

Editorial

(In)Justiceiros: estamos ao lado da vingança ou da responsabilização?

As imagens registradas no dia 31 de janeiro no Flamengo, na cidade do Rio de Janeiro, de um adolescente de 15 anos acorrentado a um poste após ser espancado a pauladas, correram o país. Ele fora aprisionado por um grupo autoidentificado como “justiceiros” e “vingadores”, que o fizeram sob a justificativa de que o rapaz pertenceria a um grupo responsável pela prática de crimes patrimoniais. Mais chocantes do que a imagem em si talvez tenham sido as reações de parte do público, aplaudindo e aprovando a conduta do grupo, opinião compartilhada inclusive por determinados setores da imprensa. Desde então, episódios semelhantes de barbárie foram noticiados em diversos Estados.

Mesmo sendo possível reconhecer avanços quanto aos Direitos Humanos no plano normativo – atualmente, direitos do acusado em processo criminal integram o texto constitucional com *status* de direito fundamental – a legitimização social a atos como estes faz emergir, inevitavelmente, algumas perguntas: será que nossa Democracia tem conseguido mexer nesse lugar que ainda crê no pelourinho e no capitão do mato? Estamos construindo cidadania?

Tais atos costumam ser justificados por discursos pelos quais perpassam a descrença da sociedade na Justiça enquanto instituição, no Direito Penal vigente e no Estado Democrático de Direito. Mais uma vez nos vemos pautados pela urgência e necessidade de refletir sobre a origem desse tipo de sentimento/reação que culmina na vontade de impor um sofrimento atroz a outro ser humano, acreditando que o ato é legítimo quando determinada pessoa for suspeita de ter praticado um crime.

Os discursos vingativos somados à ampla divulgação midiática com todos os seus vieses ideológicos decorrentes de múltiplos interesses (políticos, econômicos etc.), podem ser geradores de duas consequências: a primeira vincula-se a uma sensação de insegurança gerada pelas notícias a respeito da violência, e a segunda consistente na crença de haver grupos sociais distintos entre si, os cidadãos “de bem” e “do mal”, e que cada qual seria merecedor de tratamento específico por parte do Estado e de seus cidadãos. São discursos que precisam ser desconstruídos a fim de que se enfrente a complexidade do fenômeno da criminalidade em uma sociedade.

É urgente superar o maniqueísmo que divide a população, o que somente pode se dar pela dissolução da fronteira que se supõe existir entre “o eu” e “o outro”, algo impossível se mantida a atual proposta de endurecer a legislação para o outro, ao invés de prover mais justiça para todos.

Urge também perceber que há um objetivo comum partilhado: de uma sociedade menos violenta, com menos medo, com menos sensação de insegurança. As divergências se instalam quando se debatem os meios para atingir esse objetivo: de um lado opiniões daqueles que apoiam atos como o ocorrido no Rio, de outro, estudiosos dos mais diversos setores pensando prevenção e política criminal, sem que tais políticas estejam colocadas na prática cotidiana.

Assiste-se dia após dia aos governos apoiando e implementando políticas intolerantes e repressivas que atingem sempre os mesmos setores sociais de maneira seletiva e discriminatória. Superaremos um dia a seletividade do sistema?

A liberdade de expressão e de imprensa são componentes basilares de qualquer democracia, porém é importante ponderar que o uso imprudente – ou mesmo mal intencionado – dos meios de comunicação de massa pode ter efeitos sociais deletérios. A cobertura midiática de crimes, quando acompanhada do recorrente discurso demagógico em defesa de uma suposta sociedade composta por “cidadãos de bem” ameaçada por criminosos (e estes comumente não reconhecidos como parte dessa mesma sociedade), produz o clamor público – combustível típico das legislações de pânico e legitimador de restrições a direitos dos cidadãos – de constitucionalidade duvidosa. Exemplos disso são os projetos de lei¹ que estão em pauta, visando criar novos tipos penais como *terrorismo* e *desordem*, a pretexto de refrear atos violentos praticados em manifestações populares. Jamais houve qualquer indicativo de que endurecimento de leis penais gerasse qualquer efeito redutor na prática de condutas criminosas – haja vista exemplos como a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei de Drogas, que ensejaram aumentos notáveis nas taxas de encarceramento sem qualquer redução na incidência de crimes.

A suposição de que a não aplicação do Direito Penal corresponderia automaticamente a um incentivo à conduta que se pretende reprimir é profundamente arraigada no senso comum, compartilhada por setores expressivos da sociedade e recorrentemente contamina o pensamento jurídico. É como se a crença na punição pedagógica não deixasse outra resposta que não a violência estatal, e a falha na repressão estatal não deixasse outra resposta senão aquela da justiça feita pelas próprias mãos dos cidadãos.

É urgente trocar o discurso autoritário/repressivo por uma lógica de responsabilização. Seria um caminho viável começar a pautar discursos enfatizando os papéis sociais que cada um ocupa e como contribui para o fortalecimento da cidadania e da tolerância. Cobrar a implementação de bem elaborados e democráticos programas de prevenção criminal a fim de diminuir o inchaço da punição seletiva-vindicativa. É preciso buscar respostas possíveis, para sociedades possíveis – as que não idealizam um mundo sem crime, mas um mundo em que os conflitos humanos são abordados civilizadamente e administrados pelo Estado à luz das regras fundamentais estabelecidas na Constituição.

Nota

- (1) O PL 499/2013 de autoria do Senador Romero Jucá (PMDB-RR) tem sido o mais debatido devido ao seu caráter repressivo, que na ânsia de tipificar “terrorismo” – cobrindo um possível vácuo deixado pela Lei de Segurança Nacional – abre a possibilidade de criminalização de movimentos sociais.

| Editorial

Campanha da Sheherazade: adote um bandido!

Luiz Flávio Gomes _____ 2

Lei Anticorrupção: avanços e desafios

Luciano Anderson de Souza _____ 4

A abolição do duplo-binário e a indevida persistência de uma (sub)cultura da periculosidade no sistema penal brasileiro

João Florêncio de Salles Gomes Junior _____ 5

Muito além da punição: o direito das mulheres a uma vida sem violência

Fernanda Emy Matsuda _____ 8

(Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares

Diogo Mentor de Mattos Rocha _____ 10

Composição do Conselho de Sentença e quórum para condenação no Tribunal do Júri: análise de direito comparado em busca da proteção à presunção de inocência

Vinicius Gomes de Vasconcellos _____ 12

“Inimputabilidade superveniente”: uma impropriedade jurídica

Michele O. de Abreu e
Evandro Luiz Oliveira de Abreu _____ 13

A cabeça de Antônio Conselheiro: capítulo (ou capitulação) da antropologia criminal brasileira

Hugo Leonardo Rodrigues Santos _____ 15

O funcionalismo jurídico-penal alemão de matriz *Jakobsiana* deslegitimado em poucas linhas – um brevíssimo ensaio

Eduardo Luiz Santos Cabette _____ 17

A PEC 89/2011: breve análise da proposta de positivação da segurança pública como direito individual

Felipe da Costa de Lorenzi _____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1733

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1738

Superior Tribunal de Justiça _____ 1738

Tribunal Superior Militar _____ 1739

Tribunal Regional Federal _____ 1739

Tribunal de Justiça _____ 1740

Campanha da Sheherazade: adote um bandido!

Luiz Flávio Gomes

I. Bandidagem apologética e midiática

O termômetro da radicalização da violência no nosso país está subindo. “Adote um bandido” é o mote da campanha lançada pela infeliz jornalista Raquel Sheherazade (SBT), depois que um grupo de bandidos de classe média, no Rio de Janeiro, chamados “Bairro do Flamengo”, prenderam, espancaram e amarraram em um poste um jovem negro “criminoso” ou “possível criminoso” (*O Globo* 05.02.2014, p. 8). Justificativa: o Estado é omissivo, a Justiça é falha e a polícia não funciona. Tudo isso é verdade, mas o Estado Democrático de Direito não permite a “solução” encontrada: justiça com as próprias mãos! Quem faz isso é um bandido violador do contrato social. Quem se entrega lascivamente à apologia do crime e da violência (da tortura e do linchamento) também é um bandido criminoso (apologia é crime). Se isso é feito pela mídia, trata-se de um pernicioso bandido midiático apologético.

II. O justiceiro é “compreensível”

Logo que identificados, pela Polícia Civil do Rio de Janeiro, os dois primeiros suspeitos de terem torturado e amarrado o jovem negro, no Flamengo, descobriu-se que ambos, presumidos inocentes, claro, apresentam extensa folha de registros criminais. J.V. é acusado de estupro, lesão corporal, furto em um condomínio e ameaça. R. responde por uso de drogas e por recusa ao serviço eleitoral.

Na sua linguagem chula e apologeticamente criminosa, Sheherazade diria que “*estão mais sujos do que pau de galinheiro*”. Seriam, portanto, segundo seu padrão aético e imoral de ver o mundo, “marginais” que estariam prontos para serem “adotados”. Testemunhas afirmam que o espancamento foi feito por 30 pessoas. Todos seriam, conforme Sheherazade, “cidadãos de bem”, “desarmados” (coitadinhos indefesos!), que estariam apenas cumprindo a lei e se defendendo na condição de “legítimos representantes da sociedade civilizada”. Não há falar em excesso porque esse tipo de vingança e de violência dos “justiceiros de classe média”, como ela sublinhou, “é compreensível”.

III. Vingança privada

Por força da evolução histórica e da espécie (Darwin), sabe-se que o Brasil (um dia) ainda vai descobrir a civilização. Estamos fazendo muita coisa fantástica nesse sentido, mas o progresso tem sido muito lento. Nossa herança maldita (colonialista) nos persegue diariamente. É preciso mergulhar no passado e estudar a dinâmica histórica de cada sociedade para se compreender o seu grau de desigualdade [e de violência] (Acemoglu/Robinson: *Por que as nações fracassam*). Com 27,1 assassinatos para cada 100 mil pessoas (em 2011), somos o 16.º mais violento do planeta. Isso significa não só uma epidemia, como muita barbárie. A propósito, em que fase estamos? Vingança privada, vingança divina ou vingança pública?

Depois de 514 anos de construção extremamente violenta (selvagerismo), somente a vingança divina (repressão ao crime para satisfazer as vontades dos deuses) praticamente desapareceu. Os sacerdotes eram os encarregados dos castigos, para aplacar a ira da divindade (supostamente) descontente. Aplicavam os castigos mais cruéis e desumanos, até porque o “bode expiatório” precisava lavar a alma de todos os pecadores da nação. As demais vinganças (a pública e a privada) continuam e se rivalizam.

A vingança privada conduz a vítima ou parcela da população (da tribo) a agir contra o criminoso ou suposto criminoso, sem qualquer tipo de interferência do Estado, ou seja, o agressor faz justiça com as próprias

mãos, sempre de forma desproporcional; a origem dessa vingança privada está na emotividade ou passionalidade que o crime (ou o clima de medo) gera na população (na tribo) (veja Durkheim). Os povos bárbaros praticavam frequentemente a vingança privada e muitos deles foram desaparecendo, em razão da guerra de todos contra todos (de que falava mesmo que vagamente Hobbes, no século XVII).

A vingança pública é praticada pelos agentes do Estado, contra as populações selecionadas. Por força da dinâmica da nossa história colonial, aqui a vingança pública é normalmente praticada contra as populações segregadas (marginalizadas). Nosso conflito é, acima de tudo, étnico e social. A militarização do policiamento converte o ódio e o preconceito étnico, social e racial das classes burguesas dominantes em violência contra os “irracionalistas, os perversos, os desumanizados, as bestas selvagens que perambulam pela cidade”. Também são alvos os “inimigos” assemelhados, ou seja, são bestialmente atacados inclusive os inocentes que possuem as mesmas características dos animais não domesticados.

Nenhum país do mundo jamais alcançou a civilização pela vingança (veja N. Elias). A vingança privada não é a solução, porque a violência só gera violência (veja as milícias, os linchamentos e os esquadrões da morte).

IV. Querem nossa cumplicidade

O que Sheherazade pretende com esse discurso maluco, criminoso e aloprado? Para além de ganhar audiência, da forma mais irracional possível (que falta lhe faz a leitura dos racionalistas do Iluminismo), o que ela e tantos outros adeptos da bandidagem midiática ou social querem é a nossa cumplicidade.

Como explica **Calligaris** (*Todos os reis estão nus*), “*gritam o seu ódio na nossa frente para que, todos juntos, constituamos um grande sujeito coletivo [imbecil] que eles representariam: nós, que não matamos [nem roubamos, nem furtamos, nem estupramos, nem nos drogamos], nós, que amamos e respeitamos as leis e as pessoas de bem, nós que somos diferentes desses outros [desses “negrinhos”], nós temos que linchar os culpados*”.

Esses agitadores e bandidos, tanto sociais como midiáticos, querem nos levar de arrastão para a dança da violência identitária, tal como faziam “os americanos da pequena classe média, no sul dos EUA, no século XIX, que saíam para linchar os negros procurando uma só certeza: a de eles mesmos não serem negros, ou seja, a certeza da diferença social” (CALLIGARIS, cit.).

Sheherazade faz na TV a mesma inescrupulosa apologia dos alemães que saíram pelas ruas para saquear os comércios dos indefesos judeus na Noite dos Cristais. O que ela, os justiceiros da classe média, os alemães saqueadores e os pequenos burgueses americanos querem ou queriam? Afirmar a sua diferença. Mais: eles representam uma coisa que desgraçadamente está dentro de nós, que não é justiça, sim, vingança. A necessidade tresloucada de nos diferenciar dos outros nos leva mentecaptamente a massacrá-los, dando ensejo a uma violência infinita. Barbárie ou civilização: eis o dilema do humano no século XXI!

V. A conta dos 514 anos de erros

Fácil é perceber que a insanidade coletiva, incluindo os setores radicais da mídia, está subindo, paralelamente à violência desbragada. Onde falta ética e educação de qualidade, ou seja, um bom IDH (índice de desenvolvimento humano), sobra a marcha tribal da insensatez. Em ano eleitoral, é de se imaginar que o clima quente da reação emotiva contra a violência, tal qual o do verão, vai bem longe. O Brasil, que não está conseguindo se desvencilhar da sua herança colonialista extrativista,

continua na contramão da história civilizatória.

Está chegando a conta dos 514 anos de colonialismo teocrático (herança maldita), autoritarismo (arquétipo do Pai), parasitismo dos dominadores (escravidão, corrupção e neoescravidão), selvagerismo (violência epidêmica), ignorantismo (3/4 da população é analfabeta ou semialfabetizada – ver Inaf) e segregacionismo (*apartheid* sócio-étnico-econômico). Guerra de todos contra todos (Hobbes), que esquenta mais ainda quando bandidos das classes de cima passionadamente (Durkheim) se igualam à violência dos marginalizados perversos (por meio da justiça com as próprias mãos ou dos linchamentos, não autorizados pelo “contrato social”).

De acordo com os indicadores socioeconômicos do Brasil, há um exército de milhões de jovens sem trabalho, sem estudo e sem estrutura familiar ou social solidificada (nem, nem, nem). São rejeitados por todos, até mesmo pela “ralé”, que é a classe D. Nosso estágio de desigualdade socioeconômica (a melhora dos últimos anos foi totalmente insuficiente) e de degeneração moral coletiva chegou ao fundo do poço. Enquanto não rompermos a herança maldita da nossa estúpida, corrupta e violenta colonização, não vamos nunca sair desse atoleiro sanguinário e parasitário comandado pelas elites burguesas do capitalismo extrativista e selvagem.

Só existe um caminho para a ruptura: ética e educação de qualidade para todos, tal como fizeram, depois de muita luta do povo, os países do elogiável capitalismo evoluído e distributivo (Dinamarca, Noruega, Suécia, Japão, Coreia do Sul etc.). Educação civilizatória obrigatória, em período integral, promovendo-se assim, finalmente, nossa primeira grande revolução! Temos todos, ricos e pobres, o dever imperativo categórico (Kant) de levantar essa bandeira.

Os 47 países com melhores IDH do mundo têm 1,8 assassinatos para cada 100 mil pessoas. O Brasil, com IDH ridículo para sua riqueza, é o 16.º país mais violento do planeta, com 27,1 assassinatos, por 100 mil habitantes, em 2011. Enquanto não radicalizarmos no sentido da educação universal e da melhora substancial da renda *per capita* do povo que trabalha duramente, só resta ir contabilizando os “cadáveres antecipados”, a ira, o ódio, a insatisfação e a indignação massiva (que são os ingredientes de uma estrondosa revolução que ainda não ocorreu).

VI. IDH, desigualdades e homicídios

Por que o Brasil é um dos países mais violentos do planeta? Há muitos fatores que explicam isso. Um deles passa seguramente pela seguinte tese que se sugere: quanto mais elevado o desenvolvimento humano (IDH) menos desigualdade existe e quanto menos desigualdade menos violência acontece (e vice-versa: quanto menos desenvolvimento humano mais desigualdade e quanto mais desigualdade mais violência).

O Índice de Desenvolvimento Humano da ONU (IDH) serve de parâmetro para se aferir o grau de desenvolvimento (de tendencial civilização) de cada país, levando em conta os indicadores da educação (alfabetização e taxa de matrícula), da longevidade (esperança de vida ao nascer) e da renda individual (PIB *per capita*). Quatro são os grupos: (a) desenvolvimento humano muito elevado, (b) elevado, (c) médio e (d) baixo.

Os quatro grupos contam, respectivamente, com a seguinte taxa média de homicídios: 1,8 mortes no primeiro grupo, 10,7 no segundo, 11,7 no terceiro e 13,9 no quarto. Para a OMS trata-se de violência epidêmica a que é igual ou superior a 10 mortes para cada 100 mil pessoas. Ou seja: apenas o primeiro grupo não conta com violência epidêmica. O Brasil, só para recordar, está no segundo grupo e é um dos cinco campeões em violência dentro deste grupo (27,1 assassinatos para cada 100 mil pessoas, em 2011). Vejamos:

Grupos do IDH	Nº de Países	Total de homicídios por grupo	Média de homicídios absolutos por grupo	Média da taxa de homicídios por 100 mil hab. por grupo
Desenvolvimento humano muito elevado	47	25.510	543	1,8
Desenvolvimento humano elevado	47	143.178	3.046	10,7
Desenvolvimento humano médio	47	117.372	2.497	11,73
Desenvolvimento humano baixo	46	148.676	3.232	13,9
Total do IDH	187			

Esses números, considerados globalmente, nos autoriza estabelecer uma relação direta entre IDH, desigualdades e homicídios. Segunda correlação possível: eles também nos permitem diferenciar, dentro de cada grupo, os países que praticam o capitalismo avançado e redistributivo (Dinamarca, Suécia, Suíça, Noruega, Finlândia, Canadá, Japão, Coreia do Sul, Alemanha, Áustria etc.) daqueles que seguem o capitalismo retrógrado e desumanamente desigual (estacionário), como é o caso dos EUA. O Brasil, em suma, na 85.ª posição do IDH e contando com a taxa anual de 27,1 assassinatos para cada 100 mil pessoas (2011), não é o 16.º país mais violento do planeta por acaso.

VII. Ressocialização

O caminho sensato para enfrentar o problema da segurança e da delinquência já foi descoberto pelos países que acabam de ser citados. Nos países atrasados ou exageradamente desiguais é que se vê a apelação midiática destrada como a da Seherazade. Mas para toda essa apologia criminosa desavergonhada e mentecapta a criminologia crítica humanista prega a ressocialização, pela ética e pela educação.

A ressocialização dos jovens bandidos de classe média que saem pelas ruas fazendo justiça com as próprias mãos se daria por meio de uma marcha da sensatez, em todo país, quebrando tudo quanto é resistência da elite burguesa estúpida, adepta do capitalismo selvagem, extrativista e colonialista, que é a grande responsável pelo parasitismo escravagista assim como pelo ignorantismo do povo brasileiro. A ressocialização desta casta burguesa retrógrada passa pelo ensino do elogiável capitalismo evoluído e distributivo, fundado na educação de qualidade para todos, praticado por Dinamarca, Suécia, Suíça, Holanda, Japão, Coreia do Sul, Noruega, Canadá, Áustria etc.

Quanto aos jovens marginalizados temos que distinguir: os violentos perversos, que representam concreto perigo para a sociedade, só podem ser ressocializados dentro da cadeia, que por sua vez e previamente também precisa ser ressocializada, depois de um arrastão ético em toda sociedade brasileira que, nessa área, encontra-se em estágio avançadíssimo de degeneração moral. Em relação aos jovens não violentos, a solução é a educação de qualidade obrigatória, em período integral e em regime de internação, quando o caso. Nenhuma sociedade moralmente sã admite uma só criança abandonada nas ruas!

E quanto à jornalista da bandidagem apologética? Eu proponho que ela seja adotada por uns seis meses para aprender ética iluminista, de Montesquieu a Voltaire, de Diderot a Beccaria, de John Locke a Rousseau e por aí vai. O que está faltando para toda essa apologia difusa da violência é a emancipação intelectual e moral de que falava Kant, que hoje exige uma revolução (da qual todos deveríamos participar) ética e educacional. Temos que romper radicalmente com nossa tradição colonialista, teocrática, selvagem e parasitária, ou nunca teremos progresso (veja ACEMOGLU/ROBINSON, *Por que as nações fracassam*). Essa é a solução. O resto que está aí tem muito de bandidagem.

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri.
Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil.

Lei Anticorrupção: avanços e desafios

Luciano Anderson de Souza

Em 29 de janeiro último entrou em vigor a Lei 12.846/2013, alcinhada de “Lei Anticorrupção”, a qual estabelece responsabilidade administrativa e civil a pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, notadamente, corrupção e fraude em licitações. Produzida sob o influxo de um movimento internacional de combate a esta prática insculpido desde os anos de 1990,⁽¹⁾ com a Convenção Interamericana Contra a Corrupção e a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, o diploma, de iniciativa do Poder Executivo, revela-se, a princípio, como uma ideia positiva, permeada de boas intenções.

Inicialmente, a utilização do Direito Administrativo, com viés sancionador, bem como do Direito Civil, para o enfrentamento de condutas socialmente indesejadas no âmbito empresarial em detrimento da Administração Pública, ao invés da simples exasperação jurídico-penal,⁽²⁾ respeita o princípio da *ultima ratio*, rechaçando o movimento de expansão desenfreada do Direito Penal das últimas três décadas. Mesmo que isso certamente não tenha sido levado a efeito propositadamente pelos Poderes Executivo e Legislativo, normalmente descompromissados com uma maior racionalidade legislativa, a postura é, de início, positiva, e a experiência, uma vez bem-sucedida, municiaria de argumentos a construção de uma política criminal legítima e eficaz. A constatação de que o simples recrudescimento penal gera tão somente uma legislação penal simbólica⁽³⁾ seria apenas o óbvio não fosse a triste realidade de praticamente completa ausência de diálogo das esferas governamentais com a comunidade jurídica especializada.

De qualquer modo, a ideia em si da lei, qual seja, basicamente, responsabilizar objetivamente a empresa por atos de corrupção em sentido amplo, contorna pragmaticamente, com vistas à efetividade, toda a problemática atinente à imputação de atos ilícitos na esfera de uma organização empresarial.⁽⁴⁾ As sanções administrativas estabelecidas (art. 6.º) são significativas e construídas com inteligência. Em tese, desde que haja uma fiscalização efetiva, elas têm o condão de fulminar a lógica de custo/benefício dos infratores, pois, a princípio, atrelam-se ao faturamento (com variação de 0,1 a 20%), nunca inferiores à vantagem auferida. Ademais, há imposição de divulgação da condenação, o que é extremamente grave na realidade empresarial, bem como obrigação de reparação do dano, quando for o caso.

Mas há ainda inúmeras dificuldades decorrentes das boas intenções reveladas. Primeiramente, a Lei 12.846/2013 enseja uma grave sobreposição de responsabilidades, reveladora de *bis in idem*. Isso porque fixa a responsabilidade administrativa em situações também abarcadas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que também responsabiliza pessoas jurídicas que concorram em atos de improbidade (art. 3.º). De se notar que, pela própria redação genérica desta última lei, a qual fixa como ato de improbidade a violação de princípios da Administração Pública, todos os atos descritos na Lei Anticorrupção

estão nela englobados. Desse modo, na prática, pode haver procedimentos paralelos que abarquem a mesma situação fática. Nesse sentido, a Lei Anticorrupção não só não resolve o imbróglio, como o robustece, afirmando em seu art. 30, I, que a aplicação das sanções nela previstas não afeta os processos de improbidade administrativa. E mais: assevera o mesmo para processos administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda.

Ademais, poder-se-ia entender que, procurando acompanhar tendência internacional, a lei em comento fomenta a *delação*, por meio de acordos de leniência.⁽⁵⁾ Todavia, se esta foi a intenção, o diploma o fez de forma *sui generis*. Abstraindo-se da relevante discussão acerca da consagração de falta de ética por parte do Estado no estímulo à delação – por exemplo, mal recebida em países que sofreram as agruras do terror estatal nazista, como Alemanha e França –, não é isso que culmina por fixar a Lei Anticorrupção. Em realidade, vê-se que a legislação em foco pretende oferecer vantagens à pessoa jurídica quando houver *confissão* da prática do ilícito, permitindo-se a sua comprovação e a identificação dos demais envolvidos, quando couber (neste sentido, apenas limitadamente, haveria uma delação).

Ocorre que a delação no sentido que vem se consagrando alhures, conhecida como *whistleblowing*,⁽⁶⁾ verdadeira e questionável estratégia político-criminal, é fundamentalmente aquela que se dá no interior da estrutura empresarial, tipicamente por parte de um empregado, tendo como destinatário o superior, o órgão de fiscalização (como *compliance officers*) ou as autoridades (neste último caso, *whistleblowing* externo). A Lei Anticorrupção, por sua vez, não prevê esta hipótese, depositando suas esperanças no próprio ente moral. Com isso – deixando neste estudo de lado as significativas controvérsias sobre o tema –, ignora situações reais e utilitárias de sócios que porventura possuam amplo conhecimento dos ilícitos, com relação aos quais, por exemplo, não concordaram, e, simultaneamente, tenham interesse em escapar das consequências jurídicas negativas a suas pessoas direta ou indiretamente sujeitas.

Quanto a este aspecto da lei, ainda, forçoso notar que, da forma estabelecida, o acordo de leniência cria verdadeira armadilha para a pessoa jurídica. Isso porque, se de um lado, ao confessar e comprovar o ilícito, a empresa mitiga sensivelmente a sanção administrativa, por outro, não tem maiores vantagens na esfera cível, denominada “*responsabilização judicial*” pela lei, apenas não incidindo a vedação de recebimento de valores pelo Poder Público (art. 19, IV). Inclusive, não se estabelece qualquer outra vantagem em procedimentos correlatos. Ou seja, com a confissão, na prática, a pessoa jurídica atenua sua sanção administrativa e se sujeita a uma inevitável condenação nas demais hipóteses. Além disso, eventualmente, dá azo à responsabilização criminal das pessoas físicas envolvidas no fato.

Outro problema decorrente da redação da Lei 12.846/2013 encontra-se em sua pouca precisão, o que vulnera a segurança jurídica e permite o arbítrio estatal. Dois exemplos disso são especialmente sintomáticos. O primeiro refere-se às sanções. Nesse sentido, é enorme a discricionariedade punitiva da administração *in casu*, haja vista que a multa fixada pode variar de 0,1 a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo ou, na impossibilidade disso, será num valor fixo variável de seis mil reais a sessenta milhões de reais. Os critérios estabelecidos para permitir a escolha do *quantum* punitivo, previstos no art. 7.º, como gravidade da infração, grau de lesão ou perigo de lesão e efeito negativo produzido pelo fato, são por demais genéricos, dando azo ao abuso Brasil afora.

Por fim, a falta de estabelecimento na própria lei de um rito

Com a confissão, na prática, a pessoa jurídica atenua sua sanção administrativa e se sujeita a uma inevitável condenação nas demais hipóteses; eventualmente, dá azo à responsabilização criminal das pessoas físicas envolvidas

administrativo claro, detalhado e fixo, capitaneado por um órgão especializado, com previsão de recursos, para todas as hipóteses, ocasionará distorções em nosso país, de dimensão continental, e gerará insegurança jurídica entre os administrados. Uma mesma empresa que atue em mais de um Estado e que seja acusada de praticar o mesmo ilícito simultaneamente em mais de uma Unidade Federativa, ou mais de um Município, terá de atender a regras distintas pelo mesmo fato, o que não é racional. Ainda, a possibilidade de delegação do procedimento administrativo (art. 8.º, § 1.º) permite a iniquidade de transferência da apuração de corrupção ao órgão corrompido, o que deveria ter sido vedado.

Portanto, o complexo desafio do enfrentamento da corrupção, que perpassa pela adoção de medidas de diversos matizes para além da repressão penal, como criteriosa seleção de recursos humanos, melhoria salarial do funcionalismo, estabelecimento de códigos de conduta e melhores mecanismos de controle, entre outras,⁽⁷⁾ há de ser tutelado pelo Direito Administrativo, prioritariamente. Todavia, a recente Lei 12.846/2013 carece de melhor disciplina, não sendo admissível que seja “corrigida” pelo decreto regulamentador ou, ainda, por meio de uma “ginástica” interpretativa judicial, ambos caminhos vilipendiadores da legalidade e da separação de poderes. Quanto ao primeiro aspecto, aliás, de se notar que, quando da entrada em vigor do diploma, ainda não havia sido publicado o decreto presidencial correspondente,⁽⁸⁾ o qual, advirta-se, não pode ir além dos termos fixados pela legislação. Além disso, o decreto federal não possui a capacidade de evitar as disparidades nos regramentos estaduais⁽⁹⁾ e municipais.

Notas:

- (1) O que inclusive ensejou uma mudança de paradigmas nesta seara, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. (Coord.).

Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, p. 78.

- (2) Sobre o tema, em produção recente no Brasil, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-Docência) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2013, *passim*.
- (3) Como exemplo, quanto à corrupção, de notar que o Poder Judiciário brasileiro sequer consegue julgar a contento os casos que perpassam pelo crivo de sua seletividade, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sobre isso, cf. Combate à corrupção distante da meta. *O Globo*, 26.12.2013, caderno País, p. 3.
- (4) Bastante complexa e que revela em parte o descompasso entre a Teoria Geral do Delito e o Direito Penal Econômico. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer-BdeF, 2013, p. 7 e ss.
- (5) Nesse sentido, VIEIRA, Oscar Vilhena. Corrupção e o véu corporativo. *Folha de S. Paulo*, 25.01.2014, p. C2.
- (6) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 29 e ss.
- (7) SHECAIRA, Sérgio Salomão. Corrupção: uma análise criminológica. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 614.
- (8) Cf. Decreto da Lei Anticorrupção sai até a próxima semana, diz ministro. *O Estado de S. Paulo*, 29.01.2014, caderno Poder.
- (9) A primeira regulamentação da Lei em foco se deu no Estado do Tocantins, com o Decreto Estadual 4.954/2013, que, em seus 30 artigos, não vai muito além das generalidades estabelecidas na legislação federal em destaque.

Luciano Anderson de Souza

Professor Doutor de Direito Penal da
Faculdade de Direito da USP.
Advogado.

A abolição do duplo-binário e a indevida persistência de uma (sub)cultura da periculosidade no sistema penal brasileiro

João Florêncio de Salles Gomes Junior

I – O desenvolvimento de uma cultura penal da periculosidade no Brasil

Com a possibilidade de aplicação conjunta de pena – baseada na culpabilidade – e medida de segurança – baseada na periculosidade – aos imputáveis, não é de admirar que se tenha formado, sob a égide das legislações anteriores, a *praxis* de verificação da periculosidade dos condenados para decidir sobre sua libertação ou conversão de sua pena em medida de segurança detentiva.

A prevalência das ideias da escola positiva italiana no início do século XX, certamente colaborou para a justificação e consolidação de certa mentalidade de tratamento do delinquente, principalmente a partir dos anos 1930.

Para compreender a formação dessa verdadeira cultura da periculosidade nada melhor que analisar a evolução da obra de **Nélson Hungria**, um dos seus mais prestigiados porta vozes, especialmente durante a elaboração dos Códigos de 1940 e 1969.

Nos *Comentários ao Código Penal* de **Nélson Hungria**,⁽¹⁾ sua mais

conhecida obra, constam diversos textos que nos permitem compreender sua visão sobre o tema, a saber: (a) a emasculação como medida de segurança – Conferência pronunciada em 1935; (b) a criminalidade dos homens de cor no Brasil – conferência pronunciada no centro de estudos de medicina social em 24 de março de 1950; (c) criminosos habituais – tese apresentada ao congresso hispano-luso-americano realizado em São Paulo em janeiro de 1955; (d) métodos e critérios para a avaliação da cassação de periculosidade; (e) o acaso e o crime – conferência proferida a 21 de maio de 1955 na faculdade de direito de Campinas; e (f) a classificação dos criminosos – conferência realizada em Bauru em 9 de maio de 1958.

No primeiro texto, sobre a emasculação como medida de segurança, vê-se com absoluta clareza a face mais humana do pensamento de **Nélson Hungria**, ainda não temperada pela experiência do Estado Novo e pelo aprofundamento de suas afinidades com a escola positiva italiana.

Denuncia o autor que “a emasculação forçada dos criminosos sexuais não é mais que o tripúdio da tirania do Estado sobre a dignidade humana” e que “a sociedade humana”⁽²⁾ não pode sacrificar

indivíduos em proveito de outros. O respeito e a compaixão para com os degenerados não são apenas mandamentos de caridade evangélica, são normas de cultura, oriundas desse espírito de solidariedade que explica no ser humano a dignidade de sua linha vertical e do seu semblante voltado para o céu”.⁽³⁾

Seu pensamento sobre a radical medida de segurança, que se pretendia incluir no Código de 1940, é firme e bastante coerente com o vigor democrático de suas ideias nesse período, no qual escreveu, como que prenunciando o Estado Novo, vigoroso ataque ao sistema penal totalitário das ditaduras alemã e soviética.⁽⁴⁾

Mais de dez anos depois da conferência que daria origem ao texto acima mencionado **Nelson Hungria** ainda demonstra vigor democrático daqueles tempos ao repudiar, no texto sobre “a criminalidade dos homens de cor no Brasil”, os postulados mais radicais dos positivistas brasileiros, essencialmente racistas, como Nina Rodrigues, segundo os quais a explicação para o maior cometimento de crimes por pessoas negras estaria na inferioridade dessa raça em relação à raça branca.

Para afastar a tese racista, **Hungria** inicialmente demonstra total descrédito à própria ideia de superioridade ou inferioridade de raças, bem como à afirmação gratuita de que haja uma proclividade racial para o crime. Também não escapa a crítica do penalista a conhecida e lamentável tese bastante difundida no Brasil daquele tempo, segundo a qual se afirma a degenerescência do mestiço com o mulato, concluindo que “*é preciso que se abandone de uma vez por todas a idéia de que a criminalidade dos homens de cor tenha um fundo racial*”.⁽⁵⁾

Hungria compreende que um dos mais tristes legados da escravidão está relacionado aos mais altos índices de criminalidade dos negros de sua época. Não há que se buscar na raça do negro as razões de sua delinquência e sim na situação que lhe fora imposta pelos brancos a origem de suas dificuldades de adaptação social e, especialmente, econômica.

Cremos que essa ideia, ao lado de sua apaixonada e conhecida defesa da abolição da pena de morte, bem descrita pelo ilustre professor **René Ariel Dotti**,⁽⁶⁾ em sua breve biografia sobre **Hungria**, representam o que há de mais lúcido em seu pensamento e revelam o que há de mais humano no jurista que, infelizmente, não foi capaz de antecipar os erros de sua própria geração na aceitação dos postulados positivistas e acabou por se render, em diversos pontos, à pseudociência do seu tempo para conceber um sistema penal baseado na periculosidade.

É neste outro lado do seu pensamento, que nos interessa mais de perto neste trabalho, que nos deparamos com a pretensão, inconfessadamente positivista, de curar, com eficácia científica, os criminosos de forma a impedi-los, mediante tratamento, de voltar a delinquir.

Bastante elucidativo a esse respeito é o texto sobre os criminosos habituais, apresentado no congresso Hispano-luso-americano realizado em São Paulo em janeiro de 1955.

Nesse trabalho **Hungria** caracteriza a habitualidade criminosa como “*a persistência de um estado subjetivo de afeição ao crime ou, mais particularizadamente, um status de anti-sociabilidade, criado pela cumplicidade de fatores endógenos e exógenos, em virtude do qual um indivíduo se entrega repetidamente a prática de crimes, procurando ou cuidando de não perder ocasiões para isso, de tal modo que a conduta criminosa se faz nele uma tendência radicada na estrutura mesma de sua personalidade*”,⁽⁷⁾ concluindo, ser o delinquente habitual uma espécie do gênero delinquente perigoso, “*cuja debelação ou neutralização constitui, na atualidade objeto central da política de prevenção do crime*”.⁽⁸⁾

Estabelecida a premissa da presunção de periculosidade de determinados delinquentes e o objetivo de neutralizá-los, prossegue **Hungria** no seu texto, realizando distinções entre categorias de criminosos e métodos de “tratamento” sempre remetendo aos autores positivistas e enxergando a medida de segurança como obra de assistência social que o delinquente recebe para beneficiar-se moral e materialmente, ajudando-o a

libertar-se da “*triste carreira do crime e tornar-se um homem de bem*”.⁽⁹⁾

Reafirma-se no texto a necessidade de se submeter o delinquente a tratamento preventivo de reconstrução moral ou de ressocialização, em adição a também necessária reação penal de natureza retributiva.

Diante de tal necessidade, embora se reconheça que a avaliação da existência ou permanência da periculosidade não deixe de ser uma prognose, uma suposição ou previsão que pode não traduzir a realidade, propõe o autor métodos e critérios para sua avaliação.

Hungria reafirma sua crença na importância da medida de segurança para imputáveis, asseverando, inclusive, que “*na hipótese de dúvida insuperável não deve ser reconhecida a cessação de periculosidade, pois, na solução de problema de tão direto interesse social deve prevalecer o princípio de que in dubio pro societate*”.⁽¹⁰⁾

Como se vê, nas palavras de um dos maiores representantes daquela geração, todo o sistema penal tinha em conta a periculosidade como critério central de avaliação do agente. Resta evidente a configuração de um direito penal do autor, fundamentado na periculosidade.

II – O primado da culpabilidade na reforma penal de 1984

Ocorre que, com a reforma penal de 1984, concebida por um grupo de jovens penalistas absolutamente comprometidos com uma visão equilibrada e democrática do Direito Penal, esse panorama de predomínio da periculosidade na avaliação do crime e do seu autor, decorrente da anterior adoção do duplo binário e da praxis judicial supramencionada, deixa de ter fundamento jurídico.

A situação estava bastante clara na mente dos jovens juristas: os pressupostos teóricos do duplo binário não se sustentavam.

Como bem ensina **Miguel Reale Júnior**, “*os códigos italiano e brasileiro prestaram vassalagem às idéias frutos do cientificismo, na crença de enfrentar o fenômeno da criminalidade pela via inovadora da medida de segurança, como dois universos que faziam interseção na figura do imputável perigoso, do delinquente recidival, do ébrio habitual, do perverso*”.

Sob o impacto das idéias prevalecentes nos congressos da União Internacional de Direito Penal, acendeu-se uma vela para Deus e outra ao diabo, como se vê no Código Penal brasileiro de 1940, em cuja exposição de motivos assevera-se que a responsabilidade penal é baseada na culpa moral e a autonomia da vontade é um postulado de ordem prática, um a priori em relação à experiência moral, que outorga ao Direito Penal seu caráter ético. De outro lado, reconhece que as medidas puramente repressivas revelaram-se insuficientes na luta contra a criminalidade, em especial face às formas da delinquência habitual, razão pela qual são instituídas as medidas de segurança, aplicáveis aos doentes mentais e aos criminosos perigosos, com o fim de segregar, reeducar e tratar.

A adoção de algumas propostas de defensismo social decorria da fé inabalável de seus adeptos de, sob novo e bem sucedido aspecto, vir a enfrentar a criminalidade, rompendo o esquema rígido e tradicional do classicismo, mas sem deixar, os técnicos jurídicos, de estar a ele preso, ao reconhecer a culpa moral como fundamento da pena”.⁽¹¹⁾

Tal desordem evidentemente não podia ser mantida na reforma penal. O próprio estatuto ético do Direito Penal brasileiro se via ameaçado pela confusão de conceitos e a consequente incompreensão das finalidades da pena.

Decide-se implementar o sistema vicariante, em substituição ao duplo binário.

Como bem destaca **René Ariel Dotti** “*a supressão do duplo-binário e a adoção do sistema vicariante implicavam a orientação de princípio de que as medidas de segurança não mais poderiam ser dirigidas contra os autores imputáveis, salvo as exceções dos ébrios habituais ou toxicômanos*”.⁽¹²⁾

Rompe-se com o sistema defendido por **Nélson Hungria** e abole-se a odiosa presunção normativa de culpabilidade.

Dessa forma, a culpabilidade passa a ocupar, com exclusividade, o papel central do sistema, constituindo, como é próprio dos Estados Democráticos de Direito, o fundamento e a medida da pena.

Nas palavras de **Francisco de Assis Toledo**, “*adotou-se, igualmente, sem as restrições e as reservas do passado, o princípio da culpabilidade. Assim, com a reforma em exame, não se admitirá a aplicação de pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposo. E dessa tomada de posição extraíram-se as devidas consequências: aboliu-se a medida de segurança para o imputável; diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas; admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, sem contudo confundir a última com a mera ignorância legis; extirparam-se os vários resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos crimes qualificados pelo resultados.*”

Com isso, adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descarta o agente-do-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível entre as teorias da culpabilidade pela condução devida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência a segunda corrente, ou seja, àquela que se traduz em um direito penal do fato”.⁽¹³⁾

Diante do exposto, não resta qualquer dúvida sobre a impossibilidade de manutenção dos critérios de avaliação dos imputáveis com fundamento na periculosidade, cuja utilização, substancialmente diferente após a mencionada reforma, restringe-se aos inimputáveis.

III – A indevida persistência de uma (sub)cultura da periculosidade no sistema penal brasileiro

É de notar, então, fenômeno cultural bastante interessante. Em que pese a vedação jurídica de utilização dos critérios baseados na periculosidade aos imputáveis, mais de 25 anos depois da reforma penal, o dia a dia dos fóruns criminais brasileiros revela a existência de verdadeira (sub)cultura da periculosidade em pleno vigor.

Interessante exemplo é o dos julgamentos relacionados ao crime de roubo no Estado de São Paulo.

Importante pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em conjunto com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), intitulada Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo – A Lei, o Direito e a Ideologia, mostra que, entre outras distorções, “*dos acórdãos pesquisados, 344 (56,86%) fazem menção às noções de periculosidade e temibilidade, sendo que em 300 deles (87,20%) a noção de periculosidade é acionada em contexto semântico diverso daquele circunscrito com o conceito de periculosidade no âmbito da legislação penal, especialmente após a reforma de 1984*”.⁽¹⁴⁾

Assim, não resta dúvida quanto à existência de ideologia judicial

contrária à própria lei a ser aplicada ao caso concreto.

Como bem destacado na publicação do referido estudo, “*observamos o emprego dissonante do termo [periculosidade], de forma sistemática, pelos juízes criminais, atentando, assim, ao aparato formal do direito penal*”.⁽¹⁵⁾

Tal situação, por todos conhecida, não parece ter sensibilizado as últimas propostas de reforma legislativa. Não bastasse a falta de técnica e o vazio sistemático que se pretende impor ao Direito Penal brasileiro, não resta dúvida de que nada se faz para tentar combater tão grave desordem na aplicação da lei.

Ao que parece, o legislador, diante da pressão social por mais punição, mesmo que ilegal, seletiva e desproporcional, pretende fechar, mais uma vez, os olhos ao desvio judicial, em prejuízo, como sói acontecer, daqueles que não podem se fazer ouvir – quer pelo Estado-Juiz, quer pelo Estado-Legislator.

Notas:

- (1) HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.
- (2) *Idem, ibidem*, p. 322.
- (3) *Idem*, 1955, p. 329.
- (4) HUNGRIA, Nélson. O direito penal autoritário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, jul.-set., 1937.
- (5) HUNGRIA, Nélson. *Comentários...* cit., 1955, p. 301.
- (6) DOTTI, René Ariel. Nélson Hungria. In: RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). *Grandes juristas brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- (7) HUNGRIA, Nélson. *Comentários...* cit., 1955, p. 349.
- (8) *Idem, ibidem*, p. 349.
- (9) *Idem*, p. 361.
- (10) *Idem*, p. 381.
- (11) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2, p. 165.
- (12) DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT, 1998, p. 100.
- (13) TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71-72.
- (14) INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: Método, 2005, p. 44.
- (15) *Idem, ibidem*, p. 45.

João Florêncio de Salles Gomes Junior

Mestre e Doutor em Direito Penal pela
Faculdade de Direito da USP.
Advogado.



Fundado em 14.10.92

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Assessor da Presidência: Rafael Lira
1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa
Suplente: Átila Pimenta Coelho Machado
2.ª Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
Suplente: Cecília de Souza Santos
1.ª Secretária: Heloísa Estellita
Suplente: Leopoldo Steffano G. L. Louveira
2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade
Suplente: Fernando da Nobrega Cunha
1.º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob
Suplente: Danyelle da Silva Galvão

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi
Suplente: Renato Stanzola Vieira
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif
Suplente: Matheus Silveira Pupo

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Rudge Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

Muito além da punição: o direito das mulheres a uma vida sem violência

Fernanda Emy Matsuda

Os números que descrevem a violência contra as mulheres no Brasil apontam para a existência de um problema agudo e de longa duração. A violência fatal atingiu mais de 50 mil mulheres entre 2000 e 2010, perfazendo a taxa de 4,5 mortes por 100 mil habitantes. Enquanto entre homens 15% dos homicídios ocorrem na residência, entre as mulheres essa cifra sobe para alarmantes 40%. Os dados da saúde mostram a magnitude do fenômeno: duas em cada três pessoas atendidas no Sistema Único de Saúde em razão de violência sexual ou doméstica são mulheres. O sistema de notificação compulsória do Ministério da Saúde permite constatar, ainda, que a violência é recorrente, sendo bastante alta a porcentagem de retorno de mulheres agredidas aos serviços de saúde, principalmente a partir dos 30 anos de idade.⁽¹⁾ A violência doméstica é, segundo **Andrea Westlund**,⁽²⁾ uma modalidade pré-moderna de controle, já que se assemelha ao suplício e aos castigos corporais destinados aos condenados. A agressão física, pré-moderna e característica da lógica da soberania, e a vigilância, moderna e característica da lógica disciplinar, nos termos propostos por **Foucault**, operam em sobreposição, o que confere uma configuração específica à violência doméstica. Não se trata de um acontecimento episódico, que resulta de relacionamentos “disfuncionais” ou de uma situação de estresse ou de patologia e, sim, de uma constante que guarda relação direta com a assimetria de poder entre homens e mulheres.

Diferentemente do observado em outros países ocidentais, em que se elegeram como prioridade os direitos sexuais das mulheres, a consolidação do movimento feminista no Brasil na década de 1970 esteve fortemente ligada à denúncia e ao combate da violência contra as mulheres. Nos anos 1980, ganharam força as manifestações contrárias à tese da “legítima defesa da honra”, não raro mobilizada nos processos criminais envolvendo o assassinato da mulher pelo marido ou companheiro.⁽³⁾ A criação da delegacia de defesa da mulher (DDM) na cidade de São Paulo em 1985 firmou o tratamento dispensado pelo Poder Público à questão: a violência contra a mulher é “caso de polícia”. Passados 20 anos de avanços e retrocessos na luta das mulheres por seus direitos e diante da deficiência da resposta então dispensada pelo Estado ao problema da violência doméstica, foi editada a Lei Maria da Penha.

Objeto de muita polêmica entre defensores do Direito Penal mínimo, críticos em especial da ampliação das possibilidades de punição,⁽⁴⁾ a Lei 11.340/2006 trouxe um novo elemento ao debate⁽⁵⁾ sobre o papel do Direito Penal e do sistema de justiça criminal no campo do direito à diferença e das demandas por reconhecimento de populações desfavorecidas nas relações de poder. Embora não abra mão da estratégia da criminalização para salientar a gravidade da violência doméstica, a Lei Maria da Penha não se restringe a apenas esse aspecto, que é invariavelmente o mais lembrado. Ao propor um programa de prevenção e proteção bastante amplo e consentâneo com a vontade das vítimas e dos movimentos de mulheres, a lei exige uma leitura integral e atenta.

A respeito da ênfase na dimensão punitiva, é interessante retomar a análise de **Cecília MacDowell Santos**⁽⁶⁾ sobre a recepção das demandas das mulheres pelo Estado. A autora examina três momentos-chave que consubstanciam a interação entre o discurso feminista sobre a violência doméstica e a formulação e implantação de políticas públicas – a delegacia de defesa da mulher, o Juizado Especial Criminal (JECRIM) e a Lei Maria da Penha – e mostra que a resposta estatal, ao absorver ou traduzir as lutas feministas, modula e recompõe o jogo de forças. Assim, não é banal que, nos anos 1980, a proposta de política de combate à violência contra a mulher centrada na instalação de serviços integrados (assistência social, psicológica e jurídica, atendimento policial adequado, casa-abrigo, entre outros) tenha sido obnubilada pela instituição da DDM. De acordo com o argumento da autora, a visibilidade dada pelo estabelecimento da DDM ao problema da violência contra a mulher fez surgir um contexto de “oportunidade política” que beneficiou a ênfase na

criminalização, deslocando, por conseguinte, a pauta das organizações feministas. Nos anos seguintes, a DDM se fixou como referência no tratamento da violência contra a mulher, a despeito da infraestrutura precária e do baixo prestígio conferido aos/as profissionais ali atuantes.

Ainda que não tenha sido concebida para tratar especificamente da violência doméstica, a Lei 9.099/1995 provocou alterações importantes nesse cenário, restando aos Juizados Especiais Criminais o processamento dos crimes de lesão corporal e ameaça. A realidade vivenciada pelas mulheres mostrava que as audiências de conciliação, tal como conduzidas, produziam um falso término para o conflito, tratando o caso levado ao JECRIM como um evento isolado, quando na verdade a violência é contínua, cíclica, crônica. Por não contemplarem a participação da vítima e por resultarem com frequência na imposição da prestação pecuniária (cestas básicas) – o que comprometia a renda familiar – as transações penais também eram reprovadas. Assim, se por um lado a resistência à Lei 9.099/1995 diz respeito à rotulação da violência doméstica como um crime de menor potencial ofensivo, por outro decorre da forma de funcionamento dos Juizados Especiais Criminais, como uma justiça de “segunda categoria”. Na avaliação de Santos,⁽⁷⁾ esse momento corresponde à trivialização da violência e a uma postura de indiferença do Estado que somente veio a ser transformada com o advento da Lei Maria da Penha.

A discussão acerca da necessidade de uma lei específica sobre violência doméstica praticada contra mulheres ganhou força após a condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2001, por “dilação injustificada” e “tramitação negligente” no caso de Maria da Penha Maia Fernandes, cuja história passou a ser amplamente conhecida. A trajetória de Maria da Penha, que vivenciou intimidações, agressões e duas tentativas de homicídio, é emblemática e demonstra de forma bastante eloquente a existência de um ciclo de violência e os efeitos perversos da inexistência e da ineficiência do serviço de atendimento às mulheres em situação de violência. O processo de elaboração da Lei Maria da Penha⁽⁸⁾ contou com a colaboração efetiva dos movimentos de mulheres, ou seja, partiu de um diagnóstico e de reivindicações de quem vivenciava o problema concreto e não obtinha resposta adequada. É interessante notar que, embora o JECRIM tenha sido o alvo privilegiado das críticas dos movimentos de mulheres, essa insatisfação não se converteu em um pedido imediato por mais punição ou pelo aumento de pena.⁽⁹⁾

Pesquisa realizada pelo IBCCRIM⁽¹⁰⁾ foi ao encontro do que vários estudos⁽¹¹⁾ vinham apontando: muitas vezes, as demandas das vítimas de violência doméstica não se confundem com um desejo de ver presos os companheiros, maridos, pais de seus filhos. O anseio das mulheres é pela possibilidade de uma vida sem violência, de uma convivência familiar pacífica, com o estabelecimento de um equilíbrio no relacionamento. Ao mesmo tempo, é óbvio que há situações que exigem a pronta intervenção, para evitar um desfecho mais grave ou mesmo fatal. O que se apurou, a partir da perspectiva das vítimas, é que o problema da violência doméstica é multifacetado e exige respostas muito mais sofisticadas do que a justiça criminal é, sozinha, capaz de fornecer.

Para abordar a complexidade do fenômeno da violência doméstica, a Lei 11.340/2006 traz um amplo leque de medidas de prevenção e proteção que supera a criminalização: prevê a articulação entre Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública com os órgãos responsáveis pelas políticas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação⁽¹²⁾ e, também, a difusão do conteúdo da lei e a promoção da igualdade de gênero por intermédio de campanhas educativas, de estudos, pesquisas e estatísticas, da capacitação profissional, dos meios de comunicação social e dos currículos escolares.⁽¹³⁾

O Portal da campanha “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha – a lei é mais forte” (www.compromissoeatitude.org.br) é uma

ferramenta indispensável para o atendimento desse objetivo previsto na lei. A campanha resulta da cooperação entre Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Governo Federal, representado pela Secretaