador, quando deliberando a respeitos destas questões, que atenda à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como aos motivos, circunstâncias, consequências do crime, e comportamento da vítima, para fundamentar sua decisão.

Neste sentido, concluo que, segundo o paradigma garantista e as súmulas do STF e STJ, a fixação de regime mais gravoso do que o recomendado em razão da sanção imposta (§ 2.º do art. 33 do CP) necessita de motivação idônea (art. 59 do CP) – isto é, de fundamentação concreta. E, ainda, a opinião do julgador sobre a gravidade abstrata do delito é unanimemente reconhecida pelos Tribunais superiores como inviável argumento para tal.

A *contrario sensu* – e porque as diretrizes propostas são *heurísticas* e não algorítmicas –, torna-se viável estabelecer hipóteses de decisões *fora* do princípio da individualização da pena, cujos argumentos não são de princípios, mas de opinião, os quais tolhem a efetivação da individualização da pena na fase judicial. Usualmente, o julgamento por opinião se vale da *intenção* do Legislador ou de uma periculosidade do *delito* em si, para se *esconder* do dever de fundamentação concreta. Assim, a opinião individual da pessoa do julgador penetra toda a fundamentação judicial e adquire *rótulo* de direito.

Da amostra de julgados do TJSP, utilizando-me das diretrizes acima abordadas, separei os julgados com fundamentos de opinião e pude distinguir seus argumentos, como referido, em três teses:

a) Existe – no tráfico – uma *periculosidade presumida*;

b) Tráfico é delito hediondo, incompatível com regime aberto e substituição de pena corporal;

c) As declarações de inconstitucionalidade são ignoradas;

Passarei à análise e crítica de cada uma.

4. INTEPRETAÇÃO E CRÍTICA AOS ARGUMENTOS POR OPINIÃO

Não se olvida que o direito moderno tem na "existência de um Judiciário conservador e preso ao texto legal (...) uma garantia contra o subjetivismo de juízes".[56] De outro lado, a noção de "controle das decisões judiciais" é, amiúde, tabu, tendo em conta o fato de que todos os regimes autoritários submeteram a função jurisdicional sob extrema censura.[57]

A presente empreitada – de crítica às fundamentações judiciais – compreende e supera estes dois obstáculos na medida em que, primeiramente, almeja retomar o projeto contra o subjetivismo judicial, iniciado com a codificação e que, porém, restou estancado pelo positivismo (científico) jurídico, que sempre deixa um *quadro discricionário* ao julgador.[58] Ademais, longe de defender o controle político do Judiciário pelo Executivo ou qualquer outra instituição de controle externo,[59] a missão de *controle social* das decisões aqui proposta objetiva, precisamente, "criar procedimentos e parâmetros para a atividade jurisdicional que, como qualquer outra função atribuída a um estado de direito, não pode ser exercida arbitrariamente".[60]

Isso envolve, em oposição ao paradigma positivista normativo de ciência (jurídica), *desnaturalizar* as normas que Kelsen chamaria de *individuais*, pois produtos de decisões judiciais concretas.[61] Neste sentido, a nova crítica do

56. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 134.

57. NEUMANN, Franz. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944 (1942)*. New York: Harper Torchbooks, 1966; e KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1961.

58. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes, 1994. p. 161.

59. Salvo o CNJ, feito para tanto.

60. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Op. cit., p. 135.

61. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245.

direito se dirige a *negar* a positividade do posto[62] e buscar alternativas para a elaboração de decisões judiciais numa comunidade de homens livres.[63]

Sua função, assim, longe de *escolher* ou defender um modelo de interpretação jurídica, é favorecer decisões refletidas na Constituição – como elaborado anteriormente – e identificar decisões não refletidas, criadoras de *zonas de autarquia*: "aqueles espaços em que as decisões estejam sendo tomadas sem justificativa [autêntica]".[64]

4.1 Existe uma periculosidade presumida! – "Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade"

Parte significativa da amostra de julgamentos por opinião se esquiva de uma fundamentação idônea para fixar regime inicial mais gravoso – mesmo em hipóteses em que a pena aplicada é de 01 ano e 08 meses – arguindo que *a natureza do delito revela a periculosidade concreta do agente*, "exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda".[65]

Embora estas decisões amiúde afirmem que estão analisando as peculiaridades concretas do delito, seus argumentos se referem ao *tráfico de drogas* – são opiniões dos julgadores a respeito do tráfico de drogas – e não às circunstâncias judiciais do agente:

---

62. "Lo que la teoría tradicional se permite admitir sin más como existente, su papel positivo en una sociedad en funcionamiento, su relación, mediada y poco evidente por cierto, con la satisfacción de las necesidades de la comunidad, su participación en el proceso de vida de la totalidad que se renueva a sí misma, todas estas pretensiones por las que la ciencia no suele preocuparse ya que su cumplimiento es reconocido y asegurado por la posición social del científico, son cuestionadas por el pensamiento crítico. (...) La teoría esbozada por el pensar crítico no obra al servicio de una realidad ya existente: solo expresa su secreto." (HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Trad. Edgardo Albizu y Carlos Luis. 3. ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2003. p. 248).
63. HORKHEIMER, Max. Op. cit., p. 249.
64. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Op. cit., p. 157.
65. Ap 0018229-77.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante R. D. S. R., é apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0000021-53.2014.8.26.0238, da Comarca de Ibiúna, em que é apelante R. L. G. R., é apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0006114-14.2011.8.26.0666, da Comarca de Mogi-Mirim, em que são apelantes V. J. D. S., L. D. S. V. e J. T. I., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0011646-29.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante D. P. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0000266-28.2014.8.26.0444, da Comarca de Pilar do Sul, em que é apelante W. B. G., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

> O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. O bom filho torna-se rebelde, desrespeitador, violento, furta dos próprios pais e não raramente pratica agressões contra eles, violência esta que não pode ser tolerada, tudo para obtenção da droga. Acaba se transformando em traficante para sustentar o vício. A tranquilidade da família desaparece e em seu lugar passa a reinar o que há de pior, causando problemas de seriedade incontestável. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias (por todos: TJSP, Ap 0017072-09.2014.8.26.0196, 9.ª Câm. de Direito Criminal, j. 16.07.2015, rel. Des. Roberto Midolla, *DJ* 27.07.2015, p. 6-7).[66]

Invertem a lógica da individualização da pena, em prol de uma "periculosidade social presumida" do delito de tráfico de entorpecentes.[67] Se a periculosidade concreta do agente se reflete na natureza do delito, por óbvio, "todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade".[68] Percebamos que esta atitude tolhe, justamente, a individualização da pena na sua fase judicial. A fase legislativa da individualização – correspondente aos raciocínios que remetem à *gravidade do delito* – é invocada e utilizada como justificativa para eximir o julgador do seu *dever* de individualizar a pena na sua função jurisdicional.

---

66. E demais da mesma Câmara: Ap 0001872-10.2014.8.26.0180, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é apelante P. S. S. J., e apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 3001447-86.2013.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes G. M. K. e M. K. D. C. P., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0012587-76.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante L. F. C., e apelado M. P. D. E. D. S. P; e Ap 0074308-03.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante F. L. S. D. A., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

67. Ap 0011477-55.2013.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante P. C. F. C., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; da 4.ª Câm.: Ap 0007483-77.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante A. C. B., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0010325-95.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes D. S. D. N. e O. R. F., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0025652-78.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado W. L., e apelado/apelante M. P. D. E. D. S. P.

68. TJSP, Ap 0012587-76.2014.8.26.0224, 9.ª Câm. de Direito Criminal, j. 16.07.2015, rel. Roberto Midolla, *DJ* 24.07.2015, p. 10-13.; e TJSP, Ap 0074308-03.2013.8.26.0050, 9.ª Câm. de Direito Criminal, j. 23.07.2015, rel. Des. Roberto Midolla, *DJ* 03.08.2015, p. 08-13.

Emblemático é o caso do acórdão proferido pela 13.ª Câm. de Direito Criminal, no julgamento do recurso de Ap 0006584-55.2008.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante L. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P. Na ocasião, a Câmara deu provimento parcial ao recurso para absolver o réu de certo tipo penal e reduzir a pena outrora imposta – relativo ao delito de tráfico – em 03 anos e 04 meses, mantendo-se o regime fechado. O réu recorreu ao STJ[69] e obteve parcial provimento para que, com base no caso concreto, a 13.ª Câm. (do Tribunal estadual) (re)estipulasse a fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a eventual substituição da pena por restritiva de direitos.

O colegiado, então, argumentou o seguinte:

> Com efeito, é imperioso ter presente o comportamento escolado e especialmente reprovável do acusado, que confirmou que vendia drogas, com o requinte de transportá-las escondidas na cueca, esclarecendo que cada porção custava R$ 10,00 (dez reais). Além disto, as substâncias já estavam divididas em porções já embaladas individualmente e prontas para venda. Sua postura, considerada essa combinação de fatores, foge ao padrão de singeleza observado em conduta simples e revela planejamento, dolo mais intenso e convicção na prática delitiva. E isso foi vislumbrado e confirmado, com autoridade, pelo próprio Ministro relator do REsp 1.385.154/SP (2013/2013/0155015-0), eminente Min. Ericson Maranho, prolator da r. decisão que agora se cuida de cumprir, o qual, para demonstrar o descabimento da redução máxima prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, fez constar do referido *decisum*, expressamente, o que segue: "Como se vê, o tribunal *a quo*, aplicou a aludida minorante em patamar intermediário alicerçando-se no fato de que o ora recorrente trazia consigo considerável quantidade de drogas, o que evidenciaria a prática de comércio em escala, fundamento concreto, que não se mostra arbitrário ou desproporcional" (cf. f. dos presentes autos). Não se mostra adequado, portanto, na mesma esteira do exposto pelo eminente Ministro, regime inicial mais brando do que o já estabelecido (fechado). Na hipótese específica ora em tela, pela análise individualizada das peculiaridades do caso e da conduta do réu, acima esmiuçadas, fica corroborado o entendimento de que, realmente, o regime prisional inicial deve ser o fechado, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face da situação concreta. (...) No mesmo ritmo, na hipótese específica ora em tela, pela

69. STJ. REsp 1.385.254/SP (2013/0155015-0).

> análise individualizada das peculiaridades do caso e da conduta do réu, supra-analisadas, está ausente o requisito subjetivo inarredável para a substituição da sanção privativa de liberdade, mesmo porque entendimento diverso também afrontaria o citado princípio da suficiência da pena, consagrado no art. 44, III, parte final, do CP. (TJSP, Ap 0006584-55.2008.8.26.0438, 13.ª Câm. de Direito Criminal, j. 02.07.2015, rel. Des. Paula Santos, *DJ* 14.07.2015, p. 6-8).

Evidencio aqui dois problemas: o primeiro se refere à utilização do mesmo argumento (considerável quantidade de entorpecente) para tanto reduzir o benefício do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quanto para fixar o regime fechado, quanto para vedar a substituição da pena corporal. Uma espécie de *bis in idem* duplo. No mais, o que os julgadores estabeleceram como *fundamentação concreta* a respeito das circunstâncias judiciais foram argumentos que comprovam a mercancia – mercancia singela, o réu (afirmou) vendia seu produto a R$ 10,00... – e não periculosidade concreta. Transcrevo o embasamento jurisprudencial trazido pelo acórdão:

> Cumpre atentar, nesse diapasão, para as judiciosas ponderações constantes de acórdão proferido no Ag 276.936-3/1-00, em que figurou como relator o eminente Des. Walter de Almeida Guilherme: "Creio não haver discordância ao se apontar o comerciante de drogas como responsável por atividade das mais nefastas, autor de crime de máxima vilania, que quebra sobremodo os limites de tolerância social, abrindo portas, demais disso, para um cortejo de práticas criminosas violentas. Sob a perspectiva de somente ser válido o encarceramento de alguém que constitua risco permanente, mercê de seu comportamento, à sociedade, limitada a pena alternativa para aquele que, de certo modo, não necessita ser afastado do convívio social, induvidoso que o aprisionamento do traficante se justifica, não sendo suficiente retribuição, em termos de prevenção e repressão delitivas, mais branda (TJSP, Ap 0006584-55.2008.8.26.0438, 13.ª Câm. de Direito Criminal, j. 02.07.2015, rel. Des. Paula Santo, *DJ* 14.07.2015, p. 8).

Fácil perceber que a decisão não se fundamenta no réu, mas na figura abstrata do *traficante de drogas* produzida pela consciência do julgador, desligada das especificidades da situação que lhe está defronte. Uma perspectiva da psicologia jungiana referente às decisões judiciais denuncia essa projeção da consciência autoritária do juiz no processo, o qual, em função da supressão de seu polo arquétipo, é incapaz de suportar a possibilidade de existir um réu dentro de si. A respeito desta questão arquetípica, destaco o estudo elaborado por Lidia Reis de Almeida Prado:

> Os arquétipos têm dois polos, ou seja, contêm uma polaridade. O homem reage arquetipicamente a alguma coisa ou a alguém quando se defronta com uma situação recorrente e típica. A mãe reage arquetipicamente ao filho, o homem reage arquetipicamente à mulher, o juiz reage arquetipicamente àquele que está sendo julgado. Dentro dessa concepção, não haveria um arquétipo de juiz o outro de infrator. Cada um deles seria uma das extremidades de uma mesma situação arquetípica. É muito árduo para o ego – que procura, sempre, afastar-se das ambivalências – aguentar a tensão entre essas polaridades. O mesmo ocorre com o ego do julgador. Por isso, pode haver uma ruptura entre os polos arquetípicos: um deles permanece consciente e o outro poderá, reprimido, ficar no inconsciente e ser projetado sobre as partes do processo. Essa ruptura do arquétipo é um evento interior, que depende menos da situação externa do que do desenvolvimento psicológico de cada juiz. Dessa maneira, a possível repressão do polo do arquétipo pode levar o magistrado a acreditar que o ato antijurídico nada tem em comum consigo: que o mal só existe no réu, fraca criatura, que vive num mundo totalmente diverso do seu. Essa crença pode acentuar-se em função do isolamento e do autoritarismo de vários juízes ao longo da história. Essa situação significa que o juiz torna-se tão somente juiz, esquecendo-se que tem como possibilidade um réu dentro de si.[70]

Por vezes esse *moralismo* transparece fácil. Como, por exemplo, quando o mesmo colegiado (13.ª Câm. de Direito Criminal), frente a recorrentes beneficiados com o § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, aduz que, "ao ver da relatoria", já ocorreu beneficiamento "em sobejo" e, *por esta razão*, descabe qualquer outra "benesse legal" ao apenado – "ainda que primário e de bons antecedentes o sentenciado".[71] Percebam que o "apenado" é manifestamente *punido* (somente) em função de ter gozado de benefício legal conferido em primeira instância.

Merece atenção, também, o seguinte argumento da 7.ª Câm. de Direito Criminal:

> Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), ou seja, a ordem normal das coisas.

70. PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed. Campinas: Ed. Millenium, 2010. p. 43.

71. Ap 3013317-30.2013.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante V. F. P., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 3039568-28.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes R. F. D. S. e D. A. S. F., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

> A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do quotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (...) Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico (TJSP, Ap 0078595-77.2011.8.26.0050, 13.ª Câm. de Direito Criminal, j. 25.06.2015, rel. Des. Amaro Thomé, *DJ* 20.07.2015, p. 10).[72]

O trecho transcrito supra evidencia como, infelizmente, "em plena vigência da Constituição de 1988, o resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar (...)".[73] Esquece-se que as tais "regras de experiência comuns", de fato aclamadas por parte da doutrina e jurisprudência, são nada menos que parte do *senso comum teórico* dos juristas: representações, ideias, e costumes intelectuais a serviços do ocultamento do componente político da fundamentação.[74]

Uma fundamentação que mantém o regime prisional fechado porque o delito imputado ao réu é "crime que constitui verdadeiro câncer social"[75] esconde um julgador que ainda incorpora o romântico papel (moderno) de *erradicador* dos delitos, na busca por uma sociedade *finalmente feliz* – a "universal felicidade de rebanho em pastos verdes"[76] –, ignorante da potencialidade diametralmente oposta aos direitos humanos que caracteriza as ações (e omissões) do Estado – o qual, por sua vez, não tem (e nunca teve) um *direito subjetivo de punir*.[77]

---

72. Outros julgados da 7.ª Câm. no mesmo sentido: Ap 0048896-23.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante R. S. D. S., é apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 0034276-53.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante D. R. M. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 0001875-38.2012.8.26.0534, da Comarca de Santa Branca, em que é apelante/apelado G. D. M. C., e apelado/apelante M. P. D. E. D. S. P. Ap 0006311- 94.2011.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que são apelantes M. S. R. e R. O. D. N., e apelado M. P. D. E.D.S. P.

73. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26.

74. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito, vol. I: Interpretação da lei:* temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994. p. 15.

75. TJSP, Ap 0003507-68.2011.8.26.0491, 4.ª Câm. de Direito Criminal, j. 28.07.2015, rel. Des. Camilo Léllis, *DJ* 12.08.2015. p. 12.

76. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal:* prelúdio a uma filosofia do futuro. Trad., notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 48.

77. CARVALHO, Salo de. *Antimanual...* cit., p. 224.

4.2 A "hediondez" do tráfico de entorpecentes não deixa – ou a Constituinte quis assim

O presente argumento que obsta a fixação de regime mais benéfico e a substituição da pena corporal – "a despeito de o *quantum* da pena permiti-la" – possui profunda afinidade com o acima criticado, na medida em que nenhum deles deixa de se esconder por trás do mito[78] do *espírito do legislador* para ignorar as contradições do concreto posto à jurisdição e, simultaneamente, ausentar o sentido linguístico do inc. XLVI do art. 5.º da CF/1988, enquadrando-o numa "dimensão harmoniosa de essências puras, relações necessárias e esquemas ideais".[79] A respeito da função dos mitos no discurso jurídico, Luis Alberto Warat ensina que:

> Em outras palavras, seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendraram essa situação.[80]

Assim é que a 5.ª Câm. de Direito Criminal não confere fixação de regime diverso do fechado e substituição de pena, mesmo nas situações em que a legislação penal recomenda, "pois a conduta é equiparada à hedionda" e "a medida não se mostra suficiente à reprovação e prevenção do gravíssimo delito praticado".[81] Citam a Súmula 512 do STJ[82] para concluir que a hediondez do tráfico, que persiste mesmo nos casos de aplicação do redutor do § 4.º do art. 33, *por si só* – isto é, *reificada* –, afastaria *a priori* qualquer deliberação so-

78. "O mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso." (WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito, vol. I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994. p. 103).

79. WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 105.

80. Idem, p. 104-105.

81. TJSP, Ap 0005336-17.2012.8.26.0114, 5.ª Câm. de Direito Criminal, j. 30.07.2015, rel. Des. Tristão Ribeiro, *DJ* 07.08.2015, p. 08.; e Ap 3002774-79.2013.8.26.0653, da Comarca de Vargem Grande do Sul, em que é apelante R. A. R., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0051278-36.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante H. P. G. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

82. "A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas."

bre regime mais benéfico ou medidas restritivas. No mesmo sentido, a 14.ª[83] e 15.ª[84] Câmaras de Direito Criminal.

Vale transcrição o seguinte trecho de acórdão da 6.ª Câm.:

> O delito de tráfico foi reputado de especial gravidade pela Constituição da República. Nesta conformidade, não considero razoável substituir-se a sanção reclusiva por penas alternativas. Trata-se de crime que exige punição mais severa, razão pela qual não se mostra social e juridicamente recomendável a pretendida substituição, insuficiente à prevenção e reprovação do delito, à vista do disposto no art. 44, III, do CP (TJSP, Ap 3000062-06.2013.8.26.0334, 6.ª Câm. de Direito Criminal, j. 02.07.2015, rel. Des. Marcos Correa, *DJ* 15.07.2015, p. 13).

Aqui percebemos, mais uma vez, uma situação de projeção da opinião individual do julgador no texto constitucional, que lhe imprime sentido. Este sentido, todavia, é reproduzido como se fosse da *vontade* da Constituição, e não *vontade* da autoridade que lhe interpreta. Assim a 14.ª Câm. de Direito Criminal afirma que a vedação presente no final do § 4.º do art. 33 e no art. 44 da Lei 11.343/2006, são prescindíveis para o afastamento, de plano, de regime mais benéfico e de substituição da pena privativa de liberdade, pois:

> A Constituição Federal atribui aos crimes hediondos e equiparados a inafiançabilidade, que deve ser entendida como vedação ampla à liberdade provisória, com ou sem fiança. De fato, se nem mesmo recolhendo fiança o acusado por esses crimes pode obter liberdade provisória, não poderá obtê-la de forma menos gravosa, sem fiança. (...) Se a Constituição Federal prevê, para os crimes hediondos e equiparados, a vedação da liberdade provisória antes da condenação

83. 14.ª Câm., Ap 0007751-02.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado A. R. G., é apelado/apelante M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0012064-62.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante M. D. J. L., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0065409-79.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante D. S. S., é apelado M. P. D. E. D. S. P.

84. 15.ª Câm., Ap 0029005-29.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L. C. F., é apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0105386-15.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes S. S. V. e M. C., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 3000509-66.2013.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante W. C. D. F. N., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 3001393-21.2012.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante L. C. B., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0000730-28.2013.8.26.0140, da Comarca de Chavantes, em que é apelante M. A. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

> definitiva – quando ainda vigora, convém lembrar, a presunção de inocência –, *a fortiori* aquele que já foi condenado por crime hediondo ou assemelhado não pode ser contemplado com sanção alternativa à privação da liberdade. Como se vê, a parte final do art. 33, § 4.º, ora suspensa, é prescindível à sustentação desse raciocínio, que se apoia solidamente no art. 5.º, XLIII, do Texto Constitucional (TJSP, Ap 3006521-93.2013.8.26.0602, 14.ª Câm. de Direito Criminal, j. 30.07.2015, rel. Des. Hermann Herschander, *DJ* 10.08.2015, p. 17).

Esqueceram-se, porém, que, conforme deliberado pela Min. Rosa Weber no julgamento do HC 111.840/ES, a garantia da individualização (judicial) da pena consiste em, justamente, impedir o afastamento *de plano, a priori*, abstrato, da fixação de regime inicial mais benéfico e imposição de sanção alternativa ao condenado, isto é: vedar a *pena padrão* (HC 111.840/ES, p. 21). Isso significa, inegavelmente, que a imposição de regime mais gravoso e a negatória de substituição da pena corporal deve se basear em razões não passíveis de extensão a todo o traficante de entorpecentes, mas aplicáveis somente às peculiaridades da personalidade daquele específico condenado.

Restaria perguntar, inspirados em Lenio Streck: o que seria essa "gravidade concreta do delito" [85] do tráfico, que faz com que qualquer um que se envolva com ela sejam despidos das garantias fundamentais? Seria uma garota chamada "Gravidade"?

No mais, vale destacar a crítica que Eros Grau elabora a respeito deste critério da "vontade do legislador" que, em tempos de *neo*constitucionalismo,[86] ganha forma de "vontade do legislador constitucional". Para Grau e Canotilho,

---

85. 13.ª Câm., Ap 3015880- 90.2013.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes V. H. D. S. e A. R. L. D. N., é apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0091781-07.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M. P. D. E. D. S. P., e apelado B. L. N. D. S.

86. A expressão é usada aqui de forma sarcástica pois se, como estamos percebendo, sequer atingimos o constitucionalismo (os Tribunais locais se recusam a aplicar a Constituição Federal), quiçá estamos em via de um *neo*constitucionalismo. Outrossim, o *neo*constitucionalismo amiúde serve para repristinar teoria ultrapassadas sob uma nova roupagem. A respeito, Grau: "Não posso deixar de registrar, a propósito, o quão assustadora me parece a segurança dos que não são afeiçoados ao hábito da reflexão e, sem nenhum constrangimento, se permitem pronunciar conferências exclusivamente repetitivas do que se escrevia há mais de 100 anos, diante de auditórios frequentados por aparvalhados apedeutas... A ignorância é, seguramente, a mãe da tranquilidade e da paz intelectual" (GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 79).

este *cânone* da interpretação clássica é o lugar-comum de uma ideologia de reação ao constitucionalismo.[87]

Formulemos o problema da seguinte maneira: as decisões cuja fundamentação seguiu estas linhas de argumentação *reduzem, simplificam, mascaram* a complexidade do concreto posto à decisão em favor da cristalização de uma imagem pura e transcendente (substituem a pessoa do réu pelo *ideal* de traficante, pela *hediondez* do tráfico, pela *vontade* constituinte), fundada para servir numa estrutura maniqueísta e conservadora de sociedade.[88]

Assim é que tanto quando acreditam que o tráfico carrega "em si" uma periculosidade presumida, tanto quando militam pela *hediondez* do tráfico, quanto quando o "espírito do legislador" – feito pomba-gira – baixa-lhes no corpo, os magistrados cumprem uma função essencial para uma sociedade de cunho estamental e elitista que é a brasileira: mantém o *status quo* sob um manto de neutralidade.[89] No caminho, tolhem a individualização *judicial* da pena – garantia fundamental.

4.3 As declarações pela via difusa não vinculam as decisões

Tocaremos agora em questão delicada, que afeta(ria) diretamente a metodologia e o problema do trabalho. Nosso Judiciário adota a forma *mista* de controle de constitucionalidade, constituída de "controle direto, *abstrato*, e incidental, *concreto*". No último caso, de controle de constitucionalidade difuso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se restringem àquele caso concreto julgado.[90]

Dizer isto pode(ria), então, significar que a empreitada teórica perde sentido. Sabendo que as declarações de inconstitucionalidade dos HC 97.256/RS e 111.840/ES não retiram a vigência dos dispositivos legais – salvo para o caso concreto lá julgado –, não estariam os magistrados agindo de forma incorrigível quando os aplicam?

Veja o que diz a 6.ª Câm. de Direito Criminal:

> Quanto à inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006, não se desconhece que, recentemente, o C. STF acolheu, por estreita

87. GRAU, Eros. Op. cit., p. 79; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. p. 224-225.

88. WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 106.

89. Idem, ibidem.

90. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 361 e ss.

> maioria de votos, num determinado caso concreto, essa tese. Contudo, para se colocar uma pá de cal sobre a questão, basta recordar a lição do grande João Mendes Jr., no sentido de que o juiz deve julgar pela lei, não pelo julgado (TJSP, HC 2104259-90.2015.8.26.0000, 6.ª Câm. de Direito Criminal, j. 02.07.2015, rel. Des. Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva, *DJ* 08.07.2015, p. 125).[91]

Ocorre que este raciocínio, acompanhado pela 2.ª Câm. de Direito Criminal da corte bandeirante, é nada menos que sintoma do que a nova crítica do direito chama de *uso rarefeito* do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, mesmo passados mais de 100 anos da recepção do instituto pelo ordenamento pátrio. O diagnóstico, que é gritante na área penal, aponta para a doutrina e jurisprudência que ainda confundem os planos da validade e vigência, "dando a estes dois âmbitos o mesmo *status* jurídico".[92]

Para essa perspectiva (positivista), segundo Lenio Streck:

> (...) pouco importa ao jurista, inserido no sentido comum teórico, o conteúdo das relações sociais. Pouco importa a teratologia [que seria impor uma *pena padrão* ao condenado em pleno Estado de Direito]. (...) o importante é "resolver", com competência dogmática, 'naturalmente', as antinomias do sistema... Enfim, tamanha é a dimensão da crise, que o *estabilishment* jurídico-dogmático não conseguiu "resolver o problema" no plano da hermenêutica. Ou seja, tão forte é o *corpus* introduzido pelo sentido comum teórico, que, na possibilidade de ver resolvido o "problema hermenêutico", o "sistema", teve que recorrer ao "legislador racional" (...).[93]

Assim é que, ao consignar que – a despeito de todas as circunstâncias judiciais serem favoráveis – "o regime inicial fechado deve ser mantido para a pena de reclusão, imposta pelo tráfico, de acordo com a Lei 11.464/2007", a

---

91. (6.ª Câm., HC 2104259-90.2015.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que é paciente J. A. R. D. S. e Impetrante L. G. V. P.; e HC 2111653-51.2015.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é paciente F. B. D. S. e Impetrante O. A. C.; no mesmo sentido a 2.ª Câm. de Direito Criminal, Ap 0007294-28.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante W. P. D. J., e apelado M. P. D. E. D. S. P., e da Ap 0022610-11.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante C. H. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0007294-28.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante W. P. D. J., e apelado M. P. D. E. D. S. P., e da Ap 0022610-11.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante C. H. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

92. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*... cit., p. 390.

93. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*... cit., p. 391.

5.ª Câm.[94] – bem como a 8.ª,[95] 9.ª,[96] 10.ª,[97] 6.ª,[98] 15.ª,[99] e 14.ª[100] Câmaras – re-

94. Ap 0005336-17.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante C. R. R. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 3002774-79.2013.8.26.0653, da Comarca de Vargem Grande do Sul, em que é apelante R. A. R., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0051278-36.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante H. P. G. D. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

95. Ap 0077086-43.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes A. F. N. e C. H. M. D. S., é apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 0012586-86.2014.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante F. L. D. S., é apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 0001985-41.2014.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante E. C., e apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 0084528-26.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante F. G. C., é apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 0046642-27.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante D. P. D. O., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

96. Ap 0012587-76.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante L. F. C., é apelado M. P. D. E. D. S. P; e Ap 0074308-03.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante F. L. S. D. A., é apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0021864-56.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A. D. S. B., e apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 0001872-10.2014.8.26.0180, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é apelante P. S. S. J., e apelado M. P. D. E. D. S. P. Ap 3001447-86.2013.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes G. M. K. e M. K. D. C. P., é apelado M. P. D. E. D. S. P.

97. Ap 0058628-75.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante I. P. E., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

98. Ap 0005781-09.2014.8.26.0197, da Comarca de Francisco Morato, em que é apelante M. P. D. S., sendo apelado M. P. D. E. D. S. P.

99. Ap 0029005-29.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L. C. F., é apelado M. P. DO E. D. S. P.; Ap 0105386-15.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes S. S. V. e M. C., é apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 3000509-66.2013.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante W. C. D. F. N., é apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 3001393-21.2012.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante L. C. B., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0000730-28.2013.8.26.0140, da Comarca de Chavantes, em que é apelante M. A. D. S., é apelado M. P. D. E. D. S. P.

100. Ap 0007751-02.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado A. R. G., é apelado/apelante M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0012064-62.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante M. D. J. L., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0065409-79.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante D. S. S., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 0019512-21.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante S. L. V. F., e apelado M. P. D. E. D. S. P.; Ap 3006521-93.2013.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante C. C. D. O., e apelado M. P. D. E. D. S. P.

produz o senso comum teórico da *subjetividade, do sistema inquisitório e poder discricionário*,[101] tão caros a sistemas autoritários e antidemocráticos.

O direito penal é um dos mais *esquecidos* em termos de controle difuso de constitucionalidade – "é praticamente impossível encontrar incidentes de inconstitucionalidade relacionados à matéria penal".[102] Isso não se deve só ao fato de que a *clientela* penal é miserável e não tem condições de pagar uma defesa jurídica que possa fazer efetivar suas garantias fundamentais, mas também pela ignorância dos magistrados brasileiros de que, "no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado (...)", mas antes deve respeitar o devido processo penal – e as garantias fundamentais a ele inerentes.[103]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do trabalho foi contribuir para a exposição e constrangimento doutrinário da crise inicialmente deflagrada pelo Projeto "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores", promovido pela Fundação Getúlio Vargas – Direito-Rio. Na esteira deste trabalho, tratou-se de compreender melhor a jurisprudência penal do Tribunal de Justiça campeão em concessões de ordens de *habeas corpus* no Brasil, fato que demonstra uma rebeldia alarmante à jurisdição constitucional – o fenômeno de *baixa constitucionalidade* que alude à nova crítica do direito.

No que tange à fixação de regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no tráfico de drogas, separei em 03 tipos as teses que, segundo a teoria dos princípios de Ronald Dworkin, seriam argumentos de opinião para fundamentar uma decisão judicial.

Tais teses foram expostas e submetidas à crítica, na medida em que contrariam a necessária *filtragem hermenêutica* que é necessária ao Direito Penal brasileiro, produto de uma tradição político-jurídica patriarcal, patrimonialista, colonizadora e estamental. Efetivamente, as três teses expostas não resistiram ao *quadro referencial* exposto a partir do julgamento dos HC 97.256/RS e 111.840/ES, pelo STF.

101. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto...* cit., p. 27.

102. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional...* cit., p. 390.

103. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 102.

Demonstrou-se que a *baixa constitucionalidade* da jurisprudência penal bandeirante é ancorada na imagem abstrata do traficante de drogas, produto não do caso concreto, mas da consciência do julgador. A partir desta premissa, os magistrados preferem os argumentos de políticas – vide o argumento do *câncer social* – em detrimento dos argumentos de princípios – a efetiva aplicação da individualização da pena na fase judicial – quando se deparam diante de questões que lhe seriam *discricionárias*, como são os casos da fixação de regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena corporal.

Importa destacar que essa preferência da magistratura paulista se identifica, justamente, com a resistência à filtragem hermenêutica que é necessária ao direito penal, para que este se adeque à principiologia constitucional. Torna-se necessário, assim, expor à crítica tais situações de flagrante prática judiciária inconstitucional.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BOTTINO, Thiago. Relatório final do Projeto "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores". Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Direito-Rio – Centro Justiça e Sociedade – CJUS, 17.03.2014.

BRASIL. STF. HC 97.256/RS e HC 111.840/ES. Pleno. Brasília. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp]. Acesso em: 01.08.2015.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Seção de Direito Criminal (Exceto Câmaras Extraordinárias). São Paulo. Julgamentos feitos entre junho e agosto. Disponíveis em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1]. Acesso em: jun.-ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Penas e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Kimble v. Marvel Entertainment LLC*. 576, U. S. 17, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3. ed. Trad. Ana Paula Homer Sica et al. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Octanny S. da Mata e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves Ed., 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II:* complementos e índice. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes:* a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. São Paulo: Martins Fontes 1994.

HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Trad. Edgardo Albizu y Carlos Luis. 3. ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1961.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

MULLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência:* elementos de uma teoria constitucional. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1995. vol. 1.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

NEUMANN, Franz. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944 (1942)*. New York: Harper Torchbooks, 1966.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal:* prelúdio a uma filosofia do futuro. Trad., notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed. Campinas: Ed. Millenium, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSE, Mike. Rigid Rules, Inflexible Plans, and the Stifling of Language: A Cognitivist Analysis of Writer's Block. College Composition and Communication, Vol. 31, No. 4. (Dec., 1980), pp. 389-401.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. São Paulo: Ed. RT, 1970.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – As garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito, vol. I: Interpretação da lei:* temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas (esboço de uma legislação penal comparada sobre drogas), de Krisztina Karsai – *RBCCrim* 92/97-120 (DTR\2011\4662);
- Hermenêutica na execução penal, de Andrei Zenkner Schmidt – *RBCCrim* 38/84-121 (DTR\2002\161);
- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 933/221 (DTR\2013\3784); e
- O tratamento penal do condenado de escassa periculosidade, de Damásio E. de Jesus – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/417-443 (DTR\2012\450387).

86361

Baratta, Foucault e a questão criminal

Baratta, Foucault and the criminal question

Adrian Barbosa e Silva

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC).
Professor de Direito Penal do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).
Coordenador do Grupo Cabano de Criminologia. Advogado.
adrian_abs26@hotmail.com

Recebido em: 28.09.2015
Aprovado em: 13.04.2016
Última versão autor: 23.06.2016

Área do Direito: Filosofia; Penal

Resumo: No marco do desenvolvimento da teoria criminológica problematizadora (teoria crítica do controle social), o presente ensaio propõe abordagem dialogal entre a criminologia crítica de Alessandro Baratta e as contribuições da obra de Michel Foucault. Na análise da incorporação das teses foucaultianas na investigação criminológica, busca-se ir além da questão envolvendo os dispositivos disciplinares, problematizando, na perspectiva da microfísica do poder, também a crítica biopolítica. Acredita-se que a possível interlocução entre os dois pensadores pode projetar novos horizontes para as investigações sobre a questão criminal, sobretudo possibilitar mirada autocrítica ao tensionar postulados já consagrados, viabilizando que a criminologia siga seu curso.

Palavras-chave: Criminologia crítica – Alessandro Baratta – Michel Foucault – Biopolítica/biopoder – Questão criminal.

Abstract: As part of the development of the so-called problem- based criminological theory (the critical theory of social control), this paper proposes a dialogical approach between Alessandro Baratta's critical criminology and the contributions made by Michel Foucault. By bringing Foucault's thesis into the criminological research, we seek to go beyond the issue that involves disciplinary provisions, questioning, within the perspective of the microphysics of power, a biopolitical criticism as well. It is believed that a possible dialogue between the two thinkers can create new horizons for the investigations of criminal matters, especially in relation to self-criticism, by challenging some principles that have already been established, making it possible for criminology to follow its course.

Keywords: Critical criminology – Alessandro Baratta – Michel Foucault – Biopolitics/biopower – Criminal question.

SUMÁRIO: 1. Introdução: uma proposta de diálogo - 2. A criminologia crítica de Alessandro Baratta - 3. Michel Foucault e a criminologia - 4. Baratta e Foucault? Tensões iniciais - 5. Baratta com Foucault? A criminologia segue seu curso... - 6. Considerações finais - 7. Referências bibliográficas.

"A lógica de um pensamento é o conjunto das crises que ele atravessa,
Assemelha-se mais a uma cadeia vulcânica
Do que a um sistema tranquilo e próximo do equilíbrio".
(Gilles Deleuze)

1. INTRODUÇÃO: UMA PROPOSTA DE DIÁLOGO[1]

Pensar a criminologia e problematizar[2] seus horizontes na atualidade requer esforço de compreensão sobre o "curso dos discursos sobre a questão criminal",[3] é dizer, a transmutação de conhecimentos forjados no cenário de específicas estruturas geopolíticas e econômicas, cujas programações políticas sobre o controle e a administração do delito (modelos integrados de ciências penais) condizem com as sociedades em que foram instituídas. Trata-se, pois,

1. O texto é resultado das investigações realizadas junto à pós-graduação (direito penal e criminologia) do Instituto de Criminologia e Política Criminal, sob orientação do Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, no mestrado (direitos humanos) do PPGD da Universidade Federal do Pará, sob orientação da Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho, e no Centro de Estudos sobre Intervenção Penal (CESIP-CNPq), coordenado pelo Prof. Dr. Jean-François Yves Deluchey. Em especial, agradecimentos a Gustavo Noronha de Ávila, Hugo Leonardo Santos e Rômulo Morais pela leitura crítica do escrito.
2. Parte-se do conceito foucaultiano de "problematização", podendo este ser entendido como "a historicização de alguns objetos tabu de nosso pensamento partindo da seguinte pergunta: como algo que já estava presente foi transformado, em determinado momento, em problema e como essa 'problematização' mudou a própria 'coisa'? Uma historicização que consiste, ainda, na restituição dos modos de validação dos discursos e das práticas tidas como verdadeiras na sociedade (...). Não se trata de resolver problemas, mas especialmente de instaurar um 'desprendimento' no propósito de encontrar problemas ainda presentes" (BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2013. p. 165-166).
3. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La criminología como curso. *En torno a la cuestión criminal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

de condição de possibilidade do conhecimento histórico pensar o passado em continuidade (*continuum*) com o presente.[4]

Neste contexto, indubitável a importância do "destructuring impulse",[5] fenômeno este que marca na história dos pensamentos criminológicos a insurgência de um movimento contra-ideológico-hegemônico com pauta bastante taxativa de reação às construções institucionais sobre o controle social, notadamente de matriz positivista-determinista (discurso criminológico oficial desde a segunda metade do século XIX), abdicando de modelos consensuais de sociedade e possibilitando novas reflexões conflituais sobre a questão criminal, com especial destaque para as produções da sociologia interacionista e fenomenológica norte-americana e enfoque do etiquetamento (*labelling approach*), teorias do conflito e de cunho materialista, que viriam a oferecer, posteriormente, aportes para a construção das criminologias críticas.[6]

É de se notar a indiscutível reverberação do pensamento foucaultiano para que ocorresse a ruptura com a criminologia utilitarista, pautada no paradigma etiológico-causal e na consequente psiquiatrização do delito, sobretudo no que diz respeito às teses encampadas em *Vigiar e punir* (1975), dentre outras, sobre o poder disciplinar, a elaboração de uma microfísica do poder, as funções latentes residentes ao cárcere e a gestão diferencial da criminalidade.

Neste contexto, buscando galgar novos rumos para o criticismo, trabalha-se com o referencial da criminologia crítica de Alessandro Baratta – elaborada na Itália e tendo sido importada para a academia brasileira na década de 70 – como recorte de uma das principais construções criminológicas ocidentais sobre a questão criminal na contemporaneidade, propondo tensioná-la, na me-

4. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/São Francisco, 2013. p. 430.

5. COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and classification*. Cambridge: Polity Press, 1985. p. 31.

6. Neste trabalho, ora se usará a expressão "criminologia crítica", ora "criminologias críticas". Fato é que a crítica criminológica surge a partir de uma pluralidade de iniciativas, porém, como explica Salo de Carvalho, é possível sustentar esta heterogeneidade como uma "unidade crítica" a partir de três questões em comum: (a) a negação do pressuposto do delito natural da criminologia ortodoxa; (b) a constante autocrítica a que se submete o pensamento crítico; e (c) a reflexão sobre as relações entre indivíduo e autoridade (preocupação com a ordem social) (CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 104. São Paulo: Ed. RT, set.-out./2013, p. 288-289).

dida do possível, com o pensamento de Michel Foucault, justificável *per se* por suas obras e a desconstrução dos mitos da modernidade, ao ponto de Stanley Cohen, em sua célebre assertiva, concluir que escrever sobre a punição sem Foucault equivaleria a falar sobre o inconsciente sem citar Freud.[7]

Com este intento aproximativo, com a cautela devida de não desnaturalizar as hipóteses e construções teóricas desenvolvidas por cada autor, pretende-se ir além da comum abordagem sobre o poder disciplinar – apesar de sua necessária e imprescindível apropriação –, trazendo reflexões a partir da biopolítica e do biopoder, acreditando-se ser possível verificar e quiçá atualizar alguns dos postulados consagrados na teoria criminológica brasileira. Isto porque, conforme se acredita, o pensamento criminológico-crítico forjado no Brasil, via de regra, ao trabalhar com as concepções foucaultianas, se limita a uma determinada fase de pensamento do autor, quando muito ele próprio deu continuidade às suas reflexões sobre controle e poder, tornando-se fundamental a absorção dos aportes biopolíticos ao campo do criticismo, sobretudo quando se direciona ao aperfeiçoamento com o exercício da autocrítica.

Com este esforço objetiva-se, não delimitar as vias metodológicas exatas enquanto espécies de "próximos passos" a serem tomados pelos pesquisadores brasileiros que atuam no campo das ciências criminais, mas aprimorar este heterogêneo e fértil campo de pesquisa com a problematização da crítica tradicional e a abertura e o resgate de um elemento teórico riquíssimo, rumo ao fortalecimento de construções alternativas ao controle social em resistência aos horizontes de projeção do poder (punitivo) na atual conjuntura da governamentalidade da vida.

2. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA DE ALESSANDRO BARATTA

Partindo da análise de Máximo Sozzo[8] sobre o nascimento das criminologias na América Latina, depreende-se que tanto as criminologias positivistas quanto as criminologias críticas incidem no marco da instalação e do desenvolvimento de uma complexa tecnologia intelectual: a tradução. Tradução esta que, enquanto instituidora de processos de importação cultural, configura racionalidades, programas e tecnologias de governo sobre a questão criminal,

7. COHEN, Stanley. Op. cit., p. 10.

8. SOZZO, Máximo. "Traduttore traditore". Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología. *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 356-358.

formatando, a partir disso, verdadeiros discursos e práticas que vão se incorporar nas reflexões criminológicas nacionais.

Nas décadas de 70 e 80, os intelectuais latino-americanos – brasileiros, particularmente – direcionaram seus estudos para a produção criminológica anglo-saxã, com forte importação das investigações da Itália, país no qual o lugar central do ensino da criminologia é ocupado por juristas. Nesse contexto, a influência da produção intelectual de Alessandro Baratta é notável, e será intensamente incorporada no Brasil, não à toa, a produção "daqui" apresenta bastantes similitudes à "de lá", a começar pelo fato de o ensino da criminologia ocorrer, máxime, nas faculdades de Direito.

A obra teórica de Baratta é vasta e se estrutura no horizonte da inter e transdisciplinaridade, incorporando à questão criminal, dentre outras, reflexões desde a filosofia do direito, economia política, teoria crítica, história, ética, dogmática, política criminal, criminologia e sociologia, sendo *Criminologia crítica e crítica do direito penal* (1982), no qual consagra o enfoque da "crítica sociológica ao direito penal", seu livro de maior impacto no Brasil, tendo ainda escrito vários outros trabalhos.

Desde uma perspectiva marxista de cariz não ortodoxa,[9] a criminologia crítica de Baratta também cumpre com o ponto nodal de resistência ao modelo criminológico oficial. Em sua orientação epistemológica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e indivíduos, pois se revela como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante duplo processo de seleção: seleção de bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens e seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos estigmatizados entre aqueles que infringem as normas penalmente sancionadas.[10]

9. Nas próprias palavras de Baratta: "Pensamos, em particular, que o emprego de instrumentos conceituais e de hipóteses teóricas que tenham sua fonte clássica na obra de Marx possa ser de grande importância, e isto na medida – parece supérfluo lembra-lo – em que tal emprego seja feito livre de toda forma de dogmatismo, ou seja, considerando o marxismo como um edifício teórico aberto, que, como qualquer outro, pode e deve ser continuamente controlado mediante a experiência e o conforto, crítico mas sem preconceitos, com os argumentos e os resultados provenientes de enfoques teóricos diversos" (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002. p. 200).

10. Idem, p. 161.

Baratta atesta que o momento crítico da criminologia se matura quando o enfoque macrossociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social e, em particular, para os processos de criminalização, isto porque apesar de ser com o *labelling approach* (teoria do etiquetamento ou rotulacionismo) que a análise criminológica se desloca do paradigma etiológico (causas da criminalidade) para o da reação social (processos de criminalização), provocando o "criminological turn", é só com a incorporação do referencial materialista que a "dimensão da definição" (desviante e desvio) se alinha à "dimensão de poder" (sistema de controle social), passando a compreender que os processos de estigmatização estão intimamente relacionados às relações de poder político e exploração econômica do modo de produção capitalista.[11]

A proposição última de Baratta, apoiando-se nos argumentos de fundo da construção marxista, era, portanto, referendar uma *teoria materialista da criminalidade e do controle social* no âmbito criminológico, isto é, uma teoria materialista das situações e dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização caracterizada por referir-se às "situações socialmente negativas e processo de criminalização, às relações sociais de produção e, porquanto referindo-se a nossa sociedade, à estrutura do processo de valoração do capital".[12]

Vera Andrade explica que Baratta identificou na dialética a base cognoscitiva essencial para todo projeto de liberação (utopia concreta), haja vista que, enquanto lógica (dinâmica) da contradição, a dialética seria o modelo de racionalidade e a metodologia capazes de compreender a realidade social, entendida enquanto movimento. Seria, portanto, o modelo capaz de apreendê-la na esteira de suas contradições, operando como método de conhecimento que compreende, simultaneamente, a *ratio essendi* e *ratio cognoscendi* da realidade social.[13-14]

---

11. BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? *Dei Delitti e delle Pene*. n. 1. Torino, 1991, p. 52-53.
12. BARATTA, Alessandro. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. *Estudios Penales y Criminológicos*. n. 11. Santiago de Compostela, 1989, p. 21.
13. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012. p. 70.
14. Ao se apropriar do método dialético de Hegel na análise da evolução social da humanidade, explica Konder que para Marx: "(...) a vida, na sociedade capitalista, apresenta numerosas contradições. A principal delas, porém, aquela que afeta de maneira mais constante e socialmente mais decisiva a existência dos indivíduos, é a contradição entre o trabalho e o capital, quer dizer, entre o proletariado e a burguesia. E a

Desde a crítica marxista do direito que aprofundou a análise sobre a desigualdade em sociedades capitalistas – especialmente em *Crítica do programa de Gotha* (1891) –, dois aspectos devem ser destacados: (1) aspecto relativo ao contrato, que denuncia a contradição entre igualdade formal dos sujeitos jurídicos na construção abstrata do direito (penal) burguês e desigualdade substancial dos indivíduos na realidade das relações sociais de produção; e, (2) relativo à distribuição, que desmascara que a desigualdade substancial é vista como o acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades. Segundo o jurista italiano, mesmo na primeira etapa da sociedade socialista a desigualdade real na distribuição permaneceria, sendo possível a superação do direito penal burguês tão apenas em uma fase mais avançada, na qual o sistema de distribuição seria regulado pela necessidade individual, não mais pela lei do valor e do trabalho.[15]

Neste sentido, ao contrário do que o discurso que declara que o direito penal protegeria igualmente a todos os cidadãos contra ofensas a bens essenciais e de conforme seus interesses igualitários, intervindo de forma também igualitária nos processos de criminalização, a apropriação da hipótese marxista permitiria concluir três sentenças a respeito do direito penal: (a) o direito penal não defende a todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; (b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual; e (c) o grau de efetividade da tutela penal e a distribuição do *status* do criminoso são independentes da danosidade social das ações e da gravidade das infrações a lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e sua intensidade.[16] O direito penal seria, em síntese, o ramo do direito burguês desigual e excludente por excelência.

Neste raciocínio, o sistema penal de controle do desvio, fundado na contradição capital/trabalho, isto é, na igualdade formal de sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos na realidade dos meios social e de

direção necessária à superação dessa contradição essencial da sociedade capitalistas – segundo Marx – é a da ascensão revolucionária da classe operária, com a criação da sociedade socialista" (KONDER, Leandro. *Marx: vida e obra*. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015. p. 48).

15. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*... cit., p. 162-164.

16. BARATTA, Alessandro. Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. *Papers: Revista de Sociología*. n. 13. Barcelona, 1980, p. 29.

produção, desde uma ideologia do discurso declarado (ideologia jurídica da igualdade), encobriria o fato de que está voltado para privilégios e interesses da classe dominante, imunizando do processo de criminalização dos comportamentos socialmente danosos aqueles indivíduos a ela pertencentes, de modo que as chances de ser definido e controlado como desviante estariam radicalmente voltadas para as classes subalternas.

Retomando os antecedentes teóricos na reconstrução histórica da disciplina criminológica, Baratta se ocupa exatamente de desconstruir a principiologia da chamada "ideologia da defesa social"[17] presente como ideologia legitimante do poder punitivo nos grandes modelos integrados de ciência penal que marcam a primeira e a segunda Modernidade penal: "Escola liberal clássica", no século XVIII e princípio do XIX, com Bentham, Feuerbach e Beccaria, e final do século XIX e princípio do XX, o positivismo criminológico, aludido pelas "Escola sociológica francesa" (Tarde), "Escola social alemã" (Liszt) e "Escola positiva italiana" (Lombroso, Ferri e Garófalo).

Direcionando a tarefa do criminólogo crítico à construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos, à elaboração de uma política criminal alternativa e das classes subalternas,[18] Baratta

17. A ideologia da defesa social – na construção barattiana – se estruturaria a partir de seis princípios (legitimidade, bem e mal, culpabilidade, prevenção, igualdade, interesse social e delito natural) e representaria: "(...) uma ideologia cuja função é justificar e racionalizar o sistema de controle social em geral e o repressivo em particular. Como tal foi e é a ideologia própria da ciência penal, através da qual se justifica como conhecimento e prática racional. A defesa social reivindica o mérito de ter liberado a política criminal (e em particular a penal) das hipotecas de velhas interpretações transcendentais e míticas e de tê-la reconduzido a uma prática científica da qual a sociedade se defende do crime" (PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p. 49-50). Em *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Baratta tensiona tais pressupostos com as contemporâneas teorias sociológicas da criminalidade (v.g. subculturas criminais, psicanalítica, *labelling* etc.) e demonstra que estas se encontram muito mais avançadas, sendo fundamental, pois, a superação daquele conceito.

18. Na conclusão de sua obra, Baratta aponta aquelas que seriam as quatro indicações estratégicas para uma política criminal das classes subalternas, quais sejam: (1) A necessidade de interpretação separada dos comportamentos socialmente negativos das classes subalternas e das classes dominantes e na cisão entre política penal e política criminal, a busca por uma política criminal alternativa transformadora da realidade social; (2) Ampliação e reforço da tutela penal em área de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade e uma radical despenalização e contração máxima do sistema penal; (3) Uma análise realista e radical das funções latentes ao sistema penal centrada no objetivo final da estratégia alternativa: abolição do cárcere;

propõe pauta de princípios de um direito penal mínimo, centrado numa teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal,[19] cuja programação, direcionada à utopia abolicionista, teria por diretriz uma "(...) ampla e rigorosa política de descriminalização e, numa perspectiva final, na superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos frente à violência".[20]

Em síntese, segundo Baratta, diante da constatação da falência epistemológica da estrutura positivista do discurso criminológica e da lógica carcerocêntrica operada pelo sistema de controle social na conjuntura do capital, desde o projeto de crítica sociológica materialista à dogmática jurídico-penal, na esteira da proteção alternativa da pessoa humana e das classes subalternas, não restaria outra alternativa senão radicalizar a contração máxima – no norte da abolição – do sistema de punitividade.

3. MICHEL FOUCAULT E A CRIMINOLOGIA

Como datam os estudiosos de Foucault, seu pensamento estaria dividido em três fases: (1.ª) fase arqueológica, na década de 60, com obras como *História da loucura na idade clássica* (1961), *As palavras e as coisas* (1966) e *A arqueologia do saber* (1969); (2.ª) fase genealógica, na década de 70, com *Vigiar e punir* (1975) e *História da sexualidade: a vontade de saber* (1976); e (3.ª) fase da subjetividade, em 80, com os dois outros volumes de *História da sexualidade*, *O uso dos prazeres* e *O cuidado de si* (1984).

Esclarece-se desde já que para os fins do presente trabalho não se pretende realizar uma análise global da obra foucaultiana, mas, tendo a obra de Baratta como referencial e o recorte da criminologia crítica, busca-se concentrar análise sobre suas construções conceituais que foram incorporados no saber criminológico, bem como aquelas que ainda poderão ser, verificando tensões, limites e possibilidades no curso das investigações sobre a questão criminal.

---

(4) Realização de uma crítica ideológica e cultural à opinião pública portadora das *everyday theories* rumo ao desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*... cit., p. 200-205).

19. BARATTA, Alessandro. Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell'uomo come oggetto e limite della legge penale. *Dei Delitti e Delle Pene*. n. 3. Bari, 1985, p. 443-473.

20. BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. vol. 6. n. 2. Porto Alegre, abr.-jun./1993, p. 56.

Ao especificar o objetivo de mostrar como as práticas sociais podem engendrar domínios de saber e que não fazem aparecer apenas novos conceitos, objetos e técnicas, mas, sobretudo, formas de sujeito e sujeitos de conhecimento (o próprio sujeito de conhecimento teria uma história), Foucault esclarece aqueles que seriam os três eixos de sua pesquisa: (1) a história dos domínios do saber em relação às práticas sociais, a qual vai analisar desde as práticas sociais de controle e vigilância, (2) análise dos discursos (eixo metodológico), não apenas enquanto fatos linguísticos mas também portadores de estratégias, e (3) a reelaboração da teoria do sujeito, sobretudo a partir da psicanálise e com a ruptura ao pensamento ocidental cartesiano.[21]

No campo criminológico, as análises foucaultianas realizadas sobre o saber e sua vinculação com as estruturas de poder, numa espécie de deslegitimação radical das "ciências humanas", as críticas direcionadas às "instituições de sequestro", aos pressupostos da criminologia ortodoxa e à identificação das redes expansão capilar do poder (punitivo), propiciam a incorporação das teses de Michel Foucault como autênticas estratégias de abolicionismo penal,[22] ainda que ele próprio nunca tenha assim se rotulado.

A despeito de adotar aportes teóricos bastante distintos daqueles provenientes dos abolicionistas clássicos (*v.g.* do "abolicionismo materialista-marxista", de Thomas Mathiesen, do "abolicionismo fenomenológico", de Louk Hulsman ou do "abolicionismo fenomenológico-histórico", de Nils Christie), estando de certa forma situado numa tradição anti-humanista e não dialética (e, ainda que com certas resistências, pós-estruturalista para alguns), é possível dizer que o trabalho prático e teórico de Foucault – explica De Foulter – "(...) contém muitos pontos de contato com o movimento abolicionista do sistema penal e do sistema de justiça penal. E mais, nos oferece um marco para a análise do poder que é fundamental para a teoria e prática abolicionistas".[23]

---

21. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001. p. 8-10.

22. A propósito, conferir a produção acadêmica e militância abolicionista de Edson Passetti e do Nu-Sol – Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC/SP (www.nu-sol.org) –, em especial: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012; PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997; PASSETTI, Edson. Transformações da biopolítica e emergência da biopolítica. *Revista Ecopolítica*. vol. 5. São Paulo, 2013, p. 2-37.

23. DE FOLTER, Rolf. S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman,

A relevância de Foucault não irá se restringir ao âmbito acadêmico, haja vista sua militância. Num entrave emancipatório, na fundação do *Groupe d'Information sur les Prisons* (GIP), a partir do *Manifeste du G.I.P.* (1971), com Jean-Marie Domenach e Pierre Vidal-Naquet, Foucault vai indagar a necessidade de se adquirir informações sobre a prisão, visto se tratar de uma das regiões mais escondidas do nosso sistema social, uma das "caixas-pretas" de nossa vida e que, ademais, qualquer um de estaria vulnerável.[24]

Com o G.I.P., pretendia-se dar voz aos presos para que pudessem falar de si mesmos, o que estaria denegado pela lógica do cárcere. Neste particular, o *corpus* teórico foucaultiano ensina, àqueles que estão comprometidos com a resistência e rebelião às formas instituídas de poder, que não basta contentar-se com a denúncia da violência ou crítica das instituições, mas que o estratégico residiria em questionar a própria forma de racionalidade envolvida,[25] não à toa "o objetivo do abolicionismo de Foucault é questionar todas as formas de expressão do próprio poder. Não se limita ao questionamento e à transgressão do poder para castigar".[26]

A analítica foucaultiana sobre as instituições disciplinares (*v.g.* hospitais, asilos, escolas, prisões etc.) – a partir da qual delimitou a constituição dos sujeitos excluídos de certas racionalidades instituídas e buscou entender como normas específicas foram generalizadas para todo o corpo social desde a problematização – foi fundamental para sua incorporação no campo criminológico,[27] se consolidando efetivamente com *Vigiar e punir*, quando propôs a necessidade de repensar o sistema penal em si.[28]

Mathiesen y Foucault. In: AAVV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar, 1988. p. 75, tradução nossa.

24. FOUCAULT, Michel; DOMENACH, Jean-Marie; VIDAL-NAQUET, Pierre. *Manifeste du G.I.P.* Disponível em: [http://1libertaire.free.fr/MFoucault168.html]. Acesso em: 07.12.2014.
25. FOUCAULT, Michel. *Omnes et singulatim*: por uma crítica da "razão política". Trad. Heloísa Jahn. *Novos Estudos – CEBRAP*. n. 26. São Paulo, mar./1990, p. 98.
26. DE FOLTER, Rolf. S. Op. cit., p. 76.
27. Sobre a incorporação das ideias foucaultianas na criminologia, conferir: LACOMBE, Dany. Les liaisons dangereuses: Foucault et la criminoligie. *Criminologie*. vol. 26. n. 1. Montreal, 1993, p. 51-72.
28. Cf. RINGELHEIM, Foulek. Che cosa vuol dire punire? Intervista a Michel Foucault. Trad. Francesca Arra. *Rivista Volontà*, aprile, 1990. Disponibile in: [www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/foucault.pdf]. Acesso em: 21.09.2015.

No trabalho que deveria contar a "história da violência nas prisões", Foucault propõe uma genealogia do "complexo científico-judiciário", para o qual o poder punitivo se justificaria, imporia regras e mascararia seus efeitos. Buscou estudar a metamorfose dos métodos punitivos desde o ponto de vista de uma "tecnologia política do corpo" buscando compreender uma história comum existente entre as relações de poder e de objeto, e então, como o homem se tornou objeto de um saber de *status* "científico" (saber criminológico positivista). A partir disso, pôde explicar como se deu a transição da punição pautada em suplícios (poder soberano) para os mecanismos técnico-corretivos das prisões (poder disciplinar), e, logo, como surgiu uma nova tecnologia do poder de punir sobre o corpo, ocorrendo o deslocamento da vingança do soberano à defesa social.[29]

Uma das hipóteses sustentadas por Foucault – e que por sinal é bastante singular frente ao conjunto de análises de sua época – repousa no fato de que os sistemas punitivos deveriam ser recolocados diante de uma "economia política do corpo", de forma que "(...) ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utiliza métodos 'suaves' de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e sua submissão".[30]

Neste campo de investigação, o desenvolvimento do conceito de "microfísica do poder" será estrutural na aquisição de uma "identidade" própria às teses foucaultianas, visto que "fugiria" das análises materialistas e estruturalistas. O estudo da microfísica explicaria, então, que "o poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como uma estratégia, que seus efeitos

29. Em linhas gerais, "(...) o 'espírito' como superfície de inscrição para o poder, com a semiologia por instrumento; a submissão dos corpos pelo controle das ideias; a análise das representações como princípio, numa política dos corpos bem mais eficaz que a anatomia ritual dos suplícios. O pensamento dos ideólogos não foi apenas uma teoria do indivíduo e da sociedade; desenvolveu-se como uma tecnologia dos poderes sutis, eficazes e econômicos, em oposição aos gastos suntuários do poder dos soberanos. (...) E essa nova anatomia política permitirá recruzar as duas linhas divergentes de objetivação que vemos se formar no século XVII: a que rejeita o criminoso para 'o outro lado' – o lado de uma natureza contra a natureza; e a que procura controlar a delinqüência por uma anatomia calculada das punições. Um exame da nova arte de punir mostra bem a substituição da semiotécnica punitiva por uma nova política do corpo" (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 40. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 98-99).

30. Idem, p. 28.

de dominação não sejam atribuídos a uma apropriação, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos".[31]

Como explica Roberto Marchado,[32] a intensão de Foucault seria a de se insurgir à ideia de que o Estado seria um órgão central detentor de poder ou que a rede de poderes presentes nas sociedades modernas decorreria do Estado. Na verdade, desde a nova perspectiva, o poder estaria colocado não como uma espécie de dominação global e centralizada, sendo constituinte de relações extraestatais; seu objetivo não seria expulsar homens da vida social, mas sim gerir suas vidas. Eis a contribuição fundamental nas análises do poder: ele não é apenas negativo, repressor; é também positivo, configurador.

Para Foucault todas as transformações que ocorrem nas tecnologias do poder na história do poder de punir estão relacionadas aos gastos econômicos e políticos que requererem as tecnologias do castigo, e, portanto, se pautam na reconsideração ao que diz respeito à economia política do castigo. Neste sentido, vai além da crítica ao poder disciplinar e do controle penal dos corpos dóceis na gestão do correcionalismo direcionado ao "corpo-máquina" (indivíduo passivo de "ressocialização" e "melhoramento"), práticas estas que são próprias aos séculos XVII e XVIII, e que já estariam além da teoria clássica da soberania (racionalidade jurídico-dedutiva).

Na clássica "Aula de 17 de Março de 1976",[33] ministrada no Collège de France (1975-1976), publicada em *Em defesa da sociedade* (1975-1976), bem como em "Direito de morte e poder sobre a vida", último capítulo de *História da sexualidade – I: A vontade de saber* (1976),[34] Foucault delineia que em fins do século XVIII teria surgido uma nova forma de manifestação do poder: o "biopoder" – um poder de regulamentação (racionalidade radical-utilitarista) –, centrado no "corpo-espécie" (população) e em práticas de natalidade, morbidade, das incapacidades biológicas diversas. Depois da "anátomo-política do corpo humano", a "biopolítica da espécie humana" colocaria a população como problema político, como um problema biológico e de poder. Ao contrá-

31. Idem, p. 29.

32. MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. Trad. Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2012. p. 16-20.

33. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 285-315.

34. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade – I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque & J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 145-174B.

rio da lógica do poder soberano, na era de uma nova gestão da vida, não excludente da lógica anterior – mas cumulativa –, a biopolítica estaria centrada no "fazer viver e deixar morrer".

O exercício problematizador qualifica o aporte foucaultiano como um riquíssimo e autêntico arsenal teórico de reflexão sobre a questão criminal ao colocar em questão o poder punitivo e a compreensão das condições de poder numa ruptura radical com o *mainstream* criminológico e a alternância das ferramentas críticas de investigação.

4. BARATTA E FOUCAULT? TENSÕES INICIAIS

Até o presente momento, buscou-se realizar abordagem geral a respeito da criminologia crítica desenvolvida por Baratta e a crítica às tecnologias de poder em Foucault, cujo propósito seria esclarecer as suas principais pautas como pensadores sobre a questão criminal. Desde então, já se apercebe as diferentes proposições de cada um, o que é inegável em vista das distintas perspectivas filosóficas/epistemológicas filiadas.

A proposta a partir de agora será refletir a base teórica de ambos no que se refere à questão criminal, isto é, entendendo o recorte realizado na apropriação de Baratta, como um dos principais expoentes da heterogênea crítica criminológica, tensioná-lo com as possíveis contribuições advindas de Foucault, desde as teses já encampadas no saber criminológico até as que ainda não foram (ou, ao menos, não suficientemente), cabendo inclusive revisão, se caso for: a ideia é potencializar a resistência à lógica punitiva.

Neste sentido, o seminal trabalho *Criminological knowledge and its relation to power: Foucault's genealogy and criminology today* (1992), de David Garland,[35] viabiliza uma interessante chave de leitura sobre as discussões sobre Foucault e a criminologia. Naquela oportunidade, Garland colocou em questão a crítica foucaultiana sobre a criminologia, entendida como saber "científico" emergente das práticas disciplinares da prisão, que funcionaria como provedora de práticas de normalização e estratégia de legitimação do moderno poder punitivo. Os questionamentos do sociólogo escocês diziam respeito não tanto

35. GARLAND, David. Criminological knowledge and its relation to power: Foucault's genealogy and criminology today. *British Journal of Criminology*. vol. 32. n. 4. Oxford, 1992, p. 403-422. Outras análises do trabalho foucaultiano foram realizadas em: GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: a study in social theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1990. p. 131-176.

à leitura foucaultiana sobre a criminologia do século XIX, mas sobre o risco de se cair em certa generalização sobre a disciplina criminológica e, obviamente, as mutações de significado que ocorreriam no século XX.

No que diz respeito à visão crítica de Foucault sobre a criminologia do século XIX, vale a pena transcrever passagem de sua entrevista sobre a prisão concedida ao *Magazine Littéraire*, em 1975:

> Você já leu alguma vez os textos dos criminologistas? Eles não têm pé nem cabeça. E digo isso com espanto, e não com agressividade, porque não consigo compreender como o discurso da criminologia pôde permanecer assim. Tem-se a impressão de que o discurso da criminologia possui uma tal utilidade, de que é tão fortemente exigido e tornado necessário pelo funcionamento do sistema, que não tem nem mesmo necessidade de se justificar teoricamente, ou mesmo apenas de ter uma coerência ou uma estrutura. Ele é inteiramente utilitário. E creio que é necessário procurar por que um discurso "científico" se tornou tão indispensável pelo funcionamento da penalidade no século XIX. Tornou-se necessário por ser álibi, que funciona desde o século XVIII, que diz que se se impõe um castigo a alguém, não é para punir o que ele fez, mas para transformá-lo no que ele é. (...) Mas os instrumentos que lhes foram dados, a pena de morte, outra o campo de trabalhos forçados, atualmente a reclusão ou a detenção, sabe-se muito bem que não transformam. Daí a necessidade de passar a tarefa para pessoas que vão formular, sobre o crime e sobre os criminosos, um discurso que poderá justificar as medidas em questão.[36]

Para Garland as críticas realizadas por Foucault à criminologia – *v.g.* o baixo nível de cientificidade, legitimação da punição, técnica de normalização dos presos etc. – são inteiramente apropriadas se considerarmos a criminologia do século XIX. A preocupação residiria mesmo em apresentar esta análise genealógica como história da criminologia e não apenas como uma crítica a uma de suas vertentes, visto que demasiado complexas e ecléticas. Se por um lado, na análise das relações de saber-poder Foucault trabalha a criminologia como um componente dos processos de disciplina e normalização, sendo vista a criminologia como um conhecimento a serviço do poder (disciplinar), para uma descrição ampla das várias formas de criminologia, o cuidado com as di-

36. FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. *Microfísica do poder*. 25. ed. Trad. Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2012. p. 225-226.

ferentes relações das diferentes criminologias com o poder, inclusive relações de resistência ao poder, é fundamental.[37]

Uma conclusão parcial deve ser tirada para que se possa prosseguir: assim como Foucault elabora perspectiva crítica sobre os poderes que produzem formas de assujeitamento do indivíduo, inclusive situando a criminologia – ortodoxa e positivista, diga-se – como uma das formas de saber-poder, a criminologia crítica cujo embrião se encontra nas décadas de 60 e 70, nos Estados Unidos e na Europa, surge essencialmente como um "saber subversivo", contestatório da ordem política vigente e, portanto, também particularmente do cárcere e do poder punitivo (nos termos de Aniyar de Castro: "se a criminologia tradicional é um instrumento de poder, uma criminologia alternativa pode ser inimiga do poder").[38]

Tanto Baratta quanto Foucault partem das constatações advindas de *Punição e estrutura social* (1939),[39] de Georg Rusche e Otto Kirchheimer – herdeiros da escola de Frankfurt e que realizam uma das mais seminais análises marxistas da punição enquanto instituição social –, obra que ocupa lugar central nas análises crítica e radical da criminologia. Sobre essa questão, dissertando sobre as obras de Rusche e Kirchheimer e Foucault sobre a história da prisão, Baratta leciona que se por um lado não produziram resultados unânimes no plano substancial, no plano epistemológico produziram resultados irreversíveis a partir de duas teses centrais: (1) para compreender o cárcere e interpretar seu desenvolvimento histórico é imprescindível compreender a sua função enquanto instituição no seio social; (2) é preciso levar em conta a espécie de sociedade em que o cárcere apareceu e se desenvolveu como instituição penal.[40]

A tese decisiva desenvolvida na obra de Rusche e Kirchheimer seria a de que todos os sistemas de produção têm tendência a se utilizar dos sistemas punitivos, os quais corresponderiam às próprias relações de produção. Ou, noutros termos: na sociedade capitalista, o sistema penitenciário depende, máxime, do desenvolvimento do mercado de trabalho. É neste terreno que Foucault desenvolve sua análise sobre as "disciplinas". Não obstante, registra Baratta

37. GARLAND, David. Criminological knowledge and its relation to power... cit., p. 406-410.

38. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005. p. 53.

39. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004.

40. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*... cit., p. 190-191.

que a crítica ao enfoque foucaultiano se dirigiria contra o caráter historicamente abstrato que demandaria a disciplina, é dizer, o delineamento teórico de Foucault ao invés de ser reconduzido a partir dos pressupostos das relações de produção, assumiria ligação com a estratégia de um "poder".[41]

Apesar desta divergência (própria da especificidade do referencial), o próprio Baratta reconhece a importância do pensamento de Foucault para a reconstrução da história do cárcere e da sua reforma nas sociedades capitalistas, não à toa, incorpora em sua criminologia crítica as contribuições críticas sobre as "instituições disciplinares", tanto que direciona estudo sobre as escolas e o controle social.

Em verdade, a contribuição sobre as funções da prisão na produção e no controle social punitivo de desviantes e na criação do universo disciplinar são tão relevantes que Baratta as qualifica como "elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma 'economia política' da pena".[42] A tese foucaultiana sobre a "gestão diferencial das ilegalidades" casa perfeitamente a denúncia sobre as funções reais desempenhas pelo cárcere no controle social punitivo dos excluídos aos moldes das relações econômicas de produção. Desenvolve Foucault:

> A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não "reprimiria" pura e simplesmente as ilegalidades; ela as "diferencia", faria sua "economia" geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global de ilegalidades.[43]

Partindo de óticas distintas, e sabendo-se que Foucault pensou formas de resistência ao poder que não derivassem de uma cultura dialética, natural que surja a questão: é possível aproximar as análises foucaultianas com o marxismo (neste caso, o de Baratta)? Essa é uma questão controvertida, e o é por via

41. Idem, p. 192.

42. Idem, p. 193.

43. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*... cit., p. 258.

de consequência da existência de várias leituras sobre o marxismo, notadamente as leituras neomarxistas.

Para os fins desta pesquisa, a leitura marxista deve conceber os fundamentados materiais de entendimento da estrutura socioeconômica das modernas sociedades capitalistas, com contínua atualização da obra de Marx, como marco intelectual da humanidade aberto à teoria e à prática[44] e que desde seu nascedouro, produziu importantes rupturas nos pensamentos "irrefutáveis" da estrutura capitalista, devendo suas teses serem prosseguidas.[45] Por incorporar a crítica às "disciplinas", certamente a leitura barattiana não é hermética e nem se reduz à lógica das "superestruturas e infraestruturas" na análise de dominação classista, e prossegue na abertura de novos horizontes de possibilidade.

A propósito, quando interrogado na entrevista concedida à J. J. Brochier, ainda na *Magazine Littéraire*, sobre sua relação com o pensamento marxista, Foucault respondera "cito Marx sem dizê-lo, sem colocar aspas, e como eles não são capazes de reconhecer os textos de Marx, passo por ser aquele que não cita Marx. Será que um físico, quando faz física, experimenta a necessidade de citar Newton ou Einstein?".[46] Não satisfeito, segue seu raciocínio e conclui: "É impossível fazer história atualmente sem utilizar uma sequência infindável de conceitos ligados direta ou indiretamente ao pensamento de Marx e sem se colocar num horizonte descrito e definido por Marx".[47]

Dentre vários autores que defendem a hipótese aproximativa das teses marxistas com as foucaultianas,[48] desde o ponto de vista sobre a questão criminal,

---

44. GIANNOTTI, José Arthur. *Marx além do Marxismo*. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 5-6.

45. "Rusche, Foucault, Melossi e Pavarini são escolas: estão dentro disso tudo que falei, dando direção, atualizando a obra de Marx na questão criminal. Aliás, é em Marx que tudo começa. Só os tolos podem achar que a obra marxista está superada; ela só será superada quando derrotarmos o capitalismo. E, modestamente, gostaria de contribuir para isso ao desconstruir as relações entre a pena e o capital" (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 14).

46. FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão cit., p. 231-232.

47. Idem, p. 232.

48. Para uma aproximação do pensamento marxista com o foucaultiano, cf. POULANTZAS, Nico. *O Estado, o poder, o socialismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000; SOUZA, Eloisio Moulin de; GARCIA, Agnaldo. Um diálogo entre Foucault e o Marxismo: caminhos e descaminhos. *Revista Aulas*. n. 3. Campinas, dez.-mar./2007, p. 1-32; BATISTA, Vera Malaguti. Marx com Foucault: análises acerca de uma programação criminalizante. *Veredas*. vol. 2. n. 4. Belo Horizonte, jul.-dez./2005, p. 25-31.

Dario Melossi destaca-se ao afirmar que "(...) é o conceito de *disciplina* o que constitui o nexo entre a teoria marxiana – e inclusive teoria marxiana da pena, ou melhor ainda, da pena no capitalismo, isto é do cárcere – e a teoria de Foucault em *Vigiar e punir*".[49] Segundo o autor, seria fundamental fugir da abordagem marxista tradicional que instrumentaliza a penalidade ao Estado, uma "horrível abstração" que infelizmente teria contaminado a literatura "marxista", mas que não tem nenhum papel na teoria propriamente marxiana, afinal, o próprio Marx acreditava que o lugar da luta de classes seria na produção.

A partir da "acumulação originária" d'*O Capital* (1867) de Marx, Melossi sintetiza que em *Cárcere e fábrica*, com a aplicação de algumas instituições marxianas sobre a história do cárcere e das suas origens, descobriu-se que a prisão, assim como outras instituições, foi criado em um determinado contexto em que o princípio disciplinar havia se tornado princípio organizativo fundamental da vida econômico-social. Trata-se da expropriação violenta que cambiou produtores servis (exploração feudal) a assalariados (exploração capitalista) sem meios de produção disciplinados na coação corporativa, propiciando aumento de excluídos e marginalizados, que passariam a ser criminalizados durante a pré-história do capital.[50]

49. MELOSSI, Dario. Penalidad y "gobierno de las poblaciones": entre Marx y Foucault. In: SOZZO, Máximo (comp.). *Por una sociología crítica del controle social: ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 179.

50. "O processo que cria a relação capitalista não pode ser senão o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das condições de realização de seu trabalho, processo que, por um lado, transforma em capital os meios sociais de subsistência e de produção e, por outro, converte os produtores diretos em trabalhadores assalariados. A assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como 'primitiva' porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde (...). Expulsos pela dissolução dos séquitos feudais e pela expropriação violenta e intermitente de suas terras, esse proletariado inteiramente livre não podia ser absorvido pela manufatura emergente com a mesma rapidez com que fora trazido ao mundo. Por outro lado, os que foram repentinamente arrancados de seu modo de vida costumeiro tampouco conseguiam se ajustar à disciplina da nova situação. Converteram-se massivamente em mendigos, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição, mas na maioria dos casos por orça das circunstâncias. Isso explica o surgimento, em toda a Europa ocidental, no final do século XV e ao longo do século XVI, de uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe trabalhadora foram inicialmente castigados por sua metamorfose, que lhes fora imposta, em vagabundos e *paupers*. A legislação os tratava como delinquentes 'voluntários' e supunha depender de sua boa vontade que eles continuassem a trabalhar

Em conclusão, o princípio da disciplina "constitui o nexo entre a construção teórica marxiana em seu núcleo mais característico e original, o conceito de mais-valia, e o discurso sobre a penalidade. Constitui também o terreno comum entre os discursos de Marx e de Foucault".[51] Neste sentido, a disciplina constituiria a condição básica de extração da mais-valia, lição ensinada da sociedade burguesa ao proletariado; a prisão equivaleria à fábrica de disciplinamento do proletariado.[52]

Parece que o intento aproximativo às perspectivas marxista e foucaultiana torna a análise sobre a questão criminal ainda mais rica. Adotar perspectivas distintas não impossibilita direcioná-las a uma meta específica, numa espécie de coexistência teórica rumo à resistência às tecnologias de poder e dominação, afinal, nem o próprio Foucault, ao descrever sua microfísica, ignorou as relações de poder provenientes do Estado, tendo tão apenas negado a ideia de que o poder estaria única e exclusivamente concentrado nas "mãos" do Estado, buscando ampliar a noção de poder em suas redes de expansão.

5. BARATTA COM FOUCAULT? A CRIMINOLOGIA SEGUE SEU CURSO...

Em interessante passagem de *Criminologia crítica e crítica do direito penal*,[53] partindo de sua leitura sobre as obras de Foucault e Rusche e Kirchheimer, Baratta reconhece que, a partir da segunda metade do século XX, a prisão não possui mais a função "real" de reeducação e disciplina, tal como possuíra em sua origem. Nos seus termos, essa função se reduziria à pura ideologia. Na análise do jurista italiano, as estatísticas relativas à população carcerária de países com capitalismo avançado indicariam o aumento das taxas de controle diversos à reclusão, como o *probation* e o livramento condicional, além do notável aumento de presos à espera de julgamento. Tal situação seria um convite ao estudo da obra de Foucault.

Na análise barattiana, os sistemas penais tardo-capitalistas, caracterizados por uma tendência ao incremento da superpopulação relativa (desocupação e

sob as velhas condições, já inexistentes" (MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política. Livro I (o processo de produção do capital)*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 786/805-806).

51. Idem, p. 182.

52. MELOSSI, Dario. The penal question in Capital. *Crime and Social Justice*. n. 5. 1976, p. 29.

53. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*... cit., p. 193.

subocupação), à exploração e à marginalização de setores cada vez mais vastos da população, deveriam ser investigados conforme sua transformação atual (fase de contrarreforma do sistema punitivo) e crise da ideologia legitimante da instituição carcerária, sobretudo em uma sociedade que é caricata, cada vez mais, da ampliação das barreiras divisórias entre população garantida da zona sempre mais vasta da população marginalizada e excluída da dinâmica do mercado oficial de trabalho.[54] Ao que parece, o não intencional prosseguimento desta pesquisa pode ser encontrada na obra de Foucault, sobretudo quando desenvolve sua análise sobre a nova arte de governar.

Na analítica foucaultiana, desde a lógica e exigências de mutação das exigências da economia política do castigo, esclarece-se que se um dos privilégios característicos do poder soberano fora o direito de vida e morte – derivado da velha *patria potestas* que concedia ao pai de família romano o direito de "dispor" da vida de seus filhos e seus escravos, de modo que poderia retirar-lhes a vida já que as tinha "dado" –, isto é, "fazer morrer e deixar viver", a partir da época clássica ocorreria transformação dos mecanismos de poder, que a partir do "confisco", apresentariam funções de incitação, reforço, controle, vigilância, majoração, organização de forças que seriam submetidas. O direito de morte se apoiaria nas exigências de um poder que gere a vida.[55]

Este mesmo poder de morte, posteriormente, apresentaria outras características. Apresentar-se-ia, a partir de agora, "como o complemento de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto".[56] As mutações posteriores ao poder soberano, conforme antes acentuado, dizem respeito ao desenvolvimento do poder disciplinar, na figura do "corpo-máquina" (disciplinas: anátomo-política do corpo humano), e ao poder de regulamentação, na figura do "corpo-espécie" (controles reguladores: biopolítica da população).

Na teorização foucaultiana, na "era do biopoder" "as disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida", caracterizando, em última razão, "um poder cuja função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a baixo".[57]

54. Idem, p. 195-196.
55. FOUCAULT, op. cit., p. 146-147.
56. Idem, p. 147.
57. Idem, p. 150.

O desenvolvimento das análises sobre a biopolítica e o biopoder, compreendida como nova razão governamental (ou razão do Estado mínimo), direciona compreensão sobre sua necessária disposição para o próprio desenvolvimento do capitalismo. Quanto a isso, imprescindível transcrever passagem, um tanto extensa porém necessária e elucidativa, de *História da Sexualidade – I: a vontade de saber*:

> Esse biopoder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. Mas o capitalismo exigiu mais do que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço quanto de sua utilizabilidade e sua docibilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isso torna-las mais difíceis de sujeitar; se o desenvolvimento dos grandes aparelhos do Estado, como *instituições* de poder, garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de biopolítica, inventados no século XVIII como *técnicas* de poder presentes em todos os níveis do corpo social e utilizados por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a política, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e os sustentam; operaram, também, como fatores de segregação e de hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder com suas formas e procedimentos múltiplos. O investimento sobre o corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis naquele momento.[58]

Ao contrário do mercado do século XVI e XVII, o mercado do século XVIII não é mais um lugar de jurisdição – dotado de regulamentação –, visto que passou a obedecer a mecanismos "naturais", mecanismos espontâneos que não poderiam ser contrariados. Aqui o mercado passa a ser entendido como uma

58. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*... cit., p. 151-152.

série de práticas/lugar de verdade que forma dispositivo de saber-poder – tal como ocorrera com os universais "loucura", "doença", "delinquência", "sexualidade" –, conforme a lógica de uma "república fenomenal dos interesses", isto é, o interesse seria entendido como único princípio sobre o qual a razão governamental poderia agir.[59]

No que se refere à questão biopolítica, ainda restaria um "paradoxo": no contexto da "sociedade de normalização" (que conjuga a norma da disciplina com a norma da regulamentação): como pode um poder que se direciona essencialmente para o aumento da vida matar? É neste momento que Foucault insere a análise sobre o racismo de Estado, é dizer, o recorte entre "o que deve e o que não deve viver".

O racismo é, portanto, a condição de se poder exercer o direito de matar, permitindo ao poder "tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente, raças".[60] Duas seriam suas características: (1) fragmentação, fazendo censuras no exercício do biopoder, e (2) estabelecer uma relação guerreira, tornando sedutora a ideia de necessidade de produção de inimigos como condição da vida. O assassínio por parte do Estado só estaria legitimado a partir da racionalidade biopolítica, conforme a lógica do racismo: "a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura".[61]

Na nova conjuntura, segundo Deleuze, estar-se-ia no contexto das "sociedades de controle" nas quais as conquistas do mercado se fariam por tomada de controle e não tanto de disciplinas. Na analítica deleuziana, o estudo sociotécnico dos dispositivos de controle deveria ser categorial, apontando quais mecanismos já estariam em via de ser implantados no lugar dos meios de confinamento disciplinares (*v.g.* regime de escolas, hospitais, empresas etc.). Em especial, quanto às prisões – objeto de reflexão aqui proposto – cita a emergência das "penas substitutivas", o uso de coleiras eletrônicas e sua relação com a prisão domiciliar.[62]

59. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 49-63.

60. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*... cit., p. 305.

61. Idem, ibidem.

62. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 3. ed. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 229.

Na realidade do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, a atenção à figura da pena se encontra em base de grande demanda por segurança pública, na qual reina uma leitura da criminalidade violenta como mal ao qual o sistema deve reagir com rigor punitivo ("eficientismo penal"), visto que direcionado pelo medo (do crime) e insegurança (contra a criminalidade), resultando em um grande processo de expansão qualitativa (diversificação) e quantitativa (maximização) do controle penal formal e informal, e noutra via, minimização de garantias penais e processuais penais e encarceramento massivo.[63]

Neste viés, não é à toa que o gerencialismo e o controle atuarial estão presentes na investigação penológica nas últimas décadas.[64] Assim, importante atentar ainda que a incorporação das lições de Foucault pelo estudo da penologia possibilita não uma adaptação da crítica do poder disciplinar a atual política criminal, mas a depreender os impactos de "(...) como as disciplinas que fundaram as grandes instituições de controle social (prisão, manicômio, escola, fábrica) integram, na atualidade, de forma destacada, uma complexa rede política de administração de corpos e de gestão calculista da vida".[65]

A tese foucaultiana apresenta-se, portanto, como uma rica chave de leitura sobre a atual fase de projeção das práticas governamentais para a criminologia crítica – sobretudo quando conjugada ao referencial materialista –, não obstante, dentre outros, é Vera Malaguti Batista, no clássico texto *Marx com Foucault: análises acerca de uma programação criminalizante* (2005) e no recente trabalho *Foucault na periferia da barbárie* (2014), que aprofunda as ligações entre o pensamento marxista com a visão de Foucault acerca da questão penal, de modo que, num contexto de violência institucional, extermínio e tragédia

63. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Fraturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 33-34.

64. Sobre os impactos da nova penologia, "(...) marcadamente menos preocupada com as questões centrais da criminologia da década de 1970 (responsabilidade, culpabilidade, recuperação, intervenção etc.), buscará consolidar-se tomando por base técnicas de redução ou neutralização do risco, lançando mão dos recursos de uma tecnologia capaz de potencializar uma atuação estatal calcada em métodos estatísticos direcionados ao controle de grupos sociais perigosos" (CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 12).

65. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro (fundamentos e aplicação judicial)*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138-139.

penitenciária como é o cenário latino-americano, o legado foucaultiano seria fundamental na desconstrução da prisão como solução para a conflitividade social fetichizada pelo crime, tendo como pilar a governamentalização do capitalismo central.

Na oportunidade, traduz o pensamento foucaultiano desde as sociedades disciplinares instauradas na Europa como alavanca para a "decolagem econômica do Ocidente", trabalhando a questão do racismo como ideologia intrinsecamente vinculada ao empreendimento colonizador na América Latina. Neste contexto situacional, o biopoder conjugaria – explica Vera Batista – a extração da mais-valia, aprofundando o poder sobre o corpo, da alma e dos desejos dos homens.[66] A partir de Carlos Enrique Restrepo, conclui pela busca de novos espaços de resistência e contrapoder, refletindo sobre a possibilidade de se repensar o direito não como saber-poder que seria uma espécie de "trincheira política e acadêmica para contrapor-se à hiperinflação normativa e ao poder do estado na forma pura da lei".[67]

Admitindo manusear Baratta, em sua política criminal alternativa de direito penal mínimo de inspiração abolicionista, o conceito de direitos humanos entendido como "necessidades reais", e, ao incorporar toda uma filosofia marxista (cultura dialética) que rompe com a lógica hobbesiana contratual de direitos abstratos e universais, mas que resulta do produto do conflito social e das desigualdades das relações de poder e dominação frente ao mercado, e que Foucault, por sua vez, ao não incorporar um claro modelo estratégico de resistência ao poder instituído (apesar de despertar forte argumentação crítica-abolicionista), na pauta de uma – diz Cecilia Coimbra – "ética afirmativa de direitos" (processualidade ético-política), deve-se compreender como premissa os "direitos não mais universais, absolutos, contínuos e em permanente estado de aperfeiçoamento, mas locais, descontínuos, fragmentários, processuais, em constante movimento e devir, como as forças que nos atravessam e nos constituem".[68]

Em complemento a toda análise realizada, resta ainda interessante que o pensamento de Foucault é incorporado no texto *Fundamentos ideológicos da atual política criminal de drogas* (1992), no qual Baratta irá trabalhar com o

66. BATISTA, Vera Malaguti. Marx com Foucault... cit., p. 30.

67. BATISTA, Vera Malaguti. Foucault na periferia da barbárie. *Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea*. vol. II. n. 1. 2014, p. 252.

68. COIMBRA, Cecilia Maria Bouças. Ética, direitos humanos e biopoder. *Verve*. n. 20. São Paulo, 2011, p. 93.

conceito de "poder pastoral" para realizar crítica aos pressupostos defensivistas e de controle social da *war on drugs* brasileira.

Segundo a análise, desde o século XVIII, o Estado moderno desenvolveria nova espécie de "poder individualizante", não se ocupando mais de "salvar os indivíduos para outro mundo", mas de prover-lhes saúde neste, adquirindo conotação especial nesta intervenção as expressões "saúde pública", "bem-estar", "segurança", "proteção contra acidentes",[69] o que, a bem da verdade, correspondem a conceitos que conformam a nova arte de governar, na esteira da razão do Estado mínimo neoliberal, sobretudo no que diz respeito ao gerencialismo da vida e dos riscos. Baratta parece de fato incorporar as primeiras análises do que viria a ser a crítica biopolítica, confirmando-se a hipótese de que os estudos sobre o "nascimento da biopolítica" em Foucault não seriam incompatíveis à sua crítica materialista.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao desenvolver seu conceito de "crítica", na clássica entrevista *Qu'este-ce que la critique? [critique et Aufklärung]*, publicada pelo Boletim da *Société Française de Philosophie*, Foucault[70] propôs que a prática da crítica deveria ser direcionada em forma de reação à governamentalidade – prática social que sujeita indivíduos a mecanismos de poder que reclamam verdade –, isto é, deveria funcionar como via pela qual o sujeito interroga a verdade sobre seus efeitos de poder e o poder sobre seus discursos de verdade, conformando, em última análise, verdadeira "arte de inservidão voluntária" (*l'art de l'inservitude volontaire*), é dizer, ressonante indocilidade refletida.

A convocatória foucaultiana sobre a rebelião às formas de poder instituídas, sobretudo quando se pensa nas redes de expansão do poder punitivo no século XXI e no contexto dos sistemas penais latino-americanos, cuja força motriz se concentra no genocídio em massa e no encarceramento massivo da população marginalizada e socialmente excluída na lógica biopolítica da governamentalidade, especialmente do capital central em países periféricos, é indubitavelmente essencial para o aprofundamento das investigações sobre a questão criminal.

69. BARATTA, Alessandro. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio (org.). *Só socialmente...* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 43.

70. FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce que la critique? [critique et Aufklärung]. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*. vol. 82. n. 2. Paris, avr.-juin/1990, p. 39.

Ante o exposto, o intento deste escrito fora provocar discussão sobre novas possibilidades de reflexão para a criminologia crítica na era do biopoder. No recorte de pesquisa realizado, e apesar das distintas perspectivas filosóficas, buscou-se na medida do possível instaurar diálogo entre Baratta e Foucault, como forma de viabilizar análise mais profícua sobre a questão criminal, incorporando as contribuições teóricas do saber criminológico crítico e teoria do controle social punitivo de matriz marxista à análise foucaultiana da anátomo-política do corpo e biopolítica da população.

No diagnóstico dos esforços aproximativos empregados, parece que, na luta pela resistência às formas de poder instituídas, notadamente as de caráter punitivo, desde as origens da lógica carcerocêntrica às atuais formas de expansão de sua rede na sociedade de controle, o trabalho foucaultiano serve como fundamental contribuição às pesquisas de Baratta, um dos maiores nomes do pensamento criminológico crítico que, infelizmente, faleceu em 2002, tornando fundamental, como forma de respeito à sua obra intelectual, a sua contínua atualização desde a autocrítica, condição de possibilidade da conotação crítica de seu pensamento, rumo à emancipação – um problema interessante em vista do anterior falecimento de Foucault em 1984 (de fato, os intelectuais se imortalizam no tempo e na história...).

Em suma: o saber criminológico subversivo deve ser indocilidade refletida.

Viva o legado de Baratta e Foucault!

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

_____. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Fraturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução* à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

_____. Che cosa è la criminologia critica? *Dei Delitti e delle Pene*. n. 1. Torino. p. 51-81. 1991.

_____. Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. *Papers: Revista de Sociología*. n. 13. Barcelona. p. 13-48. 1980.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. vol. 6. n. 2. Porto Alegre. p. 44-61. abr.-jun./1993.

_____. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. In: GONÇALVES, Odair Dias; BASTOS, Francisco Inácio (org.). *Só socialmente...* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

_____. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. *Estudios Penales y Criminológicos*. n. 11. Santiago de Compostela. p. 15-68. 1989.

_____. Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell'uomo come oggetto e limite della legge penale. *Dei Delitti e Delle Pene*. n. 3. Bari. p. 443-473. 1985.

BATISTA, Vera Malaguti. Foucault na periferia da barbárie. *Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea*. vol. II. n. 1. Salerno. p. 250-263. 2014.

_____. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Marx com Foucault: análises acerca de uma programação criminalizante. *Veredas*. vol. 2. n. 4. Belo Horizonte. p. 25-31. jul.-dez./2005.

BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2013.

CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 104. São Paulo: Ed. RT. p. 279-303. set.-out./2013.

_____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro (fundamentos e aplicação judicial)*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COIMBRA, Cecilia Maria Bouças. Ética, direitos humanos e biopoder. *Verve*. n. 20. São Paulo. p. 85-100. 2011.

COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and classification*. Cambridge: Polity Press, 1985.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 3. ed. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013.

DE FOLTER, Rolf. S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: AAVV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar, 1988.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

_____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *História da sexualidade – I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque & J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

_____. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Omnes et singulatim*: por uma crítica da "razão política". Trad. Heloísa Jahn. *Novos Estudos – CEBRAP*. n. 26. São Paulo. mar./1990.

_____. Qu'est-ce que la critique? [critique et Aufklärung]. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*. vol. 82. n. 2. Paris. p. 35-63. avr.-juin./1990.

_____. Sobre a prisão. *Microfísica do poder*. 25. ed. Trad. Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2012.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 40. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____ ; DOMENACH, Jean-Marie; VIDAL-NAQUET, Pierre. *Manifeste du G.I.P.* Disponível em: [http://1libertaire.free.fr/MFoucault168.html]. Acesso em: 07.12.2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/São Francisco, 2013.

GARLAND, David. Criminological knowledge and its relation to power: Foucault's genealogy and criminology today. *British Journal of Criminology*. vol. 32. n. 4. Oxford. p. 403-422. 1992.

_____. *Punishment and Modern Society: a study in social theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

GIANNOTTI, José Arthur. *Marx além do Marxismo*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

KONDER, Leandro. *Marx*: Vida e obra. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

LACOMBE, Dany. Les liaisons dangereuses: Foucault et la criminoligie. *Criminologie*. vol. 26. n. 1. Montreal. p. 51-72. 1993.

MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. Trad. Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2012.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política. Livro I (o processo de produção do capital)*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELOSSI, Dario. Penalidad y "gobierno de las poblaciones": entre Marx y Foucault. In: SOZZO, Máximo (comp.). *Por una sociología crítica del controle social: ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

_____. The penal question in Capital. *Crime and Social Justice*. n. 5. p. 26-33. 1976.

PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. Transformações da biopolítica e emergência da biopolítica. *Revista Ecopolítica*. vol. 5. São Paulo. p. 2-37. 2013.

_____; SILVA, Roberto Baptista Dias da (org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

RINGELHEIM, Foulek. Che cosa vuol dire punire? Intervista a Michel Foucault. Trad. Francesca Arra. *Rivista Volontà*. aprile 1990. Disponível em: [www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/foucault.pdf]. Acesso em: 21.09.2015.

POULANTZAS, Nico. *O Estado, o poder, o socialismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004.

SOUZA, Eloisio Moulin de; GARCIA, Agnaldo. Um diálogo entre Foucault e o Marxismo: caminhos e descaminhos. *Revista Aulas*. n. 3. Campinas. p. 1-32. dez.-mar./2007.

SOZZO, Máximo. "Traduttore traditore". Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología. *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La criminología como curso. *En torno a la cuestión criminal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Criminologia crítica e lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável?, de Victor Sugamosto Romfeld – *RBCCrim* 120/379-408 (DTR\2016\20124);
- La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o "las teorías criminológicas no son inocentes", de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 76/265-291 (DTR\2009\15); e
- Notas sobre responsabilidade desde os escritos de M. Foucault: pistas para pensar a justiça juvenil, de Maria Cristina G. Vicentin, Alejandra Padilla-Gomez e Ana Lucia Catão – *RBCCrim* 109/21-46 (DTR\2014\15137).

86362

Aplicabilidade da justiça restaurativa no programa "família acolhedora": técnicas e conhecimento

The application of restorative justice in "foster family" programs: techniques and knowledge

Andréia Favaro dos Santos

Assistente Social do Serviço de Acolhimento de Crianças e Adolescentes em Famílias Acolhedoras Passo Fundo/RS. Mediadora em formação pelo TJRS - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - Cejusc Passo Fundo/RS.
andreia.favaro@bol.com.br

Luthyana Demarchi de Oliveira

Mestre em Direito pela Unisc (2012). Especialista em Direito Civil pela Imed (2010). Especialista em Direitos Humanos pelo Ifibe (2006). Docente da Faculdade Meridional/Imed/Passo Fundo. Mediadora em formação pelo TJRS - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - Cejusc Passo Fundo/RS. Advogada.
luthyana.oliveira@imed.edu.br

Recebido em: 10.08.2015
Aprovado em: 03.04.2016
Última versão autor: 03.06.2016

Área do Direito: Família e Sucessões

Resumo: O direito à convivência familiar e comunitária está assegurado em lei. Dentro desse contexto, o serviço de acolhimento em família acolhedora é uma modalidade de atendimento destinado a acolher crianças e adolescentes que necessitam ser afastados de sua família de origem, em caráter provisório e excepcional, sendo inseridas no seio de outra família, a qual atenderá em seu espaço domiciliar, a criança e/ou adolescente vítimas de violência.

Abstract: The right to interact with one's family and with the community is guaranteed by law. In this context, experiencing life with a foster family is a type of service that should be provided to those children and teenagers who need to stay away from their family of origin in temporary and exceptional situations - the children, who were once victims of violence, move to a different family, and start living in this new family's own environment.

Santos, Andréia Favaro dos; Oliveira, Luthyana Demarchi de. Aplicabilidade da justiça restaurativa no programa "família acolhedora": técnicas e conhecimento.
Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 187-206, set. 2016.

Como forma inovadora, a Família Acolhedora prima pela defesa dos direitos desses sujeitos vitimizados. Nesse sentido, percebe-se a necessidade de práticas restaurativas para romper com este ciclo de violência intrafamiliar, sendo que a justiça restaurativa possibilita um espaço de diálogo entre crianças e adolescentes vítimas de violência, família de origem, família acolhedora e demais profissionais que compõem a rede de atendimento, oportunizando às pessoas envolvidas exercerem seu papel de cidadãos, ou seja, dialogar e tratar seus conflitos. Diante desse cenário, pretende-se discorrer sobre as contribuições da aplicabilidade da justiça restaurativa através da mediação no Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e adolescente - Família Acolhedora - Justiça restaurativa.

The intention of this groundbreaking program is to defend the rights of these victimized youngsters. In this context, restorative practices are necessary in order to break this cycle of domestic violence; restorative justice provides a space for conversation between those children and teenagers, who were victims of violence, the families of origin, the foster family, as well as other professionals who are part of this service network, making it possible for all those people involved to play their roles as citizens, by discussing and addressing their conflicts. In this scenario, we intend to discuss the contributions of having restorative justice as a medium for mediation in foster family programs.

KEYWORDS: Children and teenagers - Foster family - Restorative justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a família como primeiro núcleo de socialização - 2. O Programa "Família Acolhedora" como possibilidade de garantir o direito à convivência familiar e comunitária e a interface com a justiça restaurativa - 3. Aplicabilidade da justiça restaurativa, utilizando como técnica a mediação: alternativa na intervenção familiar de crianças e adolescentes vítimas de violência - 4. Breves reflexões sobre o trabalho do assistente social no serviço de acolhimento em Família Acolhedora - 5. Considerações finais - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A FAMÍLIA COMO PRIMEIRO NÚCLEO DE SOCIALIZAÇÃO

Com os avanços dos direitos na área humana, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10.12.1948, tem-se um novo contexto do núcleo familiar, principalmente em relação aos seus integrantes. Frente a essa perspectiva, inicia-se o reconhecimento da família enquanto núcleo de socialização e respeito mútuo.

Nessa concepção, no Brasil, a partir de 1988, quando é promulgada a Constituição Federal, a qual afirma a condição de direitos a todos os sujeitos que estão em território nacional e cujas prerrogativas alicerçam-se nos princípios de igualdade, dignidade e respeito à pessoa humana, incluindo todos os cidadãos como sujeitos de direitos, inclusive crianças e adolescentes, dá-se, conforme expresso em seu art. 227 da Carta Magna, prioridade de atenção ao público infanto-juvenil, ratificando a família como primeira instituição responsável pela

proteção e acolhida de seus membros, seguida pela sociedade e pelo Estado, como responsáveis por assegurar os direitos constitucionais.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

As políticas públicas, em especial as de cunho social, seguindo esta centralidade no espaço familiar, debruçam suas ações neste núcleo, voltadas à matricialidade socioassistencial, tendo como norte de suas ações a convivência familiar e comunitária, a qual é fundamental para o pleno desenvolvimento de seus membros.[1] Nesse sentido, a importância da família como núcleo socializador vem se afirmando nas diversas legislações nacionais, sendo que estar inserido em um contexto familiar é visto como um dos direitos fundamentais, confirmando sua importância como instituição principal da sociedade e o "meio natural para o crescimento e o bem estar de todos os seus membros".[2] Assim, há o reconhecimento das relações familiares como constitutivas da vida social dos sujeitos.

Constata-se que a família vem sendo tema de destaque, com grandes avanços legais no território brasileiro, passando, principalmente a partir da década de 1980, a ocupar um lugar de prioridade, um "lócus de desenvolvimento de seus membros, especialmente da infanto-adolescência".[3] Nessa perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei federal 8.069, de 13.07.1990, destaca a família como sendo um lugar fundamental para o desenvolvimento de seus membros, em especial da criança e do adolescente. Todavia, cabe destacar

1. O reconhecimento da importância da família no contexto da vida social está explícito no art. 226 da CF/1988, quando declara que: "família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", endossando, assim, o art. 16 da Declaração dos Direitos Humanos, que traduz a família como sendo o núcleo natural e fundamental da sociedade, e com direitos à proteção da sociedade e do Estado. No Brasil, tal reconhecimento se reafirma nas legislações específicas da assistência social – Estatuto da Criança e do adolescente – ECA, Estatuto do Idoso e na própria Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, entre outras (BRASIL. *Política Nacional de Assistência Social*. PNAS, 2004. p. 35).
2. GREGORI, Maria Filomena. *Desenhos familiares:* pesquisa sobre família de crianças e adolescentes em situação de rua. São Paulo: Alegro, 2000. p. 12.
3. GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. Direito a convivência familiar. *Serviço social e sociedade*. ano XXVI. n. 81. São Paulo, mar./2005, p. 126.

que a família se encontra em um contexto permeado por relações sociais, econômicas, culturais e políticas, categorias que vão implicar no desenvolvimento do núcleo familiar. As autoras Gueiros e Oliveira[4] ponderam:

> (...) a noção de convivência familiar difere de uma camada social para outra, posto que a organização da família se realiza a partir da articulação com a estrutura social, notadamente por meio da inserção no mercado de trabalho, da participação no sistema de seguridade social e do acesso a bens de consumo.

Esses fatores têm consequências diretas no contexto familiar, sendo que podem ser percebidos através dos diversos modos de vivência das famílias. Assim, faz-se importante ter um amplo olhar sobre as diversas composições familiares, as quais têm um fundamental papel na vida dos sujeitos que as compõem, sendo caracterizadas como "um palco de múltiplas interpretações",[5] onde se reproduzem culturas e proporciona-se a formação de vínculos afetivos, representando um sistema vivo que interage com as demais instituições da sociedade, sendo a família a provedora de relações de afetividade necessárias para o bem-estar e desenvolvimento dos seus membros.[6]

Para Koga, a família pode representar o território vivido, um lugar onde se estabelecem relações de pertencimento, espaço que contém uma história, uma identidade dos sujeitos, um espaço vivido com aspectos culturais e sentimentos, remetendo-se "às referências das pessoas, suas relações com os outros, a identidade, o lugar onde se constroem e se reconstroem suas expectativas de vida, suas próprias vidas".[7] Nesse sentido, a família é vista como a base da sociedade, pois nela estão presentes os laços afetivos, culturais, históricos, espirituais e sociais, sendo a raiz da própria sociedade, sobre o que Iamamoto (2004, p. 265) versa:

> O enraizamento envolve o estreitamento dos laços de convívio familiar, de vizinhança, de grupos de amizade; a efetiva participação na vida coletiva, o reconhecimento das expressões culturais e das iden-

4. Idem, p. 118.
5. SZYMANSKI, Heloisa. Teorias e "teorias" de famílias. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez, 2003. p. 25.
6. KALOUSTIAN, Sílvio Manoug; FERRARI, Mário. A importância da família. In: KALOUSTIAN, Sílvio Manoug (org.). *Família brasileira a base de tudo*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
7. KOGA, Dirce. *Medidas de cidades*: entre territórios de vida e territórios vividos. São Paulo: Cortez, 2003. p. 194.

> tidades, entre outras dimensões. Enfim, requer considerar as relações sociais que moldam um tipo de socialização, investindo no combate a todo tipo de preconceitos, violências e desigualdades (...).

A família torna-se, então, instituição central das políticas de atendimento, recebendo atenção especial do Estado, sendo o "palco em que se vivem as emoções mais intensas e marcantes da experiência humana".[8] Salienta-se que a família é vista como um espaço de socialização, devendo proporcionar aos seus membros o convívio saudável, respeitoso e afetivo. Contudo, a mesma pode apresentar situações conflituosas, até mesmo com práticas de violência física e psicológica, sendo um lugar que pode reproduzir situações que violem os direitos de seus membros.

Sabe-se que os conflitos permeiam as relações entre as pessoas, seja no âmbito público ou no privado, no entanto, é no espaço íntimo, principalmente nas relações familiares, que os mesmos vêm acompanhados de atos de violência, seja física ou psicológica. Dentro desse contexto familiar, crianças e adolescentes, diariamente, são vitimizadas, muitas vezes, pelos genitores. A falta de diálogo, de políticas públicas preventivas e de intervenção adequada acaba condicionando os infantes ao afastamento familiar, através de medida protetiva, conforme estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), nos arts. 98 a 102.

Tudo que o ser humano faz na vida está baseado, fundamentalmente, no atendimento das suas necessidades e valores fundamentais. Isto, porque, debaixo de todo conflito, existe a força impulsionadora de uma ou várias necessidades não atendidas. Quando as necessidades estão atendidas, sentem-se sensações de bem-estar e completude, porém, quando não estão atendidas, os sentimentos são degradáveis e conflituosos, podendo ser violentos.[9]

A retirada de crianças e adolescentes, como medida protetiva, do seio familiar ocorre, historicamente, na modalidade de institucionalização, ou seja, estes sujeitos ao serem retirados do convívio com a família são acolhidos em instituições de caráter coletivo, onde irão conviver com outros infantes e profissionais, e despenderão dos cuidados necessários. Porém, em muitas situa-

8. ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços*: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 80.

9. CAPPELLARI, Jéferson Luis; MAIERON, Mara Denise. O uso da comunicação não violenta na resolução de conflitos. In: FRIEDRICH, Dalvo Werner (org.). *Justiça restaurativa na práxis das polícias militares:* uma análise sobre as políticas de segurança às vítimas em situação de violência. Curitiba: Multideia, 2009. p. 69.

ções, crianças e adolescentes acabam permanecendo nestas instituições por longos períodos, sendo privadas do direito ao convívio familiar e comunitário. Por sua vez, as intervenções realizadas com a família de origem ou com o adulto agressor são escassas ou inexistentes, não havendo ações de caráter restaurativo. Dessa forma, proporcionar o direito à convivência familiar e comunitária para estas crianças e adolescentes e possibilitar uma intervenção restaurativa é um desafio posto em uma sociedade que busca um convívio democrático.

2. O PROGRAMA "FAMÍLIA ACOLHEDORA" COMO POSSIBILIDADE DE GARANTIR O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA E A INTERFACE COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA

No ano de 1990, com o Dec.-lei 8.069, instaura-se no Brasil uma nova política de atenção à criança e ao adolescente, sendo criado a partir desse o Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual a população infanto-juvenil passa a ser considerada portadora de direitos, tendo como um de seus direitos fundamentais a convivência familiar e comunitária (art. 4.º; art. 15, V; art. 19). Entretanto, o que ainda se visualiza é que esse direito fundamental não está sendo concretizado, pois se verifica uma demanda muito grande de crianças e adolescentes que se encontram em instituições de acolhimento, "(...) vivendo no abandono".[10]

Diante desse contexto de acolhimento institucional faz-se de extrema importância conhecer o histórico familiar e desvelar os condicionantes que motivaram estas crianças e adolescentes a vivenciarem este processo. Dessa maneira, considera-se de suma relevância voltar o olhar para a família e buscar conjuntamente a possibilidade do enfrentamento de suas fragilidades, desafios e vulnerabilidades, fazendo valer os seus direitos e afirmar o seu papel de centralidade e sociabilidade. Faz-se necessário conhecer e reconhecer seu contexto, tornando claras não apenas suas fragilidades, limites e vulnerabilidades, mas também suas possibilidades, atendendo às demandas que muitas vezes estão implícitas na subjetividade dos sujeitos.

No ano de 2004, seguindo o caminho de prioridade em relação ao atendimento de crianças e adolescentes, é elaborado o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, o qual reconhece a família como sendo "estrutura vital,

10. RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2004. p. 51.

lugar essencial à humanização e à socialização da criança e do adolescente, espaço ideal e privilegiado para o desenvolvimento integral dos indivíduos".[11] Contudo, percebe-se que contemporaneamente existem muitas famílias que encontram inúmeras dificuldades para cuidar, acolher e proteger seus filhos, não rara as vezes, praticando atos de violência contra os infantes, em sua maioria advindos de classes sociais empobrecidas economicamente.

Nesse quadro social, a prática interventiva do Poder Público é o afastamento das crianças e adolescentes de suas famílias, institucionalizando-as. Cabe ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seus arts. 92 e 100, estabelece o acolhimento institucional como excepcional e provisório, devendo ser medida de última instância, recorrendo-se a esse quando forem esgotados todos os recursos para que estas crianças e adolescentes permaneçam na família de origem. Visando a garantir a convivência familiar destes sujeitos[12] e como um método alternativo ao Acolhimento Institucional é que foi implementado o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, definido como:

> família acolhedora é aquela que voluntariamente tem a função de acolher em seu espaço familiar, pelo tempo que for necessário, a criança e o adolescente vítima de violência doméstica que, para ser protegido, foi retirado de sua família natural, respeitada sua identidade e sua história.[13]

Essa nova modalidade de atendimento objetiva evitar a institucionalização de crianças e adolescentes, garantido o direito à convivência familiar e comunitária. Para as autoras,[14] a ideia principal desse serviço é que a família que aco-

11. BRASIL. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006. p. 15.

12. A palavra "sujeito" traduz a concepção da criança e do adolescente como indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias que, na sua relação com o adulto, não podem ser tratados como seres passivos, subalternos ou meros "objetos", devendo participar das decisões que lhes dizem respeito, sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento (Idem, p. 25).

13. VALENTE, Jane (coord.). Colóquio Internacional sobre Acolhimento Familiar. *Sapeca* – Serviço Alternativo de Proteção Especial à Criança e ao Adolescente. Secretaria Municipal de Assistência Social. Campinas, 2004. p. 35.

14. RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. NAIFF, Luciene; BAPTISTA, Rachel (coord.). *Acolhendo crianças e adolescentes:* experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006.

lhe também possa apoiar a família de origem neste momento de crise, sendo esse um dos aspectos mais inovadores desse serviço. O trabalho conjunto entre crianças e adolescentes vítimas de violência, família de origem, família acolhedora e profissionais técnicos (assistentes sociais, psicólogos e pedagogos) pode possibilitar resultados positivos, pois, apesar de um sofrimento vivido, se houver intervenções em suas necessidades biológicas, sociais e psicológicas, os mesmos poderão retomar o curso de seu desenvolvimento.[15]

Segundo Azambuja,[16] conforme pesquisas realizadas, quatro de cada cinco pais que praticam a violência física contra seus filhos podem abandonar tais práticas abusivas, desde que os profissionais estejam devidamente capacitados para o enfrentamento do fenômeno.

Nessa perspectiva de utilização de métodos alternativos de enfrentamento à violência, pensa-se a Justiça Restaurativa[17] como um campo repleto de possibilidades que possam romper com práticas punitivas e de culpabilização dos sujeitos. Para Zehr, a Justiça Restaurativa pode ser definida como um espaço de diálogo, o qual disponibiliza o exercício da cidadania. Para esse autor, deve-se investir no reestabelecimento de vínculos entre as pessoas, empoderando-as para que reconheçam suas responsabilidades, trilhando outros caminhos para uma nova direção, de respeito, afeto e solidariedade, destacando que "embora cada um de nós seja responsável pelas escolhas que fazemos, o contexto social e psicológico no qual nos encontramos certamente influencia escolhas, sejam atuais ou as potenciais".[18]

Culturalmente, aprende-se que a punição e a violência devem ser utilizadas para "corrigir o mal", porém, na concepção da Justiça Restaurativa, utiliza-se como pressuposto o diálogo, a compreensão e o respeito. As pessoas envolvidas em um conflito necessitam que alguém as escute, precisam contar sua história, partilhar sentimentos, vivenciar um processo de restauração, atitudes essas que deverão ser vivenciadas no espaço do convívio familiar e comunitá-

15. BRASIL. *Plano Nacional de Promoção*... cit.

16. AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Violência sexual intrafamiliar*: É possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

17. Zehr compreende que "a justiça restaurativa trata de danos e necessidades bem como obrigações decorrentes, e envolve todos os que sofrem o impacto ou têm interesse na situação, utilizando, na medida do possível, processos cooperativos e inclusivos" (*Trocando as lentes:* um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 258).

18. Idem, p. 68.

rio. Dentro da Justiça Restaurativa existem práticas que podem ser utilizadas conforme a situação apresentada, destacando, como exemplo, a mediação, círculos restaurativos e comunicação não violenta.[19]

Diante de um cenário de violência e rompimento de vínculos familiares e afetivos, é mister realizar um trabalho interventivo com as pessoas envolvidas na situação conflituosa. Dessa forma, apresenta-se a Justiça Restaurativa, através de seus métodos restaurativos, como possibilidade de (re)estabelecer os vínculos, tratar o conflito e garantir a participação dos sujeitos envolvidos. Conforme as autoras Costa e Silva, a Justiça Restaurativa apresenta-se como um espaço de diálogo, disponibilizando aos sujeitos o exercício de seus direitos de cidadania, também se destinando a oferecer através da aplicabilidade de suas técnicas um espaço "de comunicação pacífica e a igualdade de condições de diálogo entre os atores sociais".[20]

A Justiça Restaurativa, que tem como propósito ser um processo democrático, com o objetivo de atender as necessidades humanas e básicas dos cidadãos, traz consigo o anseio de transformação social, implicando em uma mudança cultural, no caminho da emancipação social e política dos cidadãos, através da cultura da paz, do diálogo, da equidade, da sensibilidade e do empoderamento dos cidadãos, ou seja, um modelo alternativo à cultura do medo, da punição e da violência, até hoje vivenciada. Caracteriza-se como um recurso inovador a fim de "se instituir formas de responsabilização mais eficazes, humanas e menos onerosas daquelas oferecidas pela justiça tradicional".[21]

Nesse sentido ainda, a Justiça Restaurativa também pode ser considerada uma política pública de inclusão social, com um viés de princípios e ações

19. COSTA, Marli Marlene Moraes; PORTO, Rosane; FRIEDRICH, Dalvo. Justiça Restaurativa na práxis das polícias militares: uma inter-relação necessária no atendimento às vítimas de crimes graves no Município de Santa Cruz do Sul. In: FRIEDRICH, Dalvo Werner (org.). *Justiça restaurativa na práxis das polícias militares*: uma análise sobre as políticas de segurança às vítimas em situação de violência. Curitiba: Multideia, 2009. Para aprofundamento destas práticas sugere-se a leitura, respectivamente: WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca:* ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. PRANIS, Kay. *Processos circulares*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

20. COSTA, Marli Marlene Moraes; SILVA, Linara da. A importância do agir comunicativo na efetivação da justiça restaurativa em um contexto de alienação social. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 27.

21. Idem, p. 33.

voltado aos sujeitos, garantindo-lhes meios de acesso aos seus direitos, à socialização e à identidade social, influenciando de forma positiva na vida desses, estimulando a percepção do problema para além do interesse individual, possibilitando a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito, ao mesmo tempo responsabilizando-as e encorajando-as para participação social e tomada de decisões.[22]

Percebe-se que urge a necessidade de buscar outras formas de atendimentos e cuidados para o público infanto-juvenil, bem como para suas famílias de origem, as quais apresentam dificuldades em exercer suas funções parentais protetivas, devido às inúmeras vulnerabilidades vivenciadas outrora. Apresenta-se, assim, a Justiça Restaurativa utilizando como método de intervenção a mediação para interceder no cenário sociofamiliar e comunitário em que estão inseridos os sujeitos inclusos no serviço de acolhimento em família acolhedora.

3. APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, UTILIZANDO COMO TÉCNICA A MEDIAÇÃO: ALTERNATIVA NA INTERVENÇÃO FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA

Como exposto anteriormente, a Justiça Restaurativa, a qual possibilita a utilização de práticas interventivas que levam a transitar por outros caminhos, de respeito, solidariedade, compreensão, sensibilidade, escuta e diálogo, tem o objetivo de aproximar as pessoas envolvidas no conflito para que possam tratá-lo. Assim, identifica-se a necessidade de realizar um trabalho interventivo integrado, sob uma perspectiva interdisciplinar, com o envolvimento de profissionais de diferentes áreas do conhecimento, como assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, advogados, entre outros. Esse direcionamento visa a tratar os conflitos familiares de forma mais eficaz e adequada às famílias que estão em situação conflituosa.[23]

Para Spengler,[24] a Justiça Restaurativa constitui-se como uma justiça de proximidade, autocompositiva,[25] menos autoritária, pois tem o viés de empo-

22. GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação enquanto política pública de restauração da cidadania. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011.

23. ROSA, Conrado Paulino da. Op. cit.

24. SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

25. A autora refere à autocomposição nas tomadas de decisão, onde os caminhos são construídos coletivamente pelos envolvidos no conflito, assim, assumindo as responsabilidades da decisão. (Idem).

derar os envolvidos no conflito para tomada de decisões e responsabilização de sua efetivação, possibilitando, assim, um tratamento qualitativo em situações conflituosas.

No que concerne à Justiça Restaurativa, a mesma também pode ser concebida como uma "política de inclusão social garantidora de cidadania (...)".[26] Sendo assim, é uma política pública[27] com programas de ação governamental, tendo como finalidade a materialização dos direitos dos cidadãos, isto é, enfrentando as situações de exclusão e propiciando a cidadania, contando com o apoio do Poder Público, bem como da sociedade civil, objetivando proporcionar a equidade social. A Justiça Restaurativa busca possibilitar novas diretrizes para responder aos desafios humanos e sociais, visando, principalmente, à redução da violência, seja física, psicológica ou estrutural. Dessa maneira, a Justiça Restaurativa é uma alternativa para tratar e até mesmo prevenir situações conflituosas, sendo que sua aplicabilidade pode ser materializada por meio de métodos, dentre esses a mediação.

A mediação é percebida, segundo Warat, como uma atitude de sensibilidade, o momento em que as pessoas podem expressar seus sentimentos, possibilitando o crescimento pessoal, a autonomia e o reconhecimento da cidadania. Para o autor, "o Ofício de Mediador é muito mais que a procura de um novo modo de ser profissional, é a atitude que todos precisamos ter diante da vida, o ofício de viver".[28]

Identifica-se que a mediação envolve um processo de autocomposição, no qual as pessoas envolvidas no conflito possam por elas mesmas tratá-lo, se reconhecendo como parte, como pessoa de direito e dignidade, possibilitando, assim, processos de autocompreensão das experiências vivenciadas cotidiana-

26. COSTA, Marli Marlene Moraes; HAMMES, Jaqueline Machado. A justiça restaurativa como mecanismo alternativo para combater o *bullying*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 108.

27. Aquino e Porto (2011) versam que "as políticas públicas são um conjunto de ações adotadas pelo governo, a fim de produzir efeitos específicos, ou, de modo mais claro, a soma de atividades do governo que acabam influenciando a vida dos cidadãos" (AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane. A transversalidade das políticas públicas para promover a equidade de gênero no espaço local. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 162).

28. WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 52.

mente, pois "ser cidadão é ter voz, poder opinar e poder decidir por si mesmo",[29] ou seja, a mediação oportuniza o direito à democracia.

Para Rosa, a mediação tem o objetivo de potencializar a transformação das pessoas, através de uma visão relacional, ancorada no respeito às diferenças dos sujeitos, assim produzindo respostas para a situação de conflito, e, dessa forma, propiciando uma nova leitura sobre essa. Logo, o mediador deverá manter uma distância do conflito para poder visualizar claramente a situação, promovendo o diálogo entre os conflitantes, o sentimento de cooperação e realizando um trabalho na perspectiva de que todos ganhem e obtenham a emancipação social, pois "não é possível encontrar a solução de problemas no mesmo contexto em que tenham surgido".[30]

Percebe-se que a mediação é um método alternativo para tratar os conflitos familiares, tendo como premissa o respeito ao pluralismo de valores e culturas, com o propósito de reestabelecer a comunicação e reconstruir os vínculos sociais e/ou afetivos que foram interrompidos. Nos contextos familiares identifica-se a necessidade de possibilitar o diálogo entre as pessoas, pois se vivencia um cenário social no qual há dificuldade de comunicar-se com o outro. Para auxiliar a lidar com essa dificuldade, a mediação evoca a ideia da presença de um terceiro, o qual auxilia as pessoas a dialogar sobre a situação-problema, possibilitando a continuidade das relações entre os conflitantes, e isso é possível porque "a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para discuti-lo".[31] Assim, o mediador não tem como finalidade trazer a solução, mas estimular o protagonismo dos envolvidos e encorajá-los a buscar novas possibilidades, outros caminhos.

É justamente isso que propõe a mediação: um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significa uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes.[32]

Em síntese, pode-se constatar que a mediação procura restabelecer os vínculos, estimulando os envolvidos no conflito a pensarem alternativas de mútuo

29. Idem, p. 111.

30. ROSA, Conrado Paulino da. Op. cit., p. 217.

31. SPENGLER, Fabiana Marion. Op. cit., p. 320.

32. Idem, p. 336.

benefício, a tornarem-se protagonistas nas questões que os envolvem, tendo seu direito de exercer sua cidadania, sentindo-se pertencentes ao grupo social. Dentro da mediação pode-se utilizar a técnica da comunicação não violenta, a qual é essencial para prover um tratamento adequado dos conflitos, pois compreende uma linguagem pacífica, que oportuniza expressar os sentimentos e estabelecer um diálogo que tem como princípios a honestidade e a empatia, utilizando a linguagem de forma que os indivíduos possam expressar as necessidades sem agredir o outro.[33]

Nesse sentido, tratar de situações conflituosas pressupõe a possibilidade de uma estrutura que permita igualdade de condições de comunicação entre os atores sociais, sendo imprescindível implementar nos espaços públicos ambientes que possibilitem o exercício da comunicação, na perspectiva de estimular o desenvolvimento do diálogo, expressar os interesses subjetivos, oportunizando a emancipação social dos sujeitos envolvidos, através da comunicação democrática, atendendo às necessidades humanas, desejos e anseios dos envolvidos, possibilitando assim "a construção de uma cidadania ativa, a qual é capaz de participação e comunicação democrática".[34] Verifica-se, pois, que a comunicação não violenta está pautada na participação ativa dos atores envolvidos.

4. BREVES REFLEXÕES SOBRE O TRABALHO DO ASSISTENTE SOCIAL NO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO EM FAMÍLIA ACOLHEDORA

A violência praticada contra crianças e adolescentes perpassa através da história e cultura da nossa sociedade, caracterizada como uma relação de poder entre o maior e mais forte sobre o mais fraco e menor, do adulto sobre a criança. Nesse contexto, o profissional assistente social media esta relação de conflito e violência, na maioria das vezes, ocorrida no ambiente familiar. Para tanto, é fundamental conhecer a história de vida dos sujeitos atendidos no serviço, a partir da fala e da escuta qualificada, identificando e avaliando o grau de vulnerabilidade e risco a que a criança e/ou adolescente estão sujeitos.

Deve-se ter um olhar para além do espaço vivido, identificando aspectos subjetivos e a formação singular quanto à construção de crenças e valores das famílias e crianças e adolescentes atendidos, compreendendo-os como sujeitos

33. MARSHALL, Rosenberg. *Comunicação não-violenta:* técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

34. COSTA, Marli Marlene Moraes; SILVA, Linara da. Op. cit., p. 33.

de direitos, principalmente o público infanto-juvenil. Assim, o trabalho do assistente social – o qual será norteado precipuamente pelo Estatuto da Criança e Adolescente, que preconiza que o público infanto-juvenil tem prioridade absoluta nos atendimentos de suas demandas – objetiva, nesse cenário, viabilizar o acesso às políticas públicas, destacando-se aqui a política de assistência social.

No contexto da Proteção Integral reconhecemos, hoje, a importância de considerar a história familiar (...). Conhecer esses grupos familiares, seus arranjos e dinâmicas, seus valores culturais, permitirá o desenvolvimento de metodologias de intervenção que garantam à infância e à juventude o exercício do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Para essas crianças e adolescentes, a possibilidade de obter cuidados de adultos movidos por laços afetivos é fator indispensável para sua constituição como sujeitos.[35]

Pontua-se que no atendimento familiar o profissional deverá saber diferenciar a concepção de seus valores e crenças do que é vivido e trazido pela família ou criança e adolescente, evitando julgamentos ou reações emocionais explícitas, o que pode causar danos adicionais e dificultar ou inviabilizar o atendimento profissional. Dessa forma, no Serviço de Acolhimento Familiar é fundamental que exista o trabalho em equipe interdisciplinar, sendo imprescindível, além do assistente social, a participação de profissionais das áreas de psicologia e pedagogia, no intuito de pensar coletivamente e contar com o apoio e saberes de outras áreas do conhecimento, as quais se complementam.

Nos atendimentos a crianças e adolescentes vítimas de violência familiar, é essencial o envolvimento de todos os serviços que constituem a rede de proteção, como: conselho tutelar, escolas, saúde e outros agentes. Salienta-se que o atendimento e acompanhamento envolvem tanto a criança e adolescente bem como seu núcleo familiar. É primordial compreender que todos os profissionais e serviços são responsáveis pela proteção das crianças e adolescentes vitimizados e que as ações têm por objetivo interromper com o ciclo de violência e violação de direitos.

As intervenções com as famílias de crianças e adolescentes vítimas de violência não têm uma "receita pronta" ou "manual de instrução", pois se apresentam através de situações complexas e distintas. Desse modo, as ações devem ser construídas na perspectiva da dimensão humana e visões de mundo de cada família. Sendo assim, "(...) a prática deve estar comprometida com uma perspectiva emancipatória, promotora de autonomia e consciência social; ou

35. GREGORI, Maria Filomena. Op. cit., p. 26.

seja, deve proporcionar o empoderamento do sujeito, o desenvolvimento de uma consciência crítica e sua efetiva participação".[36]

Quando a família natural é extensa, mesmo com as intervenções realizadas, não proporciona um ambiente familiar protetivo e acolhedor, reproduzindo atitudes de violência física, psicológica, sexual, de negligência e abandono, o Estado, através do Poder Judiciário, intervém neste contexto no intuito de proteger as crianças e adolescentes, afastando-os temporariamente do convívio familiar, conforme estabelecido na Lei Federal 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse período de afastamento do convívio com a família extensa, deverá se dar prioridade ao acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, conforme o art. 34 da Lei 8.069/1990, compreendendo que nessa fase de fragilidade emocional e social a criança e/ou adolescente vitimizados poderão contar com o apoio, cuidado, proteção e afeto de outra família, habilitada judicialmente para acolhê-los.

O ano de 1994 foi declarado pela Organização das Nações Unidas – ONU – como o Ano Internacional da Família, sendo que a partir desse movimento caminhou-se para outra concepção de família, definindo-a como "gente com quem se conta", deixando de ser vista apenas pelo fator biológico, mas também pelos laços de afetividade e proteção. Segundo Brahim e Gomes,[37] "(...) todo trabalho psicossocial que possa ser feito à família nuclear nem sempre consegue cumprir sua função social de cuidado e proteção, podemos buscar na rede social outros relacionamentos que podem ser traduzidos como 'família'". Assim sendo, o trabalho com as crianças e adolescentes afastados do convívio da família de origem tem por finalidade identificar outras pessoas que possam oferecer cuidado e proteção, garantindo, assim, a convivência familiar e comunitária.

Outrossim, o trabalho interventivo com a família de origem é fundamental, partindo da concepção de superação das adversidades e empoderamento

36. COSTA, Josenilda; KOSHIMA, Karin; XAVIER, Samantha. Atendimento psicossocial: atendimento psicossocial a crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual. In: GADELHA, Graça (org.). *Disseminação da metodologia do programa de assistência a crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual*. Fortaleza: Instituto Companheiros das Américas, 2009. p. 63.

37. BRAHIM, Valéria; GOMES, Marcy. Reinserção familiar e comunitária de crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual. In: GADELHA, Graça (org.). *Disseminação da metodologia do programa de assistência a crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual*. Fortaleza: Instituto Companheiros das Américas, 2009. p. 75.

familiar, para construir conjuntamente projetos e estratégias de emancipação da realidade em que está inserida e, dessa forma, potencializar o desenvolvimento das habilidades, competências, do cuidado, da afetividade e responsabilidade familiar.

O Plano Nacional de Assistência Social aponta para um modo de olhar a realidade com uma visão social capaz de entender que a população tem necessidades, mas também possibilidades e capacidades que devem e podem ser desenvolvidas. Assim, uma análise de situação não pode ser só das ausências, mas também das presenças até mesmo como desejos em superar a situação atual.[38]

Nessa esteira de pensamento democrático e de emancipação é que o trabalho desenvolvido com o público atendido no Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora se propõe, trabalhando de forma interdisciplinar articulada à realidade social, possibilitando, principalmente, o diálogo e a escuta, viabilizar a construção de outros caminhos, com princípios éticos, legais e de humanização, tendo a mediação familiar como uma alternativa de tratamento dos conflitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família tem sido tema de muitos debates nas últimas décadas, principalmente, a partir das legislações que a colocaram em um patamar de relevância na sociedade brasileira, contando, então, com uma gama de ações voltadas a garantir os direitos de seus membros. As crianças e adolescentes, conforme legislações internacionais e nacionais, a partir da concepção de prioridade absoluta, passaram a ocupar um lugar de sujeitos de direitos, tendo primazia na atenção às suas demandas.

Contudo, mesmo com uma gama de legislações e políticas públicas voltadas para a centralidade familiar, ainda observa-se que a violência familiar ocorre no cotidiano de muitas crianças e adolescentes e esses, não raras vezes, sendo afastados de seu núcleo como medida de proteção. No Brasil, até pouco tempo, essas crianças e adolescentes eram institucionalizadas em unidades de acolhimento, as quais ainda hoje tem a retórica característica das instituições totais, não respeitando assim o direito à convivência familiar e comunitária.

Na perspectiva de fazer valer os direitos fundamentais e prioritários do público infanto-juvenil, é que se instaurou recentemente no território nacional

38. Idem, p. 82.

o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, o qual objetiva, prioritariamente, a convivência familiar e comunitária, no intuito de acolher e proteger, em caráter excepcional e provisório, esse público vítima de violência.

No que concerne à família natural ou extensa dessas crianças e adolescentes vitimizados, percebe-se a necessidade de se realizar um trabalho de atendimento e acompanhamento de forma a potencializá-las e empoderá-las para superar essas situações de vulnerabilidades e fragilidades em seu contexto. Para tanto, apresenta-se a Justiça Restaurativa como um modelo de atendimento democrático, humanizado e de possíveis restabelecimentos de vínculos, utilizando como estratégia a técnica de mediação, a qual possibilita o diálogo, a escuta e o reconhecimento da humanidade entre as pessoas envolvidas em contextos de conflitos, possibilitando, assim, o tratamento da controvérsia de forma pacífica e empática, proporcionando resultados de emancipação social.

Nesse sentido, o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora por meio da Justiça Restaurativa, aliado ao conhecimento técnico dos profissionais, em especial do assistente social, vem possibilitar outros contextos para essas crianças e adolescentes vítimas de violência e sua família natural, no intuito de garantir a proteção integral aos mesmos, construindo caminhos alternativos, que possam contribuir para uma convivência familiar e comunitária saudável, afetiva e democrática.

Para tanto, consolidar métodos alternativos de tratamento de conflitos nos atendimentos a famílias ainda é um trabalho a ser construído, pois se percebe que a retórica e insistente prática de punição, repressão e institucionalização continuam presentes no contexto atual. Pensar em alternativas de tratamento de conflitos que busquem o reconhecimento da humanidade em comum é um desafio apresentado, cabendo aos profissionais e pessoas envolvidos nestes cenários, consolidar intervenções democráticas e humanas.

6. Referências

AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane. A transversalidade das políticas públicas para promover a equidade de gênero no espaço local. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Violência sexual intrafamiliar*: É possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRAHIM, Valéria; GOMES, Marcy. Reinserção familiar e comunitária de crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual. In: GADELHA, Graça (org.). *Disseminação da metodologia do programa de assistên-*

cia a crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual. Fortaleza: Instituto Companheiros das Américas, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Coleção Saraiva de Legislação. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA*. Lei Federal n. 8069 de 13 jul. 1990.

_____. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006.

_____. *Política Nacional de Assistência Social*. PNAS, 2004.

CAPPELLARI, Jéferson Luis; MAIERON, Mara Denise. O uso da comunicação não violenta na resolução de conflitos. In: FRIEDRICH, Dalvo Werner (org.). *Justiça restaurativa na práxis das polícias militares:* uma análise sobre as políticas de segurança às vítimas em situação de violência. Curitiba: Multideia, 2009.

COSTA, Josenilda; KOSHIMA, Karin; XAVIER, Samantha. Atendimento psicossocial: atendimento psicossocial a crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual. In: GADELHA, Graça (org.). *Disseminação da metodologia do programa de assistência a crianças e adolescentes vítimas de tráfico para fins de exploração sexual*. Fortaleza: Instituto Companheiros das Américas, 2009.

COSTA, Marli Marlene Moraes; PORTO, Rosane; FRIEDRICH, Dalvo. Justiça Restaurativa na práxis das polícias militares: uma inter-relação necessária no atendimento às vítimas de crimes graves no Município de Santa Cruz do Sul. In: FRIEDRICH, Dalvo Werner (org.). *Justiça restaurativa na práxis das polícias militares*: uma análise sobre as políticas de segurança às vítimas em situação de violência. Curitiba: Multideia, 2009.

_____; HAMMES, Jaqueline Machado. A justiça restaurativa como mecanismo alternativo para combater o *bullying*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011.

_____; SILVA, Linara da. A importância do agir comunicativo na efetivação da justiça restaurativa em um contexto de alienação social. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação enquanto política pública de restauração da cidadania. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011.

GREGORI, Maria Filomena. *Desenhos familiares:* pesquisa sobre família de crianças e adolescentes em situação de rua. São Paulo: Alegro, 2000.

GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. Direito a convivência familiar. *Serviço social e sociedade*. ano XXVI. n. 81. São Paulo. p. 117-133. mar. 2005.

KALOUSTIAN, Sílvio Manoug; FERRARI, Mário. A importância da família. In: KALOUSTIAN, Sílvio Manoug (org.). *Família brasileira a base de tudo*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

KOGA, Dirce. *Medidas de cidades*: entre territórios de vida e territórios vividos. São Paulo: Cortez, 2003.

MARSHALL, Rosenberg. *Comunicação não-violenta:* técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2004.

_____; _____; NAIFF, Luciene; BAPTISTA, Rachel (coord.). *Acolhendo crianças e adolescentes:* experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006.

ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços*: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SÊDA, Edson. *Infância e sociedade*: terceira via o novo paradigma da criança na América Latina. São Paulo: Ed. Adês, 1998. Disponível em: [www.edsonseda.com.br]. Acesso em: 13 maio 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SZYMANSKI, Heloisa. Teorias e "teorias" de famílias. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez, 2003.

VALENTE, Jane (coord.). Colóquio Internacional sobre Acolhimento Familiar. *Sapeca* – Serviço Alternativo de Proteção Especial à Criança e ao Adolescente. Secretaria Municipal de Assistência Social. Campinas, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca:* ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A proposta restaurativa no âmbito da justiça da infância e da juventude: colocando em prática o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012, de Conrado Cabral Ferraz e Rodrigo Azambuja Martins – *RDIJ* 4/189-220 (DTR\2014\20998);
- Justiça restaurativa: uma experiência com adolescentes em conflito com a lei fórum das varas especiais da infância e juventude de São Paulo – TJSP, de Egberto de Almeida Penido, Cilene Silvia Terra e Maria Raimunda Vargas Rodriguez – *RDIJ* 1/323 (DTR\2013\6437);
- Justiça restaurativa: uma janela aberta para os casos de violência conjugal mútua, de Ivonete Araújo Carvalho Lima Granjeiro – *RT* 940/155-181 (DTR\2014\163); e
- Projeto família hospedeira, de Alessandro de Souza Lima – *RDIJ* 1/305 (DTR\2013\6435).

HIPERCRIMINALIZAÇÃO: O SINTOMA TOTALITÁRIO NA POLÍTICA DA LIBERDADE

OVERCRIMINALIZATION: A TOTALITARIAN SYMPTOM IN THE POLICY OF FREEDOM

CAIO PATRICIO DE ALMEIDA
Especialista em Direito Penal pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Mestrando em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Advogado criminalista.
caiopda@gmail.com

Recebido em: 26.01.2016
Aprovado em: 30.03.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A despeito das inúmeras tentativas de contenção do poder punitivo, o direito penal passa por uma constante expansão. O fenômeno da hipercriminalização se apresenta como o outro lado da moeda do encarceramento em massa, recebendo muito menos atenção e despertando um menor interesse acadêmico. Contudo, seus efeitos são perceptíveis e impossíveis de serem ignorados. O direito penal máximo se intensifica justamente no seio da política da liberdade, evocando um aparente paradoxo entre Estado Mínimo e intervenção penal máxima. O embrião do totalitarismo se apresenta como sintoma desta política criminal, valendo-se do discurso da liberdade para permitir e naturalizar a reclusão de parcela significativa da população, mascarada pelo constante fomento do mito da impunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Hipercriminalização – Totalitarismo – Expansão penal – Política da liberdade – Política criminal – Mito da impunidade.

ABSTRACT: Despite every attempt to refrain punitive power, Criminal Law is in constant expansion. The overcriminalization phenomenon presents itself as the other side of mass incarceration, receiving far less academic attention even though its effects are clearly perceivable and undeniable. Criminal Law is intensified in the heart of the policy of freedom, which creates an apparent conundrum of a minimum state regime with maximum criminal intervention. The embryo of totalitarianism appears as a symptom of the current criminal policy evoking freedom as a means to allow and naturalize the reclusion of a significant part of the population, hiding it behind the myth of impunity.

KEYWORDS: Overcriminalization – Totalitarianism – Criminal law expansion – Policy of freedom – Criminal policy – Myth of impunity.

SUMÁRIO: 1. Introdução: Kafka e a antecipação do totalitarismo penal – 2. *Ultima ratio*? – 3. A elasticidade moderna do princípio da legalidade – 4. Hipercriminalização – 5. O Estado mínimo totalitário – 6. Totalitarismo penal – 7. A impossível criminalização (secundária) absoluta – 8. Conclusão: sintomas totalitários e funções latentes – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO: KAFKA E A ANTECIPAÇÃO DO TOTALITARISMO PENAL

Josef K., ao ser detido em sua casa sem saber o porquê, supõe que certamente havia sido caluniado.[1] Esta explicação é a única forma lógica de compreender o cenário paradoxal de um cidadão detido sem, contudo, haver praticado qualquer crime aparente. Trata-se de um engano, ou de uma armação.

No entanto, como descobriu tardiamente o protagonista do romance "O processo", o conhecimento do acusado de ter incorrido em uma conduta criminosa não é pressuposto para a instauração de um processo penal. Em seu caso, sequer foi informado do que lhe acusavam antes de proferida e executada sua condenação. Em momento algum os funcionários do místico tribunal Kafkaniano demonstraram interesse em saber qual crime específico estava sendo imputado – pouco importava, pois seguramente *algum delito* fora praticado.

Este cenário aterrador do manuscrito incompleto de Kafka antecipava uma tendência surgida nos anos subsequentes à sua publicação. O texto, cuja última alteração ocorreu em 1915, projetava em seu romance os sintomas de uma nova era em que as interferências na vida cotidiana dos indivíduos comuns dilaceram as ilusões de segurança, conforme aponta Carlos Nelson Coutinho em uma brilhante análise do trabalho literário do século XX.[2]

O adjetivo Kafkaniano se mantém atual em razão da característica visionária das obras deste autor, que descreve eventos extraordinários, porém recorrentes.[3] De fato, o destino de Josef K. se tornaria cada vez mais recorrente

1. "Alguém certamente havia caluniado Josef K. pois uma manhã ele foi deito sem ter feito mal algum". KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 9.
2. "Em outras palavras: Kafka 'antecipou' tanto o modo quanto as principais consequências dessas irrupções que dilaceram as ilusões da segurança manipulada, plasmando assim – no nível da universalidade possível à sua época – o modo pelo qual a vida humana, em particular aquela do homem comum, é afetada pelas novas características da alienação capitalista". COUTINHO, Carlos Nelson. *Lukacs, Proust e Kafka*: literatura e sociedade no século XX. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005. p. 154.
3. "Podemos assim dizer que é segundo o 'modo Kafkaniano' que o homem comum de hoje continua frequentemente a experimentar, em sua cotidianidade privada, o primeiro impacto dissolutor das novas formas de alienação geradas pelo capitalismo

na experiência cotidiana, ao ponto de ser plenamente normalizado nos anos seguintes. Concretizando a visão aposta no processo, em um futuro próximo todos os cidadãos estariam submetidos à possibilidade de serem objetos de uma persecução penal.

A ameaça constante da detenção e punição é uma característica do sintoma totalitário desenvolvido no curso do século passado. O núcleo jurídico do direito penal é expandido de tal forma que qualquer pessoa pode ser punida, seja por hipóteses de criminalização amplas e abstratas ou pelo excesso de tipos penais.

Conquanto o espectro da punição paire sobre a totalidade do corpo social, a seletividade dos órgãos de persecução persiste. É possível punir a todos, mas não desejável. Essa aparente contradição entre a ampliação da ameaça da punição e o direcionamento restritivo do aparato da justiça criminal é, ao mesmo tempo, característica essencial do direito penal totalitário e sintoma da expressão de sua violência.

As reflexões de Slavoj Žižek permitem compreender a dupla função desse aparente paradoxo da ameaça abrangente e punição seletiva. O filósofo categoriza a violência em três diferentes manifestações: objetiva, subjetiva e simbólica. Enquanto a objetiva é uma forma estrutural de violência, perene e normalmente despercebida, a subjetiva é a forma destoante, perceptível porque se destaca do panorama da violência objetiva: é, conforme explicita o autor, "a manifestação violenta dos agentes sociais, aparelhos repressivos disciplinados e multidões fanáticas".[4] A violência simbólica, por sua vez, é uma materialização do poder simbólico, de construção da realidade.[5]

Um Estado que se legitima pelo controle dos cidadãos por meio do direito penal, exerce simultaneamente as três formas de violência. A ameaça constante

tardio. Não é casual, muito pelo contrário, que o adjetivo 'Kafkaniano' seja amplamente usado ainda hoje, até mesmo por pessoas que nunca leram Kafka, para conotar 'eventos extraordinários' – mas sempre recorrentes 'similares aos descritos pelo escritor tcheco". Idem, p. 156.

4. ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 25.

5. "O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) [...] Os símbolos são os instrumentos por excelência da integração social: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação (cf. a análise Durkheimiana da festa), eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamental para a reprodução da ordem social [...]" BORDIEU, Pierre. *O poder* simbólico. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 9-10.

se identifica com a manifestação simbólica da violência. A repressão concreta do sistema configura a violência subjetiva. A seletividade e a legitimação dos atos por meio da forma jurídica pretensamente imparcial é a perfeita exemplificação da violência objetiva. E, conforme expõe Žižek, o monopólio dessa tríade de violência legitimada é sintomático do totalitarismo:

> Uma das estratégias dos regimes totalitários é terem normas jurídicas (leis criminais) tão severas que, se as toarmos literalmente, *todo mundo* será culpado de alguma coisa. Mas sua aplicação plena não tem lugar. O que faz com que o regime possa parecer compassivo – "Veem? Se quiséssemos, poderíamos prender e condenar todos vocês, mas não tenham medo, nós somos indulgentes(...)".[6]

Este cenário, que em princípio evoca a imagem de um Estado Hobbesiano, não se limita apenas às experiências totalitárias do século XX. Ao contrário, na atualidade assumiu dimensões invejáveis ao mais autoritário e repressivo projeto de governo fundado no controle de seus cidadãos. A história da hipercriminalização é o resultado da inesgotável voracidade punitiva, que sempre encontra alguma ação elusiva, ainda pendente de ser criminalizada.

2. *Ultima ratio?*

Em oposição aos regimes absolutistas, a partir do iluminismo forjou-se a concepção de que a violência estatal legitimada deve ser restringida. Seu uso, em um Estado de Direito, é resposta exclusivamente destinada às infrações mais graves – as poucas condutas humanas que não puderem ser tratadas pelos demais campos do direito.

Esta breve narrativa de superação do absolutismo em favor de um regime humanizado consagrado pelas revoluções burguesas aparece de forma constante na literatura do direito penal. Não escapa a nenhum curso, manual ou tratado a introdução principiológica de suas bases modernas.[7] A formulação de um princípio da intervenção mínima, regente da criminalização primária,

6. ŽIŽEK, Slavoj. *Violência* cit., p. 127.

7. A dogmática brasileira é farta, em seus manuais, de introduções ao direito penal perpassando a transição de um sistema absoluto de punições para a concepção moderna e fragmentária: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13-14. O princípio da intervenção mínima figura em quase todos os tratados, demonstrando que não é possível falar em direito penal moderno sem a necessária menção às suas características declaradas de fragmentariedade e subsidiariedade: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Madrid: Civitas,

desdobrado nas características de fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal,[8] é o mito fundante da justiça criminal da modernidade secularizada.

Com isto, torna-se claro que o traço distintivo de um sistema moderno de justiça criminal é a contenção da criminalização. Enquanto o princípio da legalidade visa uma restrição à atividade judicial, a intervenção mínima – ou *ultima ratio* – surge como resposta iluminista à competência legislativa.[9]

Ao Judiciário, a condenação é restrita àquelas ações previamente tipificadas, estipulando-se a pena dentro da cominação legal abstrata, vedado o uso de interpretações analógicas ou a fundamentação em leis genéricas. Ao Legislativo, a atribuição da categoria de crime a determinada ação depende da incapacidade de outros ramos do direito em coibirem aquele comportamento, cuja gravidade e o intenso desvalor justificariam tal medida. Como sintetiza Eugenio Raúl Zaffaroni, "o princípio da legalidade penal exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade".[10]

Seguindo a narrativa oficial da diacronia do poder estatal de punir, o rompimento republicano com o absolutismo caminharia em direção a uma redução do próprio Estado. A história marcha(ria) inexoravelmente em direção a um governo a cada passo mais liberal, indiferente aos aspectos estritamente subjetivos de seus cidadãos, reconhecendo cada vez mais os seus direitos, ao invés de tolhê-los.

Não seria preciso dizer, a experiência real diferiu por completo da expectativa.

A ilustração mais emblemática da desilusão iluminista é o notório Código Penal Soviético. Além de conter formulações legais abertas e abstratas, como o art. 58 que tipificava "ações contrarrevolucionárias", tornando-se especialmente famoso por sua ampla divulgação em razão dos processos de Moscou,[11]

2006. t. I, p. 52-53; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 56-58.

8. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 84-85.
9. MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 319-321.
10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdida*: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 21.
11. Art. 58 – "Ação contra revolucionária é qualquer ação que busque sobrepujar, danificar ou enfraquecer o poder dos trabalhadores e dos camponeses soviéticos (...) assim

o próprio texto legal previa a aplicação do "princípio da analogia".[12] Dessa forma, qualquer ato considerado "socialmente perigoso" – análise a cargo dos órgãos de persecução, por óbvio – estaria sujeito à repressão estatal.

Por outro lado, mesmo dentro de regimes democráticos, percebe-se idêntica ocorrência deste fenômeno. As demandas por criminalização nunca deixaram o gosto popular. E, com isso, jamais abandonaram a agenda política.

Ainda que exista uma orientação declarada a um Estado mínimo e tolerante, o escopo da criminalização aumenta na razão de uma verdadeira progressão geométrica, e a extensão da punibilidade passa despercebida pela reprodução do discurso oficial, que enfatiza aquelas raras ações que atravessam a intrincada teia de tipos penais existentes sem acionarem os mecanismos de persecução.

Ao se debruçar sobre a evolução da criminalização nos Estados Unidos, Douglas Husak se depara com a seguinte indagação: por que se pune e se criminaliza tanto em tempos de intervenção estatal mínima?[13]

Justamente nesta questão reside um dos pontos gravitacionais do fenômeno da hipercriminalização. Enquanto é plenamente concebível que um Estado totalitário sufoque os indivíduos com seu poder verticalizado, submetendo todos a uma punibilidade arbitrária, o mesmo não parece coincidir com a imagem liberal – ou neoliberal – da democracia.

No entanto, como ressalta Husak, a atual legislação criminal norte-americana é de tal forma extensa que dificilmente alguém sairia ileso de uma análise detida de seu histórico recente.[14] Em um estudo similar, ainda que restrito

---

como dos governos Soviéticos e suas repúblicas autônomas, ou danificar ou enfraquecer a segurança externa da República Soviética ou qualquer grande conquista da Revolução Proletária, seja de ordem econômica, política ou nacional".

12. "If any socially dangerous ac tis not directly provided by for the present Code, the basis and limits of reponsibility for it shall be determined by application of those articles of the Code which provide for crimes most similar to it in nature". HUSAK, Douglas. *Overcriminalization:* the limits of the criminal law. Nova York: Oxford, 2008. p. 11.

13. "*Why* do we punish so many and criminalize so much? These phenomena are puzzling, because they come at a time when conventional wisdom favor lesser amounts of governmental intervention". Idem, p. 15.

14. "(...) offenses are so far-reaching that almost everyone has committed one or more at some time or another; the criminal law no longer distinguishes 'us' from 'them'. Perhaps over 70% of living adult Americans have committed an imprisonable offense at some point in their life. As a result, Stuntz alleges we are steadily moving 'closer to a world in which the law on the books makes everyone a felon'". Idem, p. 24.

apenas aos crimes federais, Harvey Silverglate chega a afirmar que um cidadão comete uma média de três infrações penais por dia – em razão da amplitude das formulações legais da legislação federal, aliada à interpretação jurisprudencial extensiva que vem sendo construída.[15]

Se por um lado Silverglate concentra sua narrativa despretensiosa em relatar casos específicos de persecuções penais chocantes, Husak pretende elaborar uma teoria da criminalização que impeça a continuidade desse sistema totalitário. Ambos, enquanto refletiam sobre o tema, depararam-se com a constatação de que as práticas latentes do Estado democrático em que residiam não estavam assim tão distantes das criticadas opressões e arbitrariedades do sistema penal soviético.

Para Silverglate, a experiência histórica soviética serviria de aviso para os Estados Unidos. A política criminal atual, cada vez mais abstrata e intrincada, aproxima-se a passos largos da insegurança e amedrontamento provenientes da incerteza legal em matéria penal.[16]

Husak observa de forma bastante perspicaz a extensão dos problemas relacionados à hipercriminalização. Não se trata apenas de demonstrar a ilegitimidade da intervenção estatal em matérias eminentemente privadas, como apontaram análises criminológicas anteriores, a exemplo de Herbert Packer e Sanford Kadish.[17] Mais do que isso, a teoria geral da criminalização questiona a transformação de toda forma de conflito em matéria de interesse público.[18]

Dessa forma, o discurso manifesto do primado das liberdades individuais contrasta com a efetiva prática da política da liberdade.[19] A base deste pen-

15. "The very possibility that citizens who believe they are law-abiding may, in the eyes of the federal prosecutors, be committing three federal felonies each day – which is the central thesis of this provocative and timely book – threatens the very foundation of our democracy". SILVERGLATE, Harvey. *Three fellonies a day*. New York: Encounter, 2011.

16. Idem, p. 23-24; HUSAK, Douglas. Op. cit.

17. Na década de 1960, Packer e Kadish anteviram a emergência de um sistema criminal superinclusivo. Suas análises, porém, restringiam-se aos problemas que essa pretensão totalitária traria ao sistema: corrupção policial, ineficácia da lei etc. Sobre: HUSAK, Douglas. Op. cit., p. 59.

18. Idem, p. 135.

19. O termo "política da liberdade" é emprestado de Ralf Dahrendorf, que se refere à organização política recente da Europa Ocidental e dos Estados Unidos, em alusão às doutrinas neoliberais e a remanescência de um Estado de Bem-Estar Social, cujo centro seria o reconhecimento dos direitos civis e o respeito à autonomia individual.

samento, porém, mantém-se hígida: se, por um lado, o Estado se abstém de intervir nos comportamentos particulares, resguardando a autonomia individual, por outro passa a considerar como de interesse público muitos comportamentos essencialmente privados. O aparente paradoxo do Estado econômico mínimo e Estado penal máximo é reforçado pela manipulação de conceitos que, a cada momento, têm suas fronteiras ampliadas um pouco mais.

3. A ELASTICIDADE MODERNA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O conceito de delito, em suas mais diversas manifestações, não pode se desvincular da forma legal que assume. A despeito das tentativas da criminologia de se libertar das amarras da legalidade, como fez Rafaelle Garófalo em sua busca pela formulação do "crime natural",[20] crime continua sendo um comportamento legalmente proibido. E, para saber o que é crime, é necessário conhecer os tipos penais que descrevem ações e lhes cominam penas.

A base do direito penal moderno, portanto, é o princípio da legalidade. Sem ele, não se pode esperar conhecimento prévio por parte dos cidadãos acerca do que podem e não podem fazer. Sem ele, não existe conhecimento (sequer potencial) do injusto. A crença na prevenção geral negativa depende da compreensão disseminada de quais comportamentos são criminosos, para que então, temendo a punição, as pessoas se abstenham de praticá-los.

O que se observa, contudo, é que a informação sobre quais comportamentos foram criminalizados de forma alguma foi difundida. Com a exceção de um núcleo central de crimes como homicídio, roubo, estupro etc., poucas infrações penais são conhecidas e, como resultado, percebidas como crimes.

Por esta razão, Douglas Husak rapidamente aponta para o fracasso antecipado de qualquer esperança que resida nas teorias criminológicas da dissuasão.[21] Isto porque a vastidão da legislação penal, sua inacessibilidade e maleabilidade, asseguram que poucos cidadãos saibam distinguir o que é crime do que não é. Ainda, conforme aponta o autor, mesmo quando informados sobre o caráter criminal de sua conduta, poucas vezes esta informação efetivamente interfere no cometimento do injusto.

DARENDHORF, Ralf. *The modern social conflict*: the politics of liberty. 2. ed. Londres: Transaction, 2012.

20. Sobre a busca de Garófalo pelo delito natural: ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 313-314.

21. HUSAK, Douglas. Op. cit., p. 146.

O desconhecimento das figuras delitivas tampouco escapa aos especialistas da área das ciências criminais. No caso da legislação brasileira, uma iniciativa conjunta entre o Ministério da Justiça e a Fundação Getúlio Vargas, iniciada em 2007 resultou no desenvolvimento da plataforma Sispenas: um banco de dados que contabiliza todos os crimes em vigor na legislação pátria.[22] Este levantamento foi concluído apenas em 2010. Ou seja, foram necessários três anos de pesquisa para que especialistas no assunto contabilizassem todos os tipos penais existentes.

Ao final, foram identificados 1.688 (mil seiscentos e oitenta e oito) crimes em vigor no Brasil. Não é preciso muito esforço para compreender que, dentre este número expressivo de ações proibidas, aquelas que permeiam o imaginário popular do que se considera delitivo sequer alcançam um centésimo da totalidade.

Basta mencionar alguns exemplos de delitos para causar espanto mesmo no mais acostumado leitor de literatura técnica criminal, e ainda mais no assíduo acompanhador de tabloides policialescos. Crimes como "afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo ou ocultação fraudulenta de fato a ele relativo",[23] "clonagem humana",[24] "descartagem indevida de organismo geneticamente modificado",[25] "imitação de moeda para propaganda",[26] "inexecução de ordem judicial em que idoso for parte ou interveniente",[27] "inundação culposa",[28] "exploração indevida de matéria prima pertencente à União",[29] "utilização de índio e de comunidade como propaganda"[30], e tantos outros, certamente não transitam na compreensão popular do que é crime. Algumas destas ações proibidas, certamente despertam lembranças de sua recorrente prática na sociedade.

22. O banco de dados pode ser acessado no sítio eletrônico [www.sispenas.mj.gov.br].
23. Art. 50, III, da Lei 6.766/1979.
24. Art. 26, *caput*, da Lei 11.105/2005.
25. Art. 27, § 2.º, II, da Lei 11.105/2005.
26. Art. 44, *caput*, do Dec.-lei 3.688/1941.
27. Art. 101, *caput*, da Lei 10.741/2003.
28. Art. 254, *caput*, do Dec.-lei 2.848/1940.
29. Art. 2.º, *caput*, da Lei 8.176/1991.
30. Art. 58, *caput*, II, da Lei 6.001/1973.

Algumas figuras delitivas beiram o cômico, como é o caso da "destruição de planta ornamental",[31] do "molestamento de cetáceo"[32] e da "tentativa de desmembramento de parte do território nacional para constituir país independente".[33] Outras proibições causam enorme estranheza, revelando sua origem totalitária, como é o caso da "realização de propaganda promovendo a luta entre classes sociais"[34] – ação que, de tempos em tempos, parece instigar setores conservadores (os quais desconhecem a existência desta lei) a promover uma nova criminalização do mesmo comportamento.

A diacronia dos tipos penais não se encerra nesse número fixo apresentado pela plataforma Sispenas. Desde sua conclusão sugiram novos tipos penais e continuarão a surgir estatutos repressivos que ampliarão ainda mais o panorama apresentado.

O anteprojeto de novo Código Penal[35] ilustrava com perfeição o cenário de irracionalidade na expansão das hipóteses criminalizadoras. Ao mesmo tempo em que reforçava a já existente criminalização de ações lesivas ao meio ambiente, por meio da proibição de "apanhar animal silvestre",[36] inovava criando a figura da "omissão de socorro de animal".[37] Uma curiosa notícia de 09.11.2012, relatando o surgimento de uma capivara perdida e desnorteada na rodoviária de Curitiba, Paraná,[38] demonstrou a situação paradoxal que implicaria a aprovação da reforma legislativa pretendida: todos os presentes na rodoviária incorreriam, necessariamente, em algum crime. Se tentassem socorrer

31. Art. 49, *caput*, da Lei 9.605/1998.
32. Art. 1.º e art. 2.º, *caput*, da Lei 7.643/1987.
33. Art. 11 da Lei 7.170/1983.
34. Art. 22, § 1.º, da Lei 7.170/1983.
35. Posteriormente modificado e convertido no PLS 236/2012, sua versão original pode ser consultada em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=110444&tp=1]. Acesso em: 18.09.2015.
36. Art. 388. "Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena – prisão, de dois a quatro anos".
37. Art. 394. "Deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – prisão, de um a quatro anos".
38. Disponível em: [http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/capivara-aparece-na-rodoferroviaria-de-curitiba-e-chama-atencao-de-usuarios-9f51r3ociz9ud6nuvrfj5tf7y]. Acesso em: 18.09.2015.

a capivara, apanhando-a e levando até um local seguro, teriam consumado o primeiro tipo penal mencionado, enquanto aqueles que ignorassem a situação de perigo em que a capivara se encontrava, transitando desesperada em meio a diversos ônibus, consumariam o segundo tipo penal.[39]

Além de submeter a vida de todo cidadão à possibilidade iminente de uma persecução penal, a expansão penal irrefreada também implica na completa perda da eficácia do efeito dissuasivo da pena. A cada delito novo, torna-se um pouco mais ineficiente a função declarada da prevenção geral negativa. Como resumiu David Garland ao analisar o impacto da pós-modernidade na criminalidade e no controle social, "as velhas categorias do 'crime' e da 'delinquência' se tornaram menos óbvias, em termos de padrão de comportamento, e menos absolutas em sua força moral".[40]

4. HIPERCRIMINALIZAÇÃO

Enquanto o antigo Código Penal soviético continua a figurar como bastião da expansão penal totalitária, as legislações atuais de países que aderem à política da liberdade alcançam e ultrapassam a capacidade de controle estatal pela via da repressão. Este fenômeno pode ser observado em duas dimensões: a expansão da criminalização primária, por meio da superprodução de tipos incriminadores e a expansão da criminalização secundária, englobando aqui todos os processos de criminalização concreta e culminando no encarceramento em massa.

Esta análise se restringirá à primeira dimensão – sobre a qual há uma reduzida atenção acadêmica –, a qual se denomina "hipercriminalização". A sufixação "hiper" não provém do acaso. O termo "supercriminalização" indicia um processo de incriminação abstrata superior ao comum e sua utilização poderia melhor descrever o início deste movimento de controle total pela punição, que encontraria suas raízes modernas nas experiências totalitárias do século XX, além de carregar em si uma conotação positiva – muito diversa da crítica que se pretende impor; por outro lado, "sobrecriminalização" sugere uma base de

39. É evidente que a situação descrita poderia ser resolvida pelo uso das categorias da teoria do delito – possivelmente seria um caso de estado de necessidade justificante, ou mesmo conflito de deveres que implica na exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de comportamento diverso – mas o cenário bem delineia a cada vez mais presente hipercriminalização.

40. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 205.

criminalização sobre a qual surgem tipos penais que reincriminam os mesmo comportamentos ou comportamentos adjacentes, razão pela qual serviria como tradução ideal aos termos "*overlapping crimes*" e "*anciliary offenses*".[41] Hipercriminalização, portanto, atende com precisão à ideia de uma criminalização excessiva, negativa e avançada.

Este crescente impulso à criminalização, presente nos mais diversos países ocidentais, assume proporções faraônicas justamente naqueles em que o Estado, mínimo, busca a todo tempo, reafirmar sua legitimidade democrática e liberal. Essa contradição, conquanto muito bem mascarada, não passa despercebida.

Em um trabalho que aborda a plenitude do fenômeno do expansionismo penal, o professor britânico Robert Reiner apresenta uma análise comparativa da questão criminal em diferentes modelos político-econômicos contemporâneos.[42] Para tanto, ele se utiliza de quatro arquétipos sistêmicos ideais atuais: neoliberalismo, corporativismo conservador, social democracia corporativista e corporativismo oriental.

O neoliberalismo é identificado como o sistema de mínimo assistencialismo, concentração extrema de renda, igualdade meramente formal, forte individualismo, direitos sociais limitados, exclusão social acentuada e espectro político com dominação da direita; os Estados Unidos são utilizados como exemplo mais próximo deste modelo. Corporativismo conservador, cujo exemplo seria a Alemanha, é o modelo marcado por uma política centrista, com a influência moderada de um sistema hierárquico, assistencialismo relacionado ao *status* social, exclusão social moderada e concentração de renda acentuada, mas não extremada. A social democracia, relacionada aos Estados escandinavos, seria marcada pela presença de políticas de bem-estar social universais, sistema igualitário com exclusão social limitada e pequena concentração de renda, sendo o espectro político voltado à esquerda. Por fim, o corporativismo oriental, identificado pelo Japão, carregaria traços quase feudais, permeados por hierarquias tradicionais, assistencialismo paternalista proveniente do setor

41. "*Overlapping crimes*" é o termo utilizado para descrever tipos penais que recriminalizam uma conduta já apenada, "*anciliary offenses*" refere-se às criminalizações independentes de ações que orbitam e estão conectadas a um crime central (como é o caso da criminalização de atos preparatórios). HUSAK, Douglas. Op. cit., p. 36-40.

42. REINER, Robert. Casino capital's crimes. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *Oxford Handbook of Criminology*. 5. ed. Oxford: Oxford University, 2012. p. 301-330.

privado, exclusão social reduzida, porém completa alienação dos excluídos, com o espectro político voltado à centro-direita.[43]

A conclusão da comparação indica uma forte tendência punitiva nos países inseridos no modelo neoliberal, com uma política dominante de "lei e ordem". Os índices carcerários do neoliberalismo são consideravelmente mais elevados do que de todos os outros modelos, correspondendo, em 2006, a 701 presos por 100 mil habitantes nos Estados Unidos e, no patamar mais baixo deste grupo, 115 por 100 mil habitantes na Austrália. Em segundo lugar estaria o corporativismo conservador, com variações entre 93 a 100 presos por 100 mil habitantes. Sociais democracias seriam consideravelmente mais brandas, com uma pequena variação entre 70 a 73 presos por 100 mil habitantes e, em último lugar, o corporativismo oriental, com 53 presos por 100 mil habitantes no Japão. O autor ressalta que, embora muitos países se intercalem na análise, todos os integrantes do neoliberalismo protagonizaram índices muito superiores aos demais tipos político-econômicos.[44] Os estudos foram replicados com relação ao número de homicídios, resultando, novamente, na liderança neoliberal.[45]

Com isto, Reiner afirma de forma incisiva que a emergência das políticas neoliberais tem sido associada com mudanças sociais e culturais propícias a agravar a criminalidade e a esvaziar qualquer política criminal, exceto a conservadora abordagem de "lei e ordem".[46] Uma abordagem criminológica pela economia política, embora não seja capaz de analisar em profundida todas as questões relacionadas aos fatos delitivos, mostra-se extremamente valiosa em reconhecer tendências e linhas gerais. E, nas palavras do autor, "especificamente demonstra que políticas econômicas neoliberais, diferente das sociais democratas, tendem a ter um 'coração negro' de crimes sérios e punições cruéis".[47]

43. Idem, p. 321.
44. Idem, ibidem.
45. Idem, p. 323.
46. "The emergence of the globalized neo-liberal politicial economy has been associated with social and cultural changes that are likely to aggravate crime, and to displace all frameworks for crime control policy apart from 'law and order'". REINER, Robert. Op. cit., p. 326.
47. "Specifically it has shown that neo-liberal as distinct from, social-democratic political economies tend to have a 'dark heart' of both serious crime and cruel punishment". Idem, p. 328.

A forma política neoliberal instrumentaliza o controle penal para atender às demandas criadas pela retirada ou inexistência do Estado em outros setores. O excesso de crimes apresenta explicações criminológicas relacionadas à aspereza do livre mercado, que fomenta uma sociedade bulímica, a qual regurgita seus indesejados.[48] Ainda, a ausência de campos de atuação do Estado mínimo direciona a agenda política para um dos poucos setores sobre o qual detém exclusividade: a segurança pública.

Com isso, torna-se comum a correlação entre "lei e ordem" e "livre mercado", ainda que estes discursos apontem para uma mútua exclusão aparente. O campo político reduzido direciona seus atores para a demanda universal do combate à criminalidade, ao mesmo tempo em que fomenta a insaciável vontade popular por punição.[49]

Não se trata de uma opção político-ideológica. Conforme indiciam estudos apresentados por David Downes e Rod Morgan, mesmo governos autodeclarados de esquerda, quando inseridos em um contexto neoliberal, replicam a agenda político-criminal correspondente ao modelo econômico. Em uma análise do quadro político britânico entre os anos 1960 e 2010, observou-se que a prática e o discurso de todos os partidos invariavelmente convergiram para uma eterna renovação do modelo de "lei e ordem".[50]

De fato, o governo do *New Labour*, sucedendo anos de uma política neoliberal extremada, deu continuidade ao expansionismo penal que o precedia. Até mesmo a famosa frase de campanha do primeiro ministro Tony Blair, "*though on crime, though on the causes of crime*" delineia a guinada em direção a um recrudescimento de um partido que, enquanto oposição, desferia severas críticas à inobservância de garantias fundamentais por parte do Estado. Após dois mandatos no poder, o *New Labour* se estabeleceu como o partido da lei e da ordem.[51] Em 2010, o partido foi responsável por promulgar em

48. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 91-92

49. "Neo-liberalism has fanned the fames of social breakdown and crime, stimulating an ever more insatiable popular lust for harsher punishments. The media have of course been important cheerleaders for this". REINER, Robert. Op. cit., p. 328-329.

50. DOWNES, David; MORGAN, Rod. Overtaking on the left? The politics of law and order in the 'big society'. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. Oxford Handbook of Criminology. 5. ed. Oxford: Oxford University, 2012. p. 182-205.

51. "Through an assiduous programme of modernization, New Labour had stablished themselves as a credible party to take up the reins of government and after two terms in government claimed now to be *the* party of 'law and order'. By their failure to crit-

torno de 50 leis de conteúdo criminal, criando 4.400 (quatro mil e quatrocentos) novos delitos.[52]

O recrudescimento do plano político criminal não pode ser compreendido como fruto de uma conspiração do livre mercado.[53] A conclusão pedestre de que as escolhas políticas das elites seriam responsáveis pelo alargamento do controle através do sistema de justiça criminal é, em realidade, uma forma idealista de superestimar o papel dos atores políticos no contexto social.

A compreensão das complexas razões que atuam por trás do fenômeno da hipercriminalização, requer uma reflexão sobre as condições materiais que estruturam o modelo político econômico do neoliberalismo. Esta se inicia, antes de tudo, pela solução do paradoxo aparente entre Estado mínimo e repressão máxima.

5. O ESTADO MÍNIMO TOTALITÁRIO

As tendências atuais do plano político criminal, dentre as quais se situa a hipercriminalização, são identificadas por David Garland como resultado do impacto da pós-modernidade. Em sua compreensão, pós-modernidade abarca as novas mudanças de produção capitalista, a reestruturação das famílias, a ascensão da mídia de massa eletrônica e a democratização da vida social e cultural. O autor ressalva, contudo, que os aspectos mais importantes da modernidade recente são a força econômica da competição capitalista e a luta por direitos civis.[54]

Neste panorama, em que está inserida a forma político econômica do neoliberalismo – intrínseca à análise de Garland, eis que esta se restringe às sociedades norte-americana e britânica –, houve um considerável aumento nas taxas criminais. Este aumento resultaria do impacto multidimensional da pós-mo-

---

icize Conservative proposals while in Opposition, and by their legislation and other initiatives while in Government, it was the 'though on crime' part of their slogan that they emphasized". DOWNES, David; MORGAN, Rod. Op. cit., p. 186.

52. Idem, p. 190.

53. O mesmo se pode dizer de todo o discurso jurídico-penal que, como aponta Zaffaroni, é eminentemente falso. "O discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má-fé nem de simples conveniência, nem o resultado de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 14.

54. GARLAND, David. Op. cit., p. 184-185.

dernidade, que implicaria na exasperação de oportunidades de cometimento de delitos, na redução da prevenção situacional, no aumento da população em situação de risco e na redução da eficácia dos controles sociais e individuais.[55]

O ponto central, contudo, não é a etiologia do aumento da criminalidade, mas sim a resposta estatal a essa questão. Como aponta Garland, o definhamento do Estado de Bem-Estar Social, que carregava em si o previdenciarismo penal, foi acompanhado pelo ressurgimento da política arcaica de lei e ordem.[56] Contraditoriamente, a crença de que a repressão estatal seria suficiente ou mesmo eficaz no controle da criminalidade encontrava-se severamente abalada após ter sofrido incessantes críticas entre as décadas de 1960 e 1980.[57]

O retorno da mitologia da lei e da ordem trouxe consigo uma série de medidas esquizofrênicas. Ao mesmo tempo em que era reconhecido o limite do Estado de enfrentar a questão criminal, o que deu origem às políticas adaptação de um sistema declaradamente falido às condições materiais da realidade, este mesmo Estado negava sua incapacidade, reafirmando a importância da repressão penal e passando a atuar em uma política criminal que Garland descreve como simbólica.[58]

Com isto, as medidas mais marcantes do pós-modernismo na seara criminal, dentro desta análise dos Estados Unidos e do Reino Unido, possuem um caráter ambivalente. A política criminal acompanhou os ditames do neoliberalismo em alguns aspectos de adaptação do sistema aos seus limites materiais, como na privatização dos presídios e profissionalização dos agentes policiais.[59] Contudo, a face definidora deste período reside na atuação expressiva da política criminal, de orientação notadamente conservadora.

Em clara negação à sua incapacidade na redução da criminalidade, a agenda política do modelo neoliberal se estruturou em torno da tentativa de resgate da confiança popular no sistema de justiça criminal. Cada vez mais os atores políticos centraram seus discursos na questão criminal, ressuscitando a política de lei e ordem, como complementar à política da liberdade.[60] As respostas se tor-

55. Idem, p. 203-204.

56. Idem, p. 283.

57. Idem, p. 247-248.

58. Idem, p. 249-250.

59. Idem, p. 253-266.

60. "Em vez de reconhecer os limites do Estado soberano e adaptar-se a eles, a agenda política de medidas de grande repercussão consistia em 'restaurar a confiança pública'

naram eminentemente simbólicas, no sentido em que focavam exclusivamente em atender rápida e impulsivamente às demandas populares de combate ao crime, fomentadas autopoieticamente pelo discurso midiático e político de lei e ordem. Com isto, a criação de novos estatutos incriminadores se converteu no instrumento principal de combate ao crime do neoliberalismo, "medida retaliadora cuja virtude é a própria existência".[61]

Com isto se observa que o Estado neoliberal, para preservar sua forma política hegemônica, sofre uma cisão. Em seu aspecto oficial, estabelece-se como mínimo, reduzindo sua atuação na esfera econômica e social. Dentro de si, porém, carrega a semente do conservadorismo, corrigindo os resultados de sua política econômica de austeridade e preenchendo as fissuras do capitalismo com a violência legitimada da repressão penal.[62]

Neste modelo político econômico, a hipercriminalização atua como violência simbólica, ao mesmo tempo em que instrumentaliza a violência subjetiva da criminalização secundária, concretizada pelo encarceramento em massa das classes marginalizadas. Ambas as manifestações da violência possuem funções complementares, destinadas a reproduzir e mascarar a violência objetiva, latente e inerente ao modo de produção capitalista, mas cuja maior expressão se encontra justamente no neoliberalismo.

O Estado mínimo gesta um embrião totalitário.

6. TOTALITARISMO PENAL

O termo totalitarismo carrega uma negatividade potente. Atribuir a característica de totalitário a um governo, como adversários políticos fazem irrefletidamente em um processo eleitoral, ou como comentadores políticos empregam o termo indiscriminadamente para rechaçar medidas drásticas ou impopulares, certamente induz a uma conclusão problemática. Não há dúvida de que a carga negativa da palavra é merecida, mas compreender o que é totalitarismo é o passo necessário para a crítica de sua presença nas formas políticas democráticas.

---

na justiça criminal, afirmando, ao mesmo tempo, os valores da disciplina moral, da responsabilidade individual e do respeito pela autoridade". Idem, p. 280.

61. Idem, p. 282.

62. "Embora esta contradição seja, às vezes, racionalizada como uma política de 'bifurcação', suas raízes verdadeiras jazem na ambivalência política que resulta de uma máquina estatal complexa confrontada por suas próprias limitações". Idem, p. 289.

Ralf Dahrendorf, conhecido por ser precursor do pensamento fundante da criminologia do conflito, opõe totalitarismo ao que denomina de política da liberdade – ideia relacionada de forma nebulosa aos modelos políticos da Europa Ocidental. Para ele, o totalitarismo teria características ambivalentes e por vezes contraditórias, marcado pela presença de um controle centralizado, autoritário, mas com setores de grande apatia e permissividade. Esta ideia provém das reflexões de Hanna Arendt, Leonard Schapiro e Franz Neumann, os quais identificam a estrutura totalitária como resultado da modificação de antigas estruturas por sociedades de massa desestruturadas. Seus modelos de análise são a União Soviética, a Alemanha nazista e experiências fascistas despontadas na Europa durante o século XX. [63]

Para Dahrendorf, porém, o totalitarismo seria uma experiência vinculada a um contexto de modernidade incompleta, com a traição dos intelectuais – os quais fomentariam uma produção apologética do totalitarismo – e marcado por uma forte liderança.[64] Este delineamento temporal da modernidade ainda incompleta, que para o autor teria sido superado em todos os países que passaram por tais regimes, conduziria à conclusão de que o totalitarismo não poderia ocorrer duas vezes no mesmo país.[65]

Esta concepção é extremamente interessante e reveladora. Não fosse pela crença de que a história não se repete, seria possível identificar o totalitarismo nos regimes atuais.

Conforme demonstrado, o controle centralizado e autoritário é percebido no monopólio estatal da violência e segurança, em processo de avançado expansionismo que pouco difere dos modelos repressivos dos Estados totalitários. Nas demais áreas, notadamente o (livre) mercado, há uma expressiva apatia e permissividade. Dentro deste conceito, o neoliberalismo preenche todos os requisitos para ser considerado um regime totalitário.

A compreensão do totalitarismo, portanto, é invariavelmente permeada pela ideologia. Conforme aponta Žižek, o termo "Estado total" foi cunhado por Benito Mussolini como designação da Itália fascista, enquanto totalita-

63. DARENDHORF, Ralf.. Op. cit., p. 78-79.

64. "It's ingredients are incomplete modernity, the treason of intellectuals, and the lure of leadership". Idem., p. 80.

65. "Hitler is dead, so is Stalin. The question is whether it can happen again. Can totalitarianism visit the same country twice? If the analysis suggested here is correct, it cannot. Once a totalitarian regime has run its destructive course, the conditions for its emergence have gone forever". Idem, p. 84.

rismo é próprio da crítica liberal, utilizado para demarcar a oposição dos regimes ocidentais pós-guerra daqueles que os precederam.[66] Em uma genial metáfora, o autor demonstra que a ideia de totalitarismo é, em seus termos, um antioxidante ideológico, utilizado como meio de neutralização do pensamento radical livre:

> Na embalagem do chá verde Celestial Seasonings há uma breve explicação de seus benefícios: "O chá verde é uma fonte natural de antioxidantes que neutralizam os *radicais livres*, moléculas nocivas ao nosso corpo. *Controlando os radicais livres*, os antioxidantes ajudam o corpo a manter a saúde". *Mutatis mutandis*, a noção de totalitarismo não é um dos principais antioxidantes *ideológicos*, cuja função durante toda sua existência foi *controlar os radicais livres* e, assim, ajudar o corpo social a manter sua saúde político-ideológica? (destaques no original).[67]

Ainda, seguindo o pensamento de Žižek, não há um conceito teórico efetivo de totalitarismo. O termo é, em realidade, um "tapa-buraco", destinado a obstar a crítica pela via de cisão dialética entre totalitarismo e democracia liberal.[68] Todos os abusos, o autoritarismo, a violência objetiva, subjetiva e simbólica reproduzida na atualidade é apagada na comparação com um passado próximo – e, em certa medida, ainda presente. A crítica desafiadora da ordem imposta é rapidamente descartada como reaparição de um fantasma do passado.

Dessa forma, compreende-se por que Dahrendorf adiciona uma demarcação temporal para o totalitarismo. Ressalvando que apenas no contexto já superado de modernidade incompleta pode surgir essa forma política e, ainda, que

66. ŽIŽEK, Slavoj. *Alguém disse totalitarismo?* Cinco intervenções no (mau) uso de uma noção. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 8.

67. Idem, p. 7.

68. "O argumento deste livro é, portanto, que a noção de 'totalitarismo', longe de ser um conceito teórico efetivo, é um tipo de *tapa-buraco*: em vez de possibilitar nosso pensamento, forçando-nos a adquirir uma nova visão sobre a realidade histórica que ela descreve, ela nos desobriga de pensar, ou nos impede ativamente de pensar. Hoje, a referência à ameaça 'totalitarista' sustenta um tipo de *Denkverbot* (proibição ao pensamento) tácito, algo semelhante ao *Berufsverbot* (proibição de ser empregado por qualquer instituição estatal) do fim da década de 1960 na Alemanha – se o sujeito demonstra uma inclinação mínima para se envolver em projetos políticos que visam desafiar seriamente a ordem existente, a resposta imediata é 'Por mais benévolo que seja, isso vai levar necessariamente a um novo *gulag*!'" (destaques no original). Idem, p. 8.

seu contexto é irrepetível, o autor nega a característica totalitária dos regimes atuais, cegando sua análise para o presente.

É evidente que o totalitarismo embrionário do Estado mínimo não é um reflexo dos regimes totalitários do século XX. É sua superação dialética. Da mesma forma como o domínio direto de um cidadão sobre outro foi substituído pela exploração indireta mediada pelo Estado – mascarando assim sua natureza, mas de forma alguma a alterando –,[69] os regimes totalitários foram substituídos pela "política da liberdade", sem, contudo, abandonarem sua pretensão de controle total, autoritário e repressivo dos cidadãos.

A convergência entre o neoliberalismo e os regimes totalitários é percebida justamente no fenômeno da hipercriminalização. Embora seja vinculado às experiências do século passado, seu ápice ocorre no momento atual. O âmbito de controle do Estado é estendido de forma a abarcar todos os cidadãos, ao aumentar o número de ações criminalizadas, torna-se impossível o conhecimento absoluto do que é permitido e do que é proibido e o aspecto oculto desta política impede que qualquer pessoa escape ilesa de uma análise detida de suas ações. Todos, invariavelmente, estariam sujeitos ao poder punitivo estatal.

Mas não são todos punidos. É importante retornar ao traço distintivo do totalitarismo esloveno, apontado por Žižek no início deste artigo: ao mesmo tempo em que o Estado possui o poder para punir todos, ele se mostra leniente, compassivo, apagando a crueza de sua repressão em uma névoa de permissividade.

No neoliberalismo, a permissividade recebe o nome de *impunidade*. A quantidade absurda de crimes converte todos os cidadãos em criminosos. É perceptível que, nestas condições, a prisão de todos é impossível e indesejável. Dessa forma, a impunidade deve ser compreendida como parte estruturante do sistema. Sua presença, além de inevitável, é útil. Isto porque fomenta o discurso de "lei e ordem", enrijecendo o vínculo do conservadorismo ao neoliberalismo.

O conceito de totalitarismo, empregado como antioxidante ideológico, impede a percepção de que a renovação da prática totalitária se aperfeiçoou justamente no neoliberalismo. Os radicais-livres, perigosos para o funcionamento político-ideológico, aparecem sob a forma dos inúteis para o sistema de produção, neutralizados pela via do encarceramento em massa. Sobre eles recai a criminalização secundária, a violência subjetiva. E enquanto a bandeira da impunidade permanece hasteada, a extensão e a concretude dessa violência estatal se dissipam no ar.

69. PACHUKANIS, Evgeni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 92-95.

Com isto, o que se pretende delinear é que embora a figura caricata do regime totalitário tenha desparecido, os sintomas do totalitarismo permanecem. Sintomas, aqui utilizados no sentido conferido por Žižek, de um sinal ambíguo que indica um conteúdo oculto.[70]

O sintoma totalitário manifesta-se na dicotomia paradoxal de um Estado mínimo na esfera econômica e máximo na repressão penal. Este sinal ambíguo indica o conteúdo oculto de que a "política da liberdade" é, na realidade, a política da privação da liberdade.

7. A IMPOSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO (SECUNDÁRIA) ABSOLUTA

Embora o fenômeno da hipercriminalização legitime os meios para que todos os cidadãos se convertam em réus a partir do momento em que se insiram no radar da criminalização, isso nunca acontecerá. Como apontado, não em razão da criação de limites jurídicos– contrariando a ilusão de que a racionalização do poder se confunde com sua limitação. A seletividade do sistema – essa sim, cada vez mais racionalizada[71] – é incumbida de direcionar os órgãos de persecução àqueles que serão concretamente criminalizados.

Isso porque a pretensão de controle penal total é irrealizável. Não existem recursos que permitem que todos respondam por cada uma das ações delitivas que cometeram.[72] Fosse essa a intenção, o mundo teria de ser murado e convertido em uma gigantesca penitenciária e a liberdade se tornaria um sonho nostálgico e inatingível, conferindo novo significado ao lema atribuído ao imperador Ferdinando I: *fiat justitia, pereat mundus*.[73]

70. ŽIŽEK, Slavoj. Alguém disse totalitarismo? cit., p. 74.

71. Sobre o tema, a interessante contribuição de Maurício Stegemann Dieter demonstra como a lógica atuarial permeou e possuiu o sistema de justiça criminal, racionalizando a gestão da punição. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

72. "O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o 'dever ser', o sistema penal intervém repressivamente de modo 'natural' (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planificado". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 26.

73. "A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstâncias inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legisla-

De fato, a criminalização de todos é impossível e indesejável, tornando a impunidade necessária. Ao mesmo tempo, a proliferação de tipos penais afeta negativamente qualquer perspectiva de prevenção geral negativa. Esvazia a suposta característica de *ultima ratio* do sistema de justiça criminal. Abala o mito da racionalidade do sistema (e sua respectiva crença). Fomenta a intervenção estatal em aspectos meramente privados e propicia a reprodução exponencial de punições injustas e indevidas.[74] Por fim, fracassa e inviabiliza sua função declarada de "combater o crime", na medida em que uma maior criminalização implica na expansão do que se compreende por crime, distanciando seu objetivo a cada passo de sua expansão.

Supondo existir um resquício de racionalidade que sustente esse expansionismo, a questão que aqui se põe é: sendo evidente o fracasso de seu objetivo manifesto, qual a *função latente* da hipercriminalização? Essa difícil resposta aparenta caminhar em direção à afirmação de Zaffaroni de que "o sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce".[75]

Isto é, a expansão das hipóteses de criminalização fornece inesgotável combustível ao discurso da impunidade, que retroalimenta a demanda por maior criminalização. Reproduzindo, assim, a crença de que há uma permanente necessidade por maior punição, de que o Estado é leniente e permissivo, oculta-se a verdadeira face da repressão penal. O excesso punitivo, o inchaço do sistema carcerário (e dos sistemas penais paralelos e correlatos), suas condições desumanas e a aguda e arbitrária seletividade penal permanecem distantes do "senso comum criminológico"[76] e são estranhas à compreensão pedestre da questão criminal.

8. CONCLUSÃO: SINTOMAS TOTALITÁRIOS E FUNÇÕES LATENTES

Enfim, ao perceber a função desempenhada pelo excesso de criminalização primária em maquiar a realidade crua da criminalização secundária, é que se

---

tivamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população". Idem.

74. HUSAK, Douglas. Op. cit., p. 17-24.

75. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 26.

76. Termo cunhado por Alessandro Baratta, referindo-se ao saber penal popular. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 94-96.

estabelece a conclusão deste artigo: a violência simbólica estatal atua como mecanismo de ocultação de sua violência subjetiva. A hipercriminalização é um fenômeno cercado de malefícios e movido por uma irracionalidade que a todo custo deve ser expurgada. Trata-se de um nefasto sintoma totalitário, que floresce naturalmente no seio da política da liberdade.

Mas a razão central pela qual é necessário direcionar esforços em desmascarar a expansão penal reside justamente em sua função oculta. Com base nela é que se possibilita a eterna reprodução e expansão de um sistema penal fracassado e violento, sob o argumento distorcido de que seu fracasso é tributário à insuficiência de sua violência.

O Brasil permanece ainda um pouco distante da distopia instaurada em países mais próximos da forma ideal do neoliberalismo. Nossos mais de 1.688 (mil seiscentos e oitenta e oito) tipos penais consolidam a posição nacional repressora e permitem um amplo controle pela via da criminalização. A continuidade na expansão de hipóteses incriminadoras anuncia uma profecia verdadeiramente Kafkaniana – qualquer um pode ser o próximo Josef K.

Nesse cenário, o aviso de Silverglate se aplica integralmente à realidade pátria. Assim como a experiência soviética deveria ter despertado os Estados Unidos dos rumos totalitários da hipercriminalização, a experiência norte-americana deve servir de exemplo dos sintomas totalitários que o expansionismo penal carrega, mesmo – ou melhor, especialmente – dentro de uma forma política que se autoproclama garantidora da liberdade individual.

9. BIBLIOGRAFIA

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Lukacs, Proust e Kafka*: literatura e sociedade no século XX. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005.

DARENDHORF, Ralf. *The modern social conflict*: the politics of liberty. 2. ed. Londres: Transaction, 2012.

DIETER, Maurício Stegemann. *Políticia criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DOWNES, David; MORGAN, Rod. Overtaking on the left? The politics of law and order in the 'big society'. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *Oxford Handbook of Criminology*. 5. ed. Oxford: Oxford University, 2012.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization:* the limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACHUKANIS, Evgeni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

REINER, Robert. Casino capital's crimes. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *Oxford Handbook of Criminology*. 5. ed. Oxford: Oxford University, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Madrid: Civitas, 2006. t. I.

SILVERGLATE, Harvey. *Three fellonies a day*. New York: Encounter, 2011.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ŽIŽEK, Slavoj. *Alguém disse totalitarismo*? Cinco intervenções no (mau) uso de uma noção. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Da (im)possibilidade da instituição de parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro releitura frente à crise do Estado, de Frederico Ribeiro de Freitas Mendes – *RT* 930/221-235 (DTR\2013\2543);
- O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir, de Fábio Roque da Silva Araújo – *RBCCrim* 80/35-79 (DTR\2009\518); e
- Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita, de Beatriz Rizzo Castanheira – *RBCCrim* 24/99-124, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/883-916 (DTR\1998\418).

863614

FEMINISMO, DIREITO E ABORTO: ARTICULAÇÕES POSSÍVEIS E NECESSÁRIAS PARA EMANCIPAÇÃO DE GÊNERO

FEMINISM, LAW AND ABORTION: POSSIBLE AND NECESSARY LINKS TO ACHIEVE GENDER EMANCIPATION

FERNANDA MARTINS

Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Professora substituta de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.
Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade do Vale do Itajaí.
fernanda.ma@gmail.com

MARIANA GOULART

Bacharela e licenciada em História pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí.
marianagoulart19@hotmail.com

Recebido em: 26.10.2015
Aprovado em: 26.04.2016
Última versão autoras: 11.05.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: Os movimentos feministas, principalmente os de segunda onda, trouxeram muitas contribuições ao se problematizar sobre o corpo, o prazer e o patriarcado. Uma delas, objeto de crítica e reflexão deste artigo, a descriminalização do aborto. Este tema também atravessa as publicações da Revista Direito Penal e Criminologia entre as décadas de 1970 e 1980. A partir destas premissas, pretende-se analisar estes movimentos em conjunto com as publicações da revista, a fim de problematizar suas implicações contemporâneas por meio do PL 478/2007, reconhecida pelos movimentos feministas como "Bolsa Estupro".

PALAVRAS-CHAVES: Feminismo – Direito – Aborto.

ABSTRACT: Feminist movements, particularly their second wave, made a great contribution to raising several issues related to body, pleasure and patriarchy, including the decriminalization of abortion that we critically discuss in this article. This theme is also found in publications of Revista Direito Penal e Criminologia between the 1970s and 1980s. Based on these assumptions, we intend to analyze these waves and this magazine's publications to discuss their contemporary's implications through Bill 478/2007, recognized by feminist movements as "Bolsa Estupro".

KEYWORDS: Feminism – Law – Abortion – Bill 478/2007 – Revista Direito Penal e Criminologia [Magazine titled Criminal Law and Criminology].

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias - 2.1 Conceitos de feminismo - 2.2 Construção histórica do movimento - 2.3 Categorias políticas: feminismo e aborto - 3. O direito de escolha e a emancipação de gênero - 3.1 A descriminalização do aborto e a Revista de Direito Penal e Criminologia - 4. Já em tempos de "democracia"... - 5. Conclusão - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto prática institucionalizada pelo Estado, é notoriamente masculino e patriarcal. Basta observar e comparar o número de homens e mulheres que ocupam cargos de poder, ou ainda, que proferem decisões ou ocupam as cadeiras do legislativo. Ingenuidade pensar que as leis atendem os anseios da sociedade e dos movimentos sociais. Ingenuidade maior ainda é achar que o legislador é um ser racional, dotado de razão e neutro. O Direito nada mais é do que uma instituição de poder que atende os anseios de determinados grupos.

O Direito Penal, a partir do princípio da intervenção mínima, deverá ser *a ultima ratio,* protegendo os bens jurídicos mais relevantes e importantes para a sociedade. Mas, como pontificava Nilo Batista, o Direito Penal é seletivo. A partir desta seletividade, a prática abortiva é criminalizada, encarcerando e assassinando mulheres – pobres e negras, sobretudo – retirando a autonomia sobre o próprio corpo. Afinal, quem se quer proteger? A quem o Direito socorre?

2. FEMINISMO, DIREITO E ABORTO: ARTICULAÇÕES POSSÍVEIS E NECESSÁRIAS

Diante do exposto, para se (re)pensar a descriminalização do aborto, torna-se necessário historicizar os movimentos feministas, suas pautas de reivindicação e luta, assim como as suas demais vertentes; principalmente as décadas de 1970 e 1980 que foram emblemáticas para o movimento brasileiro. Em concomitância, direcionar o olhar analítico para as publicações referentes ao tema na Revista de Direito Penal e Criminologia, contendo publicações de suma relevância no mesmo contexto.

É mister lançar um olhar atento ao passado para que se possam compreender os discursos contemporâneos acerca do aborto e sua descriminalização. Em torno deste tema, verificam-se mudanças e permanências ao logo do curso da História: de um lado, movimentos feministas reivindicando o direito ao seu próprio corpo, criticando a visão patriarcal que o Direito assume na tutela penal ao criminalizar – primariamente e secundariamente – a conduta abortiva, somando-se às publicações da Revista às quais denunciam a seletividade e a

violência entorno destas mulheres que realizam o aborto; e por outro lado, sem nos ater a uma divisão dicotômica, dentro de uma longa tradição, inventada e (re)afirmada pelos setores mais conservadores da sociedade, a criminalização do aborto.

Esta conduta é criminalizada por ofender o bem jurídico relacionado à "vida", no caso, à vida intrauterina. Constata-se, portanto, a permanência deste discurso em nosso ordenamento jurídico. Porém, verificam-se mudanças ao se relativizar esta proteção, nos casos de aborto necessário – para salvar a vida da gestante – e nos casos de gravidez resultante de estupro. Diante deste quadro, as mulheres conquistaram, ainda que de uma maneira parcial, direito ao seu próprio corpo.

Contudo, o movimento da história não é linear e muito menos homogêneo. Compreender a história como um processo – dialético – é chave interpretativa para este artigo. Novos discursos em relação à prática abortiva são (re)significados no âmbito legislativo, agora no presente, por meio da PL 478/2007, denominada coloquialmente como "Bolsa Estupro". O referido projeto ratifica a tutela para o Nascituro – o qual não é nenhuma novidade no sistema jurídico brasileiro – porém, traz uma especificidade: em casos de gravidez mediante estupro, a mulher receberá indenização por ter sofrido esta violência. Os direitos das mulheres de abortar – ainda que em poucos casos – está ameaçado.

Atualmente, o projeto tramita na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e sua última movimentação refere-se à aprovação de uma audiência pública para discutir a adequação constitucional. Mas, diante de um legislativo que é um dos mais conservadores desde 1964, o projeto encontra um terreno fértil para a sua efetiva aprovação. Diante disto, torna-se imprescindível discutir os reflexos deste frente às lutas de emancipação feminina.

2.1 Conceitos de feminismo

Falar de "feminismo" no singular é um equívoco. Para adentrarmos na seara deste movimento, precisamos ter em mente que este é constitutivo de múltiplas experiências e vivências ao longo do tempo. Não é um movimento homogêneo, único, e sim plural. Referimo-nos, então, em "feminismos". Este artigo não possui a pretensão de analisa-los em suas minucias, mas sim mostrar como estes movimentos foram de suma importância para se problematizar e desconstruir os papéis de gênero – sendo este um dos elementos que organizam a vida em sociedade, bem como problematizar a ordem estabelecida e fundamentada nestes papéis.

O feminismo atrela-se a diversos conceitos. O *feminismo liberal*, por exemplo, tem como pressupostos a igualdade, a liberdade, e a racionalidade, pois homens e mulheres são seres humanos dotados de razão, portanto, devem ter as mesmas oportunidades e direitos, por meio de leis.[1] Estas ideias são corolários das revoluções burguesas-liberais que perpassaram os séculos XVIII e XIX. Os homens eram considerados detentores destes direitos, conforme exemplifica a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789. Às mulheres, restavam os papeis de mães e esposas, com sua liberdade cerceada pelos muros do espaço doméstico.

Esta vertente do feminismo, portanto, utilizou-se da doutrina liberal para reivindicar que as mulheres possuem a capacidade de governarem a si mesmas e também são detentoras de direitos e, dentro deste contexto, a lei seria o instrumento para garanti-los. Vê-se então a busca da igualdade em seu aspecto formal, sem a problematização de outras questões que serão feitas por outras correntes do feminismo.

Diferentemente, segundo Cynthia Semíramis, a partir de uma perspectiva jurídica, o *feminismo cultural* criticou esta vertente, argumentando que "a igualdade na forma da lei não é suficiente, pois há características intrínsecas que tornam homens e mulheres diferentes",[2] e a igualdade formal, ao não abarcar estes atributos, geraria, pelo contrário, mais desigualdades. O feminismo cultural recebeu contribuições de outros grupos, como o das feministas negras e lésbicas, uma vez o que liberalismo refere-se somente à "mulher branca, cisgênera, heterossexual de classe média/alta, encobrindo diferentes recortes como orientação sexual, raça/etnia, geração e classe social".[3]

O Feminismo também recebeu influências advindas das teorias marxistas, o qual também criticou a visão liberal. Conforme exposto, o feminismo liberal não se ateve às questões de classe e o marxismo, por meio do materialismo histórico como método de análise, propulsionou uma nova crítica à situação da mulher. Com o advento do capitalismo, as mulheres também ingressaram

1. PEDRO, Joana Maria. Narrativas fundadoras do feminismo: poderes e conflitos (1970-1978). *Rev. Bras. Hist.* [online]. vol. 26. n. 52, 2006, p. 271. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882006000200011&script=sci_arttext]. Acesso em: 13.07.2015.
2. SEMIRAMIS, Cynthia. Perspectivas das mulheres e mudanças na teoria do direito. *Anais Fazendo gênero 10: desafios atuais dos feminismos*. Florianópolis, 16 a 20.09.2013. p. 2. Disponível em: [www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1384447602_ARQUIVO_cynthiasemiramis.pdf]. Acesso em: 08.07.2015.
3. Idem, ibidem.

no universo do trabalho, porém, com uma vasta carga horária e com salários mais baixos do que dos homens, somados ao trabalho doméstico. Segundo a historiadora Joana Maria Pedro, *o feminismo marxista* "afirma que a verdadeira liberação das mulheres somente ocorrerá num contexto de transformação global",[4] ou seja, por meio da práxis é que ocorrerá a verdadeira emancipação das mulheres.

Marx já denunciava em a *Ideologia Alemã,* por meio do materialismo histórico, que a propriedade privada tem como fase embrionária, a própria família, onde as mulheres em conjunto com os filhos, estavam subordinadas aos homens em uma condição de escravidão: "a escravidão na família, ainda latente e rústica, é a primeira propriedade, que aqui, diga-se de passagem, corresponde já à definição dos economistas modernos, segundo a qual a propriedade é o poder de dispor da força de trabalho alheia".[5] Estas ideias contribuíram para se problematizar a condição da mulher e sua relação com os modos de produção e as relações de classe.

Joan Scott esclarece que o feminismo marxista analisa as famílias, os lares e a sexualidade como "produtos da mudança dos modos de produção".[6] Contudo, a historiadora americana, influenciada por Jacques Derrida e Michel Foucault, nos explica que a vertente marxista possui uma abordagem que coloca as questões de gênero como subproduto das estruturas econômicas, corroborando para que as questões relativas ao gênero não tenha seu próprio campo de análise. A denúncia à propriedade privada e aos modos de produção não é suficiente para explicar o gênero e a sexualidade, embora seja um ponto de partida para a reflexão. A referida autora critica esta vertente, pois o argumento ligado ao materialismo é limitado, não contemplando outros direcionamentos analíticos.

O *feminismo pós-moderno* é um dos exemplos destes direcionamentos. Esta vertente questionou conceitos relacionados a sexo, gênero e sexualidade, mostrando que estes são frutos de construções sociais, "usadas para transmitir e manter hierarquias".[7] Questões relativas à heteronormatividade

4. PEDRO, Joana Maria. Op. cit., p. 271.
5. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã.* São Paulo: Boitempo, 2007. p. 36-37.
6. SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. vol. 20. n. 2. Porto Alegre, jul.-dez./1995, p. 78. Disponível em: [www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/SCOTTJoanGenero.pdf]. Acesso em: 09.07.2015.
7. SEMIRAMIS, Cynthia. Op. cit., p. 3.

e o binarismo homem-mulher também foram problematizados por essa vertente, respaldando em críticas sobre o casamento enquanto um contrato civil de apenas duas partes – heterossexuais – e a impossibilidade de adoção por casais homossexuais.

Estes conceitos permearam a história do feminismo, cada qual, fruto de seus próprios contextos, como veremos a seguir.

2.2 Construção histórica do movimento

A historiadora Joana Maria Pedro divide o movimento feminista em dois momentos ou, como a própria autora denomina, em "ondas". O feminismo de primeira onda, articulado entre os séculos XVIII e XIX, refere-se à luta pelo direito ao voto, às eleições e também por melhores condições de trabalho, remuneração, assim como o direito ao estudo, à herança e à propriedade.[8] Buscava-se a garantia das liberdades clássicas, com intuito que as mulheres tivessem os mesmo direitos que os homens já possuíam anteriormente. Trata-se, portanto, de uma questão de equiparação. Convergindo com o conceito de feminismo liberal anteriormente discutido.

Uma das percussoras deste movimento, pautado nas ideias liberais é Mary Wollstonecraft, por meio de sua obra *Uma vindicação dos direitos da mulher* em 1792. A educação seria neste caso, para a autora, o caminho para o desenvolvimento racional da mulher. Portanto não há a crítica referente à construção dos papéis associados à emoção para mulheres e à razão para os homens. O que seria, conforme explicam os autores Luiz Felipe Miguel e Flávia Biroli, uma adesão às ideias da época, adaptadas às mulheres, sem superá-las criticamente.

Segundo Luiz Felipe Miguel e Flávia Biroli, o final do século XIX presenciou o surgimento do feminismo socialista, amparado à teoria marxista, trazendo questões concernentes à mulher e às relações de trabalho. Entendendo a "dominação masculina como um subproduto da dominação burguesa",[9] ou seja, a luta de classes tinha como uma das consequências a prevalência do masculino sob o feminino, sendo assim uma dupla opressão de classe e de gênero. As feministas socialistas criticaram o feminismo liberal por não ser capaz de

8. PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. *História*. vol. 24. n. 1. São Paulo, 2005, p. 79. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/his/v24n1/a04v24n1.pdf]. Acesso em: 12.07.2015.

9. MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 23.

libertar a mulher do seu *status quo*, apenas a inseriram, de outra maneira, no mesmo contexto opressor.

Diferentemente, o feminismo de segunda onda surgiu no final da Segunda Grande Guerra Mundial e trouxe como pauta as questões relativas ao corpo, ao prazer, e, sobretudo, ao patriarcado "entendido como o poder dos homens na subordinação das mulheres".[10] Estes movimentos tiveram como norte as obras da francesa Simone de Beauvoir (1949) com *"O segundo sexo"* e a norte-americana Betty Friedman em a *"Mística feminina"* (1960). Luis Miguel nos explica que a obra de Beavouir teve profunda relevância em redefinir as fronteiras da política, revelando que o público e o privado se entrelaçam ao estabelecer relações de dominação e poder, "abrindo caminho enfim, para o provocativo slogan 'o pessoal é político', que seria a marca do movimento feminista a partir dos anos 1960".[11] Assim como, ao trazer a famosa frase "não se nasce mulher, torna-se mulher", nos mostra que o "feminino" é uma construção social e histórica.[12]

Friedman, ao expor a infantilização das mulheres, problematizou os papéis associados a estas: o casamento e a maternidade. A escola, a imprensa e a publicidade são os meios que contribuíam para a construção destes papéis. Destinavam-se às mulheres "os únicos espaços que a sociedade está disposta a dar a elas, o de esposas e donas de casa submissas a um marido que as comandas".[13] Contudo, como assinala Joana Maria Pedro, esta percepção excluiu as mulheres pobres e negras. Estas, além de vivenciarem as experiências do casamento e da maternidade, também estavam expostas às relações de classe e ao racismo. Isto é, a "diferença da diferença".[14]

A referida autora nos explica que foi nesta segunda onda, precisamente na década de 1980, que fora introduzida a categoria "gênero" no âmago das discussões feministas. As diferenças entre homens e mulheres não estão pautadas somente no critério sexual, enquanto fator biológico, mas também ao gênero, constitutivas da esfera cultural e identitária.[15]

10. PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate... cit., p. 79.
11. MIGUEL, Luis Felipe. Op. cit., p. 28.
12. Idem, p. 25.
13. Idem, p. 28.
14. PEDRO, Joana Maria. Op. cit., p. 82.
15. "A historiadora referencia o autor e as autoras principais que trabalharam com estas categorias, revelando que não há unanimidade. Robert Stoller, em *Sex and Gender*, empregou a palavra gênero em contraposição ao sexo: o sentimento de 'ser mulher'

O universal, atribuído ao masculino, também foi problematizado por intermédio destes movimentos. Universalização esta que marginaliza, exclui questões concernentes à mulher, como por exemplo: "o direito de ter filhos quando quiser – e se quiser –, a luta contra a violência doméstica, a reivindicação de que as tarefas do lar deveriam ser divididas", ou seja, por meio das diferenças "que a categoria Mulher, era reivindicada".[16] Diferenciando-se, assim, da primeira onda feminista.

No Brasil, o movimento feminista surgiu em concomitância com as lutas armadas no período da ditatura civil militar, entre as décadas de 1960 e 1970. Lutar pela democracia significou para estas mulheres, não somente se opor à ordem vigente, mas também opor-se aos papéis construídos historicamente:

> as militantes negavam o lugar tradicionalmente atribuído à mulher ao assumirem um comportamento sexual que punha em questão a virgindade e a instituição do casamento, "comportando-se como homens", pegando em armas e tendo êxito nesse comportamento.[17]

---

e o 'sentimento de ser homem', ou seja, a identidade de gênero era mais importante que as características anatômicas". Refutando esta perspectiva, para Joan Wallach Scott, ancorada nos pressupostos focaultianos, em seu clássico texto *Gênero: uma categoria útil de análise histórica,* o gênero seria, então, formado por relações sociais, "baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e, por sua vez, constituem-se no interior das relações de poder". O historiador da Medicina Thomas Laqueur, em sua publicação *Making sex – body and gender from the greeks to Freud*, diferenciando-se de Stoller e Scott, afirmava que as "relações de gênero é que instituíram o sexo", uma vez que "os sexos era uma invenção que remontava ao século XVIII (...) ou seja, que até esta época havia o registro de uma único sexo – os masculino: neste caso, a 'mulher' era considerada um 'macho incompleto'". Contudo, esta perspectiva não abarcava os integrantes dos movimentos LGBT, sendo objeto de crítica de Judith Butler em *Problemas de gênero*. Para a autora, o gênero não seria calcado no sexo biológico, assim como o sexo não seria uma interpretação cultural do gênero. A partir da teoria da "performatividade", o gênero seria "um efeito discursivo, e o sexo [sic] um efeito do gênero". Linda Nicholson, amparado nas discussões supracitadas, afirma que o gênero estabelece o biológico, "assim como a cultura estabelece como sendo personalidade e comportamento de homens e mulheres". PEDRO, Joana Maria. Op. cit., p. 86-92.

16. Idem, p. 80.
17. SARTI, Cynthia Andersen. Feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Estudos Feministas*. 12(2): 264. Florianópolis, maio-ago./2004, p. 36. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0104-026X2004000200003]. Acesso em: 11.07.2015.

Cyntia Andersen Sarti expôs que o movimento feminista brasileiro, na década de 1970, articulou-se "com as camadas populares e suas organizações de bairro, constituindo-se em um movimento interclasses".[18] As organizações de bairro permitiram a retirada das mulheres de seus lares, abandonando os papéis de mãe e esposa, propiciando o questionamento sobre sua condição.

A autora nos atenta que houve uma aliança com a Igreja Católica – um dos focos de oposição ao regime – e também, com os grupos de esquerda, gerando divergências em determinadas pautas, as quais eram evitadas publicamente, como o aborto, a sexualidade e o planejamento familiar, permanecendo em sua grande maioria no "âmbito das discussões privadas, feitas em pequenos grupos de reflexão, sem ressonância pública".[19]

Lucila Scavone nos mostra que por conta destas alianças, a palavra aborto era substituída por "direito de decidir pelo número de filhos desejados, direito de conhecer e decidir sobre o seu corpo".[20] Substituir a palavra "aborto" por outras expressões constituía estratégia discursiva para a permanência do movimento.

No período demarcado pela abertura política "lenta" e "gradual", dos últimos governos militares, as experiências da resistência somaram-se com o contexto de modernização do mercado de trabalho e do sistema educacional que o país vivenciara. O cenário internacional também contribuiu para a formação do movimento brasileiro, como o Ano Internacional da Mulher em 1975 declarado pela ONU, e também as experiências feministas no exterior já elencadas. Sarti elenca duas tendências:

> A primeira, mais voltada para a atuação pública das mulheres, investia em sua organização política, concentrando-se principalmente nas questões relativas ao trabalho, ao direito, à saúde e à redistribuição de poder entre os sexos. (...) A outra vertente preocupava-se sobretudo com o terreno fluido da subjetividade, com as relações interpessoais, tendo no mundo privado seu campo privilegiado. Manifestou-se principalmente através de grupos de estudos, de reflexão e de convivência.[21]

O período de redemocratização na década de 1980 trouxe outra face para o movimento feminista. Somaram-se as experiências das exiladas políticas com

18. Idem, p. 39.

19. Idem, ibidem.

20. SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. *Estudos feministas*. 16(2): 440. Florianópolis, maio-ago./2008, p. 676. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200023&script=sci_arttext]. Acesso em: 09.07.2015.

21. SARTI, Cynthia Andersen. Op. cit., p. 41.

as que ficaram no Brasil, fomentando para a consolidação do movimento e consequentemente, para a difusão das ideias no cenário político nacional.

Contudo "esvaziaram-se os grupos formados em torno da bandeira da opressão feminina e ganhou força uma atuação mais especializada, com uma perspectiva mais técnica e profissional".[22] Uma parte do movimento institucionalizou-se por meio de criação de ONG's, Conselhos Municipais e Estaduais com intuito de fomentar políticas públicas relativas aos direitos reprodutivos.

Scavone nos explica que esta noção de direitos reprodutivos, no contexto da redemocratização "teve um êxito considerável por se tratar de um novo modo de abordar os problemas de saúde das mulheres".[23] Além de trazer para o debate questões relativas à saúde, propiciou a reflexão acerca dos direitos individuais, sobretudo sobre a liberdade de decidir sobre o próprio corpo.

O aborto e a descriminalização de sua prática foram objetos de discussão no Encontro Nacional Saúde da Mulher: um direito a ser conquistado, em 1989. Este encontro, organizado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM no Rio de Janeiro resultou em um documento intitulado "Carta das Mulheres". O referido documento lembrava que a saúde, amparada como um direito social pela Constituição de 1988 era "um direito de todos e um dever do estado". O aborto tratava-se então de uma questão de saúde pública, logo, "um direito individual não podia ser tratado como crime".[24] Além disto, conferências internacionais também traziam o debate acerca da descriminalização, contribuindo para o amadurecimento do debate.

Conforme Scavone, embora a descriminalização do aborto fosse apoiada por uma parcela da sociedade e condenado moralmente, o argumento voltado para as questões de saúde pública, assim como o debate internacional, foram as estratégias encontradas pelo movimento para sensibilizar os setores mais progressistas da sociedade.[25]

2.3 Categorias políticas: feminismo e aborto

Os movimentos feministas ao discutirem as categorias "público" e "privado" propiciaram o debate sobre o aborto e principalmente, sobre a descriminalização. Dentro do contexto brasileiro, através de várias estratégias discursivas,

22. Idem, ibidem.
23. SCAVONE, Lucila. Op. cit., p. 677.
24. Idem, ibidem.
25. Idem, ibidem.

o debate fora introduzido paulatinamente, entretanto, sem perder seu vigor, resistindo aos argumentos moralistas propiciados pelos segmentos mais conservadores da sociedade.

Para Flávia Biroli, o direito ao aborto está situado no campo das escolhas individuais, notoriamente pessoais, porém políticas, uma vez que o Estado as controlam por meio de aparatos repressivos, mas as permitem em determinados casos. Problematizar sobre o aborto gera como consequência para o debate, o questionamento sobre a maternidade, confrontando a sua idealização, a qual se caracteriza por "um modo de representação de um papel compulsório, como se fosse tendência natural e desejo comum de todas as mulheres".[26]

Significa também discutir sobre igualdade, pois, sem o controle da reprodução, a atuação das mulheres no âmbito profissional e político serão desiguais em relação aos homens, uma vez que a experiência da gestação implica no afastamento destes espaços. Importante salientar que uma gestação involuntária gera consequências diferenciadas para as mulheres e para os homens, devido às convenções que são atribuídas às mulheres pela responsabilidade prioritária e exclusiva sobre os filhos, enquanto para os homens, o sustento material.

A liberdade sexual é também um tema que atravessa o debate. O controle sobre as consequências advindas do sexo, como aponta Flávia Biroli, "poderia ser, assim, parte da construção de uma vida sexual mais prazerosa e menos atada a convenções definidas pelas posições de poder e pelos interesses masculinos".[27]

Flávia Biroli aponta tensões do debate em relação ao aborto. Há posicionamentos, como de Catharine Mackinnon, mostrando que o direito ao aborto resolveria o problema da autonomia, mas sua liberação em sociedades machistas levaria para uma liberação da agressividade masculina, bem como reduziria ainda mais as responsabilidades advindas da decisão de abortar.[28] Mas, se decidir sobre o próprio corpo é uma questão de autonomia, entende-se que a mulher não só evitaria uma gravidez indesejada, mas como também, inicialmente, escolheria seu parceiro, evitando assim, futuras agressões. Portanto, o aborto não fomentaria a agressão masculina. O que fomenta, na realidade, são as práticas oriundas do patriarcado.

26. BIROLI, Flávia. O debate sobre o aborto. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 123.

27. Idem, ibidem.

28. Idem, p. 124.

As tensões maiores no debate encontram-se nos posicionamento religiosos, sobretudo, católicos. Os argumentos são pautados na vida do feto, "pró-vida", uma vez que esta é um "dom divino", portanto, intocável. Amparados por este argumento metafísico, mas protegido pela capa "racional" do Direito, encontra-se o argumento legal de que a vida é um bem jurídico mais valioso e o Estado tem como função e dever protegê-lo. Ora, esse argumento se desmancha no ar, pois não há sentido algum proteger a vida em detrimento de uma prática mortal – o aborto clandestino – que mata milhares de mulheres, sobretudo mulheres pobres e negras.

As influências morais e religiosas sobre o debate do aborto colocam em tensão o Estado Laico, gerando consequências para a democracia. A partir destas premissas, o direito ao aborto significa acesso à cidadania:

> Ainda que esteja dentro dos limites da tradição liberal, a propriedade de si mesmo é base indispensável para o acesso à cidadania e a criminalização do aborto gera grave assimetria, impondo às mulheres limitações no manejo do próprio com as quais os homens não sofrem.[29]

A influência liberal nos debates concernentes ao aborto, ainda que tragam contribuições para se refletir sobre escolhas individuais, cidadania e democracia, é alvo de críticas para as feministas negras. Pois dentro deste contexto, as escolhas individuais estão atreladas às mulheres brancas, ricas e de classes médias, as quais teriam o real acesso ao aborto seguro. Além disto, as políticas de esterilização aliadas ao controle populacional e ao racismo, ao longo do século XX, é um caso representativo, em que as mulheres pobres foram ao mesmo tempo, alvo de esterilizações involuntárias e tiveram negado o acesso à esterilização voluntária, aborto seguro e anticonceptivos de maneira desproporcional às mulheres brancas.[30]

Os feminismos em suas mais variadas vertentes contribuem para um debate horizontal e democrático. Por isso criminalizar o aborto é negligenciar estes movimentos e as suas contribuições por uma sociedade justa.

3. O DIREITO DE ESCOLHA E A EMANCIPAÇÃO DE GÊNERO

Conforme já exposto, a criminalização do aborto está vinculada ao controle social da mulher, um controle que não se restringe a impedir somente o poder

29. Idem, p. 127.

30. Idem, p. 129.

de decisão, mas também em determinar sobre o seu corpo, sua vontade e controlá-la quanto ao seu local na ordem social e ainda perpetuar dor, sofrimento e morte das classes dominadas.

Ao pensar sobre os movimentos históricos das lutas feministas no Brasil, é necessário considerar que a repercurssão destes movimentos sempre esteve vinculado às demandas ao judiciário e, recorrentemente, em oposição ao discurso jurídico dominante.

As demandas feministas estiveram majoritariamente conectadas a reivindicações sociais, as quais atravessaram o direito como meio necessário de conquista. Avançar nas conquistas de equidade necessariamente requer que se avance no diálogo entre as demandas de gênero e o exercício de dominação realizado pelo direito. No entanto, essas conquistas que perpassam a ordem do judiciário se demonstram como restritas diante de toda complexidade do patriarcado e da perpetuação de seu poder.

Num universo predominantemente dominado pelo gênero masculino e configurado a partir do machismo – características essenciais do direito brasileiro –, pensar o processo histórico dos movimentos feministas através do Poder Judiciário demonstra a insuficência da compreensão que existe do direito para com as demandas femininas.

Tal reflexão enseja pensar nos direitos das mulheres proferidos pela ordem judiciária. Um dos pontos-chave para compreender o avanço das demandas femininas está na criminalização da prática do aborto. O direito, ao determinar a proibição das práticas abortivas, controla a autonomia das mulheres em se autodeterminarem e decidirem sobre seus próprios corpos. Ou seja, as mulheres, enquanto resistirem às práticas criminalizadoras e recriminantes do aborto, pertetuarão vinculadas ao poder de decisão do Poder Judiciário, obstáculo de emancipação para configuração como sujeitos plenos de direito.

Essa afirmação se justifica, pois ao restingir o aborto a um tipo penal específico, o direito determina que as mulheres sejam selecionadas pelo direito penal ao decidirem de forma emancipatória e autodeterminante em realizar um aborto. O direito penal permanece como aquele que seleciona os bens jurídicos que acha relevante tutelar e ainda no exercício da criminalização secundária, seleciona quem acha pertinente encarcerar. No âmbito do aborto a seletividade posssui uma função ainda mais marcante, haja vista selecionar as mulheres que não possuem condições financeiras de realizar abortos em clínicas de qualidade, sendo, portanto, os casos de aborto mal sucedidos aqueles reportados ao Sistema de Justiça Criminal e que possuem como resultado ainda mais cruel, a morte da mulher. Sobre o assunto, Vera de Andrade afirma que:

> A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do SJC, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão ao nos revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina.[31]

Vê-se pertinente, portanto, apresentar o discurso sobre o aborto proferido na Revista de Direito Penal e Criminologia entre os anos de 1971 a 1983, haja vista tratar-se do momento histórico brasileiro de redemocratização, cujo contexto esteve estruturalmente relacionado às demandas dos movimentos feministas, conforme verificado acima.

A ditadura civil militar marcou profundamente o movimento de mulheres que lutaram pela democracia e que se perceberam como seres dotados também do discurso e práxis revolucionárias e libertadoras.

A Revista de Direito Penal e Criminologia, marcada pela edição realizada pelos criminológos e penalistas críticos vinculados ao Instituto de Ciências Penais, da Faculdade de Direito Cândido Mendes, pretendia de forma declarada acompanhar o desenvolvimento do conhecimento brasileiro sobre o eixo das Ciências Criminais. Tal eixo não pode ser pensado se não associado ao processo democrático. Contudo, o que se verifica é uma crítica subterrânea ao regime militar e à restrição de direitos dos cidadãos brasileiros.

A questão democrática, portanto, é trazida ao periódico através de uma crítica elaborada em pequenos detalhes e posicionamentos específicos quanto a livros que eram lançados ou sobre práticas vinculadas ao sistema penal. No entanto, no que tange à relação democrática e ao discurso de gênero, tal silêncio se rompe através de artigos que denunciam o caráter seletivo, machista e violento da criminalização do aborto no direito brasileiro.

Ainda, faz-se relevante expor que a validade da Revista para pensar o direito das mulheres na contemporaneidade se dá através do fundamento de que os juristas que publicaram ao longo do periódico foram juristas que fizeram parte das reformas legislativas das décadas de 1970 e 1980 no Brasil, tais como Ricardo Antunes Andreucci e David Teixeira Azevedo. Considera-se também que até os dias de hoje autores que se destacaram ao longo da Revista são reconhecidos como os principais autores que elaboram uma crítica ao sistema

31. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Soberania patriarcal. *Revista Seqüência*. n. 50. jul./2005, p. 81.

penal brasileiro. O total de publicações analisadas foi de 176 artigos, dos quais 132 contemplavam autores brasileiros. O número total de autores brasileiros publicados foi 56, sendo que de São Paulo foram 7 juristas e do Rio de Janeiro foram 24. Ainda vale destacar que as publicações vinculadas ao Instituto de Ciências Penais e à Faculdade Cândidos Mendes alcançaram o total de 20 autores, sendo que parte deste grupo até hoje está vinculado às publicações mais críticas sobre o Direito Penal no Brasil, tais como Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos e Yolanda Catão.[32]

3.1 A descriminalização do aborto e a Revista de Direito Penal e Criminologia

A (des)criminalização do aborto e das condutas criminalizadas fundamentadas na moralidade é um assunto que repercute significativamente ao longo da Revista. Há diversos textos que abordam a temática, os quais tratam sobre o assunto superficialmente, isto é, apenas como citação a uma prática que deve ser descriminalizada, mas também há artigos que dialogam com a perspectiva da política criminal alternativa como resposta da percepção crítica ao direito penal e ao controle repressivo seletivo que envolve a privação da liberdade como pena.

Para a presente escrita foram selecionados dois artigos que tocaram de forma mais contundente no assunto, os quais abordaram claramente a relação da política criminal, da seletividade do direito penal e a criminalização do crime de aborto. No que tange à descriminalização do aborto a partir da perspectiva da política criminal alternativa, Nilo Batista, com a sua publicação intitulada "Aborto: a retórica contra a razão" (*Revista de Direito Penal*, n. 27, jan.-jun. 1979), e Juarez Cirino dos Santos, com o texto "Aborto, a política do crime" (*Revista de Direito Penal*, n. 25, jan.-jun. 1978), são os sujeitos com as falas de maior destaque e ponderação crítica sobre o assunto. Nilo Batista evidenciou que a retórica que sustenta a criminalização do aborto na antiga consagração de "crime contra a vida" não traduz a complexidade da questão e por isso o autor traçou o percurso histórico que envolve a criminalização do aborto.

Ao evidenciar o histórico da incriminação do aborto, Nilo Batista expôs que ao longo dos séculos e dos diversos povos que incriminaram o aborto, jamais se incriminou a prática abortiva em nome da vida de alguém, e as justificativas

32. MARTINS, Fernanda. *A (des)legitimação do controle penal na Revista de Direito Penal e Criminologia (1971-1983): o direito penal, a criminologia e a política criminal como campos de análise crítica ao sistema punitivo brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 20.

se deram nas mais diversas vertentes. Entre os assírios, o aborto era punido pela baixa prematura de um futuro soldado do exército assírio, já entre os ingleses e estadunidenses do século XIX a justificativa se dava na baixa de um futuro trabalhador da sociedade que necessitava de mão de obra. No que tange ao direito romano, Nilo Batista evidenciava que a única razão para se punir o aborto encontrava-se justificada na falta contra o marido, ou seja, em fraudar o marido quanto ao fim da gravidez, assim, se houvesse consentimento do cônjuge na prática, o fato não era criminalizado.

Superada a noção falaciosa que justifica a proteção à vida do feto sobre o interesse da mãe sobre o seu próprio corpo, Nilo demonstrou que outra retórica que permeia incisivamente a temática do aborto está nas estatísticas criminais. Para o autor, o aborto é a maior cifra oculta das estatísticas criminais, disputando somente com o adultério, pois, de acordo com os Anuários de Estatística Criminal do Estado do Rio de Janeiro, chegaram ao conhecimento da polícia em todo o Estado somente 64 abortos em 1978, e 76 em 1979. Contudo, sabe-se que essas estatísticas revelam somente a criminalização das mulheres pobres, haja vista haver uma "exploração clandestina da indústria do aborto", em que a mulher sem condições financeiras se submete a formas abortivas mais violentas e consequentemente acabam nos hospitais com urgência de tratamento (e, na maioria das vezes, sem a possibilidade de tratamento, resultando em incríveis números de óbitos), sendo, dessa forma, denunciadas pelos profissionais da saúde.[33]

Assim, indaga-se como é possível sustentar o discurso da tutela da vida quando milhares de mulheres morrem anualmente em decorrência de abortos clandestinos? Ou seja, a criminalização seletiva do aborto é notória e pune somente os estratos sociais mais pobres, apesar do aborto ser uma prática realizada por mulheres de todos os níveis econômicos. Há ainda outro processo de seleção do sistema que ocorre de forma mais horrorosa e violenta, que é a mortalidade dessas mulheres pobres que se submetem a abortos insalubres. As mulheres que se sujeitam às práticas abortivas e que têm condições financeiras jamais realizarão o procedimento nos mesmos lugares e nas mesmas condições que daquelas que não possuem dinheiro para optar pelo aborto relativamente mais seguro, e, por isso, o que ocorre é um agravamento da criminalização do aborto, visto que a sua criminalização seleciona além de quem deve ser punido, também a clientela feminina que vai morrer ou sobreviver com graves

33. BATISTA, Nilo. Aborto: a retórica contra a razão. *Revista de Direito Penal*. n. 27. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun./1979, p. 47.

sequelas ao longo da vida, e, portanto, é insustentável dizer que o crime de aborto se justifica na tutela à vida, pois mata muito mais do que permite a vida.

Por fim, Nilo Batista elenca as soluções legislativas que têm sido elaboradas e implementadas por todo o mundo, e afirma que "a tendência a uma reformulação da posição puramente repressiva da lei penal a respeito do aborto é universal, e chegará ao Brasil".[34] Infelizmente, o diagnóstico de Nilo foi elaborado em 1979 e até o tempo presente continuamos enfrentando as mazelas do sistema punitivo, que seleciona e mata persistentemente mulheres fragilizadas pela realidade.

Juarez Cirino dos Santos em "Aborto, a política do crime" iniciou com a exposição de que "certos comportamentos proibidos (o consumo de drogas, exploração do lenocínio, o jogo do bicho, o aborto etc.) definem práticas sociais cuja extensão só é comparável à magnitude da hipocrisia normativa respectiva".[35] Tal expressão tem como fundamento que visa identificar a mesma proposta que a formulada por Nilo Batista, de que criminalizar a prática do abordo nada mais é do que um ato de retórica ou meramente de hipocrisia, haja vista tratar-se da promoção de uma "desenfreada predação social".

Cirino verificou que o aborto voluntário, aquele que é tipificado pela lei penal, tem como causa social de interrupção da gestação "um ato de vontade", e ao elencar as formas terapêuticas de aborto e suas devidas formalidades legais, o autor destacou as formas e os resultados da repressão deste ato de vontade no aborto ilegal. Define-se o aborto como "a interrupção da gravidez pela destruição do ovo ou do feto,"[36] o qual pode ser praticado pela gestante ou por terceiros, com ou sem o consentimento da vítima. Há divergências quanto ao bem jurídico tutelado nas diversas formas de aborto, mas Cirino evidenciava que a posição mais moderna sobre o assunto (1978) considerava o aborto como crime sem vítima, e, por isso, tratava-se de uma política de controle inexplicável, ainda mais quando se havia consciência de que a justificativa mais complexa (tutela da vida) não se sustentava em relação à mortalidade e às consequências lesivas para as gestantes que praticam o aborto, conforme expôs Nilo Batista.

O ponto de encontro entre as análises desenvolvidas pelos dois autores ocorre, então, quando ambos se referem às consequências da ilegalidade do aborto, cuja posição de Nilo Batista e Juarez Cirino se (con)fundem na com-

34. Idem, p. 48.

35. SANTOS, Juarez Cirino dos. Aborto, a política do crime. *Revista de Direito Penal*. n. 27. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun./1978, p. 12.

36. Idem, p. 18.

preensão de que "quanto maior o esforço para reprimir o aborto, tanto maior a taxa de abortos ilegais, e, proporcionalmente, a de mortes ou de hospitalização por complicações do aborto."[37] Ou seja, quanto maior for a repressão, piores serão as consequências dos abortos ilegais, pois se encontrarão mais camuflados na ilegalidade, o que traz como resultado um espaço ainda mais insalubre com práticas ainda mais violentas.

É necessário expor que a compreensão sobre o momento do aborto e de que forma a mulher responde ao procedimento também se encontra constituída numa relação de classe. Cirino destaca que as consequências na vida pessoal da mulher que pratica o aborto revelam de qual estrato social ela é proveniente, ao expor que:

> Uma gravidez não desejada, ou contra-indicada (a) é percebida por uma mulher de classe superior como um simples inconveniente, sanável com competência e segurança, e a atitude em face do aborto (legal ou ilegal) não produz maiores constrangimentos, mas (b) é percebida por uma mulher de classe inferior como uma provação enorme, originando, ou uma atitude de resignada aceitação (com a ampliação crítica da prole), ou uma decisão de abortar, praticando o próprio aborto, ou recorrendo aos abortadores disponíveis: sua inabilidade pessoal, ou a dependência de abortadores grosseiros e inescrupulosos, trará complicações e hospitalização, e, às vezes, a morte.[38]

Ainda, as atitudes e percepções serão necessariamente influenciadas pelo estado civil da mulher, como Cirino expõe:

> a) solteiras percebem a gravidez como uma situação de desvio social, produtora de intensa angústia e desespero pessoal, e sua atitude em relação ao aborto é afetada pelas dificuldades em obtê-lo, ou de tratar com abortadores ilegais: um enorme problema social, em um mundo onde milhões de mulheres solteiras engravidam e abortam (segundo o relatório Kinsey, para uma amostra de 355 mulheres solteiras engravidadas, 316 (89%) praticaram aborto; em relação às mulheres com mais de 35 anos, 8% praticaram abortos premaritais; b) viúvas e descasadas têm menores chances de resolver o problema pelo casamento: sofrem maior pressão para o aborto; c) mulheres casadas têm, sempre, a alternativa respeitável de parir a criança.[39]

37. Idem, p. 20.
38. Idem, p. 23.
39. Idem, ibidem.

Desde a compreensão da mulher sobre a possibilidade de efetuar o aborto até o tratamento da forma abortiva e do pós-operatório, passando pelas consequências psicológicas e relacionais dessas mulheres, acontecem de maneira desigual, cuja diferenciação é decorrente da posição social da mulher, nas quais aquelas que se encontram em classes superiores tendem a lidar de forma mais instruída com a interrupção da gravidez, o que permite a continuação da vida de modo satisfatório. Enquanto, se a mulher for proveniente de classe social inferior, tenderá a tratamento menos adequado, terá mais chances de não lidar com a prática com naturalidade e poderá ter problemas de cunho relacional com o aborto e com o parceiro. Diante desses argumentos, Cirino evidencia a necessidade de legalizar o aborto "terapêutico e humanitário," ampliando as possibilidades da prática nas razões de (a) saúde, quando a continuação da gravidez representar sérios riscos à vida da mãe; (b) eugenias, quando se busca evitar o nascimento de crianças com defeitos físicos ou mentais; (c) psiquiátricas, quando a gravidez resultar em riscos desconhecidos à sanidade mental da mulher; e (d) humanitárias, quando a gravidez ocorrer em meninas com menos de 15 anos.[40]

Dessa maneira, percebe-se que política criminal alternativa, no que envolve a prática do aborto, denuncia a relação classista do direito penal desigual, desde a seleção da criminalização, mas, que no caso do aborto, finaliza pontualmente nas condições que as mulheres são tratadas e na mortalidade de um significativo grupo de mulheres pobres. Ainda, é relevante dizer que na realidade atual brasileira, o aborto e a sua criminalização continuam produzindo uma massiva violência sobre os corpos das mulheres pobres e, principalmente, negras no Brasil,[41] e que as formas de comunicação do Estado e das vítimas de

40. Idem, p. 25.

41. Sobre a função de seletividade do sistema penal no que tange à mortalidade de mulheres pobres e negras e suas consequências negativas provenientes do aborto, como a esterilidade, Ana Flauzina destaca que a realidade brasileira constitui-se consolidada sobre um poder punitivo evidentemente genocida e desigual. A autora defende que "o racismo é o fundamento que justifica a existência de sistemas penais de caráter genocida na América Latina", cujo extermínio dos negros e pobres nada mais é do que a própria razão de existência para o sistema penal. A relação feita pela autora entre o liberalismo econômico e o sistema penal genocida destaca a metodologia do extermínio como "metodologia calcada na intervenção física para o controle ostensivo dos corpos negros", e ainda expõe como argumentação que chamar de genocida o projeto da realidade brasileira e do sistema liberal em si é válido, haja vista a segregação espacial e racial, a *descartabilidade dos úteros das mulheres negras*, o nível de pobreza, a evasão escolar e o número desproporcional de negros no sistema penal

abortos clandestinos, que são verdadeiras cenas de horror, permanecem sendo o do silêncio, sustentado por uma bancada religiosa que argumenta pela defesa do direito de um "homem inocente," permitindo as práticas desumanas provenientes da criminalização. Portanto, é de caráter emergencial que a política criminal referente ao aborto seja significativamente modificada.

4. JÁ EM TEMPOS DE "DEMOCRACIA"...

Apesar de verificar uma demanda recorrente no sentido de emancipação feminina de libertação do direito patriarcal nas décadas de 1970 e 1980, o que se consolida no direito brasileiro atual é uma prática cruel e absolutamente contrária a essa hipótese.

A contradição perpétua em que se encontra o direito brasileiro sobre a temática fica evidente quando pensamos sob a égide da "plena" democracia, na qual supostamente vivemos hoje, quando podemos perceber que o discurso machista e patriarcal está cada vez mais presente e de forma claramente dominante. Afirma-se tal conjuntura pensando na discussão que se desenvolveu por longos anos para que se fosse declarado constitucional e permitido o aborto de fetos anencefálicos, os quais não possuíam quaisquer chances de viver, mas permanenciam com direitos mais consolidados do que suas próprias mães em determinar a continuação de sua gestação. Outro, e ainda mais desolante, ponto que traz um questionamento sobre a própria noção de democracia é o projeto de lei conhecido como "Estatuto do Nascituro" ou reconhecido entre os movimentos feministas como "bolsa estupro".

Na contramão de qualquer país que esteja considerando os direitos das mulheres e, no mínimo, descriminalizando o aborto, o Brasil tem se posicionado de forma conservadora sobre o assunto. Nada mais claro que demonstra tal conservadorismo do que o projeto de lei intitulado "Estatuto do Nascituro".

A proposta de tal projeto é a possibilidade de gravidez gerada por estupro, uma das poucas possibilidades de aborto legalizado no ordamento brasileiro, o Estado obrigue o agressor a manter uma pensão (?) à criança resultante da gestação consequente dessa violência. E em caso de não se identificar o agressor, o Estado será o mantenedor dos valores de um salário mínimo por mês à mãe que faça a opção de manter a gestação e conceber tal criança.

Dispõe o projeto:

(grifos nossos). Cf. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

"Art. 13. O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurandolhe, ainda, os seguintes: I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante; II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos; III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento. Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado".[42]

Ora, não bastasse a violência contínua que as mulheres sofrem na sociedade e dos índices elevadíssimos de estupro, os quais configuram a mentalidade de dominação do homem sobre o corpo da mulher, o Estado agora propõe um novo vínculo de dominação desse agressor contra a vítima do estupro, qual seja, de manutenção de pagamento a esta, caso ela decida manter a gestação e criar tal nascituro.

E mais, o Estado ao reconhecer a possibilidade de dignidade da pessoa humana ao feto desde o útero, daria ao nascituro mais direitos do que à própria gestante e ainda dificultaria a realização dos abortamentos descriminalizados pelo Código Penal. As mulheres que morrem e sofrem a consequência da criminalização das práticas de aborto são desconsideradas, são silenciadas, absolutamente descartadas quando comparadas à dignidade da "pessoa humana" que se tutela ao feto.

Não fossem tais medidas absolutamente passíveis de repúdio, haja vista ferir o poder de decisão da gestante e vítima, numa tentativa de coagi-la a manter tal gestação através da prestação pecuniária, e ferir o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, o projeto ainda propõe um recrudescimento da pena do crime de aborto com a nova modalidade penal do tipo de aborto culposo.

O art. 23 do PL 478/2007 determina que "Causar culposamente a morte de nascituro", possuirá como pena possível a "detenção de 1 (um) a 3 (três) anos".[43] Enquanto demais países da América e Europa se movimentam fortemente numa transformação da mentalidade coletiva e jurídica, consolidando a descriminalização ou legalização da prática dos abortamentos, o Brasil permite a tramitação de um projeto de lei, que se encontra atualmente na Comissão de

42. BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 478/07*. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584]. Acesso em: 20.07.2015.

43. Idem.

Constituição e Justiça e de Cidadania, a fim de incriminar mais uma conduta vinculada aos abortos, a modalidade culposa do crime.

Nestes termos, diante de conjunturas hipotéticas e práticas, a restrição de decidir da mulher será ainda mais imperitiva no ordenamento brasileiro, isto porque, se uma gestante, mesmo com o consentimento da(o) médica(o), ingere bebida alcóolica ou outra substância que possa ser prejudicial ao feto, ou faz alguma prática não recomendada, e se verifica um aborto na sequência, o pensamento punitivista unido ao problema da teoria do nexo causal no Brasil, vinculada a forma culposa do crime de aborto, permitiria uma aplicação irracional e esquizofrênica do crime de aborto.

Não há fundamentação jurídica, lógica, filosófica ou política para tal incriminação, há apenas a perpetuação (cada vez mais declarada) do patriarcado que domina, violenta e determina as práticas femininas quanto à sua autonomia, mantendo-as, ao máximo possível, nos seus "lugares", ou seja, nos espaços privados ou subordinados aos dos homens.

5. CONCLUSÃO

As experiências dos movimentos feministas dos séculos XIX e XX, ou os feminismos de primeira e segunda onda, trouxeram muitas contribuições. Uma delas, objeto de reflexão deste artigo, a descriminalização do aborto. Ao se problematizar os espaços não só públicos, mas também os espaços privados, verificou-se que os últimos também estabelecem relações de dominação e poder, por meio de dois institutos construídos socialmente e historicamente: o casamento e a maternidade. Tanto um quanto outro, através de uma consciência patriarcal, geram desigualdades para as mulheres, pois são atribuídos papéis que somente são designados a estas, excluindo, consequentemente, o direito de optar por tais representações.

No âmbito da política, o direito ao aborto e a sua descriminalização tem como embasamento a liberdade de decidir sobre o seu próprio corpo e também, o direito à saúde, uma vez que o Estado não pode fechar os olhos para uma prática que, por ser criminalizada, torna-se clandestina e mortal, gerando o extermínio de milhares de mulheres por ano. A prática criminalizada do aborto não só deslegitima os movimentos feministas retirando a autonomia das mulheres, mas também, coloca em tensão o estado dito como "laico", uma vez que sua criminalização está ancorada por argumentos religiosos, moralistas e hipócritas.

No Brasil, os movimentos feministas surgiram como um foco de resistência à ditadura civil militar. Contudo, o movimento consolidou-se em meados da

década de 1980, em concomitância com o período dos últimos governos militares e abertura política. Dentro deste contexto, a pauta pela descriminalização do aborto ficou ainda mais latente.

É pertinente, dessa forma, relembrar as denúncias feitas na década de 70 e 80, pois tal período foi marcado pelo processo de redemocratização do direito e do Estado brasileiro. Portanto, faz-se relevante expor qual era a argumentação que justificava repensar a política de ilegalidade do aborto, como um processo associativo ao desenvolvimento dos movimentos feministas.

Tal propósito de memória ao que era declarado pelos criminólogos e penalistas críticos de tal período é relacionado ao presente momento para estabelecer uma reflexão comparativa sobre a situação em que se encontra o discurso atual e o direito das mulheres sobre seus próprios corpos.

O que se verifica em pleno "ápice" do Estado Democrático é uma marginalização da condição feminina renegada à tutela do Estado e ainda a flexibilizacão de sua luta emancipatória através de movimentos políticos conservadores, tais como a proposta de lei vulgarmente conhecida como "bolsa estupro". Conforme afirma Marcia Tiburi:

> A discussão sobre a abstrata questão da vida do embrião presente no corpo de uma mulher que não deseja desenvolver um feto não passa de elemento acobertador do controle biopolítico sobre corpos de mulheres. Do mesmo modo, não podemos mais nos ocupar da discussão que corre no senso comum e que divide a população *ser a favor ou contra o aborto* quando na verdade se trata no Brasil de hoje de ser *a favor da legalização do aborto* ou *contra a legalização do aborto*. A questão da legalização é jurídica e como tal, problema de poder, de saber quem comanda, quem decide, quem detém a verdade a seu próprio favor.[44]

A emancipação feminina e o direito de decidir sobre si mesma é uma relação tão conexa que a compreensão da própria liberdade como direito fundamental garantido pela Constituição Federal perpassa a ideia de legalização do aborto. O direito de decidir está vinculado a todas as demandas reivindicadas pelos movimentos feministas, haja vista, a constituição do que é ser livre estar fundamentado diretamente na possibilidade de ser livre quanto às suas próprias escolhas e ao seu próprio corpo. Somente assim, a mulher terá a oportunidade de se libertar da perspectiva de "objeto", como o direito recorrentemente a

44. TIBURI, Marcia. O aborto dos outros. *Revista Cult*. n. 138. Disponível em: [http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/filosofia-marcia-tiburi-4/]. Acesso em: 26.08.2015.

trata, para ser considerada "sujeito" dotado de todas as capacidades e garantias fundamentais, libertando-se, por fim, da ampla tutela resguardada à mulher – essa tão incapaz de decidir-se e defender-se por si só.

É ainda necessário evidenciar que mesmo alcançando tantas demandas políticas, consolidando tantos direitos e vendo um crescimento tão forte do discurso de igualdade de gênero e de empoderamento das pessoas do gênero feminino, o que se perpetua continuadamente é a reprodução da violência sistemática do patriarcado. Pensar os feminismos no Brasil é reconhecer que se enfrenta uma disputa contra forças tão seguras de si, como o legislativo que propõe e vê seguir adiante projeto de lei tão ofensivo como o "Estatuto do Nascituro", que se questiona quantos passos se avança nessa luta e quantos passos se retrocede. É possível verificar durante a ditadura civil-militar a possibilidade de publicação de textos tão críticos e coerentes com o processo de redemocratização e reivindicação dos direitos das mulheres – apesar de toda censura que existia –, enquanto hoje, em plena democracia, vislumbramos a possibilidade inimaginável de se criminalizar culposamente o aborto, algo que deve ser amplamente questionado e combatido, seja na ordem do direito, seja no âmbito político.

O que se conclui, por fim, é que somente através da luta das próprias mulheres que se poderá ter uma mudança desses exercícios de dominação. Enquanto os homens dominarem as esferas públicas, determinando quais direitos ensejam às mulheres, o exercício de controle será sempre de perpetuar a submissão, o que ora se apresenta nos discursos de criminalização do aborto.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Soberania patriarcal. *Revista Seqüência*. n. 50. jul./2005. p. 71-102.

BIROLI, Flávia. O debate sobre o aborto. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

BATISTA, Nilo. Aborto: a retórica contra a razão. *Revista de Direito Penal*. n. 27. Rio de Janeiro: Forense. p. 47. jan.-jun./1979.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 478/2007*. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584]. Acesso em: 20.07.2015.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

MARTINS, Fernanda. *A (des)legitimação do controle penal na Revista de Direito Penal e Criminologia (1971-1983): o direito penal, a criminologia e a política criminal como campos de análise crítica ao sistema punitivo brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

PEDRO, Joana Maria. Narrativas fundadoras do feminismo: poderes e conflitos (1970-1978). *Rev. Bras. Hist.* [online]. vol. 26. n. 52. p. 271. 2006. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882006000200011&script=sci_arttext]. Acesso em: 13.07.2015.

PEDRO, Joana Maria.Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. *História*. vol. 24. n. 1. São Paulo. p. 79. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/his/v24n1/a04v24n1.pdf]. Acesso em: 12.07.2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Aborto, a política do crime. *Revista de Direito Penal*. n. 27. Rio de Janeiro: Forense. p. 12. jan.-jun./1978.

SARTI, Cynthia Andersen. Feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Estudos Feministas*. 12(2): 264. Florianópolis. maio-ago./2004. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000200003]. Acesso em: 11.07.2015.

SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. *Estudos feministas*. 16(2): 440. Florianópolis. maio-ago./2008. Disponível em [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200023&script=sci_arttext]. Acesso em: 09.07.2015.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. vol. 20. n. 2. Porto Alegre. p. 78. jul.-dez./1995. Disponível em: [www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/SCOTTJoanGenero.pdf]. Acesso em: 09.07.2015.

SEMIRAMIS, Cynthia. Perspectivas das mulheres e mudanças na teoria do direito. *Anais Fazendo gênero 10: desafios atuais dos feminismos*. Florianópolis, 16 a 20.09.2013. Disponível em: [www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1384447602_ARQUIVO_cynthiasemiramis.pdf]. Acesso em: 08.07.2015.

TIBURI, Marcia. O aborto dos outros. *Revista Cult*. n. 138. Disponível em: [http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/filosofia-marcia-tiburi-4/]. Acesso em: 26.08.2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- "Segurança pública", prevenção e movimento feminista: uma aproximação ao caso alemão, de Ana Lucia Sabadell – *RBCCrim* 29/53-67 (DTR\2000\14);
- Alguns aspectos constitucionais sobre a família, de Ives Gandra da Silva Martins – *RDFAS* 2/71-80 (DTR\2014\21399);
- Mutilação da mulher, crime sem fronteiras, de José Raimundo Gomes da Cruz – *RIASP* 33/463-465 (DTR\2014\8715); e
- 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).

86365

POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS: UMA CRÍTICA À ABORDAGEM PROIBICIONISTA

CRIMINAL DRUG POLICY: A CRITIQUE OF THE PROHIBITIONIST APPROACH

GUSTAVO DE CARVALHO GUADANHIN
Mestrando em Direito Penal pela USP. Procurador da República.
gustavoguadanhin@mpf.mp.br

LEANDRO DE CASTRO GOMES
Mestrando em Direito Penal pela USP. Defensor Público/SP.
lcgomes@defensoria.sp.gov.br

Recebido em: 21.05.2015
Aprovado em: 06.04.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Analisando-se a droga sob uma óptica multidisciplinar, identificam-se seus principais efeitos criminógenos: a influência do uso da substância para delinquir (farmacológicos), a prática de delitos para financiar sua aquisição (compulsão econômica) e os delitos decorrentes da ilegalidade de seu comércio (violência sistêmica), demonstrando-se que é neste último que se concentra a maior parte dos crimes violentos. Assim, considerando-se a droga uma realidade e a intervenção do Estado uma necessidade, optou-se não por políticas públicas de diminuição da desigualdade social, mas pela sua proibição, calcada em tratados internacionais. A adoção desse modelo, contudo, contribuiu para acentuar o aumento da violência e do encarceramento dos mais pobres, a corrupção de agentes estatais e o contexto criminógeno que envolve o usuário, o que leva ao questionamento de suas premissas, inclusive por organismos internacionais, bem como à busca de modelos alternativos, dentro de um processo de normalização.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas - Efeitos criminógenos - Proibicionismo - Crítica - Normalização.

ABSTRACT: By taking a multidisciplinary approach in analyzing drugs, we can single out their main criminogenous effects, i.e., offenses influenced by substance abuse (pharmacological), offenses to finance their acquisition (economic compulsion) and offenses arising from the illegality of their trade (systemic violence), and, in turn, demonstrate that the latter accounts for most of the violent crimes. As drugs are deemed to be a reality and state intervention a necessity, the choice has been to enforce its prohibition by means of international treaties instead of public policies to reduce social inequalities. The adoption of this model, however, has helped to accentuate the increase in violence and incarceration of the poor, the corruption of state officials and the criminogenous context surrounding the user, which made its premises be challenged, including by international organizations, as we search for alternative models within a process of normalization.

KEYWORDS: Drugs - Criminogenous effects - Prohibitionism - Critique - Normalization.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 259-300, set. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A questão das drogas – 2.1 Aspectos etimológicos, históricos e psicológicos – 2.2. Aspectos médicos e farmacológicos: os riscos decorrentes do uso – 2.3. Aspectos criminológicos: drogas e violência – 2.4. Políticas públicas: enfoque multidisciplinar e técnico – 3. Proibicionismo – 3.1. Escorço histórico – 3.1.1. Antes da proibição – 3.1.2. Proibicionismo: três grandes ondas – 3.2. Análise crítica – 3.2.1. Efeitos da adoção da política proibicionista – 3.2.2. Questionamento da ideologia – 3.3. Tentativas de revisão – 3.3.1. Quebra da hegemonia – 3.3.2. Modelos alternativos – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar os efeitos da adoção de uma política criminal de drogas calcada no paradigma do *Proibicionismo*. Para apresentar o tema de maneira adequada, é imprescindível, inicialmente, conhecer aspectos técnicos ligados ao próprio objeto dessa política pública, situada entre a política criminal e a política de saúde pública. Esse objeto, como se antevê, é a própria *droga*.

O que é droga? Quando começou seu uso? Por quê se fez e se faz uso dessas substâncias? Quais os efeitos para o ser humano? Existem diferenças entre as diversas substâncias psicoativas? Há relação entre droga e violência?

Ora, parece claro que, para analisar e criticar uma estratégia de trato público dessas substâncias, é preciso enfrentar essas questões, valendo-se de conhecimento de outros ramos do saber que não apenas o direito. De fato, entende-se que o trato jurídico das drogas é um aspecto importante do problema, mas deve ser observado como uma resultante dos demais fatores, não devendo atuar como um dogma limitante.

Assim, o objetivo inicial será justamente trazer esclarecimentos sobre a "questão das drogas". Em seguida, passará a ser demonstrado que, muito embora o uso de substâncias entorpecentes remonte aos primórdios da civilização, após a popularização de seu consumo, com o advento da Revolução Industrial, atingindo classes mais pobres e causando impactos sociais negativos, começou a haver repressão ao consumo desses produtos, notadamente *papoula/ópio/heroína*, *coca/cocaína* e *cânhamo/maconha*. Contudo, somente a partir do século XIX que o tráfico começou a ser um problema de caráter internacional, dando origem a um movimento denominado *Proibicionismo*, o qual, sob a égide da Liga das Nações e da Organização das Nações Unidas – ONU, informou três grandes ondas de repressão às drogas, objetivando erradicá-las da sociedade até 2019.

Entretanto, será analisado que, apesar dos esforços enviesados, o consumo de entorpecentes aumentou, bem como a violência, a corrupção e o encarceramento, colocando em xeque os princípios do modelo proibicionista, notadamente no que diz respeito à falta de cientificidade dos critérios de proibição de determinadas substâncias entorpecentes, evidenciando os interesses políticos e econômicos que norteiam as decisões. Por essa razão, verificar-se-á uma quebra da hegemonia no tratamento do tema, seja dentro dos próprios organismos da ONU, seja por setores da sociedade civil, destacando-se a Comissão Global de Políticas de Drogas.

Dessa forma, vai ser posto em relevo a passagem de três grandes movimentos político-criminais: o terror intervencionista, a engenharia da química psicotrópica e a intervenção mediadora. Esta, mais condizente com o Estado Democrático de Direito, será a base de estruturação de modelos de *normalização*, ou seja, aqueles alternativos ao *Proibicionismo*, em gradativa caminhada de assimilação pela sociedade, dos quais destacam-se a *redução de danos*, a *descriminalização* e a *legalização*.

2. A QUESTÃO DAS DROGAS

2.1 Aspectos etimológicos, históricos e psicológicos

Quando se pretende abordar a atuação estatal em relação às drogas, é preciso partir da compreensão do objeto de estudo (a droga) e ter consciência de que se trata de uma questão essencialmente multidisciplinar, que envolve fatores históricos, médicos, farmacológicos, sociais e, claro, jurídicos.

Contudo, os aspectos jurídicos devem ser o produto dos demais fatores, e não o ponto de partida. Vale dizer, os comandos deônticos, as ordenações devem ser formatadas a partir das outras condicionantes e não se apresentarem como um dogma que limita as estratégias para lidar com eventuais problemas.

Exatamente por isso, é preciso compreender adequadamente o objeto de estudo e suas implicações. Como falar de políticas públicas sobre drogas sem conhecer, ao menos em linhas gerais, o que de fato são e quais os efeitos pessoais e sociais dessas substâncias? Assim, torna-se imprescindível uma apresentação inicial, com esclarecimentos conceituais e compreensão mais adequada do fenômeno das drogas.

O primeiro esclarecimento que deve ser feito, aliás, é sobre uma certa confusão terminológica e uma imprecisão conceitual. Afinal, o que é *droga*? Fala-

-se em droga, entorpecente, psicotrópico, tóxicos. Apesar de muitas vezes utilizados como sinônimos, esses termos, a rigor, traduzem conceitos distintos.[1]

Uma primeira abordagem terminológica refere-se a psicoativos e psicotrópicos, esses dois termos, sim, traduzindo conceito próximo. Psicoativo é aquilo *que tem efeitos sobre a atividade psíquica ou mental, ou sobre o comportamento*, ao passo que psicotrópico é *aquilo que atua quimicamente sobre o psiquismo, a atividade mental, o comportamento, a percepção*. São conceitos semelhantes ao comumente aceito para drogas, e abrangem a maioria das substâncias geralmente tratadas na sua abordagem (álcool, tabaco, maconha, opiáceos, cocaína).

Entorpecente, do qual são sinônimos narcóticos e estupefacientes, designa aquilo que causa torpor, que amortece os sentidos. A rigor, não abrangem todas as drogas, mas principalmente as depressoras (v.g., opiáceos), sem incluir, contudo, as estimulantes (v.g., cocaína) e as perturbadoras ou alucinógenas (v.g., LSD).

Fala-se, ainda, em tóxicos, o que, a rigor, designa apenas uma qualidade dessas substâncias (mas não apenas delas), no sentido de traduzirem uma periculosidade para o consumidor.[2]

Assim, a noção mais próxima é exatamente a de *psicoativo*, tanto que, segundo a Organização Mundial de Saúde, *droga* é "qualquer substância auto ingerida que atua no sistema nervoso central, provocando alterações de percepção ou função".[3]

Esse é, portanto, o objeto de análise. Trata-se de verificar as implicações, usos e problemas causados por essas substâncias modificadoras do comportamento ou da *psique* do usuário.

Alguns dados históricos podem e devem ser agregados.[4] É afirmação conhecida, e verdadeira, que o uso de drogas é concomitante à história da huma-

1. RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 158, nota de rodapé 01.
2. Como lembra Maurides de Melo Ribeiro (idem, ibidem, nota 1, em referência a Yoko Ono: "Tóxico é o segundo copo d'água quando o primeiro me matou a sede".
3. RIBEIRO, Maurides de Melo. *Políticas públicas e a questão das drogas: o impacto da política de redução de danos na legislação brasileira de drogas*. Dissertação de Mestrado em Direito Penal. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. p. 14.
4. Neste momento, basta a referência a dados históricos, de maneira genérica; adiante, como se verá, o tema será mais bem explorado.

nidade.[5] São diversas manifestações históricas do uso de drogas, inicialmente situadas em rituais religiosos e tratos medicamentosos. Aliás, a prova palavra droga provêm de "droog", do holandês arcaico, denominando "folha seca", vindo, desde aí, sua relação com trato terapêutico.[6] Nesse sentido, a droga foi e sempre será um dado da realidade, com o qual conviveu e convive o homem.

Há que se reconhecer, por outro lado, que o uso dos psicotrópicos sofreu um crescimento vertiginoso, especialmente a partir das Grandes Navegações,[7] quando não só especiarias, mas também substâncias psicoativas foram incluídas nas rotas comerciais e passaram a fazer parte do "cardápio" europeu. Vindo da América, a folha de coca, a partir de combinações químicas, teve rápida penetração, assim como foi o ópio e seus derivados.

A especificidade é que essa nova forma de consumo passou a ser feita em novo contexto. Antes setorizados em rituais, em encontros grupais ou religiosos, passaram a ser utilizadas em novos contextos, por pessoas até então não acostumadas a esse uso. Aliás, esse dado já lança foco sobre um detalhe adiante explorado: a importância do contexto no uso e nos efeitos dos entorpecentes.

Por outro lado, fatores psicológicos também contribuem para o entendimento da questão da droga. Afinal, uma linha de investigação seria justamente identificar porque as drogas tiveram tanta aceitação e seu uso foi disseminado. Esclarece Clécio Lemos,[8] citando Sigmund Freud, que o mal-estar é inerente à vida em sociedade e que isso decorreria da preponderância da natureza so-

5. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 194. Vale a transcrição: "uso de substâncias entorpecentes remonta aos primórdios da civilização humana. O conhecimento das propriedades medicinais dessas substâncias, assim como a capacidade de elas gerarem efeitos alucinógenos, muitas vezes vinculados a experiências religiosas, pôde ser observado já nas primeiras comunidades humanas. Porém, apesar desse conhecimento antigo das propriedades das substâncias alucinógenas, o seu consumo abusivo já era observado desde o passado mais remoto".

6. DOMANICO, Andrea. *Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!:* estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006. p. 66.

7. RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos cit., p.162.

8. LEMOS, Clecio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 11.

bre o homem, da fragilidade do corpo humano e da insuficiência de normas instituídas para regular os vínculos humanos. Esse mal-estar, identificado por Freud, poderia ser aplacado por alguns mecanismos, destacando-se, na expressão de Lemos: "poderosas diversões, gratificações substitutivas e substâncias inebriantes".[9]

Sobre as substâncias inebriantes, merece transcrição a lição de Sigmund Freud:[10]

> O serviço dos narcóticos na luta pela felicidade e no afastamento da miséria é tão valorizado como benefício, que tanto indivíduos como povos lhe reservaram um sólido lugar em sua economia libidinal. A eles se deve não só o ganho imediato de prazer, mas também uma parcela muito desejada de independência em relação ao mundo externo. Sabe-se que com ajuda do 'afasta-tristeza' podemos nos subtrair à pressão da realidade a qualquer momento e encontrar refúgio num mundo próprio que tenha melhores condições de sensibilidade.

O trecho, particularmente interessante, dá uma pista sobre a disseminação do uso, ligando a um possível mal-estar generalizado da civilização. Como essas substâncias são utilizadas para aplacar a dor e como houve aumento desse consumo, surgem duas alternativas, autônomas entre si: ou o mal-estar aumentou, ou as recompensas alternativas escassearam.

Historicamente, portanto, apesar de sempre ter sido relatado o uso de psicotrópicos, constatou-se uma expansão desse uso, atingindo, com o passar dos anos, uma escala global. E essa nova forma de uso lançou algumas polêmicas, ligadas aos riscos das drogas (a) para a saúde, bem como (b) para a sociedade, particularmente para o aumento da violência e dos crimes. É sobre esses dois elementos que passa a se expor.

2.2. Aspectos médicos e farmacológicos: os riscos decorrentes do uso

Pretende-se, agora, estudar os riscos inerentes ao consumo de psicoativos, abrangendo tanto os riscos biológicos para o usuário (o que inclui morbidades, síndrome de abstinência, mortalidade por overdose e riscos ligados à forma de administração) quanto para sua vida relacional (desenvolvimento de dependência e destruição de laços afetivos, profissionais, familiares).

9. Idem, p. 14.

10. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2011. p. 22.

Contudo, um esclarecimento inicial deve ser feito. Todos os riscos e lesões adiante mencionados referem-se ao *uso abusivo* de psicoativos, o que caracteriza dosagens relevantes por períodos longos de tempo.[11]

O foco deve ser esse porque, segundo estudos empíricos, diferentemente do senso comum, o consumo de drogas não leva necessariamente ao vício, havendo a possibilidade concreta (e, na verdade, muito mais provável) de se manter apenas um uso recreativo, o qual, a rigor, não produz efeitos relevantes em desfavor da saúde.

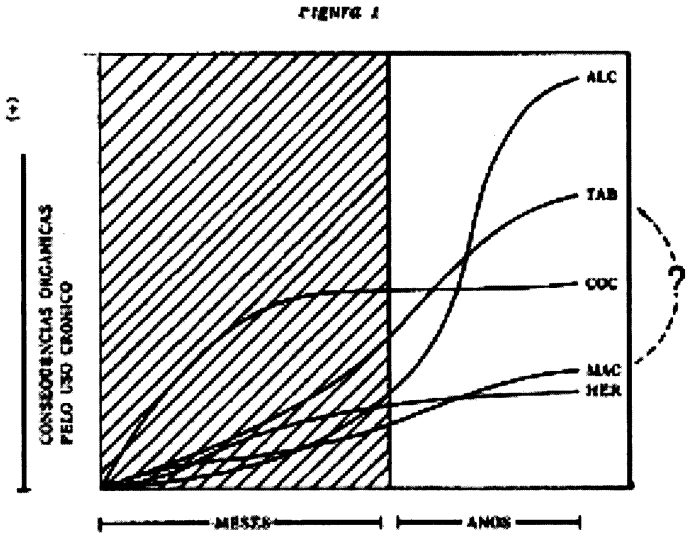
O neurocientista americano Carl Hart[12] adverte que o vício, segundo definição do *Diagnostic and Statistical Manual of mental disorder*, consiste na utilização que uma pessoa faz das drogas que interfere em funções vitais importantes, como os cuidados com os filhos, o trabalho e as relações íntimas. O uso deve prosseguir, continua Hart, apesar das consequências negativas, de ocupar muito tempo e energia mental, e persistir, não obstante renovadas tentativas de parar ou diminuir.

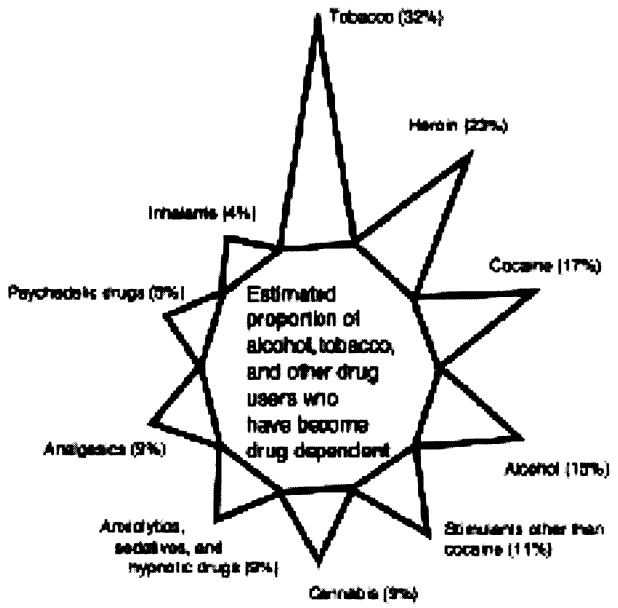
O fato é que esse padrão de consumo é atingido apenas por cerca de 10% a 25% dos usuários, mesmo daquelas de drogas consideradas extremamente pesadas, como cocaína e heroína. Em outros termos: 75% dos usuários ocasionais de psicoativos, seja ele qual for, não desenvolve um uso abusivo.

Foram essas as conclusões de diversos estudos empíricos. Assim, em pesquisa desenvolvida por James C. Anthony,[13] há a apresentação de dados relativos à taxa de dependência para cada droga, valores atestados por referências de

11. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 185. Os autores esclarecem as diferenças entre dependência, uso abusivo e uso recreativo: "Nesse aspecto, é importante não confundir a dependência de drogas com seu uso abusivo. A dependência se caracteriza pelo uso compulsivo da substância, a partir do qual o organismo obtém uma sensação de bem-estar, ou, pelo contrário, a falta da droga produz um intenso mal-estar. A drogadição, em regra, paulatinamente leva à tolerância à substância. O uso abusivo, por sua vez, é relacionado com os efeitos psíquicos das drogas que causam incremento de risco individual e problemas de relacionamento social por conta dos efeitos da substância. Tanto a dependência como o abuso de drogas são situações distintas daquela do usuário eventual de drogas, pois nesse caso o risco é mínimo e não há consequências biopsicossociais".
12. HART, Carl. *Um preço muito alto:* a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 22-23.
13. *Epidemiologic Analysis of Alcohol and Tobacco Use:* Patterns of Co-Occurring Consumption and Dependence in the United States. Disponível em: [http://pubs.niaaa.nih.gov/publications/arh24-4/201-208.pdf]. Acesso em: 14.09.2014.

outras pesquisas semelhantes. O gráfico abaixo indica, de maneira didática, a estimativa de usuários que, diante de um consumo contínuo, tornam-se dependentes, para cada tipo de droga:





Curiosamente, a droga que revelou maior incidência de vício foi o tabaco, ao passo que drogas estigmatizadas, como heroína e cocaína, levaram a um uso abusivo em 23% e 17%, respectivamente. Outros estudos chegaram a conclusões semelhantes, confirmando essa percepção.[14]

Essa, portanto, já é uma informação relevante, no sentido de que é possível o uso recreativo, que não leve ao vício e ao uso abusivo. Não se trata de romantizar os psicoativos, mas sim de apresentar dados *científicos* que retirem o pânico moral que paira sobre nosso objeto de estudo.

É inegável, por outro lado, que, diante do uso prolongado e em doses relevantes, surjam riscos para a saúde, tanto pessoal, quanto relacional.

Com base na construção de Elisaldo Carlini e Jandira Masur,[15] é possível apresentar, esquematicamente, uma comparação dos riscos envolvendo as diferentes drogas consumidas, inclusive as lícitas (álcool e tabaco).

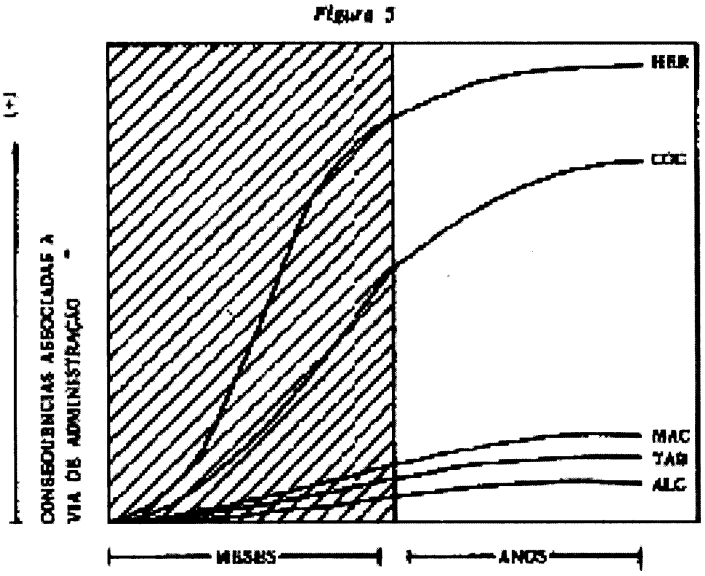
A primeira análise apresentada refere-se aos prejuízos orgânicos causados pelo uso crônico dessas drogas e o tempo necessário para que eles apareçam. Nesse primeiro gráfico, não são considerados os riscos, também orgânicos, relacionados à síndrome de abstinência, à overdose e aos riscos relacionados à via de administração, reservados para comparativos exclusivos.

Destaca-se, no quadro comparativo à esquerda, os baixos danos orgânicos causados pela heroína, ao passo que o álcool, após prolongado tempo de uso, produz severas consequências patológicas. A menção duvidosa quanto à maconha, em pontilhado ao tabaco, está ligada à indeterminação de produção de câncer de pulmão. O curioso, no gráfico, é que justamente as drogas consideradas lícitas provocam os mais graves danos orgânicos à saúde do paciente, o que ocorre, em relação ao tabaco, de maneira significativa.

Ainda focando nos riscos para o usuário, são apresentados dados relacionados à overdose e maneira de administração. Vale a transcrição dos gráficos, pois intimamente relacionados com formas de atuação da redução de danos.

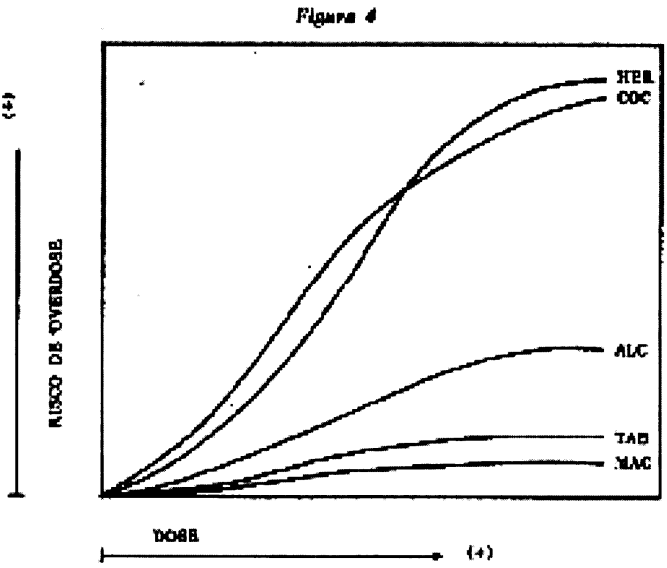
14. HART, Carl. Op. cit., p. 317, nota 1: o autor indica uma série de estudos que confirmam as taxas apresentadas.

15. CARLINI, Elisaldo; MASUR, Jandira. *Drogas:* subsídios para uma discussão. São Paulo: Brasiliense, 2004.



No que se refere ao risco de overdose (gráfico à direita), o destaque dado por Carl Hart é na necessidade de adoção, como política de redução de danos, de educação pública para evitar casos de mortalidade por essa causa. Relata ele que, para além da qualidade péssima das drogas (o que será adiante relatado), uma das principais causas de overdose de heroína ocorre pelo consumo conjunto com álcool, fato desconhecido (e praticado) por muito dos usuários. Considerando que a heroína é justamente a droga que mais tem potencial de levar à overdose, trata-se de importante medida a ser adotada. Por outro lado, drogas como maconha e tabaco tem risco praticamente nulo de levar à mortalidade pelo excesso da dose consumida.

Em sentido semelhante, particularmente importante para análise desse estudo, estão os riscos relacionados à forma de administração da substância no corpo. Deveras, o consumo dos psicoativos pode se dar de formas variadas, desde a ingestão (comprimidos), injeção intravenosa e inalação. Cada forma específica de inalação leva a riscos distintos.



O gráfico acima relaciona os riscos com os meios tradicionais de consumo da droga. Os riscos relacionados à heroína e à cocaína, como se imagina, ocorrem pelo uso de injeção para consumo da droga, o que aumenta consideravelmente o risco de transmissão da AIDS e da Hepatite.

A abordagem dos riscos ganha novos contornos quando pautada pelos danos para a vida relacional. Aqui, o foco é bem direcionado para o desenvolvimento do vício, nos termos acima explicitados. Analisa-se a "incapacitação social", definida, pelos autores do estudo, como "dificuldades no relacionamento interpessoal, que afetam áreas tão diferentes como relações familiares, afetivas, profissionais e escolares".[16]

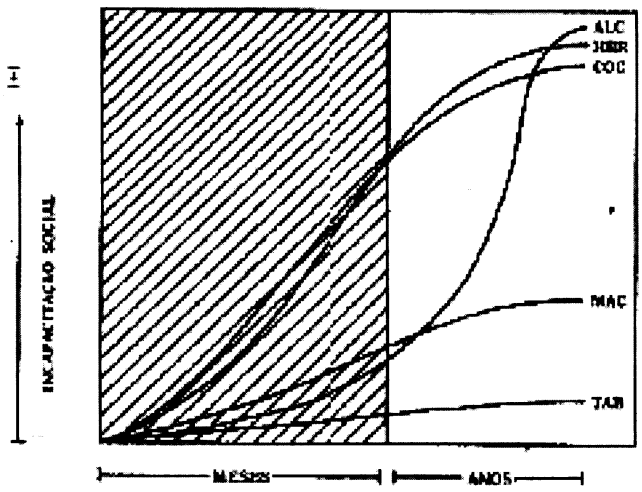
O quadro acima sintetiza essa capacidade de cada droga "consumir" o usuário, passando a ser o centro de sua vida, prejudicando outros aspectos da vida relacional. Enquanto o tabaco é uma das drogas mais prejudiciais à saúde orgânica, como visto, seu consumo em pouco interfere na vida relacional, sendo possível que alguém seja dependente do cigarro e, ainda assim, mantenha

16. Idem, p. 23-25. Destaca-se, uma vez mais corroborando o conceito de dependência, trecho de p. 24: "Vale lembrar que o conceito de dependência, em sentido amplo, não se refere à síndrome de abstinência (característica da dependência física), mas quanto a droga 'penetra' na vida da pessoa; a droga passa a ser o valor maior, a prioridade primeira. Outros interesses e atividades que antes eram considerados importantes pelo indivíduo perdem seu lugar para a droga".

emprego, família, amigos, entre outros aspectos de suas relações sociais. Por outro lado, confirmando uma percepção difundida, drogas ilícitas, como cocaína (e seus derivados, inclusive o *crack*) e heroína, têm uma alta capacidade de penetração na vida do usuário. Novamente a maconha encontra patamares moderados de risco: se não são inexistentes, também não se destacam.

Contudo, em relação a esse quadro, alguns esclarecimentos são necessários. De fato, o estudo que fundamentou a elaboração do gráfico data de 1989. Sua análise confirma o senso comum, em relação ao poder viciante da cocaína/crack e pode contrastar com o que foi informado anteriormente sobre a incidência de dependência nas drogas.[17]

Figura 3



A rigor, o quadro retrata o entendimento que há muito prevaleceu sobre o poder viciante da heroína e do *crack*, ligando-o especialmente ao imenso prazer provocado pela sobrecarga de dopamina liberada no cérebro. Aliás, foram realizados diversos experimentos, notadamente com roedores, para comprovar o potencial da cocaína de gerar dependência.

Como descreve Carl Hart, os experimentos ocorriam da seguinte maneira: a ratos de laboratório era oferecido um mecanismo, que ele mesmo acionava, para a liberação de morfina/cocaína e seu respectivo consumo. Foi observado, então, que os ratos, uma vez que acionavam o mecanismo e experimentavam

17. Vale dizer, entre 10 e 25%, a depender da droga.

a droga, passavam a repetir o procedimento compulsivamente, levando-os, em alguns casos, à morte.

O experimento, portanto, confirmava o poder viciante da heroína e da morfina. Contudo, prosseguindo na análise, e diante da hipótese, já aventada anteriormente, de que os efeitos e o consumo de drogas estão inteiramente modelados pelo contexto, pesquisadores constataram que os ratos de laboratório são animais extremamente estressados, sem qualquer alternativa de prazer, geralmente vivendo isoladamente. Com base nisso, foi desenvolvido outro experimento,[18] denominado de "Parque dos Ratos". Ele é assim relatado pelo neurocientista Carl Hart:[19]

> Os pesquisadores criaram um ambiente aprimorado para os roedores, mais diretamente inspirado em seu habitat. Nesse compartimento delimitado havia muitos outros ratos, para contatos sociais e acasalamento, lugares interessantes a ser explorados, brinquedos para fazer exercícios e refúgios escuros para eles se aninharem (os ratos evitam espaços abertos e muito iluminados). O Parque dos Ratos também proporcionava outro conforto a seus habitantes: água com morfina, suficientemente adoçada para que os ratos a bebessem.

O resultado desse experimento foi substancialmente distinto daquele que envolveu os ratos em gaiolas comuns de laboratório. O consumo da água com morfina ocorreu em níveis muito superiores entre os ratos das gaiolas (em algumas circunstâncias, chegava a ser 20 vezes superior), ao passo que os ratos no "Parque", mesmo com água muito doce com morfina, ainda não sentiam atração viciante à substância. Esse mesmo tipo de experimento foi repetido com cocaína e morfina, chegando-se a resultados semelhantes.

Outros experimentos foram realizados, inclusive com humanos. Dessa feita, além de analisar o potencial viciante do *crack* e do MDMA, cientistas também se dispuseram a analisar se o usuário-dependente mantém consigo a razão e é capaz de fazer escolhas lógicas e racionais, mesmo quando já "dominado" pela droga. O condutor desses experimentos foi justamente o neurocientista Carl Hart.

A experiência consistia na seleção de dependentes de *crack* e a submissão deles a uma bateria de testes. Em cada teste, eram feitas quatro sessões, in-

18. Op. cit., as referências às pesquisas do "Parque dos Ratos" podem ser encontradas na p. 319, nota 5, item 4.

19. Idem, p. 97.

tervaladas em 15 minutos. No ato, era oferecido ao dependente uma escolha: uma dose de *crack* de laboratório, pura, aplicada pela enfermeira; ou U$5, em vale ou em espécie. O senso comum indicaria a permanente escolha pela droga, haja vista que o usuário já estava em sinais avançados de dependência. O resultado, contudo, foi distinto, como relata o cientista:[20]

> O resto dos dados demolia essa tese, mostrando que muitas vezes os participantes ofereciam resistência a doses mais baixas. Não obstante a noção popular de que pessoas viciadas darão preferencia a qualquer dose de droga a outra experiência – em especial quando já provaram o gosto da fissura –, não foi o que constatamos em laboratório. Mesmo num ambiente com drogas, as pessoas viciadas não são meros escravos da ânsia. Eles fazem escolhas racionais.

Essas experiências foram repetidas com metanfetamina. O procedimento era semelhante. Relata o autor que, diante de uma escolha entre 50 miligramas de metanfetamina e cinco dólares, os dependentes escolhiam a droga em metade das vezes. Por outro lado, aumentando a oferta para vinte dólares, os dependentes raramente escolhiam a droga.

Com essas ressalvas é que deve ser entendido o gráfico que indica o alto grau de incapacitação social provocado pela heroína e pelo *crack*. Por produzirem sensação de prazer alta, por óbvio tem um poder viciante considerável. Contudo, essa análise jamais pode ser feita considerando apenas os aspectos farmacológicos da droga, mas sim contextualizando o seu uso, como foi feito com os ratos e seres humanos. Deveras, diante de uma situação de completa ausência de alternativas de prazer, a escolha pela droga será muito mais fácil. Isso remete novamente ao "mal-estar da civilização" e nas duas perguntas ali propostas: foi a dor que aumentou ou foram as alternativas de prazer que sumiram? Ou as duas hipóteses ocorreram?

2.3. Aspectos criminológicos: drogas e violência

A compreensão do objeto de estudo exige, ainda, que se focalize atenção no chamado *efeito criminógeno das drogas*, isto é, sua influência sobre a prática de crimes. É certo que as drogas podem influenciar de diversas maneiras no comportamento criminoso, e isso já foi objeto de estudo.

No geral, costuma-se dividir a influência da droga em três contextos da prática de crimes: efeito farmacológico, compulsão econômica e violência sis-

20. Idem, p. 259.

têmica. O primeiro está ligado aos efeitos biológicos que a ingestão da substância produz no usuário, que passaria a adotar uma postura violenta, arrogante, destemida ou algo semelhante. Por sua vez, o segundo está ligado aos delitos econômicos praticados pelo usuário para ter acesso ao psicoativo. Por fim, a violência sistêmica está situada no âmbito da comercialização das drogas, com disputas entre traficantes, punição a usuários em débito, resolução de conflitos decorrentes da gestão do negócio.

Neste primeiro momento, como já destacado, o foco é sobre a droga em si, já que o objetivo é compreender de uma maneira mais adequada o objeto de estudo. Assim, a rigor, apenas no primeiro dos contextos mencionados é que pode ser atribuído à própria droga o fator preponderante para a prática do delito. Isso porque é apenas nele que se identificam os efeitos da droga atuando sobre o indivíduo e induzindo à prática de delitos.

Já o segundo, da compulsão econômica, está ligado também aos efeitos da droga, mas se relaciona, em semelhante grau de prevalência, com as necessidades econômicas do indivíduo. Deveras, irá praticar crimes por compulsão econômica (isto é, crimes patrimoniais para ter acesso ao entorpecente) apenas aquele usuário que não possui recursos financeiros para adquirir seu psicoativo.

Por sua vez, o terceiro contexto relatado está muito mais relacionado à proibição da droga do que a efeitos por ela provocados sobre o ser humano. Justamente por isso, sua análise deve ficar relacionada às críticas ao *Proibicionismo*, adiante mencionadas, e não à própria droga. Curiosamente, contudo, é justamente este último contexto que tem propiciado os maiores níveis de violência.

Desse modo, o tema do efeito criminógeno das drogas é objeto de estudos empíricos, realizados especialmente nos Estados Unidos, fornecendo subsídios importantes para análise. Ainda que sejam dados relacionados a outro ambiente, outro país e outra legislação, são esclarecedores e importantes, especialmente diante da globalização do tráfico de drogas e da correlata proibição, bem como da identidade de substâncias envolvidas (álcool, maconha, cocaína/crack, heroína). Assim, se o objetivo é analisar os efeitos farmacológicos e daí decorrentes dos psicoativos, a análise de dados comparados, ainda que não seja absolutamente conclusiva, auxilia na tarefa.

O primeiro desses estudos é do Departamento de Justiça Americano, que realizou, entre 1997 e 2004, observações com os presos, tanto em prisões esta-

duais, quanto em prisões federais.[21] O objetivo era justamente analisar em que condições a droga inseria-se no contexto dos delitos.

Dados como o uso de psicoativo concomitante ao crime, o tipo de droga utilizado, os crimes cometidos, foram levantados. Eles indicam uma alta utilização de drogas pelos presos, ao menos em algum momento da vida (83,2% e 78,7%, em 2004). A droga mais utilizada é a maconha (77.6% e 71.2%).[22] Contudo, se é pretendido analisar a influência dos efeitos farmacológicos das drogas na prática do delito (contexto 1), o que deve ser observado são os dados relativos ao uso de entorpecentes no momento da prática do crime (coluna mais à direita). Ali, observa-se que há uma drástica redução. Em presídios estaduais, apenas um terço estavam sob efeito de psicoativos quando cometeram o delito; quando se analisa apenas o *crack* e cocaína, esse número cai para menos de 12%. Em presídios federais, os valores são ainda menores: 26,4% estavam sob efeito de drogas quando da prática do delito, e apenas 7.4% de *crack*. A maconha continuou sendo a droga mais utilizada, mesmo quando da prática do fato, o que faz pensar que, a rigor, outros eram os motivos que desencadearam a prática do delito, considerando os efeitos que a *erva* costuma produzir no ser humano.

Table 1. Drug use by State prisoners, 1997 and 2004

	Percent of State prisoners who used drugs —							
	Ever		Regularly[a]		In the month before offense		At the time of offense	
Type of drug	2004	1997	2004	1997	2004	1997	2004	1997
Any drug[b]	83.2%	83.9%	69.2%	66.9%	58.0%	56.5%	32.1%	32.6%
Marijuana/hashish	77.6	77.9	58.0	58.3	46.3	38.2	15.4	15.1
Cocaine/crack	46.8	46.2	30.0	33.6	21.4	25.0	11.8	14.8
Heroin/opiates	23.4	24.5	13.1	15.9	5.2	9.2	4.4	5.6
Depressants[c]	21.3	23.7	9.5	11.3	5.4	5.1	2.8	1.8
Stimulants[d]	28.6	28.3	17.9	18.3	12.2	9.0	5.7	4.2
Methamphetamine	23.6	19.4	14.9	11.2	10.8	5.9	5.1	3.5
Hallucinogens[e]	32.9	28.7	13.3	11.3	5.9	4.0	2.9	1.8
Inhalants	13.6	14.4	4.6	5.4	1.0	1.0	–	–

Note: Detail adds to more than total because prisoners may have used more than one type of drug.
– Not reported.
[a]Used drugs at least once a week for at least a month.
[b]Other unspecified drugs are included in the totals.
[c]Includes barbiturates, tranquilizers, and Quaaludes.
[d]Includes amphetamines and methamphetamine.
[e]Includes LSD, PCP, and ecstasy.

21. MUMOLA, Christopher J.; KARBERG, Jennifer C. Drug Use and Dependence, State and Federal Prisoners, 2004. *Bureau of Justice Statistics – Special Report. U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs*, 2007. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/dudsfp04.pdf]. Acesso em: 16.11.2014.

22. Como destacado por Sérgio Salomão Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas e criminologia. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 338), o alto índice de presos que utiliza maconha também pode indicar a seletividade da Justiça Criminal americana, em que clientes preferenciais são negros e latino-americanos, históricos consumidores da *marijuana*.

Most serious offense	Percent of prisoners who committed offense to get money for drugs	
	State	Federal
Total*	16.6%	18.4%
Violent	9.8	14.8
Property	30.3	10.6
Drug	26.4	26.3
Public-order	6.9	6.8

*Includes offenses not shown.

Table 2. Drug use by Federal prisoners, 1997 and 2004

Type of drug	Percent of Federal prisoners who used drugs —							
	Ever		Regularly[a]		In the month before offense		At the time of offense	
	2004	1997	2004	1997	2004	1997	2004	1997
Any drug[b]	78.7%	72.9%	64.3%	57.3%	50.3%	44.8%	28.4%	23.4%
Marijuana/hashish	71.2	66.2	59.0	46.9	36.2	30.4	14.0	10.8
Cocaine/crack	43.3	44.4	27.6	28.2	18.0	20.0	7.8	9.3
Heroin/opiates	17.9	18.1	9.2	8.9	6.6	6.4	3.2	3.0
Depressants[c]	16.9	19.5	8.8	8.0	4.4	3.2	1.4	1.0
Stimulants[d]	31.0	30.9	14.8	12.9	10.8	7.5	7.4	4.1
Methamphetamine	17.9	15.1	12.6	9.6	10.1	6.5	7.2	3.7
Hallucinogens[e]	25.9	19.6	11.9	6.4	6.8	1.7	1.9	0.8
Inhalants	7.6	7.7	3.0	2.6	0.6	0.5	–	–

Note: Detail adds to more than total because prisoners may have used more than one type of drug.
– Not reported.
[a]Used drugs at least once a week for at least a month.
[b]Other unspecified drugs are included in the totals.
[c]Includes barbiturates, tranquilizers, and Quaalude.
[d]Includes amphetamines and methamphetamine.
[e]Includes LSD, PCP, and ecstasy.

Em outros termos, a absoluta maioria dos presos não estava sob qualquer influência dos efeitos farmacológicos de drogas quando cometeu o delito, o que já retira um certo *pânico* que pode ser difundido. Mais do que isso, mesmo nos casos em que foi consumido entorpecente no momento do cometimento do fato, não é possível atribuir aos efeitos farmacológicos do psicoativo o motivo determinante do delito, especialmente diante da droga mais consumida (maconha).

Os dados ainda contribuem para a análise do efeito criminógeno das drogas no segundo contexto: a compulsão econômica. De acordo com a tabela abaixo apresentada, menos de 1/5 de todos os presos relataram que o motivo do crime foi a obtenção de dinheiro para obter drogas. O destaque vai ainda para o baixo percentual que cometeu delitos violentos para esse fim. A maior parte praticou furtos (30% e 10%) ou se envolveu com o próprio tráfico de drogas (na faixa de 25%).

Esses dados são confirmados por uma segunda pesquisa.[23] Trata-se de estudo que analisou 414 casos de homicídios, entre março e outubro de 1988,

23. GOLDSTEIN, P.J.; BROWNSTEIN, H.H; RYAN, P.J; BELLUCI, P.A. Crack and homicide in New York City: a case study in the epidemiology of violence. In: REINAR-

em Nova York. O estudo, portanto, é mais setorizado. Buscava, no auge da epidemia de *crack* nos Estados Unidos, analisar a influência do *crack* na prática de delitos violentos. A constatação, contudo, não confirmou o senso comum.

Assim, os autores verificaram que apenas 31 dos 441 homicídios foram causados em razão dos efeitos de drogas, razão pela qual foram classificados como homicídios psicofarmacológicos. Desse universo, contudo, a droga mais influente foi o álcool. O *crack*, por sua vez, foi observado como "causa preponderante" de apenas 5 (cinco) homicídios, representando menos de 2% do total analisado.

De acordo com os autores:

> (...) cerca de 2 por cento dos homicídios foram motivados por compulsão econômica e foram classificadas como relacionadas com o tipo de crack, pois os homicídios foram cometidos durante assaltos e roubos por usuários de crack para obter dinheiro para financiar seus hábitos.

Por outro lado:

> (...) cerca de 40 por cento de todos os homicídios e quase 75 por cento de todos os homicídios relacionados com a droga estavam relacionadas com exigências do sistema de mercado ilícito. Destes homicídios sistêmicos, 65 por cento foram classificados como estando relacionado principalmente crack. A grande maioria dos homicídios no contexto do *crack* ocorreu entre traficantes ou entre traficantes e usuários. Homicídios sistêmicos ocorreram para uma variedade de razões, incluindo disputas territoriais, roubos de revendedores e dívidas relacionadas com a droga.[24]

MAN, Craig; LEVINE, Harry G. (orgs.). *Crack in America:* Demon Drugs and Social Justice, Berkeley, University of California Press, 1997. p. 113-130.

24. As transcrições referem-se ao "abstract" da pesquisa: "About 2 percent of homicides were motivated by economic compulsion and were classified as crack-related because homicides were committed during robberies and burglaries by crack users to obtain money to finance their habits. About 40 percent of all homicides and nearly 75 percent of all drug-related homicides were related to exigencies of the illicit market system. Of these systemic homicides, 65 percent were classified as being primarily crack-related. The vast majority of crack-related homicides occurred between dealers or between dealers and users. Systemic homicides occurred for a variety of reasons, including territorial disputes, dealer robberies, and drug-related debts. Overall, 52.7

O estudo, portanto, relaciona diretamente os três contextos de violência e droga, já mencionados. Os dois primeiros contextos, que, como dito, possuem uma relação mais próxima com a droga (em razão dos efeitos farmacológicos e em razão da compulsão econômica por ela gerada) traduzem um montante muito pequeno dos homicídios. Por outro lado, quando se analisa empiricamente o terceiro contexto, da chamada violência sistêmica, observa-se um aumento vertiginoso de violência. Assim, se menos de 10% dos homicídios foi cometido durante o efeito de drogas (sendo que, nesses 10%, a maioria se refere ao álcool), quase metade de todos os homicídios estava relacionada ao tráfico de drogas, especialmente disputas territoriais entre vendedores e o sistema punitivo informal aplicado por esse setor.

As duas pesquisas apresentadas tinham por foco as chamadas drogas ilícitas, o que pode prejudicar um pouco a correta compreensão da relação entre drogas e crime.[25] Deveras, muito se afirma que o álcool tem papel relevante no cenário da violência, especialmente quando se analisam os próprios efeitos farmacológicos da substância (contexto 1).

Uma terceira pesquisa, então, pode contribuir nessa análise.[26] Sua metodologia baseou-se na entrevista com as vítimas dos delitos violentos. Indagou-se a elas se foi possível perceber se os agressores estavam sob influência de alguma substância psicoativa, seja álcool ou outra substância.

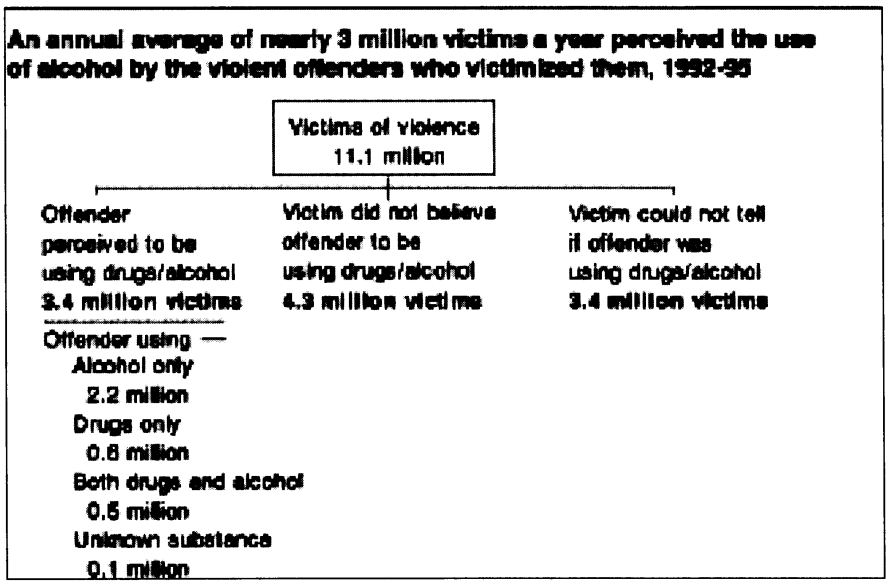
Assim, de um total de 11.1 milhões de vítimas, mais de 30% percebeu que o agressor estava fazendo o uso de drogas. Contudo, a imensa maioria estava fazendo o uso apenas de álcool, ao passo de uma diminuta parcela fazia o uso apenas de outras drogas. Esses dados corroboram o que foi constatado no levantamento anterior, em que o álcool teve, entre todas as drogas, fator predominante no contexto de homicídio, perdendo apenas para a violência sistêmica, motivada, como já se disse, pelo contexto violento da venda ilegal de drogas.

---

percent of homicides were in some way drug-related". Disponível em: [www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=170654]. Acesso em: 16.10.2014.

25. Como já destacado, as normas, em um estudo criminológico, não podem ser dogmas. Assim, a divisão entre drogas ilícitas e lícitas, posto que derivada de uma escolha deôntica, não deve limitar a análise do fenômeno. Se se quer compreender as drogas, todas devem ser analisadas.

26. GREENFELD, Lawrence A. *Alcohol and Crime:* An Analysis of National Data on the Prevalence of Alcohol Involvement in Crime. U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs. Washington, D.C., 1998.



Essa pesquisa também relaciona os delitos culposos com o álcool, notadamente os acidentes de trânsito. Foi constatado, também no âmbito desse levantamento, que 40% dos acidentes de transito com vítimas fatais envolvia um motorista que ingerira bebida alcoólica e estava juridicamente embriagado.[27] Os dados são interessantes no sentido de revelarem que esses acidentes, envolvendo condutores embriagados, ocorrem na parte da noite e, predominantemente, aos fins de semana, corroborando o senso comum.[28]

O que todos esses dados revelam? Considerados os três contextos de crimes e drogas, percebe-se, com nitidez, que os efeitos farmacológicos das drogas ilícitas e a compulsão econômica têm uma contribuição muito pequena no universo de crimes e, especialmente, não costumam produzir violência física. São poucos os homicídios praticados sob influência de drogas ilegais, ou praticados com o intuito de obter dinheiro para adquirir psicotrópicos. Nesse sentido, não se vislumbra uma relação direta entre diminuição de consumo e queda dos níveis de violência, o que já coloca dúvidas sobre o objetivo geral da política,

27. Idem, p. 15: "Among those crashes in which persons were tested for BAC, an estimated 59% were found to have a BAC of zero and 41% had a positive BAC of .01 g/dl or higher".

28. Idem, p. 16: "Fatal accident data for 1996 indicate that alcohol is more likely to be a factor at night – 62% of fatal crashes at night involved alcohol - than in the daytime when 18% were alcohol-involved".

como será analisado. Ora, se a droga é uma substância que fomenta uma mente criminosa, devendo ser abolida, natural que sobre os índices gerais ela tivesse um papel predominante. Contudo, a grande maioria dos crimes, violentos ou não, são praticados por pessoas que não estão sob influência farmacológica de psicoativos ilícitos. Quando a análise é nos crimes violentos, esse percentual tende a ficar ainda menor.

Por outro lado, substâncias consideradas lícitas, notadamente o álcool, têm um papel muito maior como fator criminógeno (ainda que seja, claro, uma variável auxiliar, e não única), especialmente quando se analisa o efeito farmacológico e os crimes violentos. Esse dado parece não poder ser atribuído a uma maior oferta, já que, como se viu na tabela 1, é alto o consumo e a oferta de psicoativos ilícitos no histórico de vida dos reclusos (como visto, na faixa de 80%).

Não obstante, é exatamente no cenário da comercialização proibida de drogas que a violência sofre um aumento vertiginoso, com a ocorrência de homicídios em razão de disputas entre traficantes e do modo de resolver as celeumas, no código informal das ruas.

Por outro lado, também não é possível simplesmente negar às drogas qualquer efeito nos delitos. O que se mostrou, nos dados apresentados, é que esse efeito geralmente é sobrevalorizado, posto como principal fator criminógeno, haja vista que o psicoativo induziria a um comportamento criminoso do agente. Ainda que isso não seja tão preponderante, é possível admitir que as drogas têm, no máximo, um efeito enzimático no processo criminoso, atuando, junto com o ambiente e os outros fatores, para a prática do delito.

2.4. Políticas públicas: enfoque multidisciplinar e técnico

É preciso recapitular, em síntese, o que alguns dos dados até o momento apresentados puderam contribuir para o entendimento da "questão das drogas". Foram analisadas as influências dos psicoativos tanto em aspectos relacionados à saúde (tanto à própria ausência de doenças, bem como à saúde da vida relacional), bem como a um suposto fator etiológico da droga na prática de violência.

Não é possível, por certo, afastar qualquer influência da droga nesses aspectos. Ocorrem sim danos à saúde pessoal e relacional da pessoa, bem como a droga está inserida em um contexto de violência. A explanação até agora desenvolvida pretendia diminuir um pouco a relevância da droga em si nesses aspectos, procurando enfatizar que aspectos ambientais, sociais e econômicos têm fator decisivo tanto para o início do uso, quanto para o desenvolvimento

da dependência, bem como para os efeitos provocados no viciado. Mais do que isso, procurou-se demonstrar que nem todo usuário desenvolve o vício, mesmo em drogas pesadas, em que o uso problemático decorre de fatores ligados ao ambiente, às condições sociais e educacionais do usuário, de predisposição genética e de doenças psicossomáticas preexistentes.

Indo além, importante também destacar que a droga, apesar de inserida no contexto da violência, tem um papel secundário nele. Como visto, ela, quando muito, funciona como um coadjuvante importante e, mesmo assim, numa parcela muito diminuta nos crimes violentos. Ao revés, o que tem produzido mais crimes é justamente a comercialização (proibida) dos entorpecentes. Ademais, como se viu, drogas que são hoje consideradas lícitas possuem maior influência na questão da violência, a exemplo do que ocorre com o álcool. Também aqui, contudo, fatores outros são decisivos, não sendo possível afirmar que a violência foi gerada exclusivamente pelos efeitos farmacológicos da droga, ou mesmo pela compulsão econômica.

Colocado bem o problema, surge a indagação sobre se o Estado deve ou não se imiscuir nesse assunto. Vale dizer, é necessário, para o caso, uma atuação de coordenação e regulação por parte do Estado? Deve ele gerenciar esse tema, reservar atenção para a questão? Desse modo, o que deve ser analisado é como o Estado irá atuar nessa seara.

Antes de responder essa indagação, é importante tecer alguns comentários sobre o que é *política pública* e quais as alternativas de atuação.

O que é preciso destacar, logo de início, é que a *política pública* é um instrumento de atuação governamental que é objeto de estudo de diferentes áreas do conhecimento, em especial a gestão pública, a administração, a economia e o direito. Trata-se, portanto, de objeto multidisciplinar.

Uma técnica para se chegar a uma definição parte da negação. Assim, como alerta Maria Paula Dallari Bucci:[29]

> (...) um equívoco frequente é tomar como sinônimos os direitos sociais, de base constitucional, e as políticas públicas destinadas a implementá-los. A cautela que se recomenda, nesse ponto, é de tal ordem, que nem mesmo as medidas concretas de implementação do direito se pode qualificar automaticamente de políticas públicas.

29. BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas:* possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 254.

Políticas públicas, pois, não são direitos. Como já foi dito, são instrumentos para a concretização desses direitos.

Uma definição possível é dada por Sônia Miriam Draibe,[30] segundo a qual políticas públicas são um "conjunto de ações e programas continuados no tempo, que afetam simultaneamente várias dimensões das condições básicas de vida da população, organizados numa determinada área de implantação".

É o modo de atuação estatal, frente a um determinado problema, buscando a consecução de um objetivo fundamental (geralmente a concretização de algum direito – civil, social, econômico, ambiental) em determinado local, para uma determinada população.

Nesse ponto, conclui-se que as drogas podem ser encaradas, senão como um problema, como uma realidade que interfere na saúde pública e na segurança pública, ainda que, neste último caso, repita-se, como fator coadjuvante e integrado a outros elementos.

A partir disso, pode-se pensar, sim, na pertinência de uma política pública para as drogas, que envolva a aglutinação e a coordenação de ações e de programas para lidar com a "questão das drogas", tanto no que se refere às consequências para a saúde dos usuários, quanto dos efeitos sociais decorrentes do uso de entorpecentes. Entra-se, pois, na escolha das alternativas para se lidar com essa questão.

Deveras, sob o gênero política pública existem diversos enfoques. Assim, pode-se falar, inicialmente, de políticas sociais, cujo objetivo é a promoção do bem-estar da população, adotando metas para atingir e garantir direitos sociais diversos, como educação, saúde, moradia, emprego. As mais diversas alternativas podem ser pensadas, desde a construção de uma Unidade Básica de Saúde em um distrito com alto índice de mortalidade infantil, a aprovação de planos de fomento à educação básica, a construção ou o financiamento de moradias populares. O que importa, aqui, é que o foco é a promoção de direitos sociais, com a *redução da desigualdade social*.

Dentre as políticas sociais, uma espécie merece destaque na análise feita: as *políticas de saúde pública*.

Identifica-se um problema de saúde pública, e, por consequência, a necessidade de intervenção estatal por meio de uma política pública, quando

30. DRAIBE, Sônia Miriam. A construção institucional da política brasileira de combate à pobreza: perfis, processos e agenda. *Cadernos de Pesquisa*. n. 34. NEPP/ UNICAMP, 1988, p. 28.

estiverem presentes três requisitos, nas palavras de Nathan Sinai, citado por Maurides de Melo Ribeiro:[31] "1) representar causa frequente de morbidade e mortalidade; 2) existirem métodos eficientes para a sua prevenção e controle; 3) esses métodos não estarem sendo adequadamente empregados pela sociedade". Quando um determinado fator estiver produzindo alta incidência de doenças e mortes em determinado local, fala-se de um problema de saúde pública, que deverá, por meio de programas adequados, estancar o problema, de maneira preventiva e curativa.

A abordagem da saúde pública geralmente é desenvolvida em três grandes eixos. A prevenção primária, que busca evitar a ocorrência do agravo. A prevenção secundária, que busca reduzir os danos quando o agravo ocorreu. A prevenção terciária, que objetiva curar o agravo.

Vale mencionar, aliás, que a violência foi identificada como uma causa de atuação da saúde pública, haja vista que, atualmente, ela é um dos principais motivos de morbidade e mortalidade.

Por fim, há que se mencionar, ainda, as *políticas criminais*. O objetivo buscado pelas políticas criminais é a tutela da segurança pública, também um direito coletivo, assim como os outros direitos sociais mencionados. Buscando reduzir os índices de crimes que afetam a segurança pública, o Estado deve manejar instrumentos para evitar os fatores etiológicos do delito, bem como reprimir as condutas que efetivamente venham a lesionar bens jurídicos alheios. Assim, além de buscar impedir a ocorrência de lesões à segurança pública, quando ela efetivamente vir a ser deturpada, também atuará para reprimir a conduta.

Dentro de políticas criminais não estão apenas decisões ligadas ao *quantum* de pena ou a novas incriminações, mas especialmente a ações voltadas a prevenir delitos, o que passa, por exemplo, desde a instalação de iluminação pública em um determinado local, até a adoção de policiamento comunitário em outro, ou seja, medidas que podem ser adotadas sem qualquer modificação no direito penal. Nesse sentido, são diversas as possibilidades de atuação do Estado para determinado problema.

Como foi visto até aqui, a questão da droga é eminentemente complexa, multidisciplinar, e seus efeitos, tanto no indivíduo, quanto na sociedade, dependem de diversos fatores, para além da própria substância.

31. RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos:* os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

O Estado, é certo, escolheu atuar na questão das drogas. Adotou políticas públicas para ela. Passa-se a expor, então, qual foi essa escolha.

3. PROIBICIONISMO

3.1. Escorço histórico

3.1.1. Antes da proibição

O uso de substâncias entorpecentes remonta aos primórdios da civilização humana, em que era possível observar tanto o conhecimento de suas propriedades medicinais quanto de seus efeitos alucinógenos, normalmente vinculados a ritos religiosos, bem como aos perigos de seu uso abusivo.[32]

Embora seja verdade que muitas substâncias não gozavam de boa reputação por serem vinculadas a rituais pagãos ou a práticas de bruxarias, como ocorreu com o ópio e o *cânhamo*, e, por isso, reprimidos pela Inquisição, não menos certo é que havia uma maior tolerância de seu uso dentro do contexto cultural de cada nação.

Foi a partir das Grandes Navegações, no século XVI, que os europeus entraram em contato com um maior número de substâncias psicoativas, introduzidas na sua sociedade com finalidades médicas[33] ou recreativas.

32. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 194-197. Os autores destacam vários exemplos históricos do uso dessas substâncias. Dentre elas, destaca-se, na Europa e na Ásia, o ópio. Na Grécia, seu uso já foi relatado em diversos mitos gregos e seu uso medicinal conhecido, visto que prescrito por Hipócrates como purgativo ou para a cura da leucorreia. Escavações arqueológicas na ilha de Samos chegaram a encontrar recipientes de barro e de marfim que continham cápsulas de papoula. Também em Roma, onde a imagem de uma papoula era cunhada em uma das faces de uma moeda, verifica-se o relato de seu uso em obras literárias e de medicina, onde era prescrito como analgésico, reconhecendo-se o perigo de dependência, como aconteceu com o Imperador Antonino. Além disso, lá houve uma regulamentação jurídica de seu uso, pois ele era permitido somente para determinadas classes da sociedade romana, autorizando-se a população utilizá-lo somente em festas e comemorações religiosas. Já na América pré-colombiana, protagonizou-se a *coca*, muito utilizada pelos Incas, que interligavam a magia, a religião e a farmácia, como também atestam as escavações de *Huaca Pietro*, no norte do Peru.

33. Idem, p. 197. O uso médico teria sido, inclusive, atestado por Lamarck e, também, por Angelo Mariani, que criou e comercializou um vinho produzido com folha de

Contudo, com a Revolução Industrial, assim como aconteceu com outros produtos, essas substâncias psicoativas deixaram de ser elementos regulados por rituais religiosos para se converterem em *mercadorias*. Dessa maneira, a popularização do consumo fez com que seu uso ficasse desprovido de qualquer "lastro cultural" que funcionasse como mecanismo de controle informal, notadamente quando feito por classes sociais mais pobres e excluídas, como os proletários, os imigrantes e os negros.[34]

3.1.2. Proibicionismo: três grandes ondas

O consumo e o tráfico de substâncias entorpecentes (que não o álcool),[35] notadamente a tríade *papoula/ópio/heroína*, *coca/cocaína* e *cânhamo/maconha*, somente se tornaram um problema de caráter internacional a partir do século

coca, conhecido como "elixir Mariani", que teve como consumidores notáveis escritores e políticos da metade do século XIX.

34. RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos cit., p. 162-164.

35. A pauta repressiva ao uso de substâncias entorpecentes teve seu início com a proibição do álcool, na Inglaterra. Ora, na década de 1690, em função da grande produção de grãos e para fazer frente ao *vinho* francês, o governo inglês estimulou a produção de *gim* (genebra). Contudo, como o consumo aumentou muito, principalmente nas classes mais baixas, na década de 1730 o problema social estava instalado, gerando um dos primeiros movimentos de temperança em seu consumo, com figuras importantes da sociedade defendendo a sua proibição, o que foi feito em 1736, por meio da *Gin Act*, culminando com a proibição de sua destilação em 1758. Nesse tempo, modificou-se totalmente a percepção da sociedade em relação ao álcool, surgindo, nos Estados Unidos da América, semelhante movimento, cuja proibição da bebida foi feita por metodistas, em 1784, seguidos por presbiterianos, batistas e universalistas, culminando, em 1919, com a edição da 18.ª Emenda à Constituição (*Volstead Act*), conhecida por Lei Seca, dando origem ao surgimento de grandes e famosas máfias, que passaram a assumir o comércio ilegal da bebida. Entretanto, diante da Crise de 1929 e da ineficácia social da proibição, voltou-se a permitir o álcool, por meio da 21.ª Emenda à Constituição, em 1933, que passou a ser taxado e, com isso, gerando dividendos ao Estado e à política econômica de Franklin Roosevelt. Entretanto, com o fim da proibição do álcool, foi criado o *Federal Bureau on Narcotis*, comandado por Harry Aslinger, com a função de reprimir o comércio e o consumo de psicotrópicos, notadamente a *maconha*, utilizada por imigrantes mexicanos, resultando no *Marijuana Act*, de 1937, apesar da divergência de William Woodward, presidente da Associação Nacional de Medicina, único técnico chamado a opinar no Congresso Americano (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas e criminología cit., p. 335-337).

XIX,[36] em virtude de seu consumo na Europa e nos Estados Unidos, gerando o movimento que ficou conhecido como *Proibicionismo*. Isso porque a popularização do consumo desses produtos acarretou uma série de desdobramentos e impactos sociais, como intoxicações agudas, *overdoses* e complicações crônicas à saúde.

Essa política, por sua vez, possui duas premissas fundamentais:[37] (a) o consumo de drogas é uma prática prescindível e danosa, pois não há um padrão, uma quantidade ou um nível seguro para seu consumo, provocando dependência, comportamento descontrolado e deterioração dos laços sociais; (b) o Estado deve atuar criminalizando sua circulação e seu consumo.

O movimento ganhou força maior no século XX, notadamente por força de dois fatores primordiais que o caracterizaram: a *Era de Extremos* e a *Sociedade de Risco*.[38] Nesse contexto, os Estados Unidos da América, em 1906, aprovaram o *Food and Drug Act*, que exigia o detalhamento da composição dos medicamentos, sendo que o ópio ficou restrito ao tratamento de doenças. No mesmo sentido, o *Harrison Narcotics Act*, de 1914, também incluiu a *cocaína* na reserva médica, colocando-se o uso recreativo de substâncias entorpecentes na ilegalidade.

O grande impulso ao *Proibicionismo*, entretanto, ocorreu após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), período em que houve grande aumento na utilização dos entorpecentes, haja vista a busca de alívio dos males do conflito, o relaxamento das forças morais e o aumento das movimentações militares

36. Deve-se lembrar que, nesse mesmo século, a Inglaterra envolveu-se nas chamadas "Guerras do Ópio" com a China (1839-1842 e 1856-1860), haja vista o governo chinês querer proibir o comércio da substância, levada pelos ingleses e, depois, também pelos franceses.

37. FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 140-141.

38. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 198. A *Era de Extremos* é identificada por Eric Hobsbawn (HOBSBAWN, Eric. *The Age of Extremes:* a history of the world, 1914-1991. New York: Vintage Book, 1996) como o período de 1914 a 1991, marcado por catástrofes, incertezas e crises, abrindo as portas para um futuro incerto. Já a *Sociedade de Risco*, cunhada por Ulrich Beck (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010), traz em seu bojo os problemas e riscos gerados pela própria evolução industrial e tecnológica, questionando eixos centrais de uma sociedade e referindo o indivíduo com relação a estar afetado ou não por esses perigos.

e civis entre as nações, principalmente europeias.[39] Em torno desse período, realizaram-se nove conferências – Xangai, em 1909, Haia, em 1912, 1913 e 1914, Genebra, em 1925 (duas), 1931 e 1936, e, por fim, Bangcoc, em 1931 –, todas buscando soluções para o tráfico do ópio e de *outras drogas perigosas*, reforçadas com o surgimento da Liga das Nações (cf. art. 23, *c*, do Tratado de Versalhes). Foi a chamada primeira onda de repressão às drogas.[40]

Contudo, os resultados almejados não foram atingidos, notadamente por não enfrentarem o cerne da questão, ou seja, terem determinado o controle da produção e da comercialização de substâncias entorpecentes sem indicar instrumentos e mecanismos para isso, bem como não terem incluído a participação dos principais países produtores de matérias-primas dessas substâncias, notadamente colônias e ex-colônias europeias na América do Sul e no Extremo Oriente. Na prática, portanto, verificou-se um grande aumento dos lucros com o comércio ilegal das drogas, mantendo-se a prática imperialista então vigente.

Assim, a reprimenda ao consumo e à comercialização ganhou maior rigor a partir do crescimento do movimento de contracultura *hippie* da década de 1960,[41] notadamente nos Estados Unidos da América, época em que ficou clara a divisão da sociedade entre as camadas mais conservadoras, defensoras de valores e estilo de vida tradicionais, e as mais progressistas, notadamente jovens que defendiam o rompimento com a cultura existente. Tratou-se da segunda grande onda de repressão às drogas.

Foi nesse cenário que foi editada, em 1961, a *Convenção Única sobre Entorpecentes*, no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU, cujo conteúdo é atribuído à linha repressiva ainda hoje predominante no trato da matéria, disciplinando-a no âmbito da proteção à *saúde pública*.[42] Dez anos depois, a

39. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 199.

40. SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Uma nova política criminal para as drogas: redução de danos. In: FERNADES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (orgs.). *Escritos transdiciplinares de criminologia, direito e processo penal:* homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014. vol. 1, p. 990.

41. Dentre esses movimentos, destacou-se o chamado "*flower power*", promovido pelos *hippies*, que faziam apologia contra a violência, especialmente em face da Guerra do Vietnã (idem, p. 996).

42. Esse bem jurídico tutelado, por sua vez, teve seu âmbito aumentado com a Declaração de 1984, passando a ser o *bem-estar físico e moral* e o *desenvolvimento da juventude*.

Comissão de Narcóticos da ONU realizou a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas*, em Viena, incluindo, no rol de substâncias proibidas, as drogas sintéticas. Nesse mesmo ano, o presidente norte-americano Richard Nixon capitaneou uma série de medidas da conhecidas como "*War on Drugs*".

Finalmente, em 1998, já sob o influxo da terceira onda de proibições, foi realizada a *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, em Viena, ratificando o conteúdo das anteriores – por isso chamadas de *Convenções-Irmãs da ONU* – e demonstrando preocupação com o crescimento do crime organizado, fortalecendo a estratégia repressiva como instrumento de combate.

Em 1998, dez anos após a assinatura da última das Convenções-Irmãs, a Assembleia Geral das Nações Unidas realizou uma Sessão Especial (*Ungass*) dedicada à discussão da política mundial de drogas que, a despeito de considerações mais pragmáticas sobre o tema, estabeleceu o objetivo de erradicar, até 2008, a produção e o consumo de drogas ilícitas do planeta. Em 2009, porém, a Comissão sobre Entorpecentes da ONU, em reunião realizada em Viena, manteve seus objetivos, a despeito de seu insucesso, estendendo a realização da meta para 2019.

3.2. Análise crítica

3.2.1. Efeitos da adoção da política proibicionista

Verificou-se que, apesar dos esforços envidados, o consumo de entorpecentes apenas aumentou.[43] Assim, após mais de 100 anos de vigência do *Proibicionismo*, o qual pretende impor um mundo livre de certas drogas, seus métodos demonstraram-se um fracasso, acabando por provocar danos mais graves que o próprio uso das substâncias que almejou banir.

43. Entre 1998 e 2008, no período estabelecido para a erradicação das drogas ilícitas, houve uma aumento de 34,5% do consumo de opiáceos, 27% do de cocaína e 8,5% do de maconha, de acordo com a própria Organização Mundial de Saúde – OMS e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODOC (LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 359).

Ora, dentro da doutrina clássica do *Proibicionismo*, podem ser identificadas três medidas de combate ao uso de drogas:[44] (a) *preventivas*, destinadas a evitar o consumo, focando tanto o *consumidor*, alvo de políticas educacionais de eficácia duvidosa, pois nem sempre visam à informação, mas sim à criação de um pânico desinformado, o que também pode despertar o interesse pelo uso, quanto o *fornecedor*, controlando-se a produção e a distribuição dessas substâncias; (b) *terapêuticas*, destinadas a tratar dos usuários que se tornaram viciados, estimulando-os a buscar tratamento e, após identificados, procurando, com ajuda de profissionais da saúde, superar a crise de abstinência e enfrentar as causas primárias que levaram ao vício, como conflitos sociais e psicológicos, trazendo-se à tona o problema do tratamento compulsório; e (c) *repressivas*, buscando a punição dos responsáveis pela comercialização ilegal de substâncias que geram dependência física ou psíquica.

O *usuário* de drogas, portanto, é visto sob três estereótipos: (a) *médico*, em que ele é um doente e a droga é uma epidemia, justificando-se uma internação compulsória;[45] (b) *cultural*, no sentido de que ele se opõe ao consenso da sociedade; e (c) *moral*, já que a busca de um "prazer proibido" o faz ser classificado como viciado e ocioso.[46] A seu turno, o *traficante* enquadra-se no estereótipo do *criminoso*, visto que, sendo a droga uma inimiga da sociedade, é ele um "ter-

44. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 191-194.

45. Embora existam estudiosos, como Flávio Augusto Fontes de Lima (LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica:* em busca de um novo paradigma. São Paulo: Scortecci, 2011. p. 233-250), que apontam estudos, mesmo estatísticos, de que há um resultado melhor entre os usuários encaminhados compulsoriamente a tratamento em face dos que foram de forma espontânea, tal solução não pode prosperar, pois, como demonstra Clécio Lemos (op. cit., p. 23 e 33): (a) ela possui o mesmo fundamento da "Guerra às Drogas"; (b) historicamente, a lógica repressiva é ineficaz na redução do uso de entorpecentes, além de ser uma prática higienista contra as classes menos favorecidas, representando uma política de segregação social; (c) o risco abstrato de condutas nocivas do dependente não justifica sua privação de liberdade; (d) a Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001) já prevê tratamento de loucos e de toxicodependentes em ambientes que não são de internação, prezando-se pela autonomia do dependente químico.

46. O usuário de drogas é encarado como uma pessoa que, a despeito de possuir inúmeras alternativas lícitas, como o esporte, o estudo ou o trabalho, escolheu justamente a que lhe era ilícita, sendo o único responsável por essa opção. Ver a experiência do "Parque dos Ratos" (item 2.2, *supra*).

rorista" e, como tal, optou por ser contra a sociedade, não merecendo, então, nenhuma garantia por parte dela (direito penal do inimigo).[47]

O insucesso dessa política, a seu turno, costuma ser atribuído a dois fatores:[48] (a) adoção incorreta de uma *política de substituição*, ou seja, aquela que pretende diminuir o cultivo de entorpecentes mediante o incentivo à produção de outros insumos, pois a ilegalidade dessas substâncias tornam maior a sua lucratividade, sendo difícil oferecer uma alternativa econômica a essa cultura; (b) falhas no *sistema de repressão policial*, notadamente em virtude de uma situação de "legalidade sem legitimidade", ou seja, a proibição muitas vezes vai em desacordo com a importância econômica dessa atividade para a população de alguns países produtores, bem como a política ambivalente de países consumidores, que exige um combate à produção sem conseguir conter o consumo interno das drogas ilegais, aliado à corrupção de agentes públicos e aos problemas internos das instituições responsáveis pela fiscalização.

Esse quadro, como salienta Cristiano Avila Maronna,[49] trouxe muitas consequências negativas para a sociedade, destacando-se: (a) a *violência*, voltada para as pessoas mais pobres, acentuando ainda mais a desigualdade social; (b) a *corrupção*, pois as organizações criminosas que comandam o negócio das drogas dependem da colaboração de agentes estatais; (c) o *encarceramento em massa*, haja vista que a seletividade penal faz recair sobre a população mais pobre as penas mais pesadas.

47. A proposição é de Günther Jakobs, calcada na assertiva de que o direito penal tem como função a reafirmação da vigência da norma, de modo que o bem jurídico penal a ser protegido é a validez fática dessa norma, porque somente assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social. Contudo, essa concepção dificulta muito a tentativa de limitar o poder punitivo estatal (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1, p. 122-124).

48. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 202-203.

49. MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 45-51.

3.2.2. Questionamento da ideologia

Como aponta Xabier Arana,[50] os elementos fundamentais para se compreender a filosofia e a construção ideológica existente no *Proibicionismo* são: (a) *parcialidade*, isto é, são adotadas políticas diferentes no tratamento de drogas distintas, baseadas não em estudos científicos,[51] mas em interesses políticos e econômicos; (b) *exclusão*, apoiada em concepções moralistas sobre as drogas taxadas de ilícitas, dão origem à intolerância e ao paternalismo no trato de seus consumidores e comerciantes; (c) *dogmatismo*, obrigando os Estados signatários das convenções internacionais a seguir as exigências dos organismos de repressão, ainda que contrários aos direitos humanos; (d) *ameaça*, ou seja, a droga está na raiz de epidemias, como a Aids e a hepatite, e da violência, sendo um inimigo em face do qual é necessário defender-se; (e) *isolamento*, de modo que, a despeito da intenção de se inserir os usuários de drogas na sociedade, há, na verdade, sua apartação, dada a ilegalidade do uso, contribuindo para a marginalização. Esse conjunto de características, a seu turno, é denominado "círculo vicioso do reducionismo".

Ora, a obrigação de abstinência das substâncias incluídas nas listas das convenções internacionais, admitindo-se somente o uso científico e terapêutico, vai de encontro com estudos mais realistas que sugerem ao menos regulamentar a *maconha* de maneira separada das demais drogas,[52] bem como não se

50. ARANA, Xabier. Limitaciones legales de la reducción de daños en un contexto prohibicionista. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 254-256.

51. Nem sempre a ilicitude de uma droga corresponde a seu caráter deletério, como demonstram os comparativos feitos em relação ao uso do álcool e do *tabaco* em face à *maconha* (item 2.3, *supra*). Assim, pode-se pensar em outras formas de classificação das drogas, como o *potencial de causar dependência*, separando as que levam a *grande risco* de adição (crack, cocaína, heroína), daquelas que possuem *médio risco* (anfetaminas, álcool, tabaco e benzodiazepínicos) e *pouco* potencial viciante (maconha e *ecstasy*) (MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 184-185).

52. Até mesmo a chamada *teoria da escalada*, pela qual a maconha seria uma espécie de "porta de entrada" para drogas mais pesadas, carece de base científica (ARANA, Xabier. Op. cit.. p. 257-258). A seu turno, urge colacionar que a questão da *maconha* está sendo bastante debatida nos últimos 50 anos. Assim, destaca-se o pioneirismo holandês que, sem poder quebrar as convenções de que era signatária, liberou o consumo em lugares específicos (*coffee shops*), mantendo a proibição da plantação e da comercialização, o que possibilitou que os usuários dessa droga não fossem adquirí-la nos mesmos locais em que era vendida a heroína, mais pesada. Mais de 20 anos após a

recorrer ao direito penal para reger o uso pessoal dessas substâncias, haja vista que o consumo delas, muitas vezes, está relacionado com situações de precariedade e de vulnerabilidade.

Maurício Fiore[53] destaca, então, as principais críticas às premissas proibicionistas: (a) potenciais danos individuais e sociais do consumo de drogas não justificam a sua proibição, pois mesmo as drogas lícitas, com prescrição médica, supõem efeitos colaterais não previsíveis, notadamente aquelas que são psicoativas, como os ansiolíticos e os antidepressivos, consumidos por milhões de pessoas no mundo, ressaltando que o uso abusivo delas também pode levar a comportamentos perigosos e a quadros de dependência; (b) proibindo a produção, o comércio e o consumo, o Estado potencializa um mercado clandestino e cria novos problemas, notadamente quando se verifica que os usuários e os traficantes, em sua maior parte, são provenientes de camadas mais pobres e estigmatizadas da sociedade e que a atuação policial recai normalmente sobre o comércio varejista, que menos lucro obtém com essa cadeia.

Ora, a *clandestinidade* a que são submetidos os usuários dessas substâncias veda que se faça um efetivo controle de sua qualidade, bem como de seu uso, propiciando sua adulteração e toxicidade,[54] o que potencializa os fatores de risco, com o aumento de morbidades e de comorbidades.

---

adoção dessa política, verificou-se que os jovens holandeses consomem a substância no mesmo nível que aqueles de outros países europeus e abaixo dos norte-americanos. A seu turno, na Espanha, o problema dos intermediários na venda da droga foi de certa forma solucionada com a criação dos *cannabis social clubs*, a cujos membros é permitido o cultivo coletivo da erva para uso privado, sendo proibida a revenda. Portugal, por sua vez, inaugurou uma nova abordagem em relação às drogas, analisado em local próprio (nota 62, *infra*). Já nos Estados Unidos da América, desde 1990, 16 Estados já descriminalizaram a posse, o consumo e o cultivo da droga para *uso medicinal*, existindo, inclusive, lugares próprios (*dispensários*) para a aquisição, como na Califórnia. Finalmente, em 2014, o Uruguai regulamentou, de maneira bastante vasta, a produção, a comercialização e distribuição da droga, tornando-se o único no mundo a adotar esse sistema (SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Uma nova política criminal para as drogas cit., p. 993-995).

53. Op. cit., p. 142-148.

54. Ficou famosa a "receita" dada por Fernandinho Beira-Mar para fazer render mais a cocaína antes de ser vendida ao consumidor final, *in verbis*: "Com meio de cristal + meio de base juntamos e fazemos 1 quilo. Em cima desse quilo, jogamos 2 e meio de lidocaína + 2 e meio de cafeína e fazemos 6 capas amarelas. Ou seja 5 por um. Entende?" (sic) (DINIZ, Laura. Dez a zero para Beira-Mar. *Revista Veja*. vol. 2203. ano 44. n. 6. São Paulo: Abril, 09 fev./2011, p. 93). A imprensa também noticiou a adição de outras substâncias à cocaína, como vermífugo de cavalo, gasolina e fermento, surpre-

Desse modo, mesmo na hipótese de se querer abandonar o uso, aqueles que se tornaram dependentes químicos não são estimulados a procurar ajuda, dado o estigma de que, para isso, deverão *confessar* a prática de um crime. De outro lado, o incremento de ações violentas por parte das organizações criminosas é também resultado da ausência de instrumentos formais para a resolução dos conflitos, o que é inerente a um comércio ilícito.[55]

3.3. Tentativas de revisão

3.3.1. Quebra da hegemonia

Essas constatações tiveram como primeiro indicador da necessidade de mudança dessa política, dentro do direito penal, a reunião de profissionais espanhóis que se manifestaram pela *alternativa despenalizadora*, em 1989, em Málaga, sendo seguidos por declarações similares em Roma e, no ano seguinte, em Frankfurt. Esses pronunciamentos, a seu turno, seguiram o disposto na *Declaração do Conselho de Ministros da Saúde da União Europeia*, de 1989, que apontava a necessidade de se abandonar o modelo proibicionista por objetivos intermediários, como a diminuição da mortalidade, a redução de danos e a redução da marginalidade.[56]

Desse modo, a despeito das metas estipuladas pela Comissão sobre Entorpecentes da ONU, em 2009, fica evidente uma quebra da hegemonia mundial na questão das drogas, tanto que outros organismos da própria ONU, como a Organização Mundial de Saúde – OMS e a Uniaids, recomendam estratégias de redução de danos.

Além disso, entre os anos de 2011/2012, a fundação da *Comissão Global de Políticas de Drogas*, formada por várias personalidades mundiais, notadamente ex-governantes que tiveram participação no modelo do *Proibicionismo*,

---

endendo também a presença de anestésicos, para se evitar que o consumidor detecte a impureza ao colocar o pó sobre a língua, que estará adormecida. Tais impurezas podem trazer complicações no sistema cardíaco, respiratório e digestivo do usuário (NOGUEIRA, Italo. Traficante mistura gasolina e até vermífugo à cocaína e ao crack. *Folha de S. Paulo*. p. C4. São Paulo. 30.05.2011).

55. RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 172-174.

56. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 203-204.

demonstra a falência do modelo, propugnando-se por sua revisão.[57] Expressivo também foi, no ano de 2012, a manifestação dos presidentes de três países latino-americanos – Colômbia, Guatemala e Uruguai – na Assembleia Geral da ONU pedindo a revisão da política repressiva às drogas.

Por fim, existe a possibilidade concreta de o tema ser revisto em nova Sessão Especial (*Ungass*) da Assembleia Geral da ONU, em 2016, que pretende revisar os tratados que embasam o *Proibicionismo*.

3.3.2. Modelos alternativos

Para Sérgio Salomão Shecaira,[58] a análise do *Proibicionismo* põe em relevo três grandes movimentos político-criminais: (a) o *terror intervencionista*, mais primitivo deles, com grande envolvimento midiático e moralista, caracteriza-se pelo *princípio do "alienus"*, de modo que a droga e seus atores sociais são vistos como fora da sociedade, pelo *princípio da agonística*, ou seja, está-se diante de um inimigo muito poderoso e que somente pode ser combatido de forma bélica, pelo *princípio da erradicação*, de modo que só poderia existir uma sociedade que seja livre das drogas, e pelo *princípio do "vale tudo"*, isto é, todos os meios de combate são legítimos e devem ser mobilizados; (b) a *engenharia da química psicotrópica*, em que se busca uma estratégia dura para o *tráfico*, pautada nos princípios do terror intervencionista, e outra mais branda para o *consumo*, na qual os princípios ganham novo conteúdo, de modo que o *"alienus"* é transformado em um enfermo delinquente, que deve sujeitar-se a um tratamento, amparado em regras jurídico-penais, a *erradicação* passa a focar o plano individual, ou seja, uma vida sem drogas, ao passo que o *"vale tudo"* volta-se para legitimar uma intervenção médica, psicológica e social, com o amparo da lei (justiça terapêutica), a fim de prevenir, tratar e reeducar o usuário de drogas; e (c) a *intervenção mediadora*, em consonância com o Estado Democrático de Direito, pauta-se pelo *princípio da imanência*, em que a droga e seus atores sociais fazem parte do normal funcionamento das sociedades contemporâneas, pelo *princípio da tolerância*, ou seja, reconhecendo-se a diversidade entre as pessoas e a necessidade de

57. Dentro de suas ações, houve a produção do filme Quebrando o tabu (Produção de Fernando Grostein Andrade. Com Fernando Henrique Cardoso, Bill Clinton, Jimmy Carter, Drauzio Varela e Paulo Coelho. São Paulo: Spray Filmes-STart-Cultura-Luciano Hulk, 2011. 1 DVD).

58. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. In: _____ (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 238-240.

se conviver com as diferenças daí decorrentes, pelo *princípio do mal menor*, em que, diante da existência das drogas, legitima-se a redução dos riscos e dos danos, individual ou socialmente considerados, e pelo *princípio da irreversibilidade*, isto é, pelo reconhecimento de que, em algumas situações, o consumo de drogas é irreversível, exigindo soluções humanitárias e éticas.

Portanto, a estruturação de um *modelo alternativo*, que seja próximo à *intervenção mediadora*, deve considerar os seguintes pressupostos:[59] (a) a valorização do autocuidado e dos controles sociais; (b) a descriminalização do consumo e sua configuração com critérios objetivos;[60] (c) o planejamento de ações de acordo com as especificidades de cada droga.

Dessa forma, tendo-se em vista o regramento internacional e a falência do modelo adotado, algumas *alternativas* têm sido vistas para minimizar os efeitos da adoção de uma política proibicionista, destacando-se:[61] a *redução de danos*, a *descriminalização* e a *legalização*.

Pela primeira, são perseguidas políticas de saúde pública para usuários e dependentes, com o fim de impedir morbidades e comorbidades do consumo de drogas.

Já a segunda pretende deixar de punir, na esfera criminal, os usuários de drogas ou mesmo os pequenos traficantes, isto é, aqueles que vendem para financiar o consumo próprio, deixando a repressão para o âmbito administrativo, razão pela qual também é chamada de *despenalização*, retirando-se o processo da órbita dos juízes, a exemplo do que ocorreu em Portugal,[62] e con-

59. FIORE, Maurício. Op. cit., p. 151-154.

60. Só para ilustrar, em Portugal (vide nota 62, *infra*), utiliza-se como prática inicial na determinação de quem seria consumidor os seguintes: 25g de maconha, 2g de cocaína e 1g de heroína; ao passo que, para a Espanha, o consumo é caracterizado com 45g de maconha e 5g de cocaína (SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Op. cit., p. 998).

61. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 240-242.

62. Portugal foi o primeiro país a *descriminalizar* os delitos de consumo de todas as drogas (Lei 30/2000), que passam a se sujeitar a um regime *contraordenacional*. De acordo com essa norma, é usuário aquele que detém a quantidade necessária para o consumo médio individual para o período de 10 dias (na prática, utiliza-se de parâmetro inicial 25g de maconha, 2g de cocaína e 1g de heroína, valendo mencionar que o Acórdão 08/2008 do STJ somente admite a discussão sobre o enquadramento de um fato como consumo ou tráfico para aqueles que superarem essa quantidade). Assim, respeitado o referido limite, o consumidor é remetido para as Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência – CDT, que deverá: (i) para os não toxicodependentes,

centrando-se esforços nos grupos criminais que monopolizam a produção e a comercialização das drogas.

Finalmente, a *legalização* confere às drogas o mesmo tratamento dado ao álcool e ao *tabaco*, com o estabelecimento de regras para produção, manuseio e comércio de cada substância, incluindo a disciplina de quem pode adquirir e comercializar, bem como as formas de consumo, horário ou locais, com o fim de reduzir o consumo problemático e as consequências da criação de mercados ilegais, ou seja, esse processo visaria a um controle administrativo das drogas, descriminalizando-se o comércio de drogas entre adultos e deixando para o direito penal somente os casos em que forem ministradas drogas a menores de idade ou incapazes.

Assim, à assimilação, pela sociedade, dessa gradativa caminhada, que passa por diferentes modelos alternativos ao *Proibicionismo*, cujo ápice é a *legalização*, denomina-se *normalização*.

4. CONCLUSÕES

As drogas são uma realidade dada, concomitante à própria história da humanidade. É preciso compreender esse objeto para tratá-lo de maneira adequada e racional. Assim, buscou-se demonstrar que o uso, abuso, riscos e danos relacionados aos psicoativos possuem peculiaridades importantes.

Em primeiro lugar, fixou-se que existe uma grande diversidade de substâncias, com efeitos orgânicos (e respectivos danos) absolutamente distintos. Pelo que se viu, o trato legal da matéria não respeita a orientação científica sobre o grau de lesividade dessas substâncias.

Sequencialmente, verificou-se que não é possível extrair o consumo da droga do seu contexto: deve ser analisada a história médica do indivíduo consumidor, seu contexto social, as alternativas de estudo, a existência de reforços

convencer dos riscos e da indesejabilidade do uso, recebendo uma sanção após a segunda passagem; (ii) para os toxicodependentes, aplica-se uma sanção ou, caso haja concordância, encaminha-se para um tratamento, sempre promovendo-se a redução de riscos e danos. A experiência portuguesa é tida como bem sucedida por comprovar que a descriminalização não interferiu decisivamente na evolução dos indicadores de consumo, ao passo que houve melhora no consumo problemático e no número de pessoas infectadas pelo vírus HIV, ou seja, mais eficácia na redução de danos (QUINTAS, Jorge. Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 65-68 e 72-74).

condicionantes. Mais do que isso, apesar de não se poder negar alguma relação entre drogas e crime, o que se comprovou é que a relação entre crimes violentos e psicofarmacológicos é muito baixa, especialmente quando consideradas as drogas atualmente ilícitas.

Colocadas essas contribuições, sugeriu-se a adoção de uma política pública multidisciplinar e racional. Não foi, contudo, a escolha feita. Para entender a opção, ingressou-se na análise do *Proibicionismo*: seu histórico, sua lógica, seus efeitos.

Assim, embora as substâncias entorpecentes façam parte da vida desde os primórdios da civilização, ficando seu uso sujeito a um controle social ("lastro cultural"), com o advento da *Revolução Industrial* e sua consequente conversão em *mercadoria*, popularizou-se seu consumo dentre as classes sociais mais pobres e excluídas, gerando uma série de desdobramentos e impactos sociais. Esses resultados foram agravados a partir do século XIX, quando a tríade *papoula/ópio/heroína*, *coca/cocaína* e *cânhamo/maconha* ganhou destaque no comércio internacional, em virtude do aumento do consumo na Europa e nos Estados Unidos da América.

Desse modo, baseado em uma concepção moralista de que o uso dessas substâncias é uma prática prescindível e danosa, que deveria ser criminalizada pelo Estado, originou-se um movimento denominado *Proibicionismo*, na esteira da interdição do álcool, então vigente.

Referido movimento ganhou impulso no século XX, que passou por três grandes ondas de repressão, com pleno respaldo da Liga das Nações e, posteriormente, da Organização das Nações Unidas – ONU, sempre capitaneadas pelos Estados Unidos da América – cujo presidente Richard Nixon declarou a "*War on Drugs*" –, recrudescendo-se, progressivamente, o tratamento dado ao comércio e ao consumo dessas substâncias, culminando com objetivos de erradicação, cuja conclusão é atualmente prevista para 2019.

Contudo, apesar dos esforços internacionais e das vultosas quantias dispendidas, verificou-se um progressivo aumento do consumo de drogas. Suas medidas preventivas, terapêuticas e repressivas de combate ao uso dessas substâncias, bem como a estereotipação do usuário e do traficante, aliados a falhas na política de substituição de culturas e no sistema de repressão policial, foram capazes de gerar na sociedade apenas um aumento da violência, da corrupção e do encarceramento, notadamente em face das suas camadas mais pobres.

Portanto, uma política que somente gera um "círculo vicioso do reducionismo", pois baseada na parcialidade, na exclusão, no dogmatismo, na ameaça e no isolamento, além de realçar a diferença de tratamento de drogas distintas, calcada não em estudos científicos, como poderia ser uma classificação pautada no potencial de causar dependência, mas nitidamente em interesses políticos e econômicos, não pode se legitimar ou se impor na sociedade, salvo com

o uso da força. Ora, se mesmo as drogas lícitas podem causar danos individuais e sociais, bem como levar a comportamentos perigosos e a quadros de dependência, essa diversidade de abordagem somente redunda na clandestinidade, propiciando tanto a adulteração e o aumento da toxicidade, visto que não há um controle de qualidade, quanto o desestímulo em se buscar auxílio, pois se confessaria um crime, bem como a ausência de mecanismos formais de resolução de conflitos, agravando-se os quadros de violência.

Diante dessas constatações, profissionais do direito, iniciando-se por Málaga (1989), seguindo o disposto na Declaração do Conselho de Ministros da Saúde da União Europeia, apontaram pela necessidade de revisão da política proibicionista, voltando-se para objetivos de diminuição da mortalidade, redução de danos e redução da marginalidade. Tais iniciativas ganharam espaço dentro da própria ONU, em organismos como a Organização Mundial de Saúde – OMS e Uniaids. Também significativos foram a fundação da Comissão Global de Políticas de Drogas (2011/2012), formada por personalidades mundiais, notadamente ex-governantes que fizeram parte do modelo proibicionista, e a manifestação de presidentes latino-americanos na Assembleia Geral da ONU, em 2012, pedindo a revisão dos tratados repressivos. Esse conjunto de fatos mostra claramente uma quebra da hegemonia no tratamento do tema, havendo possibilidade de revisão na Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (*Ungass*) que ocorrerá em 2016.

Dessa análise histórica, coloca-se, em relevo, como o faz Sérgio Salomão Shecaira,[63] três grandes movimentos político-criminais: (a) o *terror intervencionista*, com grande envolvimento midiático e moralista, calcado em princípios que justificam uma guerra contra as drogas, com o propósito de viver uma sociedade sem essas substâncias presentes; (b) a *engenharia da química psicotrópica*, que foca os princípios de combate no traficante, ao passo que o usuário é visto como um enfermo delinquente, que deve ser tratado para que tenha uma vida livre das drogas; e (c) a *intervenção mediadora*, mais condizente com o Estado Democrático de Direito, pautado em princípios que reconhecem que a droga sempre estará presente na sociedade e que é preciso conviver com as diferenças e reduzir os danos e riscos de seu uso.

Aponta-se, então, para a necessidade de estruturação de um *modelo alternativo*, calcado na *intervenção mediadora*, que tenha como pressupostos a valorização do autocuidado e dos controles sociais, a descriminalização do consumo e sua configuração com critérios objetivos, bem como o planejamento de ações de acordo com as especificidades de cada droga. Desse modo, dentre as

63. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas cit., p. 238-240.

principais formas idealizadas no interior de um processo denominado de *normalização*, destacam-se a *redução de danos*, a *descriminalização* do consumo e a *legalização*, que implica em seu regramento, como atualmente realizado com o álcool e o *tabaco*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTHONY, J.C.; ECHEAGARAY-WAGNER, F. *Epidemiologic Analysis of Alcohol and Tobacco Use:* Patterns of Co-Occurring Consumption and Dependence in the United States. Disponível em: [http://pubs.niaaa.nih.gov/publications/arh24-4/201-208.pdf]. Acesso em: 14.09.2014.

ARANA, Xabier. Limitaciones legales de la reducción de daños en un contexto prohibicionista. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas Públicas:* possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARLINI, Elisaldo; MASUR, Jandira. *Drogas:* subsídios para uma discussão. São Paulo: Brasiliense, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Laura. Dez a zero para Beira-Mar. *Revista Veja*. vol. 2203. ano 44. n. 6. São Paulo: Abril. p. 88-97. 09 fev./2011.

DOMANICO, Andrea. *Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!:* estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. Tese de Doutorado em Ciências Sociais.Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006.

DRAIBE, Sônia Miriam. A construção institucional da política brasileira de combate à pobreza: perfis, processos e agenda. *Cadernos de Pesquisa*. n. 34. NEPP/UNICAMP, 1988.

FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos:* prevenção-repressão. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOLDSTEIN, P.J.; BROWNSTEIN, H.H; RYAN, P.J; BELLUCI, P.A. Crack and homicide in New York City: a case study in the epidemiology of violence. In: REINARMAN, Craig; LEVINE, Harry G. (orgs.). *Crack in America:* Demon Drugs and Social Justice. Berkeley, University of California Press, 1997.

GREENFELD, Lawrence A. *Alcohol and Crime:* An Analysis of National Data on the Prevalence of Alcohol Involvement in Crime. U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs. Washington, D.C., 1998.

HART, Carl. *Um preço muito alto:* a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HOBSBAWN, Eric. *The Age of Extremes:* a history of the world, 1914-1991. New York: Vintage Book, 1996.

LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

LEMOS, Clécio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica:* em busca de um novo paradigma. São Paulo: Scortecci, 2011.

MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MUMOLA, Christopher J.; KARBERG, Jennifer C. Drug Use and Dependence, State and Federal Prisoners, 2004. *Bureau of Justice Statistics – Special Report. U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs*, 2007. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/dudsfp04.pdf]. Acesso em: 16.11.2014.

NOGUEIRA, Italo. Traficante mistura gasolina e até vermífugo à cocaína e ao crack. *Folha de S. Paulo*. p. C4. São Paulo. 30.05.2011.

QUINTAS, Jorge. Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos:* os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

_____. *Políticas públicas e a questão das drogas:* o impacto da política de redução de danos na legislação brasileira de drogas. Dissertação de Mestrado em Direito Penal. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. Drogas e criminologia. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil.* São Paulo: Contexto, 2014.

_____. Reflexões sobre as políticas de drogas. In: _____ (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

_____; VILARDI, Naiara. Uma nova política criminal para as drogas: redução de danos. In: FERNADES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (orgs.). *Escritos transdiciplinares de criminologia, direito e processo penal:* homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014. vol. 1.

MÍDIA

QUEBRANDO O TABU. Produção de Fernando Grostein Andrade. Com Fernando Henrique Cardoso, Bill Clinton, Jimmy Carter, Drauzio Varela e Paulo Coelho. São Paulo: Spray Filmes-STart-Cultura-Luciano Hulk, 2011. 1 DVD.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Competição violenta e controle territorial: quadrilhas prisionais e conflito armado no mercado de drogas da grande Salvador, de Antonio dos Santos Lima – *RBCCrim* 120/409-429 (DTR\2016\20125);
- Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre second codes no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Cristhovão Fonseca Gonçalves – *RBCCrim* 117 (DTR\2016\116);
- Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil, de Katie Argüello e Mariel Muraro – *RBCCrim* 113/317-356 (DTR\2015\3615); e
- Políticas de drogas: alternativas à repressão penal, de Maria Lúcia Karam – *RBCCrim* 47/360-374 (DTR\2004\837).

86366

Romper o silêncio para a garantia dos direitos das mulheres em sofrimento mental autoras de delito

Breaking the silence to guarantee the rights of women with mental disorders involved in crimes

Ludmila Cerqueira Correia

Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora no Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB (Curso de Direito de Santa Rita). Integrante da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares (RENAP) e do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS) e associada da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP).
ludcorreia@gmail.com

Ana Valeska de Figueirêdo Malheiro

Graduanda em Direito na Universidade Federal da Paraíba.
valeska.figm@gmail.com

Olívia Maria de Almeida

Graduanda em Direito na Universidade Federal da Paraíba. Integrante da Frente Paraibana Drogas e Direitos Humanos e do Coletivo de Advocacia Popular Tancredo Fernandes.
almeidaolivia22@gmail.com

Recebido em: 01.10.2015
Aprovado em: 19.04.2016
Última versão autoras: 02.05.2016

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo problematiza o atual modelo de tratamento das pessoas em sofrimento mental autoras de delito, e, em especial, como as relações de poder produzem ou intensificam tal sofrimento quando se trata de mulheres. Analisa-se o caso de uma mulher em sofrimento mental, acusada de um crime, presa em instituições carcerárias e manicomiais no estado da Paraíba.

Abstract: This article addresses the current model used to deal with offenders with mental disorders, most especially women. We show how the relations of power can cause or increase the mental suffering of these women. We analyze the case of a woman with mental disorders, who was accused of a crime and confined in prisons and asylums in the state of Paraíba, Brazil.

Correia, Ludmila Cerqueira; Malheiro, Ana Valeska de Figueirêdo; Almeida, Olívia Maria de. Romper o silêncio para a garantia dos direitos das mulheres em sofrimento mental autoras de delito.
Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 301-328, set. 2016.

Observa-se que o direito penal tem sido utilizado para a manutenção de internações psiquiátrico-carcerárias. Conclui-se que é necessária a reorientação jurídico-legislativa para a efetiva aplicação da Lei 10.216/2001, visando assegurar os direitos de acesso à justiça, à autonomia, à responsabilidade e à dignidade para as pessoas em sofrimento mental autoras de delito, em especial para as mulheres nessa condição, para romper com o ciclo de criminalização e violência.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde mental - Direitos humanos - Acesso à justiça - Encarceramento feminino - Assessoria jurídica popular.

We noticed that criminal law has been used to maintain these psychiatric prison admissions. The conclusion was that legal and legislative guidance is necessary for the effective implementation of law n. 10.216/2001 whose goal is to provide the right of access to justice, autonomy, responsibility and dignity to these offenders with mental disorders, especially women, in order to break the cycle of criminalization and violence.

KEYWORDS: Mental health - Human rights - Access to justice - Female imprisonment - Popular legal counselling.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Entrelaçamentos entre o direito penal e a psiquiatria: repercussões para as pessoas em sofrimento mental autoras de delito - 3. Formas diversas de encarceramento das mulheres - 4. Assessoria jurídica popular universitária no âmbito da saúde mental: o Grupo de pesquisa e extensão Loucura e Cidadania - 5. Rompendo o silêncio para a garantia de direitos das mulheres em sofrimento mental autoras de delito - 6. Considerações finais - 7. Referências.

"A palavra dos sujeitos tratados feito loucos, para quem quiser escutar, em verdade transmite muito mais do que os esforços teóricos e reflexivos podem presumir; portanto, dar lugar ao que se escuta no silêncio das instituições totais, à palavra fora dos seus muros fechados, também é um modo de esburacar essa estrutura, pois o saber da experiência vivida por estes sujeitos transmite um saber vivo para além das montagens ficcionais do conhecimento científico disciplinar. Quem vive essa experiência sabe dar lugar ao saber enunciado nas palavras destes sujeitos enclausurados e amordaçados pelo discurso da incapacidade, periculosidade e inimputabilidade".[1]

(Fernanda Otoni de Barros-Brisset)

1. INTRODUÇÃO

As práticas hegemônicas em saúde mental, no decorrer da história, se pautaram na exclusão e na violação dos direitos humanos das pessoas em sofri-

1. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. Loucura, direito e sociedade: um laço de presunções ideologicamente justificadas. *RDisan*. vol. 12. n. 3. São Paulo, fev./2012, p. 124.

mento mental autoras de delito. O modelo assistencial asilar/carcerário para o tratamento desse grupo não tem assimilado os princípios dos direitos humanos e o respeito à dignidade humana. Esta situação se agrava quando se trata de mulheres em sofrimento mental, invisibilizadas em instituições carcerárias e manicomiais. Invisibilidade que reproduz a violência e a naturalidade do sofrimento mental em mulheres e gera obstáculos para o planejamento de políticas públicas voltadas para esse grupo vulnerabilizado, dificultando o acesso à justiça e a garantia dos demais direitos.

Uma das formas de promoção do direito de acesso à justiça a grupos vulnerabilizados é a extensão jurídica popular, que agrega professoras/es[2] e estudantes em atividades de assessoria jurídica popular. O Centro de Referência em Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba (CRDH/UFPB), criado em 2010, constitui um espaço de defesa e promoção dos direitos humanos a grupos socialmente vulneráveis do estado da Paraíba. O Grupo de pesquisa e extensão Loucura e Cidadania, integrante do CRDH/UFPB, desde 2012, realiza atividades de assessoria jurídica popular junto às pessoas em sofrimento mental no município de João Pessoa, Paraíba.

No ano de 2014, as extensionistas do referido Grupo entraram em contato com os casos de mulheres em sofrimento mental autoras de delitos internadas no maior hospital psiquiátrico do estado da Paraíba com o intuito de realizar o acompanhamento de alguns deles, debater o acesso a mecanismos de garantia de direitos e reivindicá-los a partir da articulação e mobilização dos órgãos dos Sistemas de Justiça e de Segurança, como a Defensoria Pública, o Poder Judiciário e as instituições carcerárias.

O presente artigo visa problematizar o atual modelo de tratamento destinado às pessoas em sofrimento mental autoras de delito, e, em especial, como as relações de poder produzem ou intensificam tal sofrimento quando se trata de mulheres experienciando a loucura, tendo como fio condutor o caso de uma mulher em conflito com a lei que passou por instituições carcerárias e manicomiais no estado da Paraíba. O acompanhamento do caso foi construído a partir dos documentos e dados inseridos no prontuário e na ação penal na qual tal

2. Este artigo adota o uso da barra em referência às duas terminações (as/os; as/es) como forma de propor linguagem crítica e inclusiva de gênero, na busca pela desconstrução da ideia sexista que considera o gênero masculino como universal. Esta escolha tem origem na perspectiva da igualdade de gênero, questão fundamental inserida na temática dos direitos humanos, com o objetivo de dar visibilidade também ao papel do gênero feminino como sujeito político.

mulher figura como acusada, bem como a partir de informações prestadas por profissionais dos órgãos dos Sistemas de Justiça e de Segurança.

A abordagem do caso nesse artigo baseia-se, principalmente, nas narrativas da referida mulher, compartilhadas em conversas com as extensionistas e com profissionais de saúde que atuaram no seu acompanhamento. Após os esclarecimentos metodológicos acerca da atuação do Grupo de pesquisa e extensão Loucura e Cidadania e da dimensão ética das suas atividades de pesquisa-ação, a referida mulher anuiu com a utilização dos seus relatos e outras informações pertinentes ao caso como objeto de análise em produções científicas do mencionado Grupo. O esclarecimento metodológico é entendido como etapa prévia para garantir a livre escolha dos sujeitos envolvidos no percurso da pesquisa-ação.[3]

Nesse sentido, para dar visibilidade à história da mulher em condição de internamento e segregação, as extensionistas optaram por constituir relato que resgatasse também sua versão da sua história, em que tece os acontecimentos encadeados que foram potenciais fatores para o seu encarceramento e que nem sempre estão contidos no processo judicial ou no prontuário do hospital. Os relatos e falas reproduzidos neste artigo foram documentados em diário de campo utilizado durante as visitas realizadas pelas extensionistas a essa mulher. As atividades de extensão e pesquisa do referido Grupo estão previstas em projetos aprovados pelos editais do Programa de Extensão (Probex) da Universidade Federal da Paraíba, com os registros e avaliação nos devidos relatórios finais, bem como são realizadas em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba.

2. ENTRELAÇAMENTOS ENTRE O DIREITO PENAL E A PSIQUIATRIA: REPERCUSSÕES PARA AS PESSOAS EM SOFRIMENTO MENTAL AUTORAS DE DELITO

No âmbito da criminologia, o positivismo jurídico estabeleceu a necessidade de tratamento psiquiátrico para as pessoas em sofrimento mental autoras de delito. Ao prometer um direito penal capaz de conhecer cientificamente o crime e os meios para combatê-lo, a criminologia compreendia que o direito deveria estudar as pessoas que cometem delitos, analisando-as em suas pecu-

3. DINIZ, Débora. Ética na pesquisa em ciências humanas – Novos desafios. *Ciência e Saúde Coletiva*, 2008, p. 417-426. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v13n2/a17v13n2.pdf]. Acesso em: 26.04.2015.

liaridades psicológicas e sociais com vistas a aplicar penas levando em conta uma personalidade, muito mais que um delito cometido.

> O modelo positivista de então – teria ele sido mudado mesmo? – propunha a seguinte equação: o criminoso nato, louco moral, degenerado, não pode ser responsabilizado penalmente, mas tratado pela *sciencia*. Como não havia cura possível para a loucura moral, a defesa social exigiria a segregação manicomial *ad aeternum*.[4]

Dessa forma, direito penal e psiquiatria, a partir da segunda metade do século XIX, mantiveram um diálogo constante e produziram um terceiro discurso que até hoje não encontra barreiras para sua intervenção.[5] A psiquiatria passa a disputar com o direito penal o lugar de gestão das pessoas consideradas criminosas, ao afirmar a existência de uma relação entre periculosidade e "doença mental". As consequências práticas desse encontro entre o direito penal e a psiquiatria é que esta, ao medicalizar a noção de crime, acabou por transferir para a esfera da psiquiatria a competência sobre pessoas em sofrimento mental autoras de delito.[6]

De acordo com Foucault:

> (...) a grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam.[7]

4. MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 96.
5. CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 48. 2013, p. 55-90.
6. FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. FOUCAULT, Michel. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
7. FOUCAULT, Michel. *As verdades e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003. p. 85.

O entrelaçar entre direito penal e psiquiatria demonstra como a relação entre saber e poder são intrínsecas, ao passo que os saberes se legitimam como estratégias de poder e como discurso hegemônico.[8] A relação estabelecida entre a psiquiatria e o direito penal são relações entre dois tipos de poder de sequestro: um fundamentado na tecnologia médica e outro fundamentado em leis advindas de um contrato social de bases liberais O discurso da criminologia foi capaz de produzir efeitos concretos, ao passo que respaldava técnico-cientificamente a ação estatal, resultando em um reaparelhamento do Judiciário e a ampliação de seus dispositivos de controle e repressão.[9] A psiquiatria, nesse cenário, ocupou-se da tarefa de complementação do teor repressivo e punitivo, ao fornecer ao aparelho estatal a tecnologia necessária para segregar as pessoas em sofrimento mental autoras de delito.

> Penso que a pergunta não seria proteção de quem, mas sim o que este discurso protege? O acento não estaria no sujeito, e sim no objeto a ser produzido por este discurso. Protege uma certa ideologia de poder, que aposta e tudo faz para fazer crer ser possível garantir uma sociedade sem riscos, asséptica e absolutamente vigiada e controlada.[10]

Desde a década de 1970, as correntes críticas do direito penal, bem como o Movimento da Luta Antimanicomial, vêm denunciando as violações de direitos decorrentes da lógica perversa presente no enclausuramento e tratamento das pessoas em sofrimento mental autoras de delito. A omissão e o silenciamento continuam sendo a resposta jurídica, em regra, dada a esse grupo, produzindo mais exclusão e configurando verdadeiro crime, massacre cotidiano de abusos e desassistência tolerado e sustentado pelo Poder Judiciário e pela academia. Virgílio de Mattos[11] questiona em sua tese qual a "diferença" que permite o encarceramento dessas pessoas sem obediência ao limite temporal máximo e sem as garantias processuais penais, como objetos e não como sujeitos de direitos.

A discriminação que as pessoas em sofrimento mental autoras de delito que estão em instituições manicomiais ou carcerárias passam a sofrer aponta para a

8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología y psiquiatría: el trauma del primer encuentro. *Revista Salud Mental y Comunidad.* año 1. n. 1. 2011, p. 25-38. Disponível em: [www.unla.edu.ar/saludmentalcomunidad/Revista-Salud-Mental-y-Comunidad.pdf]. Acesso em: 30.04.2016.
9. Idem.
10. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. Loucura, direito e sociedade... cit., p. 122.
11. MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída...* cit.

impossibilidade de coexistir um tratamento humanizado nesses espaços, bem como dificulta e, em diversas situações, impede a realização de tratamentos alternativos externos a essas instituições. Este efeito estigmatizador demonstra que a segregação gerada pelo sistema de cumprimento de penas e medidas de segurança é contrária ao objetivo de tratamento e reinserção na comunidade, e denuncia a inconsistência dos métodos científicos escolhidos e as graves violações de direitos.[12]

A Lei 10.216/2001, fruto de lutas dos movimentos que pautam o fim dos manicômios e a reformulação do cuidado às pessoas em sofrimento mental, a partir de serviços abertos inseridos na comunidade, determina a realização de políticas públicas de desinstitucionalização, que levem em consideração a autonomia de usuárias/os dos serviços de saúde mental e o protagonismo no próprio tratamento. Conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, busca afetar a lógica manicomial que atravessa as relações estabelecidas com a loucura e se manifesta também na linguagem, como no uso do termo "doença mental", que historicamente colocou as pessoas em sofrimento mental num lugar de discriminação e segregação.[13]

No que diz respeito ao tratamento destinado às pessoas em sofrimento mental autoras de delito, foi a Lei 10.216/2001 que também contribuiu para expor a inadequação do fundamento da periculosidade e as consequências de não responsabilizá-las penalmente. A noção de periculosidade, na verdade, cumpre função de pura defesa social contra o "perigo" que a loucura traria consigo. Logo, o tratamento destinado às pessoas em sofrimento mental autoras de delito não se reveste de caráter terapêutico, muito menos tem como finalidade o cuidado ou a "cura", mas tem a ver com a maneira pela qual a sociedade enxerga esse grupo. A possibilidade de responsabilizar a pessoa em sofrimento mental autora de delito demonstra ao direito a "vastidão das possibilidades do ser humano, desde que seja tratado com respeito e dignidade, possibilitando o exercício de seus direitos, garantindo-se acesso aos serviços básicos de saúde e assistência social".[14]

12. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.* São Paulo: Saraiva, 2013.

13. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro...* cit.

14. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator.* Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. p. 43. Disponível em: [www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/livreto_pai.pdf]. Acesso em: 26.06.2015.

A referida lei alterou o entendimento quanto ao tratamento, substituindo-o pela ideia de prevenção, cuidado e acompanhamento, com vistas à inserção na comunidade, ao reconhecimento da capacidade de fala e intervenção no próprio processo terapêutico.[15]

> *A reforma psiquiátrica, ao propugnar o reconhecimento de formas ou graus distintos de responsabilidade, estabelece um novo paradigma para o tratamento jurídico dos portadores de transtorno mental, situação que demanda, necessariamente, a construção de formas diversas de interpretação dos institutos do direito penal. A mudança central é tratar a pessoa com diagnóstico de transtorno mental como verdadeiro sujeito de direitos, e não como objeto de intervenção submetido ao laboratório psiquiátrico-forense.*[16]

Os impactos da Lei da Reforma Psiquiátrica ainda são mínimos diante da dimensão dos sistemas manicomial e carcerário brasileiros, tampouco ecoam nos tribunais e na prática judicial.[17] Com raras e potentes exceções, na maior parte dos casos é negada a capacidade de defesa e o direito à responsabilização às pessoas em sofrimento mental autoras de delito, "um dos principais atos de assujeitamento e de coisificação" delas e que ocorre sob vigência da Lei da Reforma Psiquiátrica.[18]

3. FORMAS DIVERSAS DE ENCARCERAMENTO DAS MULHERES

A leitura crítica da história da loucura, como se encontra na obra clássica de Michel Foucault,[19] é fundamental para romper com o silêncio e com a naturalização da presença das mulheres em sofrimento mental em estabelecimentos carcerários e manicomiais. Contudo, a relação entre gênero e saúde mental só passou a ter visibilidade em pesquisas acadêmicas recentemente, com a produção de um saber que considera o gênero como fator de risco no contexto do

15. MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria:* uma saída... cit. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro...* cit.
16. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro...* cit., p. 525-526.
17. MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria*: uma saída... cit.
18. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro...* cit., p. 526.
19. FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica.* 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

sofrimento mental.[20] Ademais, confrontar a visão hegemônica e androcêntrica que atravessa a estrutura dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs) e os sustenta perpassa, necessariamente, pela crítica ao direito penal e às suas instituições, estruturadas sob a perspectiva masculina.[21]

O direito se utiliza de um discurso de neutralidade e racionalidade que opõe masculino e feminino para fundamentar sua intenção de ser ciência e estabelecer verdades intocáveis. Seu caráter androcêntrico produz desigualdades de gênero que se refletem também na invisibilidade da violência sofrida por mulheres. Seus valores, "celebrados como universais e neutros são, na verdade, critérios criados por homens, por eles aplicado e para eles direcionado",[22] e que perpassam a criminologia, corroborando para o reducionismo de delitos cometidos por mulheres aos papéis de gênero culturalmente impostos. Para Vera Regina, talvez nenhum outro saber do direito seja tão prisioneiro do androcentrismo quanto a criminologia, pelo objeto do próprio saber, os crimes e os homens considerados criminosos, e pelos sujeitos que produzem o conhecimento.[23]

Na criminologia positivista, a criação de estereótipos sobre o corpo feminino possui marco em 1892 na obra *La Donna Delinquente*, de Cesare Lombroso e Giovanni Ferrero. Os autores reuniram os discursos jurídico, médico e moral religioso para fundamentar a ideia de que as mulheres possuem uma passividade fisiológica, predisposição que as tornam mais obedientes às leis do que os homens, contudo, dotadas de atributos amorais, sedutores e malévolos, são impulsionadas ao crime e à prostituição.[24] A partir de pesquisas realizadas em

20. ZANELLO, Valeska; ANDRADE, Ana Paula Muller. *Saúde mental e gênero*: diálogos, práticas e interdisciplinaridade. Curitiba: Appris, 2014.

21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARIA, Ramiro Ávila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola (org.). *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 321-334. Disponível em: [www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_Genero_en_el_derecho.pdf]. Acesso em: 30.04.2016.

22. PEREIRA, Luísa Winter; SILVA, Tayla de Souza. Por uma criminologia feminista: do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal. In: PLACHA SÁ, Priscilla (Org.). *Dossiê: as mulheres e o sistema penal*. Curitiba: OABPR, 2015. p. 19.

23. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino no sistema de justiça. *Informativo e Notícias da Academia Judicial*. vol. 3. Florianópolis, 2003.

24. MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)Pensando a criminologia:* reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. Tese (Doutorado em Direito) – Uni-

penitenciárias femininas na Itália com métodos de medições de crânios, traços faciais e cérebros, Lombroso classificou as mulheres em categorias de acordo com os crimes cometidos: criminosas natas, ocasionais, lunáticas e de paixão, ofensoras histéricas, suicidas, epilépticas e moralmente insanas, e chegou a características comuns a elas para fundamentar, de modo "científico", a ideia de inferioridade até em cometer delitos.[25]

A partir da década de 1960 há uma mudança no estudo da criminologia, que deixa de focar na busca das causas do crime e da violência individual do "criminoso". Há o ingresso do paradigma da Reação Social, das relações e dos processos que etiquetam comportamentos e produzem efeitos estigmatizantes inseridos no sistema de justiça penal e de violência institucional.[26] Desse momento surge a denominada Criminologia Crítica, na década de 1970, que acrescenta o enfoque macrossociológico do sistema penal, "historiciza a realidade comportamental e ilumina as relações com a estrutura política, econômica e social",[27] bem como surgem a Criminologia Radical e a Nova Criminologia.

Só a partir do período de consolidação das criminologias críticas é que categorias feministas são inseridas nesse contexto, de modo que as relações de poder que envolvem os gêneros no sistema penal começam a ter mais visibilidade. A partir da década de 1980 a criminologia crítica feminista passa a denunciar a violação dos direitos de mulheres encarceradas e a seletividade do sistema penal, que as estereotipa e estigmatiza, numa relação que corresponde a um misto de severidade e benevolência protetora e paternalista.[28] Nessa relação, as mulheres que cometem delitos são punidas na medida em que se afastam dos papéis e destinos a elas estabelecidos, como a maternidade, o casamento, a submissão à figura masculina.[29] Para Baratta,[30] quanto mais distante

versidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. PEREIRA, Luísa Winter; SILVA, Tayla de Souza. Op. cit.

25. MENDES, Soraia da Rosa. Op. cit.
26. MENDES, 2012; BARATTA, 2013 apud PEREIRA, Luísa Winter; SILVA, Tayla de Souza. Por uma criminologia feminista... cit.
27. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 89.
28. PEREIRA, Luísa Winter; SILVA, Tayla de Souza. Op. cit.
29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo cit.
30. BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

dos papéis de gênero, mais as mulheres sofrem o poder das instituições penais e do Judiciário, com penas mais severas e maior controle sobre seus corpos. Para Ramos:

> *No que tange às mulheres, o sistema penal é ainda mais rígido e reproduz, além da seletividade classista, a discriminação de gênero, ou seja, pune duplamente a mulher, seja por meio do controle formal (do poder judiciário à execução penal), seja pelo informal (família e sociedade), por meio dos quais são constantemente observadas e limitadas.*[31]

O controle formal das agências do sistema penal incide primordialmente sobre o comportamento masculino, e de forma residual sobre as mulheres, podendo lhes conferir um lugar passivo de vítimas, quando a infração é relacionada ao seu papel de gênero, como forma de lhes dizer onde deveriam estar: em casa, cuidando de filhos e marido, ou de forma mais severa, nas situações em que comete delito considerado avesso ao que se espera dela.[32] Na medida em que cometem delitos avessos aos papéis de gênero estabelecidos, as mulheres têm seu direito à voz sequestrado e são privadas de participar de seus processos judiciais, denegação do direito de acesso à justiça que implica na violação de garantia dos seus demais direitos.[33]

O discurso jurídico se torna ainda mais violador aos direitos das mulheres quando se une ao discurso médico psiquiátrico na produção de uma terceira forma de controle. A perspectiva biomédica, fundada em manuais de diagnósticos que se propõem neutros e na descrição objetiva de doenças, transfere para o campo da saúde mental uma lógica descritiva que naturaliza a presença do sofrimento mental. Este paradigma psicologizante compreende o sofrimento mental distante de aspectos sociais e históricos, e assim desconsidera as relações de gênero, de raça e de classe.[34]

---

31. RAMOS, Luciana de Souza. Encarceramento feminino no Brasil: um olhar de gênero sobre a criminalização das mulheres presas. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA; Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da (org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília: CEAD, FUB, 2011. vol. 5.
32. PEREIRA, Luísa Winter; SILVA, Tayla de Souza. Op. cit.
33. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 2005.
34. ZANELLO, Valeska. A saúde mental sob o viés do gênero: uma releitura gendrada da epidemiologia, da semiologia e da interpretação diagnóstica. In: ZANELLO, Valeska; ANDRADE, Ana Paula Muller (org.). *Saúde mental e gênero*: diálogos, práticas e interdisciplinaridade. Curitiba: Appris, 2014.

A desigual distribuição de diagnósticos entre homens e mulheres e suas classes diz respeito ao caráter social do sofrimento mental e revela um processo de medicalização e psiquiatrização de mazelas sociais, no qual o gênero configura um importante fator de risco que perpassa também os valores e a literatura médica, e a propaganda farmacêutica.[35] Ainda que não se possa afirmar que o sofrimento mental nas mulheres seja provocado estritamente pela violência de gênero que sofrem, deixar este aspecto de lado é perder "caráter fundamental dos processos de subjetivação para pensar o sofrimento psíquico que se patologiza".[36]

Uma leitura crítica e sob o viés do gênero nos campos da saúde mental e do direito penal é imprescindível para romper com o ciclo de psiquiatrização, criminalização e violência contra as mulheres em sofrimento mental autoras de delito, opressões muitas vezes ofuscadas e legitimadas pela sociedade e por profissionais dos Sistemas de Justiça e de Segurança Pública. Nesse sentido, a atuação do Grupo de pesquisa e extensão Loucura e Cidadania no acompanhamento do caso de uma mulher em sofrimento mental autora de delito se fez com o intuito de romper com o silenciamento quanto à sua presença em instituições carcerárias e manicomiais, na busca da garantia dos seus direitos.

4. ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR UNIVERSITÁRIA NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL: O GRUPO DE PESQUISA E EXTENSÃO LOUCURA E CIDADANIA

Na década de 1980 surgem os primeiros grupos organizados a partir dos métodos da assessoria jurídica popular no Brasil, voltados para uma prática jurídica que buscasse a efetivação do direito de acesso à justiça e que questionasse o tradicional ensino e a determinação das normas unicamente pelo Estado, com o objetivo de produzir uma cultura jurídica identificada com as relações sociais e que reconheça outros modos de produção do direito.[37] Em meados

35. Idem.

36. NASCIMENTO, Wanderson Flor do; ZANELLO, Valeska. Uma história do silêncio sobre gênero e loucura – Parte I: sobre o que não se fala em uma arqueologia do silêncio: as mulheres em história da loucura. In: ZANELLO, Valeska; ANDRADE, Ana Paula Muller (org.). *Saúde mental e gênero: diálogos, práticas e interdisciplinaridade*. Curitiba: Appris, 2014. p. 18-19.

37. RIBAS, Luiz Otávio. *Assessoria jurídica popular universitária e direitos humanos: o diálogo emancipatório entre estudantes e movimentos sociais (1988-2008)*. Monografia de Especialização em Direitos Humanos. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

dessa década surge o *Direito achado na rua*, inicialmente, como curso de extensão universitária a distância organizado pelo Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos (NEP) da Universidade de Brasília.[38] O primeiro volume do curso nasce da solicitação de advogadas/os populares que militavam junto a movimentos sociais e entidades de defesa de direitos humanos, e foi seguido pela produção de quatro volumes, todos permeados pela concepção teórica de enxergar o direito

> (...) como produto das articulações da própria sociedade, em especial dos movimentos sociais, na sua atuação para a superação de uma realidade injusta que nega aos indivíduos a sua plena realização. A cidadania teria o espaço público, a rua, como local de seu exercício. Dessa forma, o direito pode até se manifestar por meio das normas desde que estas sejam a "expressão de uma legítima organização social da liberdade"[39]

Esses grupos atuam até hoje no campo da advocacia popular e da assessoria jurídica popular universitária junto a organizações comunitárias e movimentos sociais no Brasil e inspiram outros grupos interdisciplinares que compreendem a importância e a necessidade do diálogo entre os saberes acadêmico e o denominado "popular", para a realização do fenômeno jurídico.[40] Ao enxergar na atuação dos movimentos populares o papel fundamental na construção de uma concepção contra hegemônica da práxis jurídica, os núcleos de assessoria jurídica popular ganham destaque como imprescindíveis no combate à naturalização dos processos de invisibilidade de grupos socialmente vulneráveis.

O ensino superior pode ser também espaço que possibilita desenvolver o pensamento crítico e contextualizado com a realidade social, política e econômica, que permita visualizar o fenômeno jurídico além dos muros dogmáticos e formais dos cursos de Direito. Longe de alcançar uma educação emancipadora, pois para isso seria necessário reconfigurar todo o conteúdo e a forma como

38. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

39. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da. *O direito achado na* rua: introdução crítica ao direito das mulheres. Brasília: CEAD, FUB, 2011. vol. 5, p. 16.

40. Idem.

a educação tem sido conduzida,[41] falamos aqui na possibilidade de atividades educativas de caráter emancipador:

> (...) atividades que contribuem para que as pessoas compreendam o processo histórico, desde as suas origens e os seus fundamentos até os dias atuais, de modo a que entendam que a realidade social é "radicalmente histórica e social", isto é, que ela resulta apenas da atividade humana e não de potências divinas ou naturais.[42]

Inseridas no ensino tradicional, as atividades de caráter emancipador colocam em questão a função social da educação, elas provocam e permitem o engajamento das pessoas na luta pela transformação da realidade.[43] São atividades sem fórmula pronta e que podem ser exercidas em espaços diversos, como por exemplo, os núcleos de assessoria jurídica popular universitária (AJUP) inseridos nos cursos de graduação em direito no Brasil. A AJUP constitui prática jurídica e educativa insurgente de movimentos extensionistas e de pesquisa universitária, que busca a comunicação entre os saberes científico e popular como via de transformação do direito.[44] Ela envolve atividades educativas com temas em direitos humanos, realizadas em espaços não formais como associações, coletivos, ocupações urbanas ou rurais, assentamentos, e também em instituições como escolas, penitenciárias e manicômios.

Nessa perspectiva, o Centro de Referência em Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba (CRDH/UFPB), criado no ano de 2010 a partir de parceria entre a UFPB e a Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR), desenvolve projetos de pesquisa e extensão na perspectiva da assessoria jurídica popular, funcionando como espaço de promoção e defesa dos direitos humanos e reconhecimento da produção jurídica dos sujeitos coletivos em espaços não estatais. Em abril de 2012, nesse Centro, teve início a atuação do Grupo de pesquisa e extensão Loucura e Cidadania, inicialmente composto por estudantes do curso de direito, e nos anos de 2013 e 2014, por um grupo interdisciplinar formado por graduandas/os dos cursos de direito, psicologia, serviço social e enfermagem.

O Grupo Loucura e Cidadania identifica-se enquanto célula do Movimento da Luta Antimanicomial e insere-se no contexto histórico desse movimento no

41. TONET, Ivo. Atividades educativas emancipadoras. *Rev. Práxis Educativa*. vol. 9. n. 1. Ponta Grossa, jan.-jun./2014, p. 9-23.

42. Idem, p. 18.

43. Idem.

44. RIBAS, Luiz Otávio. Op. cit.

estado da Paraíba e no Brasil. O Movimento da Luta Antimanicomial objetiva repensar o cuidado em saúde mental e a própria psiquiatria, de modo a superar o modelo hospitalocêntrico tradicional e a cultura manicomial socialmente disseminada, com vistas a redirecioná-lo na perspectiva da atenção integral em saúde mental.

O mencionado Grupo realizou oficinas de direitos humanos em um hospital psiquiátrico (nos anos de 2012 e 2013) e em um Centro de Atenção Psicossocial CAPS-AD III (em 2014), ambos localizados no município de João Pessoa, capital da Paraíba. Nos espaços de formação interna do Grupo ou junto à comunidade, na assessoria jurídica e na mediação com o poder público, a busca pela realização dos direitos humanos esteve permeada pelo engajamento político de estudantes e professoras envolvidas. A sensibilidade, o enfrentamento político, a linguagem mais acessível e a forma de atuação escolhida é o que constitui o caráter horizontal e não impositivo das atividades do Grupo.

As oficinas, atividades centrais do Grupo Loucura e Cidadania, pautaram temas relacionados aos direitos das pessoas em sofrimento mental com o intuito de romper com a naturalização das diversas violações de direitos enfrentadas por este grupo historicamente vulnerabilizado. Além disso, as atividades tinham como objetivo discutir os mecanismos de garantias de direitos para a gestão democrática das políticas públicas locais de saúde mental, capaz de produzir impactos na afirmação da cidadania e na defesa dos direitos humanos desse grupo social. Em contrapartida, as atividades desenvolvidas também refletiam na formação acadêmica das/os extensionistas de forma crítica e comprometida com as questões sociais.

Tendo em vista a necessidade de uma práxis que permita uma ampla compreensão dos problemas e a adoção de uma postura crítica ante a realidade, o Grupo adotou a Educação Popular e a Educação em Direitos Humanos como guias metodológicos norteadores das oficinas. Essas duas perspectivas apresentam-se como mais adequadas para a promoção do diálogo entre o direito, a legislação e as políticas públicas voltadas às pessoas em sofrimento mental numa perspectiva humanizadora, com o objetivo de tirar o véu sobre as violações de direitos e suas múltiplas determinações e manifestações e, dessa forma, encontrar medidas para proteger e promover direitos.[45]

45. ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. *Políticas de extensão universitária e a disputa pela hegemonia: a questão dos direitos humanos na UFPB*. Tese de Doutorado em Educação. João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, 2010.

Agregar a Educação Popular com a Educação em Direitos Humanos significa buscar uma pedagogia crítica e emancipadora, capaz de assegurar que as pessoas socialmente oprimidas possam se constituir como empoderadas, responsáveis por (re)construir sua formação e transformar sua realidade. Afirma Warat[46] que o direito sempre foi carente de uma prática pedagógica, que necessita de uma renovação qualitativa no âmbito educativo e das suas estruturas organizativas de administração da justiça. Há uma urgência no aprendizado da solidariedade e dos direitos humanos para uma prática jurídica na qual a violação dos direitos de uma única pessoa interesse a todas. Ao adotar uma metodologia problematizadora, o Grupo Loucura e Cidadania visa articular a experiência de vida e a prática acadêmica, de forma retroalimentadora, pois entende que estas têm um valor relevante para a afirmação de um saber já existente e a criação de novos saberes.

O Grupo Loucura e Cidadania assume, assim, um papel político e ideológico ao compreender as práticas da Educação Popular e da Educação em Direitos Humanos como pedagogias que contribuem para modificar a realidade social. Foi a partir dessa escolha metodológica e do reconhecimento da produção jurídica para além do Estado, assim como sua ressignificação e adaptação às reivindicações das pessoas que se encontravam aprisionadas em instituições manicomiais, que extensionistas puderam estar em contato com mulheres em sofrimento mental autoras de delito e realizar assessoria jurídica junto a esse grupo, consolidando um canal de comunicação e aproximação entre a universidade, o povo e os instrumentos e mecanismos de garantia de direitos.

5. ROMPENDO O SILÊNCIO PARA A GARANTIA DE DIREITOS DAS MULHERES EM SOFRIMENTO MENTAL AUTORAS DE DELITO

As instituições responsáveis por receber as pessoas em sofrimento mental autoras de delitos no Brasil, que estão em internação temporária aguardando a realização dos laudos de sanidade mental ou internadas por conversão de pena em medida de segurança, são os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs).

46. WARAT, Luis Alberto. Direitos humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SOUSA, Nair Heloisa Bicalho de; SANT'ANNA, Alayde Avelar Freire; ROMÃO, José Eduardo Elias; SANTANA, Marilson dos Santos; CÔRTES, Sara da Nova Quadros (org.). *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

Na Paraíba, o sistema de execução das medidas de segurança segue a mesma lógica de silenciamento, segregação e violações de direitos dos demais estados do país. As pessoas nas situações acima descritas são encaminhadas para o ECTP do estado, estabelecimento fundado em 1943 e que não possui alas femininas, de modo que as mulheres nestas condições são direcionadas para o maior hospital psiquiátrico do estado, estrutura manicomial fundada em 1928. Importante destacar o ano de surgimento das respectivas instituições, pois, atualmente, muito ainda se mantém do período em que foram construídas, principalmente no que diz respeito à estrutura e à dinâmica de trabalho.

Nos anos de 2012 e 2013, em que extensionistas do Grupo Loucura e Cidadania atuaram no retrocitado hospital psiquiátrico, 98 pessoas permaneciam sob custódia do ECTP, das quais 87 correspondiam aos homens internados no ECTP, 7 às mulheres internadas no Complexo Psiquiátrico que participavam das oficinas do Grupo Loucura e Cidadania, e 4 pessoas não se tinha informação do sexo.[47]

Ao entrar em contato com as mulheres internadas no hospital psiquiátrico e com seus prontuários no ECTP, a situação encontrada pelas extensionistas foi de escassez de informações, seja no âmbito jurídico ou no médico. O fato de serem dirigidas para a instituição manicomial situada ao lado do ECTP e o remanejamento entre instituições que, em muitas situações, ocorreu sem a comunicação com a comarca de origem do processo, representa a invisibilidade e o descaso do poder público em garantir o cuidado ao grupo de mulheres em espaços inseridos na comunidade, conforme estabelece a Lei 10.216/2001. Ainda que o hospital psiquiátrico seja vinculado à Secretaria Estadual de Saúde, o mesmo corresponde a uma instituição tão perversa quanto o ECTP, este último vinculado à Secretaria de Administração Penitenciária. O hospital psiquiátrico é uma instituição manicomial, configurada como uma instituição total,[48] e como diversas delas em funcionamento no país, conta com histórico de graves violações de direitos humanos.

47. Dados coletados a partir de conversas entre as extensionistas e profissionais do hospital psiquiátrico e do ECTP, bem como através do censo sobre a custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil, realizado por Débora Diniz no ano de 2011. O censo aponta que em 2011 havia sete mulheres internadas no Complexo Psiquiátrico Juliano Moreira, uma para cumprimento da medida de segurança e seis mulheres em internação temporária (DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres; Universidade de Brasília, 2013).

48. GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

No primeiro contato de extensionistas do Grupo Loucura e Cidadania, em 2012, com as mulheres ali internadas, algumas destas estavam em internação temporária no hospital psiquiátrico para a realização do exame de sanidade mental[49] e outras estavam aguardando a transferência para outras instituições. A Coordenação de Saúde Mental da Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba solicitou auxílio ao Grupo Loucura e Cidadania em maio de 2014 com relação ao caso de uma das mulheres, Júlia,[50] que esteve internada no referido hospital psiquiátrico, e que, após ter passado por diversas instituições (delegacias, penitenciárias em diferentes cidades, centros de atenção psicossocial e hospital psiquiátrico) durante três anos, estava recolhida numa penitenciária feminina no município de João Pessoa, sem receber assistência médica e jurídica.

Nas conversas com as extensionistas, que ocorreram inicialmente na penitenciária feminina onde permaneceu encarcerada e depois no hospital psiquiátrico, Júlia relatou que seu sofrimento mental decorria do desejo de ter um filho para cuidar, e, em especial, porque o seu ex-marido só permaneceria casado se tivessem um filho. Júlia relata que ao se casar, ficou grávida e teve dois abortos espontâneos. No segundo aborto, o feto permaneceu morto por quatro dias no seu útero até que fosse submetida aos procedimentos necessários, o que incorreu na sua infertilidade. Segundo a psicóloga que acompanhou o caso, essa sequência de acontecimentos, somada à condição de pobreza em que Júlia vivia, contribuiu diretamente para o agravamento do seu sofrimento mental e, desde o segundo aborto, ela passou a sofrer alucinações e a nutrir a ideia de querer uma criança para cuidar.

O auto de prisão em flagrante aponta que Júlia foi presa em uma cidade no interior do estado da Paraíba, em agosto de 2011, por ter cometido subtração de incapaz, crime previsto no art. 237 do ECA. Após dois meses encarcerada sob prisão preventiva, Júlia começou a demonstrar sinais de agravamento do seu sofrimento mental, ao passo que houve tentativa de suicídio por enforcamento. Tal evento acarretou na transferência da mesma para o ECTP e, em seguida, remanejamento para o hospital psiquiátrico para ser submetida a tratamento médico especializado.

49. De acordo com o art. 150, § 1.º, do CPP, o exame não deve durar mais de 45 dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo. Nesse período, a maioria dos exames havia extrapolado o respectivo prazo e as mulheres permaneciam internadas, configurando mais uma violação de direitos.

50. Seu verdadeiro nome foi trocado por um nome fictício para preservar a sua identidade.

De 2012 a 2014, Júlia foi transferida quatro vezes, passando por instituições carcerárias e manicomiais, para realizar cuidado em saúde mental, e na maioria dessas transferências, a Vara criminal responsável pelo seu processo não foi informada.[51] Na cidade interiorana em que estava presa provisoriamente numa penitenciária, também foi submetida a tratamento no Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), tendo sido diagnosticada pelo médico psiquiatra com um "forte quadro de depressão e graves sintomas alucinógenos". Apesar disso, exames realizados pela equipe do ECTP no período em que ali esteve internada, apontaram que Júlia não se encontrava com "alterações mentais, não necessitando de tratamento especializado", conforme consta no laudo realizado em 2013. Apesar da realização dos exames e dessa constatação, Júlia permanecia no hospital psiquiátrico sob a justificativa de não existir transporte disponível para seu retorno à unidade prisional.

No período em que esteve internada, Júlia foi convocada para três audiências preliminares, mas, segundo dados do processo, não pôde comparecer por estar sob custódia no ECTP. Até a data da sua liberdade provisória, Júlia teve o direito de acesso à justiça, de ampla defesa e contraditório negados, tendo em vista que não compareceu a nenhuma audiência e permaneceu três anos em prisão preventiva. Nos encontros com as extensionistas ela questionava:

> O que eu tô fazendo aqui? Se eu tivesse sido julgada eu aceitava. Todo bandido tem direito de se defender. Tem sentença sem a pessoa ser ouvida? Três anos, né? Três anos não... São três anos sem audiência. O que eu quero é que a justiça veja isso. É a lei do cão, a gente tem que cumprir e acabou (Informação verbal).[52]

O que se percebe é que os efeitos da prisão preventiva de Júlia incorrem, na verdade, em efeitos práticos da prisão para o cumprimento de pena privativa de liberdade. Tendo em vista que a pena prevista para o crime do qual Júlia é acusada é de dois a seis anos de prisão, o período que ela permaneceu reclusa em prisão preventiva corresponde à execução antecipada da pena.

51. No contato com a Defensoria Pública do Estado da Paraíba e com a Vara Criminal responsável pelo processo de Júlia, foi possível perceber a falta de controle nas transferências daquela mulher entre instituições em diferentes cidades e a ausência de comunicação entre órgãos do Sistema de Justiça e órgãos do Sistema Penitenciário, tendo em vista que as/os profissionais responsáveis pelo caso não tinham conhecimento de onde Júlia se encontrava.

52. Depoimento concedido por Júlia. João Pessoa, 2014.

A prisão preventiva deve ser decretada pelo tempo estritamente necessário,[53] o que implica uma revisão periódica dos elementos que deram base para a sua determinação. Seu direito de acesso à justiça foi também violado pela ausência de acompanhamento efetivo de seu processo por parte da Defensoria Pública, fator que contribuiu diretamente para a sua invisibilidade dentro do sistema prisional e para o prolongamento de sua prisão preventiva.

O evidente excesso de prazo para julgamento do caso em questão é imputável ao sistema de justiça e às demais instituições envolvidas no cumprimento da prisão preventiva. Traduz situação de falta de celeridade processual e frustra um direito básico a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio sem dilações indevidas, presente na Constituição Federal (CF, art. 5.°, LXXVIII). O excesso na duração de sua prisão cautelar demonstrou-se, na verdade, como um inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal, ofendendo frontalmente o princípio da razoabilidade como fator determinante sobre o tempo da medida cautelar, além do princípio basilar da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.°, III).

Ademais, ressalte-se que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), através do Dec. 678, de 06.11.1992. Tendo em vista os arts. 7.° e 8.° da referida Convenção, toda pessoa acusada de ter cometido um delito tem direito a garantias judiciais como a celeridade processual, o acesso à justiça e a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.

O Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA,[54] de 2013, aponta que no Brasil, assim como em outros países da região, há alta incidência de aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva. Além disso, conforme foi relatado no caso de Júlia, há também várias violações do direito de acesso à justiça, como: o atraso na tramitação do processo; a ausência de assessoria jurídica adequada, pois conta-se apenas com a Defensoria Pública estadual (com suas diversas

53. Inexiste, legalmente, fixação de prazo razoável para a prisão preventiva. Isso demonstra a necessidade de imposição de limites para tal medida, de forma que não viole as garantias fundamentais da pessoa acusada. A indeterminação do tempo da prisão preventiva, mesmo após as alterações do Código de Processo Penal em 2011 e 2012, demonstra a necessidade de utilização do princípio da razoabilidade, por parte do Judiciário, como princípio norteador da duração da prisão preventiva.

54. Relatório sobre o uso da Prisão preventiva nas Américas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf]. Acesso em: 07.07.2015.

limitações); e a tendência emergente do Judiciário em determinar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite, em vez de recorrer a outras medidas (como as medidas cautelares, já previstas na legislação processual penal brasileira). O mencionado relatório também apontou que a invisibilidade decorrente da aplicação de prisão preventiva afeta de maneira ampla e desproporcional pessoas pertencentes a grupos economicamente mais vulnerabilizados.

Durante o período em que esteve sob custódia do sistema penal, Júlia não tomou conhecimento do conteúdo do seu laudo de sanidade mental e, ainda, sobre quais medicamentos tomava. Relata ter sofrido violência psicológica, física e sexual, o que culminou no agravamento de sua saúde e na necessidade de ser encaminhada algumas vezes para hospital geral para cuidado especializado.

> Eu sei de muita coisa dos presídios. Vivo dopada, vou fazer o que? Eu via estupro todo dia (...) mas nem tudo o que você sabe pode dizer. Direitos Humanos nunca foi nesse presídio. Eu não sou doida não. Não tenho medo de dizer a verdade, de morrer não. O Estado devia me pagar. Tentei me enforcar duas vezes. Eu só não me matei ainda porque não tem como se matar. Vão condenar um defunto? Eu não quero sair da cadeia como doente. Eu não sei o que diz no meu laudo" (Informação verbal).[55]

Além de constantes crises convulsivas, lesões corporais e trombose venal nos membros inferiores, o sofrimento de Júlia se agravou pela violência que sofreu também nas instituições de saúde. Relata que por estar respondendo a um processo criminal em prisão preventiva, permanecia algemada enquanto era submetida a tratamento. Em outras situações, seu sofrimento mental era considerado "safadeza" por profissionais, conforme ela descreve.[56]

A ausência de informações sobre as opressões sofridas por Júlia em seu processo denuncia a naturalização da violência contra a mulher no sistema penal, na medida em que, além de não informar a violência perpetrada, não a detecta ou não a percebe enquanto violência. Ineficaz para a proteção das mulheres contra todas as formas de opressão, este sistema não previne novas violências institucionais, não escuta as necessidades das mulheres nem contribui para a

55. Depoimento concedido por Júlia. João Pessoa, 2014.

56. Idem.

transformação desse quadro.[57] Júlia sabia da sua invisibilidade e questionava onde estava a justiça. Ela queria ser vista pelo Sistema de Justiça, ser escutada e julgada, como todas as pessoas que cometem delitos deveriam ser:

> Sou uma pessoa que sou invisível para o povo. Onde é que tá a justiça? A justiça tem que entender isso, o que eu fiz foi um ato de loucura. Eu quero que a justiça me veja. Simplesmente eu quero que o juiz me escute e me julgue (Informação verbal).[58]

A realidade dos sistemas carcerário e manicomial aponta para o fracasso de sua função de ressocializar e de tratar. No caso de Júlia, observou-se que as penitenciárias e manicômios pelos quais passou não são adequados para a sua permanência, sobretudo pela necessidade de cuidado em saúde mental. São espaços segregadores, que produzem e intensificam sofrimento, violam direitos fundamentais e a dignidade das mulheres. Júlia relatou o descaso dentro de um presídio: a cela em que ficava era destinada às mulheres que não recebiam visitas, algumas também tinham sofrimento mental e não eram sentenciadas; havia mais seis mulheres, duas dormiam em camas e as demais no chão. Júlia dormia no chão, na porta do banheiro. Em outras celas dormiam cerca de 25 mulheres.

A pedido da psicóloga de referência da penitenciária feminina e da Secretaria Estadual de Saúde, através da Coordenação de Saúde Mental, Júlia foi transferida em agosto de 2014 para o hospital psiquiátrico para ser submetida a tratamento psicoterápico e acompanhamento psiquiátrico. Com acompanhamento também das extensionistas do Grupo Loucura e Cidadania, sob orientação e com o apoio das professoras que integram o Grupo, restou claro que a liberdade era elemento essencial para a melhora do quadro de saúde de Júlia, sobretudo diante das condições em que se encontrava na penitenciária (superlotação, equipe reduzida no atendimento de saúde, falta de medicamento e ambiente insalubre) e o seu quadro de sofrimento mental.

O Grupo Loucura e Cidadania ao articular-se com a Defensoria Pública do estado, a Vara de Execuções Penais e a Secretaria Estadual de Saúde, concluiu que, após tanto tempo de prisão preventiva, e nas condições em que Júlia ficou encarcerada, era imprescindível a concessão da liberdade provisória. O intuito era que, além de praticar atividades laborais, dentre outras, ela pudesse ter acompanhamento especializado em saúde mental na sua cidade natal junto

57. MENDES, Soraia da Rosa. Op. cit.

58. Depoimento concedido por Júlia. João Pessoa, 2014.

aos seus familiares. Júlia também reconhecia a sua necessidade de cuidados em saúde mental.

Nesse sentido, o Grupo Loucura e Cidadania atuou para que fosse priorizado o tratamento na rede aberta substitutiva ao modelo hospitalocêntrico, conforme prevê a Lei 10.216/2001. Após cerca de um mês aguardando o pedido de liberdade provisória ajuizado pela Defensoria Pública do estado, mediante as articulações entre o Grupo Loucura e Cidadania, CRDH/UFPB e as instituições envolvidas no caso, Júlia finalmente pôde retornar para o seu lar e para o convívio familiar, receber os cuidados em saúde mental na rede aberta de saúde e responder ao seu processo em liberdade.

Presa desde agosto de 2011, verificou-se que o caso não se enquadrava mais nos dispositivos legais que preveem os requisitos da prisão preventiva e que Júlia permaneceu por muito tempo recolhida em estabelecimento prisional sem ter participado de nenhuma audiência. Comungar com isso, ou mesmo deixar que as autoridades responsáveis consentissem tal possibilidade, seria fazer letra morta o princípio constitucional do devido processo legal.[59]

O Grupo Loucura e Cidadania considera importante toda a jornada de reivindicação de direitos, com o acompanhamento do processo criminal de Júlia, como forma de trazer visibilidade ao caso e dar voz às pessoas em sofrimento mental autoras de delito, em especial às mulheres que são esquecidas dentro do sistema penal, já que perante o Poder Judiciário "seu direito à voz foi sequestrado pelo transtorno mental, ou pelo menos seu direito à escuta".[60]

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso criminal hegemônico que sustenta o sistema penal brasileiro e suas instituições toma o gênero masculino como sujeito universal. Ineficaz para a proteção contra todas as formas de violência, é um sistema que naturaliza violações de direitos, não previne novas opressões nem escuta as necessidades das mulheres. Quando reproduz a discriminação de gênero através dos controles formal e informal, a seletividade da justiça criminal não dá espaço para o empoderamento e protagonismo femininos na resolução de seus conflitos e representa obstáculo para o planejamento de políticas públicas voltadas para esse grupo social. É um sistema que definitivamente não visa à mudança das relações de gênero.

59. MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria...* cit.

60. Idem, p. 122.

Nos campos da saúde mental e do direito penal, é imprescindível a leitura crítica e sob o viés do gênero como meio de transformação do atual sistema punitivo e manicomial. A escolha metodológica do Grupo Loucura e Cidadania propõe a transformação do discurso e da prática jurídicos, bem como da lógica perversa de encarceramento naturalizada na sociedade como única possibilidade para as pessoas em sofrimento mental autoras de delito, em especial para as mulheres nessa condição, visando romper com o ciclo de criminalização e violência.

Entende-se como necessária a reorientação jurídico-legislativa para a efetiva aplicação da Lei 10.216/2001, para que haja atenção jurídica e psicossocial de forma integral às pessoas em sofrimento mental autoras de delito. As projeções trazidas pela Reforma Psiquiátrica para dentro do mundo jurídico apontam para a ineficácia absoluta da abordagem coativa, manicomial e repressora adotada no trato às pessoas em sofrimento mental autoras de delito. Os avanços da Reforma Psiquiátrica devem, portanto, ser incorporados nas práticas do sistema penal de forma a repensar o tratamento destinado a essas pessoas, reconhecendo-as como detentoras de direitos e deveres.

Urge, em primeiro lugar, abolir a noção de periculosidade como sendo inerente à condição de sofrimento mental. Insurge na questão da periculosidade uma espécie de determinismo social, no qual a pessoa em sofrimento mental é julgada perigosa unicamente em virtude de ser acometida por sofrimento mental, e que esta seria "irrecuperável". Em segundo lugar, necessário reconstruir os conceitos de responsabilidade penal da pessoa em sofrimento mental autora de delito, que seja capaz de levar em consideração a individualidade dessas pessoas e que vise realmente à sua reintegração. Construir a ideia de responsabilização das pessoas em sofrimento mental autoras de delito é poder devolver-lhes a voz e a cidadania.

As atividades do Grupo Loucura e Cidadania levaram à conclusão de que não há como "humanizar" instituições que historicamente serviram de palco para graves violações de direitos e respondem a um discurso de higienização e violência contra as mulheres. É necessário repensar como o direito penal, enquanto sistema dogmático, tem sido utilizado para a manutenção de internações psiquiátrico-carcerárias. É preciso que sejam assegurados os direitos de acesso à justiça, à autonomia, à responsabilidade e a dignidade das pessoas em sofrimento mental autoras de delito, pois as funções de ressocializar e de tratar fracassaram desde a consolidação das instituições carcerárias e manicomiais.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; MALHEIRO, Ana Valeska de Figueirêdo; ALMEIDA, Olívia Maria de. Romper o silêncio para a garantia dos direitos das mulheres em sofrimento mental autoras de delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 301-328, set. 2016.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino no sistema de justiça. *Informativo e Notícias da Academia Judicial*. vol. 03. Florianópolis. 2003.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. Loucura, direito e sociedade: um laço de presunções ideologicamente justificadas. *RDisan*. vol. 12. n. 3. São Paulo. p. 119-124. fev./2012.

_____; Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. Disponível em: [www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/livreto_pai.pdf]. Acesso em: 26.06.2015.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05.10.1988.

_____. Decreto n. 678, de 06.11.1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 06.11.1992.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Poder executivo, Brasília, DF, 31.12.1940.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03.10.1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Poder executivo, Brasília, DF, 03.10.1941.

_____. *Lei n. 7.210, de 11.07.1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder executivo, Brasília, DF, 13.07.1984.

_____. *Lei n. 8.069, de 13.07.1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder executivo. Brasília, DF: 13.07.1990.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no siste-

ma de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 48. 2013. p. 55-90.

DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres; Universidade de Brasília, 2013.

_____. Ética na pesquisa em ciências humanas – Novos desafios. *Ciência e Saúde Coletiva*. 2008. p. 417-426. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v13n2/a17v13n2.pdf]. Acesso em: 26.04.2015.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____. *História da loucura na idade clássica*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *As verdades e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria:* uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. *Da inimputabilidade – Um estudo sobre o estigma da periculosidade do louco infrator e sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)Pensando a criminologia:* reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do; ZANELLO, Valeska. Uma história do silêncio sobre gênero e loucura – Parte I: Sobre o que não se fala em uma arqueologia do silêncio: as mulheres em história da loucura. In: ZANELLO, Valeska; ANDRADE, Ana Paula Muller (Org.). *Saúde mental e gênero:* diálogos, práticas e interdisciplinaridade. Curitiba: Appris, 2014.

PEREIRA, Luísa Winter; SILVA, Tayla de Souza. Por uma criminologia feminista: do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal. In: PLACHA SÁ, Priscilla (org.). *Dossiê*: as mulheres e o sistema penal. Curitiba: OABPR, 2015.

RAMOS, Luciana de Souza. Encarceramento feminino no Brasil: um olhar de gênero sobre a criminalização das mulheres presas. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA; Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da (orgs). *O direito achado na rua*: introdução crítica ao direito das mulheres. Brasília: CEAD, FUB, 2011. vol. 5.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RIBAS, Luiz Otávio. *Assessoria jurídica popular universitária e direitos humanos: o diálogo emancipatório entre estudantes e movimentos sociais (1988-2008).* Monografia de Especialização em Direitos Humanos). Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice.* São Paulo: Cortez, 2005.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *O direito achado na rua*: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da. *O direito achado na rua*: introdução crítica ao direito das mulheres. Brasília: CEAD, FUB, 2011. vol. 5.

TONET, Ivo. Atividades educativas emancipadoras. *Rev. Práxis Educativa.* vol. 9. n. 1. Ponta Grossa. p. 9-23. jan.-jun./2014.

WARAT, Luis Alberto. Direitos humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SOUSA, Nair Heloisa Bicalho de; SANT'ANNA, Alayde Avelar Freire; ROMÃO, José Eduardo Elias; SANTANA, Marilson dos Santos; CÔRTES, Sara da Nova Quadros (org.). *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade.* Porto Alegre: Síntese, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología y psiquiatría: el trauma del primer encuentro. *Revista Salud Mental y Comunidad.* año 1. n. 1. 2011. p. 25-38. Disponível em: [www.unla.edu.ar/saludmentalcomunidad/Revista-Salud-Mental-y-Comunidad.pdf]. Acesso em: 30.04.2016.

_____. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARIA, Ramiro Ávila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola (org.). *El género en el derecho: ensayos críticos.* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009. p. 321-334. Disponível em: [www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_Genero_en_el_derecho.pdf]. Acesso em: 30.04.2016.

ZANELLO, Valeska. A saúde mental sob o viés do gênero: uma releitura gendrada da epidemiologia, da semiologia e da interpretação diagnóstica. In: ZANELLO, Valeska; ANDRADE, Ana Paula Muller (org.). *Saúde mental e gênero: diálogos, práticas e interdisciplinaridade.* Curitiba: Appris, 2014.

_____; ANDRADE, Ana Paula Muller. *Saúde mental e gênero: diálogos, práticas e interdisciplinaridade.* Curitiba: Appris, 2014.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. *Políticas de extensão universitária e a disputa pela hegemonia:* a questão dos direitos humanos na UFPB. Tese de Doutorado em Educação, João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A mulher e o sistema de justiça criminal: algumas notas, de Julita Lemgruber – *RBCCrim* 36/370-382, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/345-360 (DTR\2001\614);
- As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as), de Claudia Stella – *RBCCrim* 34/237-264 (DTR\2001\153); e
- Internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias apontamentos sobre as responsabilidades do sistema de justiça e do sistema de saúde, de Flávio Américo Frasseto e Julia Hatakeyama Joia – *RBCCrim* 109/227-256 (DTR\2014\15126).

8636

Entre a disciplina e a liberdade: a necessidade de limitação temporal e material da análise do comportamento carcerário como requisito subjetivo do livramento condicional

Between discipline and freedom: the limits of good behavior in prison as a requirement for parole

Gisela Aguiar Wanderley
Mestranda em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Advogada.
gisela.aguiarw@gmail.com

Rafael da Escóssia
Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
rafaeldaescossia@gmail.com

Recebido em: 03.11.2015
Aprovado em: 29.03.2016
Última versão autor: 09.05.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O livramento condicional constitui o último degrau do sistema progressivo de cumprimento de pena brasileiro. No que toca ao requisito subjetivo exigido para a sua concessão, o STJ tem entendido, desde fevereiro de 2014, pela inexistência de limitação temporal: a concessão do livramento condicional depende da análise do comportamento carcerário do sentenciado durante todo o período em que esteve cumprindo pena. No presente artigo, examina-se essa orientação à luz da tensão entre disciplina, liberdade e os fins declarados do sistema de execução penal e propõe-se, em seguida, a superação desse entendimento. Nesse passo, sublinham-se a necessidade de limitação temporal e material da análise do requisito subjetivo e também de inserção da análise da culpabilidade por vulnerabilidade do apenado na avaliação de seu comportamento carcerário.

Abstract: Parole is one of the progressive sentence enforcement techniques of Brazil's criminal system. In granting a parole, there is a subjective requirement, and, since February 2014, Brazil's Superior Court has ruled for no temporal limitation, i.e., in order to grant parole, a prisoner's good behavior must be considered duting his/her entire time of imprisonment. This article seeks to look into these rulings through the tension between discipline, freedom and the stated purposes of criminal system to go beyond this understanding. We stress the need for temporal and material limitation to analyze the subjective element, in addition to analyzing a prisoner's culpability for vulnerability in assessing his/her behavior in prison.

Wanderley, Gisela Aguiar; Escóssia, Rafael da. Entre a disciplina e a liberdade: a necessidade de limitação temporal e material da análise do comportamento carcerário como requisito subjetivo do livramento condicional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 331-360, set. 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Livramento condicional - Requisito subjetivo - Execução progressiva de pena - Culpabilidade por vulnerabilidade.

KEYWORDS: Parole - Subjective requirement - Progressive criminal techniques - Culpability for vulnerability.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O livramento condicional em vista de seu teor finalístico: a ausência de correlação entre comportamento satisfatório e a ressocialização do apenado - 3. A incorporação do dado empírico de funcionamento do sistema carcerário pelo discurso jurídico-penal: um novo entendimento acerca do termo "comportamento satisfatório durante a execução da pena" - 4. Diretrizes dogmáticas para a limitação da análise do requisito subjetivo do livramento condicional - 4.1 A necessidade de limitação temporal à análise do comportamento do apenado para a concessão do livramento condicional - 4.2 A necessidade de limitação material à análise do comportamento carcerário do interno para a concessão do livramento condicional - 5. Conclusões - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

É já corriqueira a concepção de que o livramento condicional constitui o último degrau do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade na ordem jurídica brasileira. Em torno desse nevrálgico instituto proliferam, contudo, variadas dúvidas e indagações, em especial no que tange aos requisitos para a sua concessão. Assim, em abril de 2010, o Superior Tribunal de Justiça – STJ editou o Enunciado Sumular 441 e pacificou o entendimento de que, por ausência de previsão legal, a prática de falta grave não interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional.[1]

A edição desse enunciado visou a encerrar controvérsia atinente ao termo inicial do requisito objetivo e reafirmou a primazia do princípio da legalidade no âmbito da execução penal. Não obstante, remanesceu ainda uma lacuna em relação à análise do requisito subjetivo do livramento condicional,[2] tanto

1. Eis o teor do enunciado sumular n. 441 do STJ: "A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional". Nesse sentido também já havia se posicionado o STF: "Ofende o princípio da legalidade a decisão que fixa a data da fuga do paciente como nova data-base para o cálculo do requisito temporal do livramento condicional" (STF, HC 94163, 1.ª T., j. 02.12.2008, rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 23.10.2009).

2. Código Penal: "Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
(...)

no que toca ao aspecto material desse requisito, quanto no que toca ao lapso temporal para a sua aferição.

Nos julgados que antecederam e basearam a edição desse enunciado sumular, o STJ já havia assentado que "o cometimento de faltas graves, pelas quais o apenado já cumpriu as devidas punições, não constituem motivação concreta para o indeferimento do benefício"[3] e que, para o preenchimento do requisito subjetivo do livramento condicional, bastaria o "atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional".[4] Assim, a periódica reclassificação do comportamento carcerário do apenado pela direção prisional e o cumprimento da punição correspondente seriam suficientes para delimitar os efeitos da falta grave em relação ao requisito subjetivo do livramento.

Entretanto, em fevereiro de 2014, em acórdão relatado pelo Min. Rogerio Schietti Cruz (REsp 1.325.182/DF),[5] a 6.ª T. do STJ inaugurou o entendimento de que a análise do requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional deve englobar o exame do comportamento carcerário durante *todo o período de execução de pena*, e não apenas durante o último ano ou últimos meses do encarceramento, como decorreria da consideração dos períodos de reclassificação do comportamento carcerário pela direção do estabelecimento prisional.[6]

III – [seja] comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto".

3. STJ, HC 145.217/SP, 6.ª T., j. 02.02.2010, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 22.02.2010.
4. STJ, HC 122.229/SP, 5.ª T., j. 19.11.2009, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 14.12.2009.
5. STJ, REsp 1325182/DF, 6.ª T., j. 20.02.2014, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 07.03.2014.
6. No caso especificamente analisado pela 6.ª T. do STJ no REsp 1.325.182/DF, rebateu-se o entendimento pacífico do TJDFT, que, lastreado no lapso para a reclassificação do comportamento carcerário do apenado previsto no Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais do Distrito Federal (art. 42), limitava aos últimos seis meses do encarceramento a análise do requisito subjetivo para a concessão do livramento. É a redação do art. 42: "As alterações de classificação não podem ocorrer em períodos inferior a 6 (seis) meses".
   Em julgamentos posteriores, esse entendimento então inaugurado pela 6.ª T. passou a ser adotado também pela 5.ª T. do STJ. Nesse sentido: "O citado dispositivo legal [art. 83, III, do CP] não prevê período específico para a aferição do bom comportamento carcerário, de modo que, se o Juízo da Vara de Execuções Criminais, fundamentada-

A superveniência do acórdão de julgamento do REsp 1.325.182/DF escancarou, portanto, a lacuna não preenchida pelo Enunciado Sumular 441 do STJ quanto ao requisito subjetivo do livramento condicional e respondeu a essa omissão com a fixação do período *integral* de execução de pena como o período relevante para a aferição do comportamento carcerário do apenado.

A partir desse posicionamento, não se impõe nenhuma limitação temporal ou material à avaliação do requisito subjetivo – do qual se destaca a exigência de "comportamento satisfatório durante a execução da pena" –, que é deixada inteiramente à análise casuística do(a) magistrado(a). Concede-se então uma mais ampla esfera de discricionariedade ao órgão julgador para utilizar o histórico disciplinar do apenado como empecilho à obtenção do direito ao livramento condicional e abandona-se a fixação de critérios que possam servir de garantia quanto aos efeitos da falta grave em relação ao requisito subjetivo do instituto.

Assim, além de se instaurar um contexto de flagrante insegurança ao apenado, a higidez do comportamento carcerário é erigida à última potência como um requisito indispensável para a obtenção do livramento condicional, o que reacende a questão relativa aos efeitos da não conformidade às normas disciplinares da prisão em relação à obtenção de direitos por parte dos apenados.

Nesse cenário, torna-se imperioso resgatar aspectos centrais do instituto do livramento condicional e de sua inserção no sistema de execução penal brasileiro e então proceder a um exame minucioso dos fundamentos e desdobramentos dessa nova orientação perfilhada pelo STJ. Assim, no presente artigo, objetivamos elucidar que a ausência de limitação temporal e material à análise do requisito subjetivo do livramento condicional, reduzido à avaliação casuística por parte do órgão julgador dos registros do comportamento carcerário do apenado, viola em especial os princípios da legalidade, da lesividade e o *in dubio pro reo*.

Para tanto, inicialmente, analisaremos o instituto do livramento condicional, expondo seus fundamentos e finalidades, a fim de conferir suporte a uma abordagem crítica da correlação comumente traçada entre o "comportamento satisfatório durante a execução da pena" e o objetivo de ressocialização do apenado.

---

mente, considerou não satisfeito o requisito subjetivo indicado, cumpre prestigiar tal entendimento" (AgRg no HC 288.358/MS, 5.ª T., j. 16.10.2014, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 28.10.2014). Confira-se, ainda: AgRg no REsp 1.382.007/DF, 5.ª T., j. 05.06.2014, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 11.06.2014.

Em seguida, a partir do conceito de *culpabilidade por vulnerabilidade*, cunhado por Eugenio Raúl Zaffaroni, elucidaremos a dificuldade de se utilizar legitimamente o comportamento carcerário do apenado como óbice à obtenção dos direitos a ele assegurados pela legislação, o que leva à necessidade de se limitar os fundamentos da negativa do livramento condicional.

Por fim, destacaremos a contradição sistêmica criada pelo novo entendimento do STJ ao ser contrastado com a limitação da análise do requisito subjetivo para a obtenção de indulto e de comutação de pena, e proporemos soluções dogmáticas para a questão, as quais partem da necessidade de limitação temporal para a análise do requisito subjetivo e, ainda, da necessidade de uma análise da lesividade concreta das faltas disciplinares praticadas pelo apenado a fim de utilizá-las como obstáculo à obtenção do livramento condicional.

2. O LIVRAMENTO CONDICIONAL EM VISTA DE SEU TEOR FINALÍSTICO: A AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE COMPORTAMENTO SATISFATÓRIO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Em fevereiro de 2014, no julgamento do REsp 1.325.182/DF, o STJ firmou o entendimento de que a análise do requisito subjetivo do livramento condicional deve ter por objeto todo o período de cumprimento de pena. Assim, para a concessão desse direito, deve o órgão julgador proceder à avaliação do comportamento carcerário do apenado durante o período completo em que este remanesceu recluso.

Essa orientação contrapôs-se ao entendimento então consolidado em diversos tribunais do país,[7] que se orientavam no sentido de que se deve limitar temporalmente a análise do requisito subjetivo do livramento condicional, a fim de que a prática de falta grave não obste indefinidamente a concessão do

7. Nesse sentido, confiram-se: TJMS, Proc. 0041895-40.2014.8.12.0001, rel. Des. Maria Isabel de Matos Rocha, 1.ª Câm. Criminal, j. 25.11.2014, publicado em 01.12.2014; TJMG, Proc. 10471120007706001, 4.ª Câm. Criminal, j. 03.07.2013, rel. Des. Delmival de Almeida Campos, publicado em 10.07.2013; TJRJ, Proc. 0010920-14.2012.8.19.0000, 7.ª Câm. Criminal, j. 24.04.2012, rel. Des. Sidney Rosa da Silva, publicado em 06.08.2012; TJRS, Ag 70055618755, rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, 7.ª Câm. Criminal, j. 21.11.2013, publicado em 12.12.2013; TJSP, Proc. 0055649-96.2013.8.26.0000, 16.ª Câm. de Direito Criminal, j. 21.05.2013, rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, publicado em 22.05.2013.

direito ao apenado.[8] Assim, a fim de perscrutar os fundamentos e efeitos da nova orientação inaugurada pelo STJ no julgamento do REsp 1.325.182/DF, afigura-se de início oportuno rememorar os fundamentos e objetivos da inserção do livramento condicional no sistema de execução penal brasileiro.

O livramento condicional foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Penal de 1890, mas, até 1924, não foi efetivamente aplicado.[9] Sua disciplina foi alterada em 1934 e em 1940 e, após esta data, sofreu modificações esparsas em alguns de seus dispositivos até 1984, quando da promulgação da Nova Parte Geral do Código Penal. A sua inserção era tida como um consectário direto da adoção do sistema progressivo de cumprimento de pena, da qual constituiria a fase derradeira.

O sistema progressivo de cumprimento de pena constituiu um dos pilares da moderna reforma carcerária empreendida a partir da segunda metade do século XIX na Europa continental.[10] Nesse contexto, o livramento condicional disseminou-se como um dos métodos progressivos de execução:

8. Com efeito, sem a delimitação temporal da análise do requisito subjetivo do livramento condicional, a prática de falta grave pode constituir um óbice perpétuo à obtenção do livramento condicional, ao passo que a interrupção do prazo, em contrapartida, poderia ser benéfica ao apenado, já que uma falta grave cometida antes do período exigido para a obtenção do livramento condicional não poderia ser considerada como obstáculo à sua concessão. Tal fundamento foi utilizado pelo Min. Marco Aurélio Mello, do STF, para denegar ordem de *habeas corpus*, nos seguintes termos: "(...) ou simplesmente a falta grave consubstancia obstáculo ao benefício ou, uma vez ocorrida, gera nova contagem de tempo para alcançá-lo. Esta última solução é a que atende não só ao objetivo da norma, mas também aos interesses do réu" (STF, HC 100.062, 1.ª T., j. 20.04.2010, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 07.05.2010). Imprescindível pontuar, contudo, a contradição de se qualificar uma das opções aventadas como favorável ao réu e, apesar disso, utilizá-la para denegar o pedido de *habeas corpus* impetrado em favor deste. Trata-se de contrassenso que deixa evidente que a utilização da fração legal como um limite de tempo à análise do requisito subjetivo não equivale à utilização de toda e qualquer falta grave cometida nesse período como fundamento suficiente para a denegação do livramento por ausência do requisito subjetivo, o que consubstancia, de fato, a criação de requisito não exigido pela legislação, em ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Para uma reflexão mais aprofundada sobre o princípio da legalidade na execução penal, confira-se Schmidt, 2002a.
9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 1, p. 715.
10. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 214-215. Na literatura nacional, destacam-se algumas obras centrais à compreensão dos temas relativos ao sistema penitenciário. Assim, para

Desconhecido até o século XIX, vários países hoje disputam a primazia de tê-lo introduzido em seus sistemas. Na prática judiciária, a Inglaterra o adotava desde 1853, e a Irlanda desde 1857, como última etapa no sistema penitenciário. Por volta de 1870, foi acolhido pela Suíça, Sérvia, Alemanha, México e Dinamarca e entrou nos Estados Unidos da América, com a denominação de *parole system*, em 1876. Todavia, em sua forma embrionária, já existia na França, desde 1832 e na Espanha, desde 1835.[11]

Nesse cenário, cabe acrescentar que o livramento condicional, além de ser concebido como a última etapa do cumprimento de pena privativa de liberdade no sistema progressivo, constitui também um direito público subjetivo do apenado que preenche os requisitos exigidos pela lei.[12] A adoção dessa premissa expurga todo teor facultativo ou discricionário do julgador em relação à concessão do livramento e se contrapõe à noção de que tal instituto configuraria uma regalia ou um prêmio ao apenado por sua boa conduta.

Assim, ao se tratar o livramento condicional como direito subjetivo do sentenciado, compatibiliza-se a ideia de que esse instituto constitui "fase final não institucionalizada da pena privativa de liberdade"[13] com a noção de que também se trata de uma limitação ao poder punitivo e, portanto, uma garantia da pessoa frente ao Estado Penal. Por tal motivo, entendemos que não vale

uma análise aprofundada dos métodos de punição e suas transformações históricas, confira-se OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996. Uma análise crítica da instituição penitenciária, inserindo-a no plano mais amplo da "questão criminal" e das estruturas sociais, políticas e econômicas, por sua vez, pode ser encontrada em THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. Noutro giro, quanto às funções ideológicas cumpridas pela pena privativa de liberdade, ver CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Prisão e Estado: a função ideológica da privação de liberdade*. Pelotas: EDUCAT, 1997.

11. GRINOVER, Ada Pellegrini. Incidentes da execução: suspensão condicional da pena e livramento condicional. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 27.
12. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 474; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 715; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 747.
13. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 583.

persistir o argumento de Damásio de Jesus,[14] ao afirmar que as mudanças introduzidas pela Reforma de 1984 transmutaram o livramento condicional em mera medida penal restritiva de liberdade, uma vez que a liberdade, mesmo condicionada e não institucional, representa uma aflição incomparavelmente menor em relação àquela vivida no cárcere.

Cabe destacar, ainda, que o instituto do livramento condicional, como método progressivo de execução da pena, apresenta uma finalidade declarada reintegradora e utilitária, voltada a facilitar a reinserção social do encarcerado,[15] o que revela uma assimilação das pretensões teleológicas da teoria preventiva de matriz positivista (cujo principal representante é Enrico Ferri),[16] que atribui à pena "a função de reparar a inferioridade perigosa da pessoa para os mesmos fins, diante dos mesmos conflitos, e na medida necessária para a ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção, etc. (o chamado conjunto de ideologias re)".[17]

A adoção dessa orientação pode ser inferida da leitura da expressa locução da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, na qual se afirma que "[a reforma do criminoso] pressupõe um indivíduo que se revelou desajustado à vida em sociedade, de modo que a pena imposta, além de seu caráter aflitivo (ou retributivo), deve ter o fim de corrigir, de readaptar o condenado". O mesmo sentido está presente nas dicções dos Decretos 16.665, de 06.05.1924,[18] n. 24.351, de 06.06.1934,[19] bem como, majoritariamente, na doutrina contempo-

14. JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 346.

15. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*... cit., p. 747.

16. A esse respeito, confira-se ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 8. n. 29. São Paulo, jan.-mar./2000, p. 170.

17. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo, et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 116.

18. "Art. 1.º Poderá ser concedido livramento condicional a todos os condemnados a penas restrictivas da liberdade por tempo não menor de quatro annos de prisão, de qualquer natureza, desde que se verifiquem as condições seguintes: (...)
2.º ter tido o condemnado, durante o tempo da prisão, *bom procedimento indicativo da sua regeneração*."

19. "Atendendo a que, indultando os delinqüentes, em tais condições, o Estado, com a advertência, lhes proporciona as possibilidades *de se tornarem dignos pelo arrependimento e pelo trabalho, como elementos úteis ao país e à coletividade*; Atendendo a que os sentenciados a uma ou mais penas, de mais de um ano e de menos de quatro anos,

rânea,[20] que identifica que "a finalidade da pena é prevalentemente preventiva e visa também à reinserção social do condenado".[21]

Entretanto, como destacam Rusche e Kirchheimer,[22] o sistema progressivo de execução penal tem a virtude de produzir o conformismo no encarcerado e, assim, ostenta a vantagem central de servir para a manutenção da disciplina prisional, mas, frisam, "não tem qualquer valor na recuperação do preso, uma vez que os padrões requeridos ao prisioneiro são aqueles da submissão às formas externas de disciplina carcerária" e, portanto, não se confundem com os padrões e exigências socialmente construídos para o livre convívio em sociedade. No mesmo sentido observa Fragoso:[23] "o comportamento do condenado no ambiente carcerário pode não ter qualquer relação com a sua recuperação social", pois se trata de "ambiente autoritário e anormal, que deforma a personalidade". Da mesma forma, Bitencourt[24] salienta que o comportamento do apenado se correlaciona às condições materiais e humanas da instituição carcerária, bem como da política criminal que orienta a execução da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, alerta Foucault[25] que, a despeito de tanto disciplina quanto a lei operarem a partir de uma divisão binária entre proibido e permitido, a lei determina o proibido, ao passo que a disciplina determina o permitido: para a lei, o permitido é indeterminado (negativo), ao passo que, para a disciplina, o

---

não podem, apesar do *seu bom procedimento indicativo de regeneração*, ser beneficiados nem pela suspensão condicional da execução da pena nem pelo livramento condicional, o que é evidentemente iníquo."

20. Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981. vol. 2, p. 1166; GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 643; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral, arts. 1.º a 120 do CP*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 1, p. 326; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 406; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 27.
21. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*... cit., p. 746.
22. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 215.
23. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 390.
24. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*... cit., p. 754.
25. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

proibido é indeterminado (negativo). Assim, sob a perspectiva da lei, a ordem está configurada pela não ocorrência do que é determinado como proibido, ao passo que a ordem disciplinar prescreve a cada instante o que deve ser feito: tudo é regulado, e a única coisa que não se diz é o que é proibido. A maximização da disciplina, portanto, implica a minimização da liberdade, dinâmica que escancara a impossibilidade de se aferir a "capacidade para o *livre* convívio social" por meio da análise da conformidade às normas de um sistema disciplinar, em que a liberdade é ceifada.

Nesse contexto, a submissão voluntária à rígida disciplina do presídio revela a mera adaptação à estrutura militarizada e burocratizada da rotina sob o encarceramento, que não atende a nenhuma função pedagógica ou reeducativa apta a surtir efeitos após o cumprimento da reprimenda reclusiva. Assim, a exigência de comportamento satisfatório para a obtenção de direitos progressivos durante a execução penal não se orienta efetivamente à ressocialização do apenado ou à facilitação de sua reintegração após sua libertação, ao contrário do entendimento dominante difundido pela doutrina atual.

Essa contradição entre discurso e prática já era detectada por Rusche e Kirchheimer, que afirmavam:[26]

> Muito embora a tese de que os prisioneiros são sujeitos de direito e são portadores de proteção legal tenha merecido certo reconhecimento, a execução das penas é, na prática, controlada por regulamentos puramente administrativos que podem ser arbitrariamente interpretados e que não passam de instruções para uso interno dos corpos administrativos.

A obediência aos regulamentos disciplinares prisionais não pode então ser imediatamente interpretada como prova da reabilitação do preso para a vida em sociedade, assim como a desobediência, em contrapartida, não pode ser interpretada como a não consecução da reabilitação. Assim, o comportamento carcerário satisfatório não pode ser automaticamente transposto como parâmetro basilar de aferição da reabilitação do encarcerado, razão pela qual se deve refletir sobre a legitimidade da análise do comportamento carcerário como requisito basilar para a concessão dos direitos subjetivos assegurados pela legislação ao encarcerado.

Nesse passo, é necessário constatar que, se o comportamento carcerário não se correlaciona à ressocialização do apenado, não resta fundamento que

26. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 217.

confira legitimidade à análise do comportamento do apenado, sob o enfoque do cumprimento formal das normas disciplinares do presídio, como requisito indispensável para a obtenção de direitos pelo apenado, entre os quais se inclui o livramento condicional. Assim, na seção seguinte, aprofundaremos esse raciocínio e esclareceremos a necessidade de se efetuar uma análise da conduta do apenado durante a execução penal com base na lesividade concreta dos atos por ele praticados no curso da execução, e não com base no mero descumprimento formal das regras do estabelecimento prisional.

3. A INCORPORAÇÃO DO DADO EMPÍRICO DE FUNCIONAMENTO DO SISTEMA CARCERÁRIO PELO DISCURSO JURÍDICO-PENAL: UM NOVO ENTENDIMENTO ACERCA DO TERMO "COMPORTAMENTO SATISFATÓRIO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA"

Rusche e Kirchheimer[27] encontraram na contradição entre a função dissuasiva e a função ressocializadora um dos centrais limites da moderna reforma do cárcere. Tendo em mira que o egresso do sistema penitenciário é um fraco competidor no mercado de trabalho, sobretudo em função do estigma trazido pelo cárcere e da carência material em termos de qualificação técnica e habilidade para o trabalho, a sua reintegração depende de uma assistência ativa do Estado, voltada a ocultar seu passado e auxiliar sua reabilitação. Não obstante, esse tratamento especial ao ex-presidiário encontra forte objeção da sociedade e enfraquece o propósito dissuasivo da pena, o que obstaculiza a sua efetiva implementação.

A baixa perspectiva de reabilitação do apenado, entendida como "adaptação a uma vida ordeira com trabalho regular", não propiciada pelo comportamento incentivado pelos regulamentos disciplinares prisionais, torna então precários os programas de reabilitação, escancarados pelos altos níveis de reincidência criminal. Diante desse impasse, o efetivo enfoque da punição desloca-se rapidamente para a função dissuasiva, escamoteando-se a função ressocializadora, que serve apenas discursivamente como uma tentativa de racionalização e de legitimação da privação de liberdade. Por outro lado, a própria constitucionalidade da ressocialização como objetivo necessário da pena é questionável, como pondera Schmidt:[28]

27. Idem.

28. 2002b, p. 258.

> Toda ressocialização cogentemente imposta é inconstitucional. Vimos que, em decorrência do princípio da proporcionalidade, os fins eleitos pelo legislador devem ser adequados constitucionalmente. Ora, se a Lei de Execuções Penais determina, em seu art. 1.º, que é um dos objetivos da execução penal proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, deve-se ler tal norma pragmática em atenção às garantias constitucionais do cidadão e, dentre elas, está o direito à liberdade interna. Ao preso deve ser conferido o direito de, se assim desejar, ressocializar-se. A ninguém é dado o direito de obrigar outrem a pensar desta ou daquela maneira, mas sim, apenas, de regular condutas que sejam concretamente lesivas a interesses alheios.

No que toca ao atual contexto nacional, cumpre destacar a conclusão alcançada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca dos dados colhidos no "Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas"[29] no sentido de que o sistema carcerário brasileiro, em vista de seu estado precário, além de não apresentar as condições mínimas para a concretização do projeto ressocializador, é ineficaz quanto a tal objetivo manifesto e, mais, apresenta uma atuação deformadora[30] e estigmatizante[31] sobre o condenado.[32] Tal constatação conta com o reconhecimento explícito do caráter criminógeno da pena de prisão pela Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.[33]

29. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. *OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64*. 31 deciembre 2011. Disponível em: [www.cidh.org.]. Acesso em: 23.08.2015.
30. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 531.
31. Vide "Labeling Approach" em BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
32. No mesmo sentido, Juarez Tavares, em parecer que instruiu ADPF ajuizada pelo PSOL acerca do sistema carcerário nacional. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados]. Acesso em: 23.08.2015.
33. A saber: "Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir *a ação criminógena cada vez maior do cárcere*".

Nesse passo, tendo em vista que o cárcere está inserido no grupo das chamadas instituições totais – isto é, estabelecimentos onde se exerce o controle e, na locução de Foucault,[34] o domínio cronológico, físico e epistemológico sobre a maior parte da vida das pessoas que lá se encontram[35] – faz-se imperioso considerar, em vista dos princípios constitucionais de proteção à pessoa e das mencionadas diretrizes de reforma e ressocialização dos apenados, (i) a inegável obrigação de o Estado zelar pela integridade física, moral e psíquica dos internos, bem como de seus visitantes[36] e (ii) o elevado estado concreto de vulnerabilidade de tais pessoas perante o poder de punir.

Essas duas constatações devem servir de ponto de partida para aferir a legitimidade de se impedir a fruição de direitos legalmente assegurados ao apenado – tais como os direitos ("benefícios") que caracterizam o sistema progressivo, entre os quais se inclui o livramento condicional – em função da não obediência aos regulamentos disciplinares do estabelecimento prisional em uma situação de total submissão ao poder de controle do Estado e sob condições precárias de sobrevivência.

O inadimplemento da obrigação do Estado de zelar pela integridade dos internos é constatado pelo informe acima citado da CIDH, que dá conta das condições precárias dos presídios nacionais, decorrentes do excesso de utilização da privação de liberdade, da "cultura autoritária" e da "superlotação endêmica" do sistema carcerário nacional, conforme ressaltado também pela Organização das Nações Unidas – ONU.[37] É preciso reconhecer, pois, que o sistema prisional brasileiro tem constituído "um espaço de obscuridade onde se 'administra à margem da Lei", vale dizer, no qual são aplicadas regras, valores e praxes sem respaldo normativo e, pior, sem escrutinização ou controle público.[38] Em um estágio avançado de encarceramento em massa, a dogmática jurídico-penal deve, pois, atentar-se às consequências concretas desencadea-

34. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013. p. 117-123.

35. Vide: GOFFMAN, Erving. *Manicômicos, conventos e prisões*. São Paulo: Perspectiva, 2001; e COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Op. cit., p. 19.

36. Nesse sentido: CIDH. Op. cit., p. 17.

37. Confira-se: [http://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitraria-declaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/]. Acesso em 12.02.2015.

38. ROLIM, Marcos. O Labirinto, o Minotauro e o Fio de Ariadne: os encarcerados e a cidadania, além do mito. In CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução*

das pelo sistema penal programado normativamente, deixando o espaço confortável do estudo das normas consideradas em abstrato.[39]

Diante de tal cenário, é imperativo investir na limitação do exercício do poder punitivo não só em relação aos procedimentos processuais e pré-processuais, mas também em relação aos procedimentos de execução da pena. Com efeito, como alerta,[40] uma vez compreendido o cárcere como uma instituição deteriorante, a ação dos operadores da execução penal deve visar à neutralização (e não à maximização) dos efeitos da prisionalização e da vulnerabilidade do indivíduo encarcerado. Para tanto, é imprescindível jurisdicionalizar a execução penal, retirando-a do espaço de não direito em que ora se insere.[41]

A segunda constatação, por sua vez, pode ser mais bem compreendida a partir da noção de culpabilidade por vulnerabilidade desenvolvida por Zaffaroni.[42] Tal construto dogmático leva em conta características estruturais de funcionamento do sistema de justiça criminal, de forma a estabelecer um contraponto deslegitimante em relação à mera culpabilidade de ato pura. Em outras palavras, seria reconhecer, em favor do autor do fato punível, o dado de seletividade evidenciado pelas ciências sociais e, a partir de então, censurar o esforço de vulnerabilidade individual rumo à situação concreta de perigo penal.

Para Zaffaroni,[43] o exercício do poder punitivo, seletivo e arbitrário, concentra-se em face de pessoas com maior grau de vulnerabilidade.[44] A seletivi-

---

penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 323.

39. Dados particularizados sobre o sistema prisional brasileiro são analisados em CARVALHO, Salo de. La ejecución de las penas privativas de libertad y restrictivas de derechos u la situación penitenciária en Brasil: breve informe. *Revista de Estudos Criminais*. n. 53. 2014, p. 35-50.

40. CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

41. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

42. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos sediciosos*. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 32-44.

43. Idem.

44. A esse respeito, esclarece Zaffaroni: "A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria,

dade e a reprodução da violência que caracterizam o funcionamento do sistema penal – e que se acentuam e se escancaram na fase da execução penal em um sistema carcerário materialmente precário – esgotam então todo o sentido ético da pena. A deslegitimação daí resultante implica que os resultados do funcionamento do sistema penal sobre o processado não são responsabilidade deste, mas sim precipuamente da própria agência judicial.[45] Além disso, a análise da culpabilidade do agente deve considerar o seu grau de vulnerabilidade ante o exercício de poder arbitrário das agências do sistema penal. Em resumo: quanto menor a situação de vulnerabilidade inicial, maior o esforço de vulnerabilidade, menor a culpabilidade por vulnerabilidade e, portanto, maior a medida de culpabilidade final.

A análise da culpabilidade por vulnerabilidade é aplicável, porém, não apenas no exame da culpabilidade pelo fato delituoso, mas também, e com ainda mais propriedade, no exame da culpabilidade pelas infrações disciplinares praticadas no interior do estabelecimento prisional, em um contexto no qual há uma sobrelevada situação de vulnerabilidade do agente, já que não há praticamente nenhum obstáculo entre as condutas dos apenados a situação concreta de perigo penal.

Assim, estendendo a aplicação de tal recurso deslegitimante para o ambiente carcerário, é fundamental reconhecer que a análise da culpabilidade do sentenciado pelo descumprimento das burocratizadas normas de conduta prisionais durante o período de encarceramento deve levar em conta a delicada situação de vulnerabilidade decorrente da sua colocação em um ambiente altamente vigiado, precário e degradante, como objeto de um sistema que não cumpre as suas funções declaradas e que se apresenta ao preso, por isso, como uma imposição irracional e ilegítima. Por isso, o reconhecimento da deslegitimação da pena e da vulnerabilidade que esta produz sobre o encarcerado resulta em que este decide com menor grau de autonomia, maior sensibilidade à atuação punitiva e, via de regra, com menor grau de culpabilidade.

Dessa forma, analisando em conjunto o reconhecimento técnico da elevada culpabilidade por vulnerabilidade no ambiente prisional, a falha no projeto reintegrador do cárcere, bem como os princípios de presunção de inocência, *in dubio pro reo* e os preceitos de garantia individual – centro de convergência de

---

etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 270).

45. Idem, p. 263-264.

toda a ordem jurídica –,[46] conclui-se pela impossibilidade de produzir juízos de reprovabilidade seguros e isentos em relação ao comportamento prisional de um interno com fulcro na mera aferição formal de sua "ficha disciplinar".

No entanto, o reconhecimento da execução da pena como um ato extremo e irracional, que seleciona arbitrariamente, reproduz a violência e estigmatiza o condenado, submetendo-o a um contexto precário e de degradação e degeneração humanas, implica então assumir não só a imprestabilidade da análise do comportamento carcerário como parâmetro de aferição do cumprimento da função de prevenção especial positiva da pena, mas também a ilegitimidade da utilização da indisciplina no ambiente prisional como fator crucial para a negativa de direitos legalmente assegurados ao apenado. A esse respeito, é oportuna remissão, pois, ao alerta de Schmidt,[47] no sentido de que "um comportamento indisciplinado do preso pressupõe, sempre, um comportamento disciplinado do Estado".

Essa análise assume, pois, a já evidenciada eficácia invertida do projeto corretivo da prisão e propõe, então, limitar a violência produzida pela instituição carcerária sobre o apenado ao restringir a repercussão negativa da desobediência às normas disciplinares de um sistema de punição irracional e deslegitimado em face do interno. Assim, ante a elevadíssima culpabilidade por vulnerabilidade do encarcerado, deve-se exigir também, pois, uma elevadíssima lesividade da conduta concretamente praticada no ambiente prisional a fim de utilizá-la como justificativa para a obstaculização de direitos subjetivos do apenado previstos na legislação penal ("benefícios"), não bastando para tanto a aferição formal de conduta tipificada como infração disciplinar, que desabonaria o seu "comportamento carcerário". Nesse passo, a prática de falta disciplinar sem lesividade elevada deve ter sua repercussão restrita ao âmbito interno da administração prisional, sem redundar no cerceamento de direitos legalmente garantidos ao apenado, o que configuraria mais um exercício arbitrário de violência do Estado em face do encarcerado.

Tendo em mira tais premissas, passaremos a traçar diretrizes objetivas para orientar a análise do requisito subjetivo do livramento condicional, tendo em conta que tal análise deve ser temporalmente delimitada e não deve consistir em uma avaliação formal do histórico disciplinar do encarcerado, pois deve abarcar o exame da lesividade material das infrações disciplinares por ele praticadas, partindo da premissa do alto estado concreto de vulnerabilidade do

46. TAVARES, Juarez. *Racionalidad y derecho penal*. Lima: Idemsa, 2014. p. 124.

47. 2002b, p. 285.

encarcerado e da ausência de relação entre bom comportamento carcerário e ressocialização do interno.

4. DIRETRIZES DOGMÁTICAS PARA A LIMITAÇÃO DA ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Consoante alertado acima, a orientação instaurada pelo voto proferido pelo Min. Rogerio Schietti no julgamento do REsp 1.325.182/DF conduz a uma autorização genérica para pesquisar arbitrariamente a vida do sentenciado em busca de faltas graves supostamente desabonadoras de sua conduta durante a execução penal sem nenhuma limitação material ou temporal objetiva, o que agrega um alto nível de subjetividade à análise do comportamento do apenado. Como bem destaca Santos,[48] a verificação do comportamento satisfatório durante o cumprimento de pena consiste em uma atividade duplamente subjetiva – em relação ao sujeito do comportamento e em relação ao sujeito da avaliação –, ou seja, uma fonte incontrolável de arbítrio.

Assim sendo, censurada a desmesurada discricionariedade do novo entendimento da 6.ª Turma do STJ, devemos estabelecer, de início, um referente temporal de análise que funcione como garantia do indivíduo e, ao mesmo tempo, mínima objetivação de um juízo essencialmente subjetivo. Em seguida, passaremos a estabelecer um referencial para a análise material do comportamento do apenado, que se vincula – mas não se reduz – à aferição da prática de faltas graves, diante da necessidade de mensuração da lesividade concreta das infrações praticadas pelo interno no curso da execução penal.

4.1 A necessidade de limitação temporal à análise do comportamento do apenado para a concessão do livramento condicional

No ordenamento jurídico brasileiro, o comportamento satisfatório durante a execução da pena é requisito para a obtenção de uma série de direitos pelo apenado, a exemplo da progressão de regime, das saídas temporárias, da autorização para trabalho externo, do livramento condicional, do indulto e da comutação de pena. Em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, afetado ao procedimento expresso no art. 543-C do CPC/1973 e na Res. STJ 8/2008, o STJ sintetizou e pacificou o seu entendimento quanto às

48. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 585-586.

consequências da prática de falta grave em relação a alguns direitos do interno no curso da execução penal.

Assim, esclareceram-se os efeitos da falta grave para (i) a progressão de regime, (ii) o livramento condicional e (iii) o indulto (parcial e total) da pena, como se extrai da ementa do referido julgado:

> Recurso especial representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC/1973). Penal. Execução. Falta grave. Progressão de regime. Interrupção. Prazo. Livramento condicional. Ausência de efeito interruptivo. Comutação e indulto. Requisitos. Observância. Decreto presidencial.
>
> 1. A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo.
>
> 2. Em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave. Aplicação da Súmula 441 do STJ.
>
> 3. Também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.
>
> 4. Recurso especial parcialmente provido para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime.[49]

Alguns meses após esse julgamento, o STJ editou os Enunciados Sumulares 534 e 535 (*DJe* 15.06.2015), relativos aos efeitos da falta grave quanto ao requisito subjetivo da progressão do regime, do indulto e da comutação (indulto parcial) de pena:

> Súmula 534: A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.
>
> Súmula 535: A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.

49. STJ, REsp 1.364.192/RS, 3.ª Seção, j. 12.02.2014, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 17.09.2014.

Quanto ao ponto, é relevante destacar que, tanto na progressão de regime, quanto na comutação e no indulto de pena, a análise do requisito subjetivo não se estende à totalidade da pena. Na progressão de regime, a falta grave enseja a interrupção do prazo, razão pela qual a sua prática no período anterior à fração de cumprimento de pena exigida para a obtenção do benefício é irrelevante. Por outro lado, nos casos de indulto parcial ou total de pena, a prática de falta grave não enseja a interrupção do prazo – assim como no caso do livramento condicional –, mas a sua relevância para a aferição do comportamento do apenado também é temporalmente limitada.

Deveras, quanto ao indulto, em todos os decretos presidenciais editados anualmente desde 1993 até a presente data, consta regra segundo a qual a falta grave somente impede a concessão do benefício se esta tiver sido cometida nos últimos 12 meses anteriores à publicação do decreto presidencial que o instituiu. Assim, faltas graves cometidas antes desse lapso, ou mesmo posteriores à publicação do decreto, são irrelevantes.[50]

A respeito do tema, confira-se a ementa do seguinte julgado, ilustrativa da jurisprudência consolidada do STJ, segundo a qual faltas graves cometidas anteriormente aos 12 meses que antecedem o decreto não podem ser consideradas desabonadoras da conduta do sentenciado a fim de obstar a obtenção do indulto:

> *Habeas corpus*. (...). Execução penal. Indulto comutativo. Decretos 6.706/2008, 7.046/2009, 7.420/2010 e 7.648/2011. Falta grave. Efeitos. (...).
>
> 4. Com efeito, os Decretos de n. 6.706/2008, 7.046/2009 e 7.420/2010 não tratam o cometimento de falta grave como causa interruptiva do lapso, para a aferição do requisito objetivo, pois apenas

50. A fim de ilustrar a questão, observe-se a redação do art. 5.º do Dec. 8.830/2014, o mais recente decreto presidencial de indulto editado até a presente data: "A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto". O Dec. 953/1993, por sua vez, já previa essa limitação temporal da análise do requisito subjetivo para a concessão do indulto ("Art. 6.º Constituem também requisitos para o indulto ou a comutação: – haver demonstrado bom comportamento durante os últimos 12 (doze) meses do cumprimento da pena"), a qual foi então repetida anualmente em todos os decretos que se seguiram.

> impõem que sua prática enseja a conclusão desfavorável do comportamento do sentenciado, no caso de haver ocorrido nos últimos doze meses anteriores à sua publicação, o que impediria a concessão do indulto (total ou parcial), ante o inadimplemento do requisito subjetivo.
>
> 5. Na espécie, as práticas das infrações disciplinares não podem ser entendidas como interruptivas do lapso e tampouco como desabonadoras do comportamento do sentenciado, porque realizadas em datas não alcançadas pelos aludidos Decretos Presidenciais, o que torna a aplicação da comutação da pena direito subjetivo do condenado, não cabendo a interpretação extensiva na hipótese, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade. (...).[51]

Extrai-se com nitidez desses julgados do STJ que a repercussão da falta grave, tanto para a progressão de regime, quanto para o indulto (total ou parcial) de pena, está temporalmente delimitada; conclusão essa que, no entanto, não se estende ao livramento condicional, uma vez que não há definição clara a respeito do período temporal que deve servir de base para a aferição do requisito subjetivo, pois, com a edição do Enunciado Sumular 441 do STJ, somente se pacificou o entendimento quanto ao requisito objetivo.

Diante dessa lacuna, afigura-se imperioso proceder à integração normativa, a qual, no caso, deve ocorrer a partir da aplicação analógica das regras já consolidadas a respeito da concessão do indulto (total ou parcial). Isso porque, assim como ocorre no livramento condicional, a falta grave não dá ensejo à interrupção do prazo para obtenção de indulto.[52] Assim, em virtude de esses dois institutos seguirem idêntica sistemática, a limitação temporal aplicável à aferição do requisito subjetivo para a concessão do indulto deve também ser aplicada ao livramento condicional.

O indulto total de pena – é fundamental ressaltar – importa a extinção da reprimenda penal e é, portanto, inequivocamente mais benéfico que o livra-

51. HC 262.959/SP, 6.ª T., j. 20.02.2014, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 07.03.2014.

52. "O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica (...) nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena (...)" (EREsp 1.176.486/SP, 3.ª Seção, j. 28.03.2012, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 01.06.2012). Quanto ao livramento condicional, repise-se o teor do enunciado sumular n. 441 do STJ: "A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional".

mento condicional. Desse modo, a limitação temporal da análise do requisito subjetivo do indulto pode, com ainda mais razão, aplicar-se à análise do requisito do livramento condicional, que, por ser benefício "menor", deve demandar requisitos menos rígidos ou, no mínimo, iguais aos do indulto.

Assim, tendo em mira que desde 1993 o indulto possui como requisito subjetivo a inexistência de registro de falta grave praticada nos 12 meses anteriores ao decreto que o concede, idêntico raciocínio deve ser aplicado ao livramento condicional, de modo a se limitar a análise do comportamento do apenado aos 12 meses anteriores ao pedido de livramento condicional.

Com efeito, afigura-se desarrazoado reportar-se a falta grave praticada há mais de um ano como fundamento suficiente para negar ao réu o direito ao livramento condicional, quando tal fato não seria suficiente nem mesmo para obstar o requisito subjetivo para a extinção total da pena do agente, via indulto.

Além disso, a consideração de falta grave praticada há mais de um ano como óbice à obtenção do livramento condicional opõe-se até mesmo à natureza jurídica desse instituto, que configura etapa final do método progressivo de execução da pena privativa de liberdade. Segundo afirma Jescheck,[53] o livramento condicional pretende adaptar a duração da execução à evolução do réu no estabelecimento penitenciário, estimulando-o, ao mesmo tempo, mediante um comportamento positivo, a configurar seu destino durante o cumprimento de pena. Nesse mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli:[54]

> O problema que pode se apresentar é de não ser o comportamento satisfatório, razão pela qual deve ser denegado o pedido do condenado, ou, quando não tenha sido satisfatório o comportamento, durante todo o tempo de execução com prisão efetiva. Em tais casos, deve-se entender que se trata tão somente de relativa adaptação ao regime progressivo, ou seja, o importante é como tem sido o comportamento do condenado na última etapa do cumprimento de sua pena e, uma vez melhorado o seu comportamento, o pedido de livramento é procedente.

Assim, a utilização de faltas graves remotas como obstáculo ao livramento condicional contradiz a ideia de execução progressiva que dá sustentação ao próprio instituto e evidencia a necessidade de limitação temporal da análise do requisito subjetivo.

53. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 1166.

54. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 716.

Quanto ao ponto, além do cerceamento de um ano decorrente da aplicação analógica das normas aplicáveis ao indulto total e parcial de pena, cabe ainda considerar que não há como se desatrelar a análise do requisito subjetivo do livramento condicional da investigação acerca do comportamento carcerário do apenado realizada pela diretoria do estabelecimento prisional.

Ainda que o órgão julgador não esteja adstrito à avaliação feita pela direção do presídio, deve-se considerar que, diante do atestado de bom comportamento carcerário elaborado pela direção do estabelecimento prisional, decorrente de reclassificação periódica da conduta dos internos – geralmente realizada de seis em seis meses, como no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, ou de um ano em um ano, como em São Paulo, na Bahia, no Rio Grande do Sul e no Regulamento das Penitenciárias Federais[55] –, cabe ao magistrado indicar a lesividade concreta da falta grave anterior ao período de avaliação da conduta a fim de se negar o livramento ao réu. Isso porque, se tal fato já não tem repercussão nem mesmo no âmbito disciplinar do presídio, não basta a mera menção a fato formalmente tipificado como falta grave para justificar a negativa do direito; deve-se, ao revés, indicar fundamento concreto pelo qual tal fato, já irrelevante na esfera disciplinar, ainda deve repercutir na restrição do *status libertatis* do apenado mediante a negativa do livramento condicional.

Assim, acrescenta-se que, além da limitação temporal da análise do requisito subjetivo aos últimos 12 meses da pena, em analogia às regras aplicáveis ao indulto, é forçosa a realização de uma análise material das faltas graves praticadas pelo apenado a fim de se negar o pedido de livramento condicional. É, assim, imprescindível considerar – como fizemos anteriormente – que a prática de falta grave, seja no início ou no final da pena, não significa, necessariamente, o cometimento de fato dotado de alta lesividade, necessária para a imposição de sanção diante do elevado estado concreto de vulnerabilidade do encarcerado. Trata-se, pois, de um dado viciado, imiscuído do efeito deforma-

55. O prazo de seis meses é adotado pelo Regimento Interno dos Estabelecimentos Prisionais do Distrito Federal (art. 42) e no Regulamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro (art. 64). O Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo (art. 89), por sua vez, utiliza o prazo de um ano para fins reclassificatórios, assim como o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (art. 14) e o Estatuto Penitenciário da Bahia (art. 117). O Regulamento das Penitenciárias Federais, por sua vez, prevê também o prazo de um ano para a reabilitação de falta grave, e de dois anos para a reabilitação de falta grave que for cometidas com grave violência à pessoa ou com a finalidade de incitamento à participação em movimento para subverter a ordem e a disciplina que ensejar a aplicação de regime disciplinar diferenciado, conforme o disposto no art. 52 da Lei de Execução Penal – LEP.

dor do cárcere e, portanto, inútil para fins de aferição do requisito subjetivo, razão pela qual, na seção seguinte, aprofundaremos a necessidade de que a negativa do livramento condicional, por ausência do requisito subjetivo, seja fundamentada concretamente com base na alta lesividade da falta grave praticada pelo apenado.

4.2 A necessidade de limitação material à análise do comportamento carcerário do interno para a concessão do livramento condicional

Além da limitação temporal acima elucidada, o escorço da presente configuração dogmática deverá, ainda, orientar-se por alguns eixos básicos: os ditames do princípio da legalidade, a autodeterminação do indivíduo e os princípios de proteção à pessoa, a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Em primeiro lugar, cabe frisar que o princípio da legalidade, em conjunto com a presunção de inocência, cumpre um propósito de integralização hermenêutica no direito penal, de forma a sempre partir de um pressuposto de garantia do indivíduo frente ao poder de punir, o qual deve se aplicar, inclusive, na fase de execução penal.[56] Nesse sentido, afirmar, conforme se fazia sob a égide da redação original do Código Penal de 1940, que o bom comportamento deve ser provado e significa "conduta isenta de quaisquer arranhões" cumulada com a "prática espontânea de atos demonstrativos de arrependimento sincero e do desejo do condenado de se tornar cidadão útil, prestante e sociável"[57] corresponde a uma exigência inconstitucional, pois o que deve ser provado, ao contrário, não é o bom comportamento do apenado, senão as práticas, episódicas ou não, que o macularam.

Com efeito, a concepção de que a "regeneração pela simples circunstância de submissão à disciplina carcerária é demasiadamente simplista", constante da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, não pode conduzir à imposição de adicionais exigências nebulosas e subjetivas para a aferição do suposto "arrependimento sincero" do condenado, imposição que não pode subsistir em um direito penal de garantia. O desencantamento produzido pela inevitável constatação da ineficácia das regras prisionais em relação à função ressocializadora da pena, portanto, leva apenas ao abandono da tentativa de aferição da regeneração do condenado a partir da sua conduta no cárcere (por ausência de correlação entre ambos), sem reverter, porém, em deveres adicionais ao ape-

56. SCHMIDT, 2002a.

57. TUCCI, Rogerio Lauria. Livramento condicional. *Revista dos Tribunais*. vol.70. n. 544. São Paulo: Ed. RT, 1981. p. 298.

nado, que não pode ser responsabilizado pela ineficiência do aparato punitivo erigido pelo Estado. Como consequência, a negativa aos direitos progressivamente concedidos ao interno somente deve ser obstada por atos concretamente lesivos praticados pelo apenado no curso da execução.

Quanto ao ponto, cumpre destacar que a mudança no requisito subjetivo para o livramento condicional empreendida na Reforma de 1984 – de forma a adotar o uso da expressão "comportamento carcerário satisfatório" (art. 83, III), em substituição à exigência anterior de "cessação de periculosidade" e de "bom comportamento durante a vida carcerária" (revogado art. 60, II) – implica, como bem preleciona Heleno Fragoso,[58] que o "bom comportamento dependerá, em grande parte, das condições que oferece a instituição e dos que a dirigem, com toda a problemática complexa de transformações e ajustes (ou desajustes) que causa a instituição total" e, dessa forma, ora uma relativização do requisito subjetivo em decorrência do caráter criminógeno do cárcere, ora um inequívoco reconhecimento do princípio da legalidade quando da análise do comportamento prisional. Ainda, como ensinam Zaffaroni e Pierangeli,[59] "'comportamento satisfatório' não é sinônimo de 'comportamento exemplar', e nem mesmo 'muito bom'".

Em segundo lugar, uma análise abrangente do requisito subjetivo para a concessão do direito não pode implicar, a partir do conceito de culpabilidade por vulnerabilidade, a negativa do livramento condicional em virtude da prática ocasional de faltas disciplinares no início da execução. Cabe ressaltar também que a análise do requisito subjetivo não se deve reduzir à mera aferição da prática ou não de falta grave no curso da execução do apenado, em virtude de absoluta ausência de previsão legal para tanto. Isso porque, embora a prática de falta grave seja legalmente prevista como causa suficiente para uma série de efeitos na execução penal, inexiste dispositivo legal que permita concluir que a falta seja por si só suficiente para também gerar a negativa do direito ao livramento condicional. Deveras, conforme ressalta Schmidt,[60] o atual ordenamento jurídico possui, ainda, faltas graves marcadas por flagrante vagueza, tal como a incitação ou participação em "movimento para subverter a ordem ou a disciplina" (art. 50, I, da LEP).[61]

58. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 476.

59. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 716.

60. SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal cit.; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal cit.

61. Para uma crítica individualizada das faltas disciplinares graves previstas no art. 50 da LEP, confira-se Schmidt, 2002b.

Quanto ao ponto, observe-se que o art. 48, parágrafo único, da LEP lista os efeitos da prática de falta grave, entre os quais não está referido nenhum dispositivo atinente ao livramento condicional (este regulamentado nos arts. 131 a 146 da LEP):

> Art. 48, parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos arts. 118, I, 125, 127, 181, §§ 1.º, letra d, e 2.º desta Lei.[62]

Assim, conquanto a prática de falta de natureza grave seja suficiente, por si só, para gerar vários efeitos no âmbito da execução penal, entre eles não está inserida a inviabilização do livramento condicional. O exame do requisito subjetivo para o livramento condicional não pode, portanto, restringir-se à mera detecção formal da ocorrência de falta grave no curso da execução da pena, sem qualquer consideração acerca do número de incidências, do momento em que estas foram praticadas e da gravidade concreta de tais infrações administrativas.

Destaque-se, ainda, que a falta grave, no atual contexto, pode assumir duas funções contraditórias. Se, por um lado, sua previsão legal supõe um primeiro limite ao poder punitivo – uma vez que "faltas não muito graves podem ser relevadas";[63] por outro, o princípio da legalidade pode resultar, conforme indica Tavares,[64] em uma mera presunção de evidência e, por isso, fonte inenarrável do autoritarismo estatal. A legalidade, por esse motivo, deve se submeter também a um procedimento de confronto com o mundo vital, de forma a comprovar, empiricamente, a alta culpabilidade do apenado, sobretudo diante de seu elevado estado de vulnerabilidade decorrente do encarceramento. Assim, deve-se interpretar o princípio da legalidade em seu sentido estrito, correlacionando-o à limitação do poder punitivo e ao ideal de segurança jurídica,[65] o que demanda não só uma análise de tipicidade formal da falta grave, mas também material. Nesse passo, a configuração de uma falta grave depende da violação a um dever disciplinar por meio de uma conduta exteriorizada que "lese, ou

62. O art. 118 refere-se à regressão de regime, o art. 125, às saídas temporárias, o art. 127, à remição de pena e, por fim, o art. 181, à conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

63. DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 255.

64. TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. *Discursos Sediciosos*. vol. 17. n. 19/20. Rio de Janeiro, 2012, p. 93.

65. SCHMIDT, 2002a.

detenha a potencialidade concreta de lesar, o direito de outro preso ou de um cidadão qualquer, não sendo mais admissível, constitucionalmente, tolerarmos uma punição disciplinar em razão de a personalidade do preso não se adequar a princípios ético-sociais".[66] A negativa do livramento condicional com base no não preenchimento do requisito subjetivo deve, pois, ser concretamente justificada, com base em fundamentos que efetivamente indiquem a alta culpabilidade do agente, pois a prática de falta grave não enseja, necessariamente, a sua inviabilização, por ausência de previsão legal.

Assim, o cometimento da falta grave – que pode consistir em uma mera infração disciplinar sem maior lesividade (a exemplo daquela prevista no art. 50, VI, da Lei de Execução Penal – LEP, que abarca a desobediência ao servidor ou a falta de "respeito com qualquer pessoa com quem deva relaciona-se") ou em um crime doloso de maior gravidade (LEP, art. 52) – só poderá obstar a concessão do livramento condicional quando, levando em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, constatar-se uma elevada extensão da lesão ao bem jurídico, atrelada também a um alto grau de autonomia pessoal e grande esforço concreto de vulnerabilidade do apenado. Caso contrário, é imperioso que se aplique o princípio do *in dubio pro reo*, concedendo-se o livramento condicional.

Em suma, portanto, desdobram-se as seguintes orientações dogmáticas mais ou menos sistematizadas:

(a) Não havendo prática de falta grave nos 12 meses anteriores ao pedido de livramento condicional, deve-se concluir pelo preenchimento do requisito subjetivo do "comportamento satisfatório durante a execução da pena".

(b) Tendo sido praticada falta grave no período supracitado, deverá concorrer devida motivação que indique, concretamente, a alta lesividade da infração praticada. Tal arrazoamento deve levar em conta, conforme já destacamos, as condições materiais do encarceramento, a gravidade concreta da lesão provocada e, sobretudo, as contribuições pessoais do agente.

5. CONCLUSÕES

A análise do livramento condicional, última etapa do cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade, é permeada por variadas dúvidas, lacunas e imprecisões. Nesse contexto, objetivou-se examinar, no presente trabalho, a exigência do comportamento carcerário satisfatório como requisito subjetivo

66. SCHIMIDT, 2002b, p. 313.

do livramento, haja vista que, recentemente, o STJ decidiu que tal requisito não deve estar sujeito a nenhuma limitação temporal. Em contraposição a tal orientação, assinala-se a ilegitimidade da análise formal e temporalmente ilimitada do comportamento carcerário do apenado como requisito indispensável para a concessão do livramento condicional, uma vez que abre margem para análises casuísticas, que se dissociam dos princípios da execução penal, além de não fornecer segurança jurídica ao condenado e inviabilizar a consolidação de uma orientação sistemicamente congruente. Assim, sublinha-se que o declarado propósito preventivo da pena e do método progressivo de seu cumprimento exige que a análise do requisito subjetivo do livramento condicional, etapa derradeira da execução, tenha por objeto apenas o período mais recente de cumprimento da reprimenda e, demais disso, considere a gravidade material de cada falta praticada pelo condenado.

Nesse contexto, faz-se inadiável estabelecer dois parâmetros para tal análise: um, de natureza temporal, e outro, de natureza material. Quanto à extensão temporal, a análise do requisito subjetivo para a obtenção da comutação e do indulto de pena deve restringir-se aos últimos 12 anos de cumprimento de pena. No ponto, destaca-se que a ausência de limitação temporal do requisito subjetivo do livramento condicional, além de se opor à *ratio* do sistema de execução progressiva de pena, resultaria ainda em flagrante incongruência sistêmica da ordem jurídica quando contrastada com a limitação do requisito subjetivo para o indulto e para a comutação de pena. Paralelamente, quanto à análise material, a prática da falta grave só poderá obstar a concessão do livramento condicional se, no caso concreto, constatar-se, fundamentadamente, que o seu cometimento representou um ato de relevante lesividade, especialmente a fim de fazer frente à elevada culpabilidade por vulnerabilidade do apenado no ambiente carcerário.

A partir de tais diretrizes, espera-se colaborar para a superação da ausência de critérios para a análise do requisito subjetivo do livramento condicional, ora marcada apenas pela vaga dicção legal e pela consequente ampla discricionariedade do órgão julgador na sua aplicação. Nesse ensejo, faz-se imprescindível a reafirmação dos princípios da execução penal concomitantemente ao reconhecimento das falhas e distorções da implementação do projeto carcerário. Para tanto, reforça-se, de um lado, a necessidade de construção de parâmetros previsíveis e seguros quanto à execução penal e, de outro, a necessidade de consideração da alta culpabilidade por vulnerabilidade no ambiente prisional para a avaliação dos direitos titularizados pelos condenados.

WANDERLEY, Gisela Aguiar; ESCÓSSIA, Rafael da. Entre a disciplina e a liberdade: a necessidade de limitação temporal e material da análise do comportamento carcerário como requisito subjetivo do livramento condicional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 331-360, set. 2016.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Theories of Punishment in the Age of Mass Incarceration: A Closer Look at the Empirical Problem Silenced by Justificationism (The Brazilian Case). *Open Journal of Social Sciences*. vol. 1. n. 4. p. 1-12. 2013.

_____. La ejecución de las penas privativas de libertad y restrictivas de derechos u la situación penitenciaria en Brasil: breve informe. *Revista de Estudos Criminais*. n. 53. p. 35-50. 2014.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Prisão e Estado: a função ideológica da privação de liberdade*. Pelotas: EDUCAT, 1997.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. *OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64*. 31 deciembre 2011. Disponível em: [www.cidh.org.]. Acesso em: 23.08.2015.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

_____. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Manicômicos, conventos e prisões*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Incidentes da execução: suspensão condicional da pena e livramento condicional. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981. vol. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral, arts. 1.º a 120 do CP*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 1.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROLIM, Marcos. O Labirinto, o Minotauro e o Fio de Ariadne: os encarcerados e a cidadania, além do mito. In CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TAVARES, Juarez. *Racionalidad y derecho penal*. Lima: Idemsa, 2014.

_____. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. *Discursos Sediciosos*. vol. 17. n. 19/20. Rio de Janeiro. p. 89-99. 2012.

_____. Parecer que instruiu ADPF ajuizada pelo PSOL acerca do sistema carcerário nacional. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/]. Acesso em: 23.08.2015.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TUCCI, Rogerio Lauria. Livramento condicional. *Revista dos Tribunais*. vol.70. n. 544. São Paulo: Ed. RT. p. 294-305. 1981.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 8. n. 29. São Paulo. p. 167-191. jan.-mar./2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos sediciosos*. n. 14. Rio de Janeiro: Revan. p. 32-44. 2004.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 1.

_____; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A defesa dos direitos do encarcerado, de Manoel Pedro Pimentel – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/795-808 (DTR\2012\450392);
- A progressão de regime no campo da máxima efetividade dos direitos fundamentais, de Marcelo Barros Jobim – *RT* 845/473-485 (DTR\2006\198);
- Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias, de Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 120/41-73 (DTR\2016\20114); e
- I - Livramento condicional, em face do novo Direito Penal, de Noé Azevedo – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/933-938 (DTR\2012\450395).

86368

GIGANTE EM RUÍNAS: UM ASSOMBROSO PANORAMA DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL

GIANT IN RUINS: A SCARY OVERVIEW OF THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM

FABIO LOBOSCO SILVA

Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Conselheiro Editorial Adjunto da Revista Liberdades – IBCCRIM. Professor. Advogado criminalista.
fabio.lobosco@trigueirofontes.com.br

Recebido em: 26.10.2015
Aprovado em: 28.03.2016
Última versão autor: 05.07.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo analisa os principais pontos do atual sistema carcerário nacional se fundamentando em dados oficiais, com o escopo de construir uma visão crítica da problemática. Mensura a população prisional atual e sua evolução, bem como traça seu perfil, para então conjugar tais números com aspectos estruturais do universo prisional pátrio. Verifica também as oportunidades e serviços disponibilizados pelas unidades prisionais aos internos, detendo maior atenção aos índices de atividades laborais e educativas desempenhadas intramuros, e, ao final, coteja aspectos de política de segurança pública e penitenciária como reflexo dos dados coletados.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penitenciário Nacional – Departamento Penitenciário Nacional – Estatística prisional.

ABSTRACT: This article looks into the main aspects of Brazil's current penitentiary system, based on official data, especially those published by the National Penitentiary Department in 2014, to present a critical view of the problem. It measures the current population of inmates and its evolution and profile to then combine these numbers with structural aspects of Brazil's prison universe. It also verifies the opportunities and services offered to inmates, focusing on the rates of work and educational activities carried out in prison. At last, it analyzes public security and penitentiary political aspects as a reflection of the collected data.

KEYWORDS: Brazil's Penitentiary System – Brazil's Penitentiary Department – Penitentiary statistics.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Legião de enjaulados: números da população carcerária nacional – 3. Jovem, preto e pobre: o perfil do custodiado nacional – 4. Masmorras em ruínas? Um panorama do espaço físico carcerário brasileiro – 5. Oportunidades e serviços: os internos merecem? – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

SILVA, Fabio Lobosco. Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 361-380, set. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Eles estão do outro lado do muro, enjaulados, sujos, amontoados. Tão iguais, porém tão diferentes dos integrantes da sociedade que outrora pertenceram; foi ela também responsável por condená-los a esse estado de exílio, rejeição, esquecimento. Para uns, representam a pior face do ser humano: o desrespeitoso, o contraventor, o desviante, o errado; e por isso é preferível não os ver, os tocar ou os ouvir. Porém, até quando os muros suportarão e calarão suas duras vidas? Pelo senso comum e de acordo com o propagandeado pela mídia, parte-se do pressuposto de que as coisas não andam bem para o universo carcerário brasileiro. Em verdade, se anunciam a plenos pulmões frases já consideradas clichês para o assunto: "o sistema está falido", "as cadeias são universidades do crime", "não recuperam ninguém" etc.

Quanto a sua precariedade estrutural, o discurso também já parece preconcebido. Corpos amontoados, espaços insuficientes, carência em todos os aspectos, bem sintetizadas pelas palavras do Deputado Marcos Rolim, presidente da Comissão e responsável por verificar *in loco* as condições dos estabelecimentos penais pátrios: "realidade do arbítrio, os presídios brasileiros são uma re-invenção do inferno. A resultante, entretanto, não é uma construção metafísica ou uma especulação religiosa. Aqui, os demônios têm pernas e visitam os presos a cada momento".[1]

Naturalmente também é notável o desinteresse da sociedade quanto a tal realidade. Disseminação de ideologias de fácil digestão, como posturas acríticas de revanchismo social, responsáveis por incutir na mentalidade popular que o problema carcerário é desmerecedor de qualquer atenção. Programas televisivos sensacionalistas, de cunho fascista e conservador, discursos políticos rasos, orgulhosos de sempre priorizarem outros setores públicos em detrimento do sistema penitenciário, e uma contínua construção de atmosfera de medo para a rotina dos cidadãos, todos esses fatores tornam a pauta carcerária assunto proibido, preconcebido. A figura do interno é alienígena, longínqua e indesejada. Seu isolamento soa como alívio, suas reivindicações soam como pleitos de espécie distinta, animal enjaulado, perigoso, do qual é prudente se manter distante. Tudo isso é reforçado pelos próprios dogmas técnicos relacionados ao direito de punir. Ao conferir ao Estado o monopólio legítimo da

1. BRASIL. Relatório da Segunda Caravana – Sistema Prisional Brasileiro – Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Disponível em: [www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/prisional.html]. Acesso em: 18.10.2015.

violência e o *jus puniendi*, a sociedade legalmente se desincumbe de qualquer responsabilidade para com o mundo carcerário. Conforme Wolff:[2]

> A estadualização da administração penitenciária e das políticas de segurança pública e a tendência de se resolver os problemas da violência e criminalidade através de políticas repressoras distancia e isola a comunidade do encaminhamento de seus problemas. Ao mesmo tempo, a centralização é reforçada retirando-se qualquer autonomia da comunidade em relação às políticas adotadas.

Entretanto, seja para validar os enunciados colacionados, seja para dar a exata dimensão da questão, é imprescindível analisar os diversos caracteres que compõem tal realidade. É o que se pretende realizar a seguir, fundamentando-se nas informações oficiais disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional, centrando-se principalmente, mas não só, nos dados de seu relatório prisional de 2015, para analisar os caracteres quantitativos e qualitativos da população carcerária, das estruturas prisionais e dos serviços e atividades à disposição dos custodiados.

2. LEGIÃO DE ENJAULADOS: NÚMEROS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NACIONAL

Anualmente a estrutura carcerária brasileira vem sendo inchada por um progressivo aumento do seu número de custodiados. Os dados do Departamento Penitenciário Nacional, responsável pelo "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014"[3] denotam que em referida data a população prisional do país era de 607.731 (seiscentos e sete mil setecentos e trinta e um) indivíduos, havendo, no entanto, apenas 376.669 (trezentas e setenta e seis mil seiscentas e sessenta e nove) vagas, num déficit, portanto, de 231.062 (duzentas e trinta e um mil seiscentas e duas) vagas.[4] Ou

2. WOLFF, Maria Palma. Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável? Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD46457E9ITEMID-804FBE03C2B448E188F7413DD9D84B83PTBRIE.htm]. Acesso em: 18.10.2015.
3. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014 – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: [www.portal.mj.gov./data].
4. Referido relatório, além de representar a fonte de dados mais atualizada sobre o assunto, é o que melhor forneceu um panorama sobre os múltiplos aspectos do sistema prisional brasileiro. Antes dele, outros relatórios oficiais abordaram tópicos de forma fragmentada, muitas vezes carentes de uma melhor exposição metodológica e coesão entre os assuntos abordados. Subsidiariamente a tal Levantamento, foram

seja, para cada espaço destinado a custodiar 10 presos, existem 16 encarcerados. E mais, de acordo com dados fornecidos pelo International Centre for Prison Studies (ICPS)[5] o Brasil já é o 4.º país que mais encarcera no mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Porém, o mais assustador é que destes quatro países, o Brasil, no período de 2008 a 2014, foi o único em que a taxa de aprisionamento cresceu consideravelmente (33%), enquanto os demais reduziram seus índices de encarceramento.

Segundo referido documento, entre 1990 e 2014 houve um crescimento de 575% da população carcerária brasileira, sendo possível afirmar que desde 2000 o crescimento da população carcerária é de aproximadamente 7% ao ano. Neste intervalo, isso representa um acumulado de 161%, percentual 10 vezes maior do que o crescimento total da população brasileira, que apresentou o crescimento médio de 1,1% ao ano, totalizando 16%[6] para igual período. Em suma, a taxa de crescimento da população carcerária é aproximadamente 7 vezes superior ao crescimento demográfico do país.

De acordo com o DEPEN, entre 2000 até 2014 a população carcerária quase triplicou e o déficit de vagas quase dobrou, sendo que todos os Estados da Federação operam em regime de superlotação, albergando, portanto, mais internos do que as vagas permitem. A maior taxa de ocupação (relação percentual de preso/vaga) é de Pernambuco, com 265%, seguida de Alagoas, 223%, Amazonas, 220% e Mato Grosso do Sul, 216%. Os menores índices são do Maranhão e Rio Grande do Sul, ambos com 121%.[7]

Validando em aspecto concreto os dados apresentados, das 17 (dezessete) instituições penais visitadas pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara, durante a chamada Caravana pelo Sistema Prisional, somente uma

---

também analisados os seguintes documentos oficiais anteriores do DEPEN: Relatório de Gestão (2001); Segundo Relatório da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados de título "II Caravana – Sistema Prisional Brasileiro"; Relatório de Situação do Sistema Prisional Brasileiro (2006), Sistema Penitenciário no Brasil – Dados Consolidados de 2008/2009; Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – Educação e Profissionalização (2008), Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – Assistência Laboral (2008); Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal (2011) e informações do INFOPEN.

5. INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES – ICPS. Disponível em: [www.prisonstudies.org]. Acesso em: 24.09.2015.
6. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 15.
7. Idem, p. 23.

não estava superlotada.[8] Conforme tal documento, o Presídio Professor Aníbal Bruno, em Pernambuco, abrigava 2.988 (dois mil novecentos e oitenta e oito presos), apesar de possuir capacidade para 524 (quinhentos e vinte quatro presos), atestando sua posição líder no quesito de déficit de vagas. Já o Presídio Central do Rio Grande do Sul dispunha de 600 (seiscentas) vagas, mas o local abrigava 2.100 (dois mil e cem custodiados). Já o Relatório da Situação do Sistema Prisional Brasileiro[9] informou que a Penitenciária de Araraquara, Estado de São Paulo, com capacidade para 160 (cento e sessenta) detentos, abrigava 1.500 (mil e quinhentos). De acordo com tal relatório, em todos os Estados que forneceram dados referentes à sua população carcerária e a capacidade projetada de suas instituições penais vislumbrou-se a questão da superlotação das estruturas carcerárias.[10]

3. JOVEM, PRETO E POBRE: O PERFIL DO CUSTODIADO NACIONAL

Muito se fala sobre a seletividade do sistema penal brasileiro, suscitando que a maioria dos "clientes" da estrutura penitenciária geralmente vivenciou as diversas facetas da pobreza, culminando numa desestruturação material, intelectual e psicológica, condutoras para a prática delituosa ou reincidência penal. Jovem, preto e pobre é a imagem comumente retratada, mas será esse o verdadeiro perfil do custodiado nacional?

Quanto à faixa etária, a primeira conclusão a ser autorizada é que a população carcerária brasileira é formada por jovens: 31% dos internos possuem entre 18 e 24 anos, enquanto 25% estão na faixa dos 25 a 29 anos. Ou seja, 56% dos internos estão abaixo dos 30 anos de idade, enquanto que, de acordo com o censo do IBGE de 2010, fora da cadeia tal faixa etária compõe 21,5% da população nacional.[11] Para melhor visualizar o problema, no Amazonas, Maranhão e Pernambuco, dois em cada três internos são jovens.

8. BRASIL. Relatório da Segunda Caravana – Sistema Prisional Brasileiro – Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados cit.

9. Disponível em: [www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/SitSisPrisBras.pdf]. Acesso em: 18.10.2015.

10. De todos os entes da Federação somente Amapá, Paraíba e Pernambuco não forneceram dados estatísticos aptos a identificar o problema da superlotação.

11. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 48.

Quanto à cor, raça ou etnia, dados oficiais[12] atestam que 67% da população carcerária brasileira é formada por negros e pardos. Tal como observado no quesito de idade, a proporção de negros na estrutura prisional é significativamente superior a tal proporção na sociedade brasileira, a qual ostenta índice de 51%. Apenas na Região Sul do país a população prisional não é majoritariamente negra ou parda: Santa Catariana, Paraná e Rio Grande do Sul possuem, respectivamente, 36%, 33% e 32% de negros em suas unidades prisionais. Tais índices são reflexos do perfil demográfico de tais Estados, entretanto, em que pese apenas 1/3 da população prisional da Região Sul ser composta de negros, ainda há uma sobrerrepresentação dessa parcela da população, eis que em tal região a população geral é composta por 21% de negros.

Excetuando-se a Região Sul, para todos os outros Estados a maioria absoluta da população carcerária é negra e parda, tendo Acre e Amapá os maiores índices: em tais locais 9 em cada 10 internos são negros. Entretanto, o maior índice de sobrerrepresentação dos negros na população prisional se dá na região Sudeste: a população negra da região representa 42% do total de habitantes, enquanto que no universo carcerário do local, os negros compõem 72% do total de internos. Justamente a região mais rica e desenvolvida da Federação, curiosamente palco dos "rolezinhos" e "arrastões"; preocupações contemporâneas de uma classe média e alta dita "sitiada". Como esperado, a escolaridade da população carcerária brasileira é extremamente baixa. Aproximadamente 8 em cada 10 pessoas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental. De acordo com o IBGE, no Censo de 2010,[13] 32% da população brasileira completaram o ensino médio, já na cadeia, apenas 8% dos internos estão em igual grau de instrução. Indivíduos analfabetos, alfabetizados sem cursos regulares e que cursaram o ensino fundamental incompleto representam 68% da população carcerária nacional. A somatória de presos com ensino médio completo ou incompleto é de 18%. Quanto ao ensino superior, o total de pessoas que o completaram ou não representam 2% do total. Apenas para fins comparativos, os Estados Unidos já em 1997 não possuíam analfabetos em suas unidades prisionais, 22,6% dos seus internos concluíram o ensino médio, 23,4% cursaram cursos supletivos para finalizar tal grau de instrução e 12,7% possuíam ensino superior completo ou incompleto,[14] revelando índices educacionais bastante superiores aos brasileiros.

12. Idem, p. 51.

13. Idem, p. 51 e 58.

14. ESTADOS UNIDOS. *Education and Correctional Populations*. Bureau of Justice Statistics – US Department of Justice. 2003, p. 1. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/ecp.pdf]. Acesso em: 02.10.2015.

Os dados colacionados revelam um perfil do interno brasileiro como fruto e reflexo da pobreza nacional. É o rosto do jovem desfavorecido, mal instruído.

4. MASMORRAS EM RUÍNAS? UM PANORAMA DO ESPAÇO FÍSICO CARCERÁRIO BRASILEIRO

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014,[15] até citada data o Brasil possuída 1424 (mil quatrocentas e vinte e quatro) unidades prisionais, sendo apenas 4 (quatro) delas penitenciárias federais, enquanto o restante são estabelecimento estaduais.[16] Não há uniformidade na capacidade de vagas das unidades prisionais brasileiras. A maior delas, do Estado de São Paulo, possui 2.696 (duas mil seiscentas noventa e seis) vagas, enquanto que a de maior capacidade do Estado do Tocantins pode formalmente abrigar 432 (quatrocentos e trinta e dois) internos. A região Sudeste é a que possui maior capacidade média de vagas (485 vagas), seguida da Sul (317 vagas), Centro-Oeste (148 vagas), Norte (145 vagas) e Nordeste (128 vagas).

Dado o inchaço populacional já verificado, apesar de mais de metade das unidades se destinarem a presos provisórios, 84% delas também albergam condenados. Das destinadas ao regime fechado, 80% também albergam indivíduos de outros regimes. Por fim, 8 em cada 10 unidades custodiam pessoas de mais um tipo de regime ou natureza de prisão. Essa mistura entre indivíduos de diversos perfis criminológicos, graus de periculosidade e situações processuais distintas não só frustra os objetivos e ditames da Lei de Execução Penal, mas também favorece formas indesejáveis de contato entre os grupos carcerários, favorecendo a disseminação da ideologia carcerária e a captação de membros para facções criminosas.

Das 1.424 (mil quatrocentas e vinte e quatro) unidades prisionais brasileiras, 72 (setenta e duas) operam há mais de 50 anos, um número relativamente baixo. Curiosamente, 4 em cada 10 unidades têm menos de uma década de existência, contrariando o senso comum de imaginar a maioria das instituições carcerárias como antigas construções. Mas o fato de boa parte de tais estruturas não possuir uma década de existência não as impede de apresentar avançadas condições de deterioração. Ainda segundo o Levantamento, Rio Grande do Sul e a Paraíba são os Estados com maior número de estabelecimentos mais

15. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 29.

16. Para fins metodológicos o trabalho se atém somente a estabelecimentos estaduais.

antigos, pois aproximadamente 27% das unidades do primeiro e 23% das unidades do segundo possuem mais de 50 anos de existência. Entretanto para os Estados de Espírito Santo, Maranhã, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Acre, Alagoas, Goiás, Rio de Janeiro e Paraná, mais de metade das suas unidades prisionais possuem menos de 10 anos de funcionamento.[17]

Se por um lado, grande parte da estrutura carcerária nacional possui menos de uma década de existência, 36% das unidades prisionais brasileiras não foram originalmente concebidas para tanto, sendo, portanto adaptadas.

Como esperado, as unidades adaptadas apresentam um visível déficit estrutural se comparadas às unidades concebidas como estabelecimentos penais. Neste sentido:[18]

> (...) em quase metade (49%) das unidades concebidas como estabelecimento penal há módulos de saúde, em 58% delas, há modulo de educação e 30% desses estabelecimentos têm oficina de trabalho. Entre as unidades adaptadas, esses números são consideravelmente menores: apenas 22% tem modulo de saúde, 40% tem módulo de educação e 17% conta com oficina de trabalho.

Fazendo valer o difamado e constrangedor "jeitinho brasileiro" a maioria dos estabelecimentos do Ceará (65%), Maranhão (59%), Rio Grande do Norte (59%), Rondônia (58%), Mato Grosso do Sul (57%) e Mato Grosso (51%) foram adaptados para serem utilizados como unidades prisionais. Somente nos Estados do Rio de Janeiro e Roraima todas as unidades prisionais foram concebidas originalmente como tanto.

É importante ressaltar que os custodiados não são distribuídos uniformemente pelos estabelecimentos penais. Pelo contrário, apesar da taxa de ocupação em todas as Unidades da Federação ser superior a 100%, alguns estabelecimentos não operam acima de sua capacidade, enquanto outros funcionam muito acima do seu limite. Em verdade, um a cada três unidades prisionais não operam acima de seu limite de vagas, entretanto, em 24% delas há mais de dois presos por vaga e em 5% delas a situação é de quatro presos por vaga. Para o Distrito Federal todas as unidades operam acima de sua capacidade. Rio Grande do Norte está próximo, com 90% de seus estabelecimentos igual situação. Por outro lado, apesar de 60% das unidades prisionais do Amapá não operarem acima de sua capacidade, 80% da população carcerária do local está em estado

17. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 30.

18. Idem, ibidem.

de superlotação. Em Pernambuco a situação é a mesma: mais da metade das unidades não apresenta déficit de vagas, porém 95% das pessoas encarceradas estão em estabelecimentos superlotados. Tais constatações podem sinalizar uma má gestão penitenciária, mas também permitem a tomada de medidas para redistribuição de internos.

Ilustrando a precariedade estatística, segue aterrorizante descrição feita pela Caravana acerca da Cadeia Pública de Maracanaú no Ceará:[19]

> Não há médicos ou dentistas, nem assistentes sociais ou psicólogos. A cadeia não dispõe, também, de farmácia; logo, não há remédios disponíveis. Entre os presos, entretanto, muitos estão doentes. Encontramos casos de tuberculose e um dos detentos possuía hanseníase. Há, pelo menos, um caso de doença mental entre os internos. Os presos recebem visitas familiares duas vezes por semana e têm acesso a um pequeno pátio interno. Os familiares são desnudados quando da revista (...) A comida é ruim. Nenhum preso estuda, posto que o estabelecimento não oferece aulas. Os que sabem ler, não podem fazê-lo porque não há biblioteca.

Ainda a título de exemplo, de acordo com o coordenador da Pastoral Carcerária de Mato Grosso, "a situação de higiene é catastrófica"[20], já no Espírito Santo há "problemas estruturais nos prédios: esgotos a céu aberto e sempre entupidos, forçando o contato dos presos com detritos, ocasionando doenças de pele e outros problemas de saúde".[21] Sobre o Estado do Amazonas:[22]

> Na superlotação: quantidade excessiva de presos em instalações pequenas e precárias para recebê-los, tornando a delegacia ou presídio depósitos cruéis de seres humanos. Percebe-se nestes locais a falta de investimento na manutenção predial, alimentação, em educação (...) Precárias condições de higiene e limpeza. O Estado não fornece camas, colchões ou simplesmente redes.

Como se nota, a estrutura deficitária de vagas no sistema prisional, em maior ou menor número, é uma constante em todos os Estados da Federação. Muitos estabelecimentos foram adaptados para fins penitenciários e a esma-

19. BRASIL. Relatório da Segunda Caravana – Sistema Prisional Brasileiro – Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados cit.

20. Idem.

21. Idem.

22. Idem.

gadora maioria deles mistura em um mesmo local presos provisórios e condenados a regimes diferentes. Há possibilidade de melhora? Cabe salientar que 42% dos estabelecimentos penais informaram não dispor de espaço físico para a criação de novos módulos, enquanto 56% sinalizaram positivamente para tal possibilidade.[23] Tais dados são importantes, pois como se nota, menos da metade das unidades prisionais dispõe de condições espaciais para se adequar aos ditames da LEP, mediante a construção das estruturas necessárias.

5. OPORTUNIDADES E SERVIÇOS: OS INTERNOS MERECEM?

Uma estrutura superlotada, pautada pela desordem espacial e preenchida por excluídos já indica um também deficitário cenário de oportunidades e serviços para os internos.

A começar pela carência em melhores estruturas para favorecer o contato do condenado com a sociedade externa, especialmente a família. Lemgruber[24] denota que "a importância do contato com a família é múltipla e representa, antes de mais nada, o vínculo com o mundo exterior. Quando este vínculo não pode ser mantido, o sofrimento é imenso".

De acordo com o DEPEN, pouco mais de 1/3 das unidades prisionais possui local específico para visita social; para a visita íntima a deficiência é ainda maior: 69% dos estabelecimentos não possuem locais específicos para tal finalidade. A disparidade da questão é clara ao se verificar que 94% das unidades prisionais do Rio de Janeiro possuem local específico para visitação comum e 86% delas local para visita íntima, enquanto que por sua vez no Ceará apenas 2% das unidades prisionais detêm de local específico para visitação comum e 1% local para visita íntima.

Rio Grande do Norte e Tocantins apresentam similar problema, eis que no primeiro 13% dos estabelecimentos possuem local para visita comum e 12% local para visita íntima, enquanto para o segundo, as porcentagens são de 14% e 5%, respectivamente.

Apesar da previsão legal dos arts. 22 e 23 da LEP, a estruturação e atuação de assistência social nas unidades prisionais também é deficitária. 36% dos estabelecimentos não dispõem de salas para atendimento, e dos que possuem,

23. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 134.

24. LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

63% partilham tal local com outros serviços. Para as que dispõem de estrutura física para o desempenho da atividade, apenas 39% possuem assistentes sociais em atividade.[25] Quanto ao atendimento psicológico, 42% das unidades prisionais não têm sala para tal fim, e das possuidoras, 65% delas compartilham o local com outros serviços. Quatro em cada dez unidades não possui um profissional em exercício, e os que estão exercendo sua função o fazem em um regime de sobrecarga de trabalho.[26]

Apesar de prevista legalmente pelo art. 14 da LEP, a assistência à saúde do preso é também deficitária. Importante denotar que pela Portaria Interministerial 1, de 02.01.2014, foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP). Um dos objetivos de tal política é assegurar que cada unidade prisional seja um ponto integrante da Rede de Atenção à Saúde do SUS, entretanto 63% dos estabelecimentos não possuem módulo de saúde. A melhor situação é verificada no Distrito Federal, eis que todas as suas unidades prisionais possuem módulos de saúde e há seis médicos em atuação. Situação obscura é a do Rio de Janeiro: sem médicos informados e com mais de 90% de seus estabelecimentos desprovidos de módulos de saúde. Particular situação é a de Minas Gerais, com o maior número de médicos da Federação, 72 (setenta e dois), sendo que o segundo colocado na categoria é o Espírito Santo, com 24 (vinte e quatro).

Ao se falar de espaços específicos para atividades de saúde nas unidades prisionais, em todas as categorias, os índices revelam carências, e, para o desempenho de atividades médicas complementares como exames, os números deficitários são esmagadores. A quantidade de profissionais da área de saúde também é bastante variável. Minas Gerais é o Estado com maior número, com um total de 714 (setecentos e catorze), enquanto Roraima dispõe apenas de um clínico médico e um auxiliar técnico de enfermagem.[27] Sergipe, Rio Grande do Norte e Acre são, em seguida, os Estados com menor número, respectivamente

25. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 94-95.

26. Rondônia possui apenas quatro psicólogos, o que implica em 1.908 (mil novecentos e oitos) presos por profissional. Para o Ceará, com 11 profissionais em atividade, a razão é de 1.856 (mil oitocentos e cinquenta e seis) internos por profissional. A melhor taxa é do Amapá, que por ter 15 profissionais em atividade, estabelece uma razão de 115 (cento e quinze) internos por psicólogo. Esses e outros dados relevantes estão compilados pela tabela seguinte.

27. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 108.

27, 29 e 33 profissionais da saúde distribuídos entre suas unidades prisionais. Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Pernambuco, Rondônia, e Santa Catarina constituem a média, tendo entre 100 a 200 profissionais em suas unidades prisionais.

Se os custodiados ingressam no sistema penitenciário com baixíssimos graus de instrução, sua estadia pouco contribuirá para a melhoria de tal situação. Em 2014, apenas 10,7% da população carcerária desempenhava alguma atividade educacional (uma ligeira melhoria, se comparado com 2010, quando apenas 9,5% dos custodiados estudavam). Os melhores índices são do Paraná, Ceará e Pernambuco, Estados onde, respectivamente, 22,1%, 19,7% e 20,4% da população carcerária desempenham tal tipo de atividade. Note-se que os mais bem colocados ainda assim são números absolutamente baixos. Catastróficos são os índices do Rio de Janeiro, Alagoas e Amapá cada qual com respectivamente, 0,5%, 0,3% e 10,7% de seus custodiados em atividades educacionais.

Ressalte-se que 48% das unidades prisionais não possuem salas de aula. Apenas 9% das unidades prisionais do país possuem sala de informática, sendo que Tocantins, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Piauí e Amapá não dispõem de tal local. Os melhores colocados são Paraná, Acre e Distrito Federal, com, respectivamente, 34%, 33% e 33% de suas unidades equipadas para oferecer acesso informático aos internos. Ainda quanto a escassa possibilidade de acesso a conhecimento, em 2008, apenas 26,5%[28] das unidades prisionais possuía bibliotecas. Em 2014 houve uma ligeira melhora do índice, sendo 32% dos estabelecimentos possuidores de tal espaço. Entretanto, para o Rio de Janeiro, Ceará e Tocantins, a situação é crítica, pois somente 2%, 4% e 9% de suas unidades detêm de tal espaço, respectivamente.

O trabalho, curiosamente não é uma forma de assistência, mas sim um dever[29] e um direito[30] com finalidade educativa e produtiva, também está bastante longe de cumprir com o disposto ao final do *caput* do art. 28 da LEP. Tal afirmação se embasa nos dados colhidos pelo DEPEN,[31] o qual informou que em

28. BRASIL. Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – Bibliotecas – 2008. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 28.09.2015.

29. Conforme art. 39, V, da LEP: "Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas".

30. De acordo com o art. 41, II, da LEO: "Art. 41. Constituem deveres do preso: (...) II – atribuição de trabalho e sua remuneração".

31. Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 10.03.2013

2010, 19,51% do total dos custodiados exercia atividade laborativa. Em 2012, o percentual teve melhora tímida, representando 20,38% do total. Em 2014, último registro oficial sobre o tema, houve uma piora em tal índice, pois apenas 16% do total da população carcerária exerce algum tipo de atividade laboral. Rondônia, Acre e Mato Grosso do Sul e Santa Catarina possuemos maiores índices, de respectivamente, 37%, 31%, 30% e 30%. O Rio de Janeiro, por ter apenas três pessoas trabalhando, tem porcentagem aproximada de 0, seguido por Rio Grande do Norte (3%) e Sergipe (3%)

Cumpre ressaltar que 72% dos custodiados exercem atividade laboral interna, enquanto apenas 28% realizam atividades externas.[32] Muito mais desejável seria inverter tais porcentagens pois o contato do interno com a sociedade é importante instrumento para ressocialização. A questão tanto é importante que o Programa Nacional de Direitos Humanos,[33] em sua Diretriz 16, item "h", sugere a análise de viabilidade para criação de cargo específico na área penitenciária para operacionalizar a questão do trabalho externo. De acordo com citado Programa, recomenda-se:

> "h) Promover estudo sobre a viabilidade de criação, em âmbito federal, da carreira de oficial de condicional, trabalho externo e penas alternativas, para acompanhar os condenados em liberdade condicional, os presos em trabalho externo, em qualquer regime de execução, e os condenados a penas alternativas à prisão".

Considerando que a maior parte do trabalho dos custodiados é desenvolvido externamente, era de se esperar um bom aparelhamento para tanto. Entretanto, 78% dos estabelecimentos não possuem oficinas internas.

Dos 22% que possuem tais oficinas, cabe destacar que os Estados mais bem aparelhados são Paraná, Sergipe e o Distrito Federal, enquanto que Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Ceará são os piores. Artesanato, corte e costura industrial, padaria e panificação e serralheria são nessa ordem os tipos mais comuns de oficinas. Considerando as dificuldades do egresso frente ao mercado de trabalho, tais formas de trabalho são oportunas e se coadunam com as palavras de Brito,[34] para o qual:

32. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN cit., p. 109.

33. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)/Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SEDH/PR, 2010. p. 168.

34. BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.111.

> (...) deve-se enfatizar o trabalho profissionalizante de caráter autônomo (p.ex.: mecânica, carpintaria, serralheria, etc.), redutor do estigma social e da perpetuação da situação de egresso, pois como bem nota Rui Medeiros "ao autônomo não se indaga seu passado os seus antecedentes pessoais".

A menor recorrência de oficinas de artefatos de concreto, blocos e tijolos também representa um avanço, pois o trabalho deve transmitir sentimento de utilidade, pois de acordo com Miotto:[35]

> (...) tem a função e, ao mesmo tempo, a finalidade, de manter-se ele ocupado, livre do tédio, do sofrimento causado pela ociosidade, e manter-se apto na sua profissão. O trabalho do preso condenado tem essa função e finalidade, com algum acréscimo, pois para ele o trabalho a de ser um fator de estímulo a se emendar, e igualmente um fator de sua reintegração no convívio social. Deve, para isso, o trabalho que exerça na prisão, ser tal que, correspondendo aos seus pendores ou a sua atividade profissional anterior também corresponda ao mercado de trabalho do ambiente em que vai viver quando recuperar a liberdade.

Conforme se observa dos apontamentos da autora, não basta apenas oferecer ao preso o trabalho bruto, meramente braçal, coisificador do homem. O trabalho tem a função não somente de ocupar sadiamente o tempo do condenado, mas também contribui como fator de reajustamento social. Blocos, tijolos e outras estruturas de concreto acabam muito mais por imprimirem à atividade laboral características de castigo, do que propriamente cumprir com os fins do trabalho pretendidos pelo ordenamento jurídico.

Importante destacar que da população carcerária envolvida em atividades laborais, 34% obteve ocupação por meios próprios, enquanto outros 34% trabalham em vagas disponibilizadas pelo próprio estabelecimento prisional. Vagas obtidas por meio de parcerias de iniciativa privada correspondem a 22% do total; mediante parcerias com outros órgãos públicos 9%, e com ajuda de ONGS e entidades similares apenas 1%.

6. CONCLUSÃO

Taxas crescentes de aprisionamento, agigantamento progressivo da população carcerária, déficit contínuo de vagas e uma paulatina desestruturação das

35. MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 181-188.

unidades prisionais revelam um modelo penitenciário a se lamentar. A face predominante por detrás das grades é a face da pobreza: jovens, negros ou pardos, pouco instruídos. Os dados chancelam todas essas afirmações e vão além: demonstram que a problemática será de difícil superação. Um décimo do total dos presos estuda, pouco mais disso trabalha.

Grande parte das unidades prisionais é adaptada, não sendo novidade vislumbrar as carências inerentes a tais gambiarras. Quase a metade delas não possui espaço físico para operar melhorias; a efetivação dos direitos dos custodiados seria risível senão fosse trágica: aparelhagem educacional, laboral e de saúde em níveis sofríveis; quadros sempre deficitários de funcionários. Uma perdedora política penitenciária prioriza sempre a segurança, deixando todas as outras pautas engavetadas. Adorno e Salla bem sintetizam a questão:[36]

> As políticas penitenciárias seguem as mesmas diretrizes, pouco se renovando: são concebidas como respostas às emergências provocadas pelo crescimento dos crimes, por rebeliões e fugas, pelas duras condições do encarceramento, pela instabilidade das instituições prisionais sempre a reboque de mudanças inesperadas em suas direções, o que gera inquietações na massa carcerária, fonte freqüente de levantes e motins. Não é estranho que, nesse cenário de pobre inovação, as intervenções do poder público sejam insatisfatórias para enfrentar problemas acumulados no tempo, limitando-se à expansão da oferta de vagas.

Fato é que a situação emergencial retratada é uma construção histórica pautada por erros. Se o incremento qualitativo e quantitativo da criminalidade brasileira se deu entre as décadas de 70 e 90, as políticas criminais, especificamente penitenciárias, de tais períodos não foram satisfatórias para conter tal avanço. Durante a ditadura militar a doutrina de segurança nacional, promoveu a erosão de garantias de um direito penal liberal em proveito de um intitulado direito penal de segurança nacional, baseado em perseguições políticas, encarceramento arbitrário e sem lastros mínimos de razoabilidade.[37] Tais iniciativas contribuíram para o inchaço da população carcerária nacional,

36. ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Revista de Estudos Avançados*. vol. 21. n. 61. São Paulo: EDUSP, 2007, p. 18.

37. PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 42. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 298.

numa rotina penitenciária reflexo do regime: tortura, maus-tratos e arbitrariedades. A redemocratização observada a partir da segunda metade da década de 80, ao contrário do que se desejava, não alterou substancialmente tal quadro:[38]

> Por largo tempo persistiram: prisões para averiguações sem ordem judicial; assombrosa atividade clandestina das organizações paramilitares; elevada impunidade nas graves violações de direitos humanos, mesmo naquelas de responsabilidade direta do Estado, tal como torturas como métodos usuais de investigação nas delegacias e distritos policiais; arbítrio na aplicação das normas regimentais, nisso incluído o uso de celas fortes como instrumento de contenção e repressão da massa carcerária e maus-tratos impingidos cotidianamente aos presos.

Com o advento da Constituição de 1988 e um fortalecimento, ao menos teórico, do Estado de Direito, da importância dos direitos humanos, e especificamente, dos direitos dos presos, algumas mudanças tímidas foram sendo operacionalizadas para garantirem maior respeito aos custodiados, maior transparência na administração penitenciária e maior controle na corrupção e arbitrariedade dos agentes penitenciários. Entretanto tais modificações encontraram resistência dos velhos operadores do sistema penitenciário, não foram poucas as oportunidades em que "agentes penitenciários enfrentaram autoridades superiores, publicamente comprometidas com a introdução de mudanças institucionais e a implantação de diretrizes reconhecidas como proteção dos direitos dos presos".[39] Omissão de serviços, conivência com movimentações de rebeliões e fugas foram algumas das táticas para resistir aos avanços e mudanças positivas pretendidas pela Administração, sendo o massacre do Carandiru, em 1992, a mais expoente de suas consequências. Havia, portanto, o arcabouço jurídico necessário, entretanto, o plano concreto não traduzia os direitos e garantias democráticos tão festejados à época. Segundo Fabretti:[40]

> O fracasso não pode ser atribuído ao sistema democrático, mas ao Estado brasileiro que não conseguiu implementar, de fato, a democracia que se propôs, pelo menos não no âmbito da segurança pública. Mesmo após a Constituição Federal de 1988 o Estado não alterou

38. ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC cit., p. 18.

39. Idem, p. 20.

40. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

> o seu discurso e tampouco os seus métodos em relação à segurança, mas apenas trocou de inimigo: "os comunistas terroristas" opositores do regime ditatorial foram substituídos pelos traficantes, ladrões, bandidos, excluídos de forma geral.

Os resquícios da doutrina da segurança nacional, inspirado pelas tendências estrangeiras de Lei e Ordem, aliados a uma opinião pública amedrontada, pariram a Lei 7.960/1990, instituidora da prisão temporária e Lei de Crimes Hediondos (8.072/1990), ampliada pelas posteriores leis de números 8.930/1994, 9.677/1998 e 9.695/1998. Se por um lado ocorria um enrijecimento da legislação penal, também haviam esforços mais adequados para a melhoria da segurança pública e do cenário carcerário. Em 2000, o governo de Fernando Henrique Cardoso lançou o Programa Nacional de Direitos Humanos, o qual, conforme observa Adorno,[41] "trazia um conjunto de propostas de ações governamentais para o sistema prisional, colocando na agenda política do governo federal compromissos explícitos com a promoção e proteção desses direitos para a massa de encarcerados". O governo Lula prosseguiu com os objetivos, mas suas boas intenções políticas não foram traduzidas em concretude.

Os números apresentados chancelam tais falhas promovidas por diferentes, porém conectadas esferas. A seara jurídica atrelada à política criminal foram responsáveis por promoverem um encarceramento desnecessário por meio de suas leis e projetos mal planejados; no campo da segurança pública, prestigiou-se e prestigia-se a exclusão e ordem em detrimento à cidadania. Naturalmente, no fim da linha a política penitenciária não poderia ser diferente; é em verdade reflexo das anteriores. Guardem os presos e reservem a eles o esquecimento; riam da Lei de Execução Penal e deixem a Constituição bem longe, em plano abstrato. Apenas certifiquem-se de que eles fiquem lá, portanto a pauta é segurança, a todo custo, dando prejuízo a todo resto. Mas até quando? Até quando os muros serão suficientemente rígidos? Até quando os corpos permanecerão empilhados sem transpor as fronteiras do cárcere?

A história caracteriza o problema carcerário como uma doença incurável; de agravamento contínuo, cujo tratamento é sempre paliativo. Controla-se a febre, não se cura a causa. E até hoje, entre trancos e barrancos, o Brasil sobrevive com tal modelo. Mas o tempo cobra seu preço; parcelou-se a questão penitenciária por décadas, e restou provado ser esse modelo insustentável. Ou reconhecemos tal diagnóstico e buscamos uma fonte alternativa de cura,

41. ADORNO, Sérgio. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. *Tempo Social*. vol.11. n. 2. 2000, p. 129-153.

ou cedo ou tarde os malefícios ultrapassarão as grades contaminando todo o corpo social. Os dados apresentados servem como exame e alerta. É necessário mudar.

7. BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. Insegurança *versus* direitos humanos: entre a lei e a ordem. *Tempo Social*. vol. 11. n. 2, 2000.

_____. SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Revista de Estudos Avançados*. vol. 21. n. 61. São Paulo: EDUSP. p. 20. 2007.

BRASIL. Diretrizes básicas para arquitetura penal (2011). Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014 – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: [www.portal.mj.gov./data].

_____. Plano de Política Criminal e Penitenciária de 2011 – Ministério da Justiça. Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 20.02.2015.

_____. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)/Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SEDH/PR, 2010.

_____. Relatório de Gestão – 2001. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2001. Disponível em: [www.portal.mj.gov./data]. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Relatório de Gestão – 2008. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2001. Disponível em: [www.portal.mj.gov./data]. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Relatório da Segunda Caravana (2000) – Sistema Prisional Brasileiro. Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Disponível em: [www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/prisional.html]. Acesso em: 18.10.2015.

_____. Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – Bibliotecas – 2008. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – Assistência Laboral – 2008. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – Educação e Profissionalização – 2008. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Relatório da Situação do Sistema Prisional Brasileiro (2006) – Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Disponível em: [www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/SitSisPrisBras.pdf]. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Sistema Penitenciário no Brasil – Dados Consolidados de 2008/2009. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Disponível em: [portal.mj.gov.br/data]. Acesso em: 28.09.2015.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ESTADOS UNIDOS. *Education and Correctional Populations*. Bureau of Justice Statistics – US Department of Justice. 2003. p. 1. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/ecp.pdf]. Acesso em: 02.10.2015.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES – ICPS. Disponível em: [www.prisonstudies.org]. Acesso em: 24.09.2015.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 42. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (PNDH-3)/Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SEDH/PR, 2010.

WOLFF, Maria Palma. Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável?. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD46457E9ITEMID804FBE03C2B448E188F7413DD9D84B83PTBRIE.htm]. Acesso em: 20.09.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Are alternative sanctions an effective civil remedy to overcrowding prison population in Brazil? São as penas alternativas um remédio civil eficaz à superpopulação carcerária no Brasil?, de Marcelo Berdet – *RBCCrim* 103/383-407 (DTR\2013\7213);
- O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro, de Savio Guimarães Rodrigues – *RT* 911/207-239 (DTR\2011\2428); e
- Protagonismo carcerário: os presos monitores e a educação no sistema prisional paulista, de Alex Victor da Silva – *RTSP* 1/11-40 (DTR\2013\7268).

Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF

Criminal Liability of Collective Entities in Brazil and The Mandatory Double Charging Theory: comments on the decision RE 548.181 STF

Claudio Bidino

Mestre em Criminologia pela Universidade de Oxford.
Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. Advogado.
claudio@paulofreitasribeiro.adv.br

Área do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: O presente artigo versa sobre a responsabilidade penal dos entes coletivos no ordenamento jurídico brasileiro à luz da paradigmática decisão proferida pelo STF nos autos do RE 548.181. No julgamento deste recurso, a 1.ª T. da Suprema Corte considerou inconstitucional a teoria da dupla imputação necessária, pacificada até então no âmbito do STJ, que condicionava a deflagração de ações penais em face de pessoas jurídicas à imputação simultânea dos fatos descritos na denúncia a uma pessoa física. Em síntese, são analisados neste estudo o acórdão RE 548.181 do STF e as suas imediatas repercussões na jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Teoria da dupla imputação necessária – Crimes ambientais – Direito penal empresarial.

Abstract: This article deals with the subject of the criminal responsibility of collective entities in the Brazilian legal system in the light of the paradigmatic decision rendered by the Supreme Court on RE 548.181. In this case, the First Chamber of the Supreme Court held unconstitutional the theory of the mandatory double charging, settled so far in the jurisprudence of the Superior Court of Justice, which established that the collective entitites could only be prosecuted for an environmental crime along with an individual. In short, this study examines the decision held by the Supreme Court on RE 548.181 and its immediate impacts on Brazilian jurisprudence.

Keywords: Criminal liability of collective entities – The mandatory double charging theory – Environmental crimes – Corporate criminal law.

Sumário: Introdução – 1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil – 2. A teoria da dupla imputação necessária – 3. O RE 548.181 – 4. O acórdão RE 548.181 – 5. Comentários críticos ao acórdão RE 548.181 – 6. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil após o acórdão RE 548.181: para onde ir? – 7. Considerações finais – Referências.

Bidino, Claudio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF.
Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 383-405, set. 2016.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo examinar a decisão de mérito proferida pelo STF nos autos do RE 548.181, bem como as suas repercussões na jurisprudência brasileira.

Ao julgar o RE 548.181, a 1.ª T. do STF, por apertada maioria de votos (3x2), concluiu pela inconstitucionalidade da teoria da dupla imputação necessária, sedimentada até então no âmbito do STJ, que impedia que as pessoas jurídicas viessem a ser acusadas isoladamente pela prática de crimes ambientais.

De acordo com a orientação que prevaleceu neste julgamento, a norma insculpida no art. 225, § 3.º, da CF/1988, estaria sendo desrespeitada pelo condicionamento da responsabilização penal dos entes coletivos à imputação simultânea dos fatos ilícitos a um indivíduo específico, tendo em vista que se estaria a contrariar:

> (...) a intenção do constituinte originário, não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.[1]

Não é difícil visualizar que a particular relevância do acórdão em comento reside, desde logo, no fato de ele pretender estabelecer as balizas da responsabilização penal das pessoas jurídicas no Brasil à luz de especiais deveres de proteção que afloram da Lei Fundamental.

Trata-se, portanto, de uma decisão que se debruça sobre um tema pertinente às preocupações da disciplina jurídica conhecida como direito penal constitucional, ou direito constitucional penal, valendo-se da denominação proposta por Maria Fernanda Palma; disciplina jurídica, esta, que se esforça para delinear os limites estabelecidos pela Constituição da República para a persecução penal, assumindo que "há uma relação permanente entre os problemas jurídico-constitucionais e toda intervenção normativa (diretamente do legislador ou mediatamente do juiz) que se repercute nos conteúdos da incriminação e da pena".[2]

Antes de se passar à análise do paradigmático acórdão RE 548.181, convém trazer a lume alguns breves esclarecimentos sobre a conturbada introdução da

1. Trecho da ementa do Acórdão RE 548.181/PR.
2. PALMA, Maria Fernanda. PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal.* Coimbra: Almedina. 2006. p. 65.

responsabilidade penal dos entes coletivos no ordenamento jurídico brasileiro e sobre o desenvolvimento da teoria da dupla imputação necessária.

1. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é seguramente um dos temas penais mais espinhosos da atualidade.

Até o final da década de oitenta, havia um relativo consenso na doutrina e na jurisprudência de que o ordenamento jurídico brasileiro não admitia a responsabilização penal dos entes coletivos. Considerava-se, assim, naquela altura, que somente as pessoas físicas poderiam ser punidas criminalmente pela prática de ilícitos penais.

Tudo mudou, entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que permanece em vigor até os dias de hoje.

A Constituição Federal de 1988 não apenas reconheceu a legitimidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas também clamou pela adoção de medidas legislativas efetivas tendentes a implementa-la nas hipóteses de crimes ambientais, no preciso momento em que estatuiu no seu art. 225, § 3.º, que "[a]s condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".[3]

Atento aos anseios constitucionais, o legislador ordinário procurou introduzir a responsabilidade penal dos entes coletivos no ordenamento jurídico

3. Concorda-se, assim, com os autores que sustentam que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, § 3.º, admitiu explicitamente a possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais. Dentre os doutrinadores que compartilham deste posicionamento, merecem especial destaque: Sérgio Salomão Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999); José Henrique Pierangelli (PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Nova Lei Ambiental. *Revista Cejap*. vol. 3. n. 5. 2002, p. 21-32), Guilherme de Souza Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 2), Vladimir Passos de Freitas (FREITAS, Vladimir Passos de. O crime ambiental e a pessoa jurídica. *Cidadania e Justiça*. 1.º semestre/1999, p. 212-219) e Walter Claudius Rothenburg (ROTHENBURG, Walter Claudius. A responsabilidade penal da pessoa jurídica – Artigo 3.º. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (orgs.). *Crimes ambientais – Comentários à Lei 9.605/1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013).

brasileiro com a aprovação da Lei 9.605/1998, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais. Com efeito, a redação do art. 3.º deste diploma normativo não deixa margem a dúvidas ao estabelecer que:

> [a]s pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade.

Cumpre registrar que há intensos questionamentos na doutrina penal brasileira acerca da constitucionalidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas e da própria Lei de Crimes Ambientais.

Nesse sentido, uma corrente mais ortodoxa defende que o art. 3.º da Lei 9.605/1998 é inconstitucional, sob o argumento central de que os princípios constitucionais da culpabilidade e da responsabilidade penal pessoal inviabilizam qualquer alteração legislativa tendente a atribuir a responsabilidade penal a um ente coletivo.[4] Para os que comungam deste posicionamento, o art. 225, § 3.º, da CF/1988 não poderia ser invocado para justificar a introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que ele apenas estaria proclamando o óbvio: que as pessoas físicas que pratiquem condutas lesivas ao meio ambiente devem ser punidas na esfera penal, enquanto que as pessoas jurídicas que exerçam atividades ofensivas ao meio ambiente devem ser punidas no âmbito administrativo.[5]

---

4. Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, assevera que a criminalização da pessoa jurídica, como forma de responsabilidade penal impessoal, é inconstitucional porque "infringe os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, que definem o conceito de crime, assim como infringe também os princípios constitucionais da personalidade da pena e da punibilidade, que delimitam o conceito de pena" (SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Direito e sociedade*. vol. 2, n.1. Curitiba: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Paraná, jan.-jun./2001, p. 127-142).

5. Luiz Régis Prado, que reputa ser extremamente difícil não admitir a inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.605/1998 ante os princípios constitucionais penais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, posiciona-se, com especial clareza, pela impossibilidade de se utilizar o art. 225, § 3.º, da CF, para legitimar a responsabilização penal das pessoas jurídicas: "A referência ao sistema punitivo que estabelece a distinção entre as sanções, além de ser fator importante de sua eficácia, só pode ser compreendida à luz dos princípios penais ínsitos na própria Constituição – numa visão lógico-sistemática e teleológica – e no sentido tradicional das categorias jurídico-penais a eles adstritas. Embora seja o texto constitucional bastante ambíguo, não há falar aqui em previsão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o

Por sua vez, uma corrente doutrinária diversa, partindo da premissa de que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é admitida pelo art. 225, § 3.º, da CF/1988, sustenta que ainda não é possível punir criminalmente entes coletivos pela prática de crimes ambientais ante a inexistência de normas que disciplinem adequadamente a aplicação das penas às pessoas jurídicas e a falta de normas procedimentais que levem em consideração a sua especial natureza. No presente contexto, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas seria então inconstitucional por violar os princípios constitucionais do devido processo legal e da legalidade (*nullun crimen, nulla poena sine praevia lege*).[6]

A despeito das arguições de inconstitucionalidade, a jurisprudência tem se posicionado pela legitimidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas no país, sendo certo que o STJ e o STF concluem pela sua conformidade com a Lei Fundamental.[7]

---

dispositivo em tela se refere, expressamente, a *conduta/atividade*, e, em sequência, a *pessoas físicas ou jurídicas*. Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correlação significativa mencionada" (PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 81).

6. Não foi outra a conclusão alcançada por Sérgio Salomão Shecaira em consistente parecer sobre o tema: "(...) não obstante ser um ardoroso defensor da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, não posso deixar de reconhecer a existência de duas inconstitucionalidades na Lei 9.605/1998. Ela ofende a Constituição Federal de 1988 por contrariar o art. 5.º, XXXIX, ao não descrever com a necessária clareza quais as formas de aplicação das penas às pessoas jurídicas. Também ofende a Constituição por não estabelecer qualquer norma processual quanto ao necessário devido processo legal para as empresas, contrariando seu art. 5.º, LIV" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal de pessoa jurídica por dano ambiental. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 02. n. 08. 2003, p. 145-172). Também Juliano Breda posiciona-se em sentido convergente: "Em conclusão, em face do alto grau de discricionariedade conferido ao aplicador e da ausência de critérios mínimos de interpretação e concretização de seu conteúdo, as normas da Lei 9.605/1998 que estabelecem as sanções penais às pessoas jurídicas são inconstitucionais, em razão da ofensa aos princípios da máxima taxatividade legal e da certeza ou segurança jurídica, derivados diretamente do princípio constitucional da legalidade, bem como pela infração ao princípio constitucional que determina ao legislador a regulamentação da individualização da pena, tarefa visivelmente não cumprida nesta matéria" (BREDA, Juliano. A inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011).

7. Em reiteradas ocasiões, o STJ manifestou-se, explícita ou implicitamente, pela legitimidade e constitucionalidade da responsabilização penal dos entes coletivos. É o

Em suma, constata-se que, no Brasil, sob as ferrenhas críticas da doutrina penal mais tradicional, prevalece o entendimento de que as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas penalmente pela prática de crimes ambientais, nos estritos limites estabelecidos pelo art. 3.º da Lei 9.605/1998. Ou seja, admite-se que os entes coletivos sofram intervenção penal quando e apenas quando (a) um ilícito criminal ambiental (b) tiver sido cometido no seu interesse ou benefício, (c) por decisão de seu representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado.

2. A TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO NECESSÁRIA

O legislador ordinário fez questão de advertir, no art. 3.º, parágrafo único, da Lei 9.605/1998, que "[a] responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coatoras ou partícipes do mesmo fato".

Adotou-se, assim, de maneira expressa, o *sistema da dupla imputação*, que nada mais é do que "o nome dado ao mecanismo de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas que contribuírem para a consecução do ato".[8]

Muito embora não se encontre na Lei de Crimes Ambientais qualquer dispositivo que impeça explicitamente que as pessoas jurídicas sejam denuncia-

---

que pode ser observado nos seguintes julgados: (a) REsp 564.960/SC, 5.ª T, rel. Min. Gilson Dipp, j. 02.06.2005; (b) RMS 16.696/PR, 6.ª T., j. 09.02.2006, rel. Min. Hamilton Carvalhido; (c) REsp 1329837/MT, 6.ª T., j. 08.09.2015, rel. Min. Sebastião Reis Júnior; (d) RHC 50470/ES, 5.ª T., j. 17.09.2015, rel. Min. Gurgel de Faria. No mesmo sentido, o STF tem admitido a possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais, eis que não aponta em suas decisões para a existência de qualquer vício de inconstitucionalidade na Lei 9.605/1998. É o que se extrai dos seguintes acórdãos: (a) HC 92921/BA, 1.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski; (b) RE 593729 AgR/SP, j. 25.11.2008, rel. Min. Cézar Peluso.

8. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2003. p. 148. Igualmente esclarecedoras são as palavras de David Baigún sobre o sistema da dupla imputação: "Este sistema, que se cobija ya bajo el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica, como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas fisicas que integran la persona jurídica" (BAIGÚN, David. Naturaleza de la Acción Institucional en el Sistema de la Doble Imputación. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. In: BAIGÚN, ZAFFARONI, GARCÍA-PABLOS e PIERANGELLI (orgs.). *De las Penas*. Argentina: Depalma, 1997. p. 25).

das isoladamente pela prática de crimes ambientais, na última década, havia se pacificado no âmbito do STJ o entendimento de que a dupla imputação seria uma condição necessária para a legítima deflagração de uma ação penal em desfavor de um ente coletivo.

Dito de outro modo, havia se solidificado tanto na 5.ª T. quanto na 6.ª T. do STJ a compreensão de que a instauração de uma ação penal em face de uma pessoa jurídica, em todo e qualquer caso, dependeria da imputação simultânea dos fatos narrados na denúncia ao ente coletivo e à pessoa física que, no exercício de suas funções, praticou o ilícito criminal. Instituiu-se, dessa forma, na jurisprudência brasileira, a *teoria da dupla imputação necessária*.[9]

Depreende-se das reiteradas decisões proferidas pelo STJ, as quais muitas vezes pecam pela fundamentação imprecisa e por se limitarem a reproduzir as ementas dos acórdãos anteriores, que a *teoria da dupla imputação necessária* tem por escopo garantir o respeito ao princípio da culpabilidade e ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*.

Por força do *caput* do art. 3.º da Lei 9.605/1998, a culpabilidade e, por consequência, a responsabilidade penal da pessoa jurídica somente exsurgiriam quando se estivesse diante de um crime ambiental praticado no seu interesse

9. No dia 02.03.2013, por unanimidade de votos, a 5.ª T. do STJ posicionou-se nesse sentido ao julgar o Recurso em MS 37.293/SP, da relatoria da Min. Laurita Vaz: "(...) 1. Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física – quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. 2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente. 3. Recurso ordinário provido, para declarar a inépcia da denúncia e trancar, consequentemente, o processo-crime instaurado contra a Empresa Recorrente, sem prejuízo de que seja oferecida outra exordial, válida (...)". Idêntica orientação conduziu a decisão da 6.ª T. do STJ, proferida no dia 04.09.2012, no julgamento do Recurso em MS 27.593/SP, da relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, *verbis*: "(...) 1. Nos crimes ambientais, é necessária a dupla imputação, pois não se admite a responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio. 2. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento". O STJ teve a oportunidade de reafirmar esse entendimento em diversos outros julgados, dentre os quais: (a) 5.ª T., REsp 585.615/SC, j. 09.05.2006, rel. Min. Gilson Dipp; (b) 5.ª T., REsp 889.528/SC, j. 17.04.2007, rel. Min. Félix Fischer; (c) 5.ª T., RMS 20.601/SP, j. 29.06.2006, rel. Min. Félix Fischer; (d) 6.ª T., RMS 16.696/PR, j. 09.06.2006, rel. Min. Hamilton Carvalhido; (e) AgRg no REsp 898.302/PR, j. 07.12.2010, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

ou benefício, por decisão de seu representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado, que age com elemento subjetivo próprio.

Ao longo da última década, a *teoria da dupla imputação necessária* veio norteando também decisões prolatadas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais distribuídos pelo país.[10]

O acórdão RE 548.181 do STF, publicado no dia 30.10.2014, que se passará a analisar a seguir, é um divisor de águas no tratamento penal conferido às pessoas jurídicas no Brasil, pois ele não apenas concluiu pela inconstitucionalidade da *teoria da dupla imputação necessária*, como também chancelou a introdução de algo muito próximo a uma responsabilidade penal objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

3. O RE 548.181

O acórdão RE 548.181 refere-se a fatos supostamente ocorridos no Município de Araucária/PR em meados do ano 2000.

O Ministério Público Federal do Estado do Paraná ofereceu denúncia em face da empresa Petrobrás, do seu então Presidente, bem como do Superintendente da Refinaria Presidente Getúlio Vargas pela suposta prática do crime de poluição, previsto no art. 54 da Lei de Crimes Ambientais. Segundo a inicial acusatória, os denunciados, no dia 16.07.2000:

> (...) acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio de vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou mi-

10. Vide: (a) TRF-1.ª Reg., EINACR 00010504220054014100, 3.ª T., rel. Des. Tourinho Neto, j. 17.10.2012; (b) TRF-3.ª Reg., ACR 00000767120064036118, 5.ª T., j. 10.09.2012, rel. Des. Ramza Tartuce; (c) TRF-5.ª Reg., MS 200605000584014, 4.ª T., j. 14.08.2007, rel. Des. Margarida Cantarelli; (d) TJSP, MS 0181555-33.2012.8.26.0000, 11.ª Câm. Civ., j. 06.02.13, rel. Des. Guilherme G. Strenger; (e) TJRJ, RSE 0000918-08.2006.8.19.0028, 2.ª Câm. Civ., j. 15.03.2011, rel. Des. Antônio José Ferreira Carvalho; (f) TJRS, MS 70047045877, 4.ª Câm. Civ., j. 15.03.2012, rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira; dentre tantos outros.

nimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.[11]

No dia 16.08.2005, o STF, nos autos do *HC* 83.554, determinou o trancamento da ação penal relativamente ao então Presidente da Petrobrás, por considerar que não seria possível atribuir-lhe objetivamente a responsabilidade penal pelo dano ambiental supostamente provocado pelas atividades da empresa, ante a falta de demonstração do nexo causal existente entre o resultado lesivo e uma qualquer conduta sua.[12]

O STJ, por seu turno, no dia 09.02.2006, ao tomar conhecimento do teor da decisão proferida pela Suprema Corte, no julgamento do Recurso em MS 16.696/PR, concedeu ordem de *habeas corpus*, de ofício, para excluir do polo passivo da ação penal também o Superintendente da Refinaria Presidente Getúlio Vargas, sob o argumento de que ele teria simplesmente dado consecução ao programa administrativo do então Presidente da Petrobrás. Ato contínuo, o STJ deu provimento ao recurso em mandado de segurança e trancou a ação penal movida em face da pessoa jurídica Petrobrás, com arrimo na teoria da dupla imputação necessária.[13]

11. Acórdão RE 548.181/PR, p. 20.

12. "*Habeas Corpus*. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2.º da Lei 9.605/1998. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência de nexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. *Habeas Corpus* concedido" (STF, HC 83.554, 2.ª T., j. 16.08.2005, rel. Min. Gilmar Mendes).

13. "Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito processual penal. Crime ambiental. Responsabilização da pessoa jurídica. Possibilidade. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Ocorrência. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela *(sic)* estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio* humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício" (STJ, RMS 16.696/PR, 6.ª T., j. 09.02.2006, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Foi precisamente contra essa decisão do STJ que a Subprocuradoria Geral da República interpôs o RE 548.181 perante o STF. Com relação à concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, em benefício do Superintendente da Refinaria Presidente Getúlio Vargas, o recurso ministerial aduziu que tal medida teria violado o princípio constitucional da culpabilidade, porquanto, na sua ótica, as razões que levaram o STF a excluir o Presidente da Petrobrás do polo passivo da ação penal não seriam extensíveis ao outro dirigente da empresa, que detinha o efetivo controle da unidade subsidiária responsável, em tese, por causar o dano ambiental. Já no que diz respeito à parte da decisão do STJ que promoveu o trancamento da ação penal relativamente à empresa Petrobrás, sustentou-se no recurso ministerial que o condicionamento da persecução penal da pessoa jurídica à persecução penal simultânea de uma pessoa física desrespeitaria o art. 225, § 3.º, da CF/1988, além de impactar na eficácia da responsabilização penal dos entes coletivos, eis que, no mais das vezes, não seria viável especificar o indivíduo responsável pela prática do crime ambiental no âmbito da empresa.

Inicialmente, o STF negou seguimento ao RE 548.181, no dia 17.04.2009, por decisão monocrática da lavra do Min. Menezes Direito, que julgou que eventual ofensa à Constituição Federal teria sido reflexa e que a sua análise demandaria revolvimento do acervo probatório, o que não seria admissível nesta via recursal.

Uma vez interposto Agravo Regimental pelo Ministério Público Federal e substituída a relatoria para a Min. Rosa Weber, a 1.ª T. do STF, no dia 14.05.2013, reformou a decisão anterior e determinou o prosseguimento do recurso extraordinário, por vislumbrar que seria merecedora de exame a tese de que o art. 225, § 3.º, da CF/1988 teria sido vilipendiado pelo condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica à imputação simultânea dos fatos narrados na denúncia a uma pessoa física.[14]

4. O ACÓRDÃO RE 548.181

O RE 548.181 foi levado a julgamento no dia 06.08.2013, sendo que o seu respectivo acórdão somente foi publicado no dia 30.10.2014.

14. "Agravo regimental em recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento à identificação e à persecução da pessoa física. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3.º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido" (STF, AgRg no RE 548.181/PR, 1.ª T., j. 14.05.2013, rel. Min. Rosa Weber).

Na ocasião, a 1.ª T. do STF concluiu, por estreita maioria de votos, que o art. 225, § 3.º, da CF/1988 não estaria sendo respeitado pelo posicionamento até então consolidado no âmbito do STJ.

Segundo o voto vencedor proferido pela Min. Rel. Rosa Weber, que foi acompanhado pelos Min. Dias Toffoli e Roberto Barroso, o condicionamento da responsabilização penal dos entes coletivos à imputação concomitante dos fatos a um indivíduo específico configuraria uma restrição indevida à norma insculpida no art. 225, § 3.º, da CF/1988, na medida em que se estaria a contrariar "a intenção expressa do constituinte originário, não apenas a de ampliar o alcance das sanções penais, mas sim de evitar a impunidade – ante as enormes dificuldades de individualização dos responsáveis internos na corporação".[15]

Percebe-se, portanto, que a orientação que prevaleceu no julgamento partiu da premissa de que o legislador constituinte introduziu no ordenamento jurídico a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com o único e primordial objetivo de superar supostas dificuldades probatórias na identificação dos indivíduos responsáveis pela prática de crimes no ambiente empresarial, caracterizado pela repartição de tarefas e pela segmentação dos processos decisórios.

É bem verdade que, em alguns trechos do acórdão, transparece a ideia de que não se está a defender uma espécie de responsabilidade penal objetiva, notadamente, quando se assevera que o ente coletivo somente poderá ser condenado pela prática de um crime ambiental se ficar comprovado ao longo da instrução processual que:

> (...) o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária; e ainda que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva.[16]

Todavia, em muitas outras passagens, fica nítida a impressão de que preponderou na discussão travada no âmbito da 1.ª T. do STF o entendimento de que a Constituição Federal impõe que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas objetivamente na esfera penal pela prática de crimes ambientais.

Aliás, o Min. Roberto Barroso deixou claro, logo no início da sessão de julgamento, que, na sua perspectiva, o RE 548.181 pretendia discutir justa-

15. Acórdão RE 548.181/PR, p. 49.

16. Idem, p. 58.

mente "uma questão jurídica quase que em tese, que diz respeito, eu diria, à responsabilidade objetiva ou não da pessoa jurídica, independentemente de qualquer sujeito";[17] sendo certo ainda que a posição externada pelo renomado constitucionalista um pouco mais adiante, no momento em que proferiu o seu voto, tangencia, de fato, a defesa de uma verdadeira responsabilidade penal objetiva dos entes coletivos.[18]

Ao final do julgamento, restaram vencidos os Min. Marco Aurélio e Luiz Fux, que não apenas concluíram pela inexistência de violação à norma prevista no art. 225, § 3.°, da CF/1988, como também exprimiram um certo desconforto com a própria possibilidade de se utilizar o direito penal para punir as pessoas jurídicas.[19]

5. COMENTÁRIOS CRÍTICOS AO ACÓRDÃO RE 548.181

O recurso extraordinário, nas palavras do Min. do STF Gilmar Ferreira Mendes, é o "instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a

17. Acórdão RE 548.181/PR, p. 24.

18. "Sei que a doutrina criminal, em geral, questiona, em alguma medida, essa responsabilização da pessoa jurídica e questiona por uma certa dificuldade em admitir a responsabilidade objetiva em matéria penal, mas o fato é que a dicção do art. 225, § 3.°, é inequívoca, e para pesar, eu sei, da doutrina criminal, há uma certa tendência mundial de responsabilização das pessoas jurídicas em algumas matérias" (Trecho do Voto do Min. rel. Roberto Barroso – p. 59 do Acórdão RE 548.181/PR).

19. "(...) Presidente, não se discute, no caso, responsabilidade civil, administrativa, trabalhista – que também é civil. Discute-se responsabilidade penal. E é estreme de dúvidas que não está em jogo a extensão da ordem, implementada quanto ao Presidente da Petrobrás, ao superintendente. Já não se terá, nesta ação penal, tal como proposta, uma pessoa natural como acusada, mas, mesmo assim, placita-se persecução que envolve sanção a alcançar a liberdade de ir e vir. Fico a imaginar, uma vez selada a culpa da Petrobras, quem será escalado para cumprir a pena!
Continuo convencido de que estamos gastando vela com um péssimo defunto. Tenho, para mim, que, por mais que potencialize o preceito do art. 225 da CF/1988, quanto à responsabilidade penal das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, não é dado, diante das balizas objetivas e subjetivas da persecução penal, concluir vulnerado esse preceito" (Trecho do Voto do Min. Marco Aurélio, p. 62).

verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância".[20]

A Constituição Federal, no seu art. 102, III, atribui exclusivamente ao STF a competência para julgar, no âmbito do recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão: (a) contrariar dispositivo da Constituição; (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo legal contestado em face da Constituição; e (d) julgar válida lei local em face de lei federal.

No caso em apreço, o recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público para questionar a constitucionalidade de uma decisão do STJ que versava sobre os contornos e os limites da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Impende ressaltar que o STF, ao ser instado a aferir se uma decisão proferida pelo STJ está ou não em conformidade com a Constituição Federal, deve se valer da mesma cautela e moderação que lhe são exigidas na análise da constitucionalidade de uma norma emanada pelo Poder Legislativo, sob pena de se infringir o princípio da separação dos poderes. Afinal, ao considerar que uma orientação que norteou uma decisão do STJ é inconstitucional, a Suprema Corte, por via reflexa, acaba por limitar a atividade legiferante do Congresso Nacional, impedindo que venha a ser elaborada no futuro uma lei que adote esse mesmo entendimento tido por inconstitucional.

A doutrina constitucionalista, como se sabe, não é de hoje que adverte que não cabe às Cortes Constitucionais enveredar por um profundo reexame judicial das normas editadas pelo Poder Legislativo, sob uma perspectiva teleológica, mas lhes compete tão somente realizar o controle externo de constitucionalidade, que consiste na fiscalização da obediência aos limites extrínsecos e da inexistência de erros manifestos, segundo um critério de evidência.[21] Sob esse prisma, os objetivos políticos perquiridos pelo legislador não devem ser controlados pelos Tribunais Constitucionais no que tange à sua correção e oportunidade.[22] Entende-se, assim, que lhes incumbe apenas avaliar se a regu-

20. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 998.

21. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 225.

22. BACHOF, Otto. Estado de Direito e poder político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LVI, 1980, p. 13.

lamentação infirmada respeita minimamente o sentido das normas constitucionais, e não se ela é a alternativa que melhor atende aos anseios do legislador constituinte. Não se estaria então diante de um juízo de otimização.

Se assim não fosse, correr-se-ia o risco de os magistrados que integram os Tribunais Constitucionais tornarem-se os *Senhores da Constituição* e de se abrirem as portas para a implementação de uma ditadura constitucional, o que deve ser combatido a todo custo em um Estado Democrático de Direito.

No acórdão RE 548.181, ao declarar a inconstitucionalidade do posicionamento que condicionava a deflagração da ação penal em face da pessoa jurídica à imputação concomitante dos fatos descritos na denúncia a uma pessoa física, parece evidente que o STF usurpou a competência do STJ, que recebeu da própria Constituição Federal a valiosa missão de garantir a aplicação uniforme da legislação federal,[23] bem como interferiu indevidamente nas funções privativas do Poder Legislativo, vulnerando-se, desta forma, o princípio constitucional da separação de poderes.

Ao contrário do que restou aduzido no acórdão, não se mostra possível extrair da Constituição Federal, nem após um enviesado esforço interpretativo, a conclusão de que "a expressa intenção do constituinte originário" seria ampliar o alcance das sanções penais e evitar uma suposta impunidade oriunda de eventual dificuldade na identificação das pessoas físicas responsáveis pela prática de infrações penais no seio empresarial.

Na realidade, o que se depreende da Carta da República é apenas a vontade do legislador constituinte de contar com o direito penal para reforçar a tutela do meio ambiente. Daí porque ele se preocupou em estabelecer no art. 225, § 3.°, que "[a]s condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas, físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Nada além disso.

Basta um relancear de olhos na redação do art. 225, § 3.°, da CF/1988, para que se constate que o constituinte originário não impôs a adoção de qualquer medida de política criminal específica e predeterminada, deixando a cargo do

23. Art. 105 da CF: "Compete ao STJ: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: *a*) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; *b*) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; *c*) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

legislador ordinário a tarefa de definir de que forma o direito penal deveria ser manejado para a garantia de uma proteção adequada do meio ambiente.

Por conta disso, não soa correta a conclusão alcançada pela 1.ª T. do STF, por apertada maioria, vale repisar, de que o art. 225, § 3.º, da CF/1988 teria sido desrespeitado pelo entendimento do STJ que sujeitava a deflagração de ações penais em face de pessoas jurídicas à imputação simultânea dos fatos narrados na denúncia a pessoas físicas.

Não se vislumbra afronta direta ao art. 225, § 3.º, da CF/1988, justamente, porque a norma nele insculpida nem sequer se propõe a fixar diretrizes concretas de política criminal.

Em que pese esse argumento não tenha sido invocado de forma explícita no acórdão RE 548.181, não caberia aqui sustentar que a aplicação da teoria da dupla imputação necessária seria inconstitucional por deixar desguarnecido o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado e saudável, violando o princípio constitucional da proibição do déficit (*Untermassverbot*).

O princípio da proibição do déficit constitui uma das duas facetas do princípio constitucional da proporcionalidade. Como bem esclarece Lênio Luiz Streck:

> (...) a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental.[24]

Ensina-nos Canotilho que se estará diante de "um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflitcht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais". Em última instância, o que é exigido então por essa face do princípio da proporcionalidade é a adoção por parte do Estado de "medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz de direitos fundamentais".[25]

24. STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição – Da proibição do excesso (Übermа verbot) à proibição de proteção deficiente (Unterma verbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LXXX. Coimbra. 2004.

25. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 273.

Ainda que discorde da interpretação conferida pelo STJ às leis ordinárias que dispõem sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, não parece possível sustentar que o meio ambiente, enquanto direito fundamental da terceira geração, teria ficado manifestamente desprotegido, em níveis inconstitucionais, pelo mero condicionamento da instauração de ações penais em face de entes coletivos à imputação concomitante dos fatos narrados nas respectivas denúncias a pessoas físicas.

Antes de mais, não se pode perder de vista que há inúmeros países que ainda resistem à tendência internacional de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas pela prática de crimes, dentre os quais se destaca a Alemanha, sem que se questione a constitucionalidade desta opção legislativa de política criminal à luz de um suposto déficit de proteção a direitos fundamentais.

Além disso, a mera existência de forte oposição na doutrina penal brasileira e estrangeira à possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas já é capaz de revelar que uma medida de política criminal que pretenda ampliar a incidência do direito penal sobre os entes coletivos, tal como a que restou defendida pela maioria dos Ministros que integram a 1.ª T. do STF, não pode ser compreendida como a única opção que assegura uma proteção constitucionalmente adequada e eficaz de um determinado direito fundamental.

Vale notar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica sofre com algumas contundentes críticas doutrinárias inclusive nos países que a aceitam há bastante tempo, como é o caso dos Estados Unidos. John Hasnas, por exemplo, assinala que a responsabilidade penal de entes coletivos é uma violação direta à estrutura teórica do direito penal norte-americano. Para ele, a paradigmática decisão da Suprema Corte americana no caso *New York Central & Hudson River R.R.Co. vs United States,* que reconheceu pela primeira vez a possibilidade de se atribuir a responsabilidade penal a uma pessoa jurídica naquele país, traduz-se em um erro que vem sendo repetido pela justiça norte-americana ao longo dos últimos 100 anos.[26] V.S. Khanna, por sua vez, admite que, no passado, quando os instrumentos cíveis ainda não se encontravam tão bem estruturados, po-

26. HASNAS, John. The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability. *American Criminal Law*. vol. 46. 2009, p. 1.329-1.358. Segundo o autor, "[w]hen first confronted with this choice in 1909, the Supreme Court opted do relax the law's constraints. I believe this was a momentous mistake. If jazz is indeed the musical form in which one legitimizes a mistake by repeating it, then the federal judiciary has been playing New York Central jazz for a century. It is high time for the judiciary to change its tune and learn to play some more melodic classical music from the 19th century, when the rules of criminal law were consistent with its underlying

deria haver alguma justificativa para se procurar responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas. Na atualidade, entretanto, o autor não hesita em apontar para o propósito que é atendido com persecução penal dos entes coletivos: "*almost none*".[27]

Aliás, mesmo nos Estados Unidos, cujo sistema jurídico, ao menos no que toca a este ponto, é comumente citado pelos partidários da responsabilidade penal da pessoa jurídica como um exemplo a ser seguido, verifica-se uma recente tendência de se buscar alternativas à persecução penal dos entes coletivos (em especial, das grandes corporações). Sensíveis aos terríveis efeitos colaterais que normalmente advêm de uma condenação penal de uma pessoa jurídica, na última década, os promotores de justiça norte-americanos têm deixado de oferecer denúncias contra grandes empresas em troca da sua concordância em pagar expressivas multas e em adotar determinadas medidas voltadas à reformulação da sua governança corporativa. Tem sido, assim, cada vez mais frequente nos últimos anos a celebração dos chamados *deferred prosecution agreements* e *non prosecution agreements*.[28] Jullien O'Sullivan observa

---

theoretical structure and the oxymoron of vicarious criminal liability and the abomination of collective punishment were unknown" (p. 1358).

27. KHANNA, V.S., Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve? *Harvard Law Review*. vol. 109. 7. 2006, p. 1.534.

28. A distinção entre os dois tipos de acordos celebrados entre os promotores norte-americanos e as empresas supostamente infratoras é muito bem delineada por Brandon L. Garrett: "*A deferred prosecution is filed with the court and remains on the judge's docket until the term is completed and the case is dismissed. A non-prosecution is never filed with a judge at all; such an agreement states that prosecutors will not file if the corporation complies*" (GARRETT, Brandon L. *Too Big to Jail*. Estados Unidos: The Beknap Press of Harvard University Press, 2014. p. 63-64). Julie R. O'Sulllivan, por seu turno, destaca que as cláusulas que costumam constar nesses tipos de acordos são as seguintes: "• an admission of wrongdoing by the company; • a corporate agreement to cooperate with the government in ongoing investigations, including those in which corporate agents and employees are targeted; • payment of monetary fines and penalties; • a corporate undertaking to improve compliance programs, sometimes under the scrutiny of a 'monitor' hired and paid for by the company in consultation with the government; • a waiver of indictment, the statute of limitation, and the right to a speedy trial; • a provision stating that if the company breaches the agreement, it will be subject to prosecution, and that the agreement's statement of facts, which constitutes an admission of guilt, will be admissible; • but if the company complies with the agreement, the government will not proceed with a criminal case against it; and •an agreement that the agreement does not bind other parties, including other federal agencies" (O'SULLIVAN, Julie R., "How Prosecutors Apply the 'Federal Prosecutions

que essa mudança de postura no enfrentamento da criminalidade corporativa teve início a partir da condenação em primeira instância da empresa Arthur Andersen pela prática do crime de obstrução de justiça; condenação, esta, que aniquilou aquela que na época era uma das cinco maiores empresas de auditoria do mundo e que resultou no desemprego de 28.000 pessoas.[29]

Diante desse quadro, se a própria conveniência de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas é uma questão demasiadamente controvertida na doutrina e no direito comparado, não se afigura legítimo que o STF conclua, descurando-se do critério de evidência que deve nortear as suas decisões, que o meio ambiente ficou desguarnecido, em níveis constitucionalmente intoleráveis, pela adoção da teoria da dupla imputação necessária no âmbito do STJ.

Ante o exposto, parece que a 1.ª T. do STF se excedeu e se imiscuiu nas funções privativas do legislador ao proclamar que a única medida de política criminal que se coaduna com a Constituição Federal é a que permite que a pessoa jurídica seja acusada na esfera criminal, independentemente da imputação simultânea dos fatos narrados na denúncia a uma pessoa física, pois essa compreensão não emerge do art. 225, § 3.º, da CF/1988, nem do princípio da proporcionalidade (na sua vertente da proibição do déficit) ou do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado e saudável.

6. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL APÓS O ACÓRDÃO RE 548.181: PARA ONDE IR?

O acórdão RE 548.181 do STF repercutiu imediatamente na jurisprudência brasileira, o que não deixa de ser surpreendente, haja vista que se está perante apertada decisão proferida por uma das suas duas turmas, que pode ou não refletir a orientação da maioria absoluta dos Ministros que integram a Corte.

O STJ se curvou, com incomum rapidez, ao entendimento que prevaleceu no âmbito da 1.ª T. do STF, sendo certo que tanto a 5.ª T. quanto a 6.ª T. se posicionaram recentemente pela possibilidade de se instaurar uma ação penal

---

of Corporations' Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What that Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanctions". *American Criminal Law Review*. 2014, p. 53). Afigura-se oportuno salientar que tanto Garret quanto O'Sullivan são ferrenhos críticos dessa nova postura adotada pelos promotores de justiça norte-americanos, por considerarem que o direito penal ainda cumpre um papel fundamental no combate à criminalidade empresarial.

29. Idem, p. 52-53.

em face de uma pessoa jurídica, independentemente da imputação simultânea dos fatos delituosos a uma pessoa física.[30]

No dia 17.09.2015, ao julgar o RO em HC 50.470/ES, a 5.ª T. do STJ se deparou com uma ação penal deflagrada em face de uma pessoa jurídica e de seus quatro sócios pela suposta prática do crime ambiental de poluição. Segundo os fatos descritos na denúncia, um caminhão da empresa acusada teria tombado na estrada e teria derramado ácido clorídrico no solo, causando poluição potencialmente perigosa à saúde humana. No julgamento, a 5.ª T. do STJ determinou o trancamento da ação penal quanto às pessoas físicas, por considerar que elas teriam sido acusadas apenas por ostentarem a condição de sócias da empresa, o que configuraria inadmissível hipótese de responsabilidade penal objetiva. Já no que tange à situação da pessoa jurídica, prevaleceu a orientação de que a ação penal deveria continuar o seu trâmite normal, *verbis*: "Tendo em vista que a Primeira Turma do STF reconheceu que a necessidade de dupla imputação nos crimes ambientais é prescindível, uma vez que viola o disposto no art. 225, § 3.º, da CF/1988 (...), a ação penal deve prosseguir somente para a pessoa jurídica acusada".[31]

Extrai-se dos recentes julgados do STJ que o acordão RE 548.181 do STF provocou uma verdadeira ruptura na jurisprudência brasileira, que está agora caminhando a passos largos para legitimar a introdução no país de uma espécie de responsabilidade penal objetiva dos entes coletivos.

Não nos parece, entretanto, que a jurisprudência brasileira esteja seguindo na direção correta. Afinal, o art. 3.º da Lei 9.605/1998, que, frise-se, não foi declarado inconstitucional pelo STF, não autoriza que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas penalmente de forma objetiva. Muito pelo contrário, a norma contida neste artigo é expressa ao preceituar que os entes coletivos somente poderão ser responsabilizados penalmente "nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade".

Diante de tão clara disposição legal, ainda que prevaleça o entendimento de que a teoria da dupla imputação necessária não tem lugar no ordenamento

30. A 5.ª T. do STJ manifestou a sua nova compreensão sobre esse tema nos seguintes acórdãos: (a) RHC 50.470/ES, j. 17.09.2015, rel. Min. Gurgel de Faria, *DJ* 06.10.2015; (b) RMS 37.173/BA, j. 06.08.2015, rel. Min. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJ* 13.08.2015. Já a 6.ª T. passou adotou o mesmo entendimento no seguinte acórdão: (c) RHC 43.354/PA, j. 04.08.2015, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJ* 14.10.2015.

31. Trecho da Ementa do Acórdão RHC 50.470/ES do STJ.

jurídico-constitucional brasileiro, mostra-se indelével a conclusão de que uma empresa somente poderá figurar no polo passivo de uma ação penal quando restar caracterizado que o crime ambiental foi praticado (a) no seu interesse ou benefício, (b) por decisão do seu representante legal, contratual ou do seu órgão colegiado.

Caberá, assim, ao Ministério Público identificar na denúncia a pessoa física responsável pela tomada da decisão, a partir dos elementos probatórios que estiverem disponíveis nos autos do correspondente procedimento apuratório, sobretudo para que seja possível aferir se o agente detém a qualidade específica que é exigida pela lei para que se viabilize a instauração da ação penal contra a pessoa jurídica. Do mesmo modo, competirá ao órgão acusatório discriminar na denúncia os benefícios pretendidos ou os interesses perseguidos com a prática da conduta tida por delituosa. Não agindo assim o órgão ministerial, deverá ao juiz da causa rejeitar a denúncia, porquanto inepta e/ou carente de justa causa, com fundamento no art. 41[32] e art. 395, I e III,[33] do CPP.

Tanto o STF, no julgamento do RE 548.181, quanto o STJ, no recente julgamento do RO em HC 50.470, não parecem ter andado bem ao determinar o prosseguimento das ações penais em face das pessoas jurídicas após o trancamento das ações penais quanto às pessoas físicas. Uma vez reconhecido que as pessoas físicas foram denunciadas indevidamente, apenas por ocuparem determinado cargo ou ostentarem determinada posição societária, seria imperioso o trancamento das ações penais também quanto às pessoas jurídicas. Sublinhe-se que essa providência não seria reclamada por força da teoria da imputação necessária, mas, sim, porque, com o reconhecimento da inépcia ou da falta de justa causa para a deflagração da ação penal quanto às pessoas físicas, a denúncia deixou de conter a indicação do representante legal ou contratual responsável pela tomada da decisão que teria resultado na prática do crime ambiental, em dissintonia com o art. 3.º da Lei 9.605/1998 e com os arts. 41 e 395, I e III, do CPP.

32. Art. 41 do CPP: "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

33. Art. 395. "A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; (...) III – faltar justa causa para o exercício da ação penal".

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quase 20 anos depois da introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, observa-se que os seus pressupostos, contornos e limites permanecem fluidos.

Impulsionada pelo acórdão RE 548.181 do STF, mas ao arrepio das normas penais e processuais penais pertinentes, a jurisprudência brasileira parece se direcionar no sentido de admitir algo que muito se aproxima a uma responsabilidade penal objetiva dos entes coletivos, o que é motivo de grande preocupação.

Caso se confirme essa tendência, julga-se que os possíveis benefícios advindos de uma eventual redução da impunidade, não seriam aptos a justificar os prováveis prejuízos causados ao desenvolvimento das atividades empresarias, à coletividade como um todo e ao próprio direito penal.

Nesse cenário que se avizinha, tem-se por certo que a probabilidade de uma empresa vir a ser considerada criminosa ou reincidente passaria a estar diretamente relacionada às suas dimensões e/ou aos riscos ambientais inerentes às suas atividades; e não à integridade da sua cultura corporativa ou às medidas internas porventura adotadas para prevenir e reprimir incidentes de natureza criminal. Prosperaria, então, a criminalização das grandes corporações envolvidas em atividades de risco, sendo previsível que os indesejados efeitos colaterais desta criminalização recairiam não apenas sobre os seus dirigentes e empregados, mas, em última análise, sobre a própria comunidade.

Também o direito penal, enquanto importante mecanismo jurídico de controle social, não passaria incólume por tamanha expansão das suas fronteiras. Ao se aceitar a punição penal das pessoas jurídicas independentemente da aferição de sua culpabilidade, ainda que fictícia (porquanto atrelada à culpabilidade de determinadas pessoas físicas), a força simbólica do direito penal, orientada para a tutela subsidiária e fragmentária de bens jurídicos, fatalmente ficaria comprometida a médio-longo prazo. No final das contas, a distinção entre o direito penal e o direito administrativo passaria a ser traçada apenas no campo semântico.

Em sede de conclusão, espera-se que a jurisprudência brasileira, em atenção à Lei de Crimes Ambientais e à Constituição Federal, recue e passe a levar às últimas consequências as passagens do acórdão 548.181 que reafirmam que a imputação de determinado fato criminoso a uma pessoa jurídica continua a depender invariavelmente da constatação de que ele foi cometido no seu interesse ou benefício, por decisão de seu representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado.

BIDINO, Claudio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 383-405, set. 2016.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

BACHOF, Otto. Estado de Direito e poder político: Os Tribunais Constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LVI. p. 13. 1980.

BAIGÚN, David. Naturaleza de la Acción Institucional en el Sistema de la Doble Imputación. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. In: BAIGÚN, ZAFFARONI, GARCÍA-PABLOS e PIERANGELLI (org.). *De las Penas*. Argentina: Depalma, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BREDA, Juliano. A inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.

FREITAS, Vladimir Passos de. O crime ambiental e a pessoa jurídica. *Cidadania e Justiça*. p. 212-219. 1.º semestre/1999.

GARRETT, Brandon L. *Too Big to Jail*. Estados Unidos: The Beknap Press of Harvard University Press, 2014.

HASNAS, John. The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability. *American Criminal Law*. vol. 46. p. 1.329-1.358. 2009.

KHANNA, V.S. Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve? *Harvard Law Review*. vol. 109. 7. p. 1.477-1.534. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 2.

O'SULLIVAN, Julie R. "How Prosecutors Apply the 'Federal Prosecutions of Corporations' Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What that Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanctions". *American Criminal Law Review*. p. 29-77. 2014.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina. 2006.

PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Nova Lei Ambiental. *Revista Cejap*. vol. 3. n. 5. p. 21-32. 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A responsabilidade penal da pessoa jurídica – Artigo 3.º. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (orgs.). *Crimes ambientais – Comentários à Lei 9.605/1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Direito e sociedade*. vol. 2, n.1. Curitiba: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Paraná. p. 127-142. jan.-jun./2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2003.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. Responsabilidade penal de pessoa jurídica por dano ambiental. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 02. n. 08. p. 145-172. 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição – Da proibição do excesso (Übermа verbot) à proibição de proteção deficiente (Unterma verbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LXXX. Coimbra. 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Davi de Paiva Costa Tangerino – *RBCCrim* 86/36-60, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/877-900 (DTR\2010\726); e
- Responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, teoria da dupla imputação e hermenêutica constitucional: uma análise crítica do RE 548.181/PR, de Rafael de Oliveira Costa – *RDA* 79/231-245 (DTR\2015\13239).

86370

Criminologia Realista, de Roger Matthews

Realist Criminology, by Roger Matthews

Vitor Stegemann Dieter

Mestre em Criminologia e segurança pela Università degli Studi di Padova e Università di Bologna.
Mestre em Direito do Estado pela UFPR.
Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.
Doutorando em Criminologia pela University of Kent e Eötvös Loránd University.
vitordieter@gmail.com

Dados bibliográficos: MATTHEWS, Roger. *Realist Criminology*. Palgrave, Macmillan: Basingstoke, 2014.

Resumo: Roger Matthews com "Criminología Realista" pretende reinaugurar a criminologia realista no centro do debate criminológico contemporâneo. De fato, o refinado teor crítico do livro dialoga com as correntes dominantes na criminologia contemporânea – i.e. criminologias da escolha racional, criminologia feminista, criminologia cultural e pensadores como Wacquant, Garland, Jonathan Simon etc. – e aponta tanto suas contribuições quanto seus limites. Especial atenção é dada aos teóricos liberais estadunidenses, principalmente aos conceitos de punitivismo, giro punitivo e guerra ao crime. Também assenta bases epistemológicas e metodológicas para a pesquisa, sugerindo novos caminhos para a criminologia. Porém, a obra não finaliza o trabalho que começa, faltando explicar a situação do crime no mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Realismo crimonológico – Criminologia crítica – Teoria criminológica – Realismo – Teoria do crime – Vitimização.

Abstract: Roger Matthews in "Criminología Realista" intends to re-establish realist criminology in the centre of the debate of contemporary criminology. Indeed, the refined critical content engages with the dominant criminology schools – i.e. rational choice theories, feminist criminology, cultural criminology, and thinkers such as Wacquant, Garland, Jonathan Simon and so on – and points both to their contributions and to their limitations. Special attention is given to liberal concepts, i.e. to "punitivism", "punitive turn", and "war on crime" concepts. The book also lays epistemological and methodological grounds to realist research, indicating possible pathways to criminology. However, the work Matthews started is not completely finished, it lacks an explanation of the ways in which crime in the contemporary world can be understood.

Keywords: Realist criminology – Critical criminology – Criminological theory – Realism – Crime theory.

Sumário: 1. Introdução – 2. Os diálogos e bases de "Criminología Realista" – 3. Um outro livro ainda a ser escrito – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O *realismo criminológico de esquerda* foi e é uma corrente da criminologia crítica surgida nos anos 80. Desde os seus primórdios, almejava engajar-se no debate público sobre o crime e, consequentemente, disputar o campo político-criminal em contra da crescente força de criminólogos conservadores. Porém, desde o falecimento de Jock Young em 2013, permanecia uma latente lacuna teórica realista que desse conta dos novos acontecimentos na criminologia em geral.[1] Nesse sentido, Roger Matthews reinaugura um processo de introdução da criminologia crítica realista para uma nova geração de leitores. Se por si mesmo "Realist Criminology" já é motivo de controvérsia no mundo anglófono, é provável que o lançamento da tradução em espanhol de "Criminología Realista" abra algumas reflexões e, quem sabe, novos panoramas críticos para a criminologia latino-americana.

Se, conforme o prefácio, com esta obra o objetivo de Roger Matthews é não só reestabelecer a criminologia realista, mas também contribuir para o desenvolvimento de uma abordagem mais crítica e progressista ao desenvolvimento do crime e da punição; o objetivo da presente resenha é delimitar a extensão em que "Criminología Realista" alcança essa meta e, nesse processo, apontar os limites para uma crítica criminológica contemporânea.

2. OS DIÁLOGOS E BASES DE "CRIMINOLOGÍA REALISTA"

Um dos aspectos mais interessantes para o público latino-americano é a apresentação de correntes ainda inéditas ou pouco discutidas na nossa criminologia, nomeadamente a criminologia cultural. Em relação a esta corrente, Roger Matthews é bastante ponderado, elogiando, principalmente, Jack Katz, Jeff Ferrell e outros que se empenharam em compreender o crime como um *elemento cultural*, isto é, o esforço por ilustrar os *significados culturais* subjacentes ao desvio.[2] De fato, a criminologia cultural desenvolveu toda uma rica

1. V.g. MATTHEWS, R. *Realist Criminology*. Basingstoke: Palgrave, Macmillan, 2014. Resenha de Loader, I. *British Journal of Criminology*. nov. 2014. p. 428-429; bem como ZAFFARONI, E. R. Prefacio. In: MATTHEWS, R. *Criminología realista*. Buenos Aires: Didot, 2016.
2. Entre outros KATZ, J. *Seductions of crime: moral and sensual attractions in doing evil*. New York: Basic Books, 1988; FERRELL, J.; HAYWARD, K. J.; YOUNG, J. *Cultural Criminology:* an invitation. London: SAGE, 2008; FERRELL, J. *Cultural criminology unleashed*. London: GlassHouse, 2004.

base teórica e metodológica para superar os limites de correntes economicistas da criminologia. De outro lado, Roger Matthews também apresenta o que acredita que são as limitações desta vertente.

Entre os problemas da criminologia cultural, argumenta Roger Matthews, está a idealização do desviante e a caricaturização do *status quo*: pichadores, *base-jumpers*, escaladores e outras formas *cool* de desvio são pintados de atores contra hegemônicos, cujo principal inimigo é a mídia, o consumismo e a sociedade convencional. Os culturalistas, consequentemente, no seu afã de superar o reducionismo das criminologias da escolha racional, acabaram por subestimar os elementos econômicos e políticos subjacentes ao fenômeno criminal. Portanto, argumenta o autor, ao invés da criminologia cultural quebrar com a criminologia tradicional, em realidade, acaba por assumir uma postura *liberal* ao: (1) idealizar formas de crime; (2) não dar a devida atenção à vitimização do crime; (3) demonstrar limitado espectro explicativo-generalizável e; (4) ter pouca aplicação política.

É louvável, porém, o esforço de "Criminología Realista" em criar uma ponte para a assimilação das contribuições epistemológicas da criminologia cultural. A obra defende uma *criminologia cultural realista*, capaz de incorporar na abstrata explicação das causas do crime, o conteúdo de *significações, energias e emoções* retratadas nas narrativas da criminologia cultural. Evidentemente esta incorporação mútua (a criminologia realista como o cérebro e a criminologia cultural como o coração) ainda está por ser feita, mas há dois exemplos do que seria uma criminologia cultural realista: os trabalhos de Philippe Bourgois[3] com usuários de drogas e de John Braithwaite[4] em relação a formas de reintegração por meio da vergonha e não do encarceramento. Portanto, Roger Matthews dá um passo significativo para a criminologia, não só ao introduzir uma crítica realista à criminologia cultural, mas ao argumentar na necessidade da superação de ambas para uma *criminologia cultural realista*.

Devemos mencionar também que outro mérito do livro é o breve diálogo com a *criminologia feminista*. Seguindo a linha das suas pesquisas anteriores da vitimização feminina – como a prostituição –,[5] Roger Matthews elogia a crítica de *enviesamento masculino* que a criminologia feminista faz à criminologia tra-

3. BOURGOIS, P. *In search of respect:* selling crack in El Barrio. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

4. BRAITHWAITE, J. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

5. MATTHEWS, R. *Prostitution, politics & policy*. London: Routledge-Cavendish, 2008.

dicional e vê como positivos os esforços acadêmicos e políticos de combate à violência doméstica, inclusive por meio de legislações penais. Porém, demonstra certo distanciamento dessa criminologia em relação ao desenvolvimento de vertentes de relativismo de gênero e do ponto epistemológico do lugar-de-fala (*standpoint theory*).

Porém, uma das maiores contribuições talvez seja a crítica a correntes atuais da criminologia crítica, inclusive criminólogos radicais e abolicionistas. Estas criminologias *liberais de esquerda*, diz Roger Matthews, afoitas por criticar a ação punitiva estatal, erram grosseiramente ao não contemplar a verdadeira extensão dos processos de vitimização criminal. Consequentemente, a falta de foco nas dimensões reais do crime, nomeadamente em relação às populações vulneráveis, cria uma indisposição por reformar o sistema de justiça criminal (*nothing works*). Acredita, Roger Matthews, que esta postura *distópica* é equivocada e perigosa, pois deixa o caminho livre para que movimentos conservadores dominem a agenda criminal.

Na linha do pensamento Foucaltiano, Roger Matthews defende que a liberdade não pode ser considerada apenas uma liberdade negativa, liberdade *apesar do Estado*. Em realidade, o *poder*, inclusive o estatal, não é apenas negativo, ele é *produtivo*. O Estado constantemente exerce seu poder para produzir as condições nas quais são possíveis o exercício da liberdade individual. Assim quando a polícia reprime a violência doméstica, ela não só pune um indivíduo, mas permite que a mulher possa exercer sua liberdade em melhores condições de igualdade. Portanto, argumenta Roger Matthews, na busca por justiça social, a agenda realista criminológica não deve ser só *contra o Estado ou contra a repressão penal*, mas também *pelo Estado*.

Mas as críticas às *criminologias críticas liberais* não se restringem às suas dificuldades epistemológicas. Roger Matthews ocupa uma significativa parte do seu livro em criticar um dos conceitos mais importantes do pensamento criminológico crítico estadunidense: o *punitivismo ou giro punitivo*. É particularmente inovador o seu ataque contra um dos conceitos mais permeáveis e resistentes da criminologia contemporânea. A obra "Criminología Realista" tenta demonstrar o quanto autores como Pratt, Garland e Wacquant[6] focam estreitamente em explicações voluntaristas (seja de políticos quanto das massas)

6. Entre eles PRATT, J. *Penal Populism*. London: Routledge, 2007; GARLAND, D. *Culture of control*. Oxford: Oxford University Press, 2001; WACQUANT, L. *Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity*. Durham, North Carolina: Duke University Press, 2009.

para explicar um aumento das respostas estatais punitivas. Acredita Roger Matthews que o erro neste enfoque é múltiplo, começando pelos vagos conceitos formulados por estes teóricos.

Deste modo, demonstra como a taxa de encarceramento, um dos pilares para sustentar o conceito de *punitivismo*, é uma referência muito problemática. Primeiro, porque no caso da Europa, muitos Estados estão passando por uma fase de estagnação ou diminuição da população prisional; segundo, porque já desde meados dos anos 80 a velocidade da taxa de encarceramento vem diminuindo paulatinamente nos Estados Unidos. Além do mais, boa parte do que é considerado *aumento do punitivismo* é em realidade aumento de formas mais brandas de punição, como o *livramento condicional*. Logo, as tendências prisionais têm sido muito mais *bifurcadas* ou *contraditórias e voláteis*[7] do que efetivamente elas são representadas por esses teóricos.

Ainda que "Criminología Realista" conceda ao argumento de que há disparidades raciais nas prisões por *drogas*, o livro indica que o bojo das atuais condenações estatais (53%) são decorrentes de *crimes violentos*, não drogas. No fundo, argumenta Roger Matthews, teóricos do *punitivismo* fazem muito mais uma interpretação dos discursos (como as leis *three strikes and you are out*) do que o efetivo estudo das tendência do sistema de justiça criminal. Ora, defende Roger Matthews nessa linha, se é deceptiva a leitura que fazem do atual sistema criminal, as "causas" que fundamentam o *punitivismo* – como *ansiedade moderna* ou o *neoliberalismo* – são ainda mais permeadas por definições rasas e nexos de causalidade com pequeno peso explicativo.

Ou autor não é menos duro com Jonathan Simon em "Governing through crime".[8] De acordo com Matthews, falta perceber a Simon que ao invés do aprofundamento de medidas tradicionais de crime e punição, está ocorrendo um lento deslocamento para formas flexíveis, mais diversas e menos hierárquicas de regulação. Apoiado em Lucia Zedner,[9] afirma que estas novas formas de regulação são notórias em dois campos: (1) o controle do pré-crime: da redução de oportunidades de transgressões e um aumento na vigilância; (2) o controle de subcrimes: o controle estende-se a formas de condutas antissociais, consumo de comida, obesidade, fumo, bebida, *fitness* etc.

7. O'MALLEY, P. Volatile and Contradictory Punishment. Theoretical Criminology. vol. 3. n. 2. May 1999, p. 175-196.
8. SIMON, J. *Governing through Crime*. New York: Oxford University Press, 2009.
9. ZEDNER, L. *Security*. London: Routledge, 2009; ZEDNER, L. Pre-crime and post-criminology. *Theoretical Criminology*. vol. 11 (2). May 2007, p. 261-281.

Por último, ainda no campo das contribuições críticas, a síntese epistemológica de "Criminología Realista" é de uma clareza translúcida. Em um período de relativismo epistemológico, Roger Matthews se debruça sobre noções clássicas da criminologia crítica para uma nova geração de leitores, muitos dos quais estão agora desenvolvendo suas pesquisas. Particularmente, firme em apontar a centralidade das relações de classe não só na relação Estado-condenado, mas também entre crime-vítima, Matthews ainda avança na compreensão do crime como construção social, na centralidade das relações de poder e, finalmente, propõe um engajamento com as políticas estatais (trabalhando *pelo e contra* o Estado) em prol dos direitos humanos. Nisto, particularmente no campo metodológico, Roger Matthews não descarta *a priori* nenhuma técnica de pesquisa (sejam qualitativas ou quantitativas), mas é assertivo na defesa de pesquisas que almejam desvelar explicações causais dos fenômenos sociais para o desenvolvimento e disputa de alternativas políticas para a *questão criminal*.

O chamado de Roger Matthews para produzir pesquisas socialmente engajadas parece em sintonia com interesses acadêmicos e sociais. No campo acadêmico, há um interesse crescente por teorias que dialoguem com o público e que tenham algum tipo de repercussão social.[10] No campo social, são notórios o interesse e a crescente disputa dos movimentos feministas e negros em temas tão diversos quanto vitimização e seletividade policial. No Brasil, em particular, o interesse dos movimentos anticorrupção provavelmente influenciarão estudos criminológicos que não devem ser considerados levianos e dos quais a criminologia crítica precisa entrar em disputa, não só contra, mas propositivamente. Porém, embora a insistência em resgatar o engajamento político seja sedutor, é preciso admitir que, dado o distanciamento dos centros de poder do conhecimento acadêmico, em certos momentos, parece que esse pragmatismo surge como outra cara-moeda de um bem intencionado utopismo.[11]

3. UM OUTRO LIVRO AINDA A SER ESCRITO

"Criminología Realista" também deixa a desejar em alguns aspectos. Embora faça uma ponte muito clara entre o movimento de criminologia crítica e a ruptura que ocorre entre *realistas* e *liberais*, a obra enfoca demais na crítica

10. Nesse sentido, LOADER, I.; SPARKS, R. *Public criminology?*: criminological politics in the twenty-first. London: Routledge, 2010.

11. MATTHEWS, R. Realist Criminology. Palgrave, Macmillan: Basingstoke, 2014. Resenha de: WINLOW, S. *Criminology & Criminal Justice*. vol. 15 (5). nov. 2014, p. 636-639.

a *liberais de esquerda* e deixa de aprofundar no aspecto histórico construtivo e propositivo da crítica à criminologia. Aliás, talvez seja neste aspecto que a obra apresenta um dos seus maiores limites. Roger Matthews passa tanto tempo enfrentando o senso comum teórico liberal que deixa de ver as suas virtudes.

Ao argumentar que o foco da punição se desloca para formas de controle pré-crime e outras condutas antissociais (subcrime), ignora o crescente uso do sistema criminal para aprofundar formas de exclusão social relacionados à prisão. Este é o caso da progressiva convergência entre leis de (anti-)imigração e leis criminais, o fenômeno conhecido como *crimmigration*.[12] Isto é, o uso de táticas migratórias com consequências penais e de táticas penais para a detenção e deportação de imigrantes. Apenas a título de ilustração, enquanto nos Estados Unidos durante o período de 1908 a 1980 foram deportadas 56 mil pessoas,[13] só no ano de 2014, mais de 315 mil pessoas sofreram essa sanção, sendo que delas, quase 180 mil são deportações decorrentes de condenação criminal.[14] Um número considerável se levarmos em consideração que as mudanças que o tal *desencarceramento* observado nos Estados Unidos entre 2013 a 2014 foi de apenas 15.400 prisioneiros.[15]

Roger Matthews também falha ao não compreender a simpatia que Wacquant, Garland e outros causam na América Latina. No Brasil, particularmente, as teses sobre *punitivismo* encontram público fácil dado o exponencial aumento da população carcerária, nomeadamente relacionadas ao tráfico de drogas e nem tanto à criminalidade violenta.[16] Neste aspecto um importante dado é que enquanto a violência interpessoal tem mostrado notável diminuição em dois dos Estados mais importantes da federação (Rio de Janeiro e São Paulo),[17] os homicídios em decorrência da atuação policial permanecem ina-

12. STUMPF, J., The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review* 56. 2006, p. 367-419.
13. Idem.
14. U.S. Immigration and Customs Enforcement. ICE Enforcement and Removal Operations Report: Fiscal Year 2014, Washington, 2014.
15. U.S. Department of Justice. Prisoners in 2014. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Washington, Sept. 2015.
16. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen.* Brasilia: Depen, jun. 2014.
17. WAISELFISZ, J. J. *Mortes matadas por armas de fogo:* mapa da violência 2015. Brasília, 2015.

balados ou apresentem eventual incremento.[18] Tendências similares são observadas em El Salvador, Honduras, Guatemala e México. Por conseguinte, um *déficit* considerável ao criticar o *punitivismo* foi não aprofundar os debates em torno do proibicionismo e da criminalização das drogas, possivelmente, um diálogo mais ponderado com os criminólogos radicais poderia ter enriquecido o controverso tema das tendências de repressão policial e prisional.

Mas creio que o maior limite de "Criminología Realista" seja o pouco desenvolvimento de uma teoria social substancial. Embora a obra apresente firmes bases epistemológicas para compreender o crime, deixa de apresentar as tendências e problemas do crime na *modernidade tardia*. Faltou o diálogo com toda a longa e profícua tradição da criminologia realista desde os anos 80 para apresentar os horizontes de uma teoria realista contemporânea.[19]

Com efeito, para um renascimento da criminologia realista, Roger Matthews passa muito tempo criticando outras correntes e pouco tempo estabelecendo os contornos do crime e controle social na sociedade contemporânea.[20] As referências vagas às novas formas de regulamentação – como o pré-crime e subcrime – e às novas complexidades sociais nas relações de produção – associadas ao pós-Fordismo e ao desenvolvimento da sociedade de informação – apenas deixam entrever alguns dos potenciais teóricos que poderiam, mas deixaram de ser desenvolvidos na obra. Neste sentido, "Criminología Realista" é um livro ainda incompleto.

4. CONCLUSÃO

Em conclusão, a obra de fato reintroduz a criminologia realista e o seu potencial crítico no campo criminológico. As sólidas bases fornecidas para fazer pesquisa, bem como as demonstradas insuficiências das correntes criminológicas contemporâneas, criam considerável margem para fundar novas bases nas críticas. Durante toda a obra Roger Matthews enfatiza na importância da criminologia realista, isto é a necessidade de partir de bases sólidas para ter resultados firmes. Enquanto critica, o autor sempre deixa entrever que os pro-

18. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança* Pública. ano 9. 2015.

19. MATTHEWS, R. Realist Criminology. Basingstoke: Palgrave, Macmillan, 2014. Resenha de LEA, J. *Theoretical Criminology*. vol. 19 (4). nov. 2015, p. 593-595.

20. MATTHEWS, R. Realist Criminology. Basingstoke: Palgrave, Macmillan, 2014. *Resenha de Loader*... cit., p. 428-429.

blemas subjacentes a essas teorias – sejam elas de escolha racional, feministas, culturais, conservadoras ou liberais –, são as instáveis bases epistemológicas e metodológicas das quais partem. Nesse sentido a obra é uma leitura obrigatória para desenvolver o senso crítico criminológico. Porém, como argumentamos, para efetivamente restabelecer a criminologia realista, Roger Matthews precisava dedicar mais tempo às tendências da *questão criminal* para formular uma teoria criminológica contemporânea. Por este ângulo, "Criminología Realista" demonstra seu potencial, mas ainda não o exerce completamente.

Nada obstante as críticas, "Criminología Realista" de fato é um livro extremamente inovador, da qual a criminologia contemporânea tem muito a ganhar. As verdadeiras contribuições de "Criminología Realista" estão em dois campos. Em primeiro lugar, no seu teor contra intuitivo (*antiliberal*), em relação ao sistema prisional e ao crime como categoria de análise. Roger Matthews argumenta convincentemente contra descartar qualquer intervenção punitiva como *a priori* negativa. Em segundo lugar, talvez mais crucial para o momento contemporâneo, oferece um marco epistemológico a partir do qual criminólogos críticos possam ir além dos marcos teóricos atuais, penso particularmente na criminologia latino-americana, a qual ainda engatinha na crítica ideológica dos anos 80, com Alessandro Baratta e Jock Young, e em outros mais contemporâneos como David Garland e Loic Wacquant. De fato, "Criminología Realista" é uma contribuição revigorante para a criminologia e volta com mão certeira a colocar o realismo no centro dos debates contemporâneos. A América Latina tem muito a ganhar com essa tradução.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURGOIS, P. *In search of respect:* selling crack in El Barrio. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

BRAITHWAITE, J. *Crime, Shame and Reintegration.* Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

FERRELL, J. *Cultural criminology unleashed.* London: GlassHouse, 2004.

_____; HAYWARD, K. J.; YOUNG, J. *Cultural Criminology:* an invitation. London: SAGE, 2008.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública,* ano 9. 2015.

GARLAND, D. *Culture of control.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

KATZ, J. *Seductions of crime:* moral and sensual attractions in doing evil. New York : Basic Books, 1988.

LOADER, I.; SPARKS, R. *Public criminology?:* criminological politics in the twenty-first. London: Routledge, 2010.

MATTHEWS, R. *Criminología realista*. Buenos Aires: Didot, 2016.

_____. *Prostitution, politics & policy*. London: Routledge-Cavendish, 2008.

_____. *Realist Criminology*. Basingstoke: Palgrave, Macmillan, 2014.

_____. _____. Resenha de Loader, I. *British Journal of Criminology*. p. 428-429. nov. 2014.

_____. _____. Resenha de WINLOW, S. *Criminology & Criminal Justice*. vol. 15 (5). p. 636-639. nov. 2014.

_____. _____. Resenha de LEA, J. *Theoretical Criminology*. vol. 19 (4). p. 593-595. nov. 2015.

Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias. Infopen*. Brasília: Depen, jun. 2014.

O'MALLEY, P. Volatile and Contradictory Punishment. *Theoretical Criminology*. vol. 3. n. 2. p. 175-196. May 1999.

PRATT, J. *Penal Populism*. London: Routledge, 2007.

SIMON, J. *Governing through Crime*. New York: Oxford University Press, 2009.

STUMPF, J., The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review* 56. p. 367-419. 2006.

U.S. Department of Justice. Prisoners in 2014. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Washington, Sept. 2015.

U.S. Immigration and Customs Enforcement. ICE Enforcement and Removal Operations Report: Fiscal Year 2014, Washington, 2014.

WACQUANT, L. *Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity*. Durham, North Carolina: Duke University Press, 2009.

WAISELFISZ, J. J. *Mortes matadas por armas de fogo:* Mapa da violência 2015. Brasília, 2015.

ZEDNER, L. Pre-crime and post-criminology. *Theoretical Criminology*. vol. 11 (2). p. 261-281. May 2007.

_____. *Security*. London: Routledge, 2009.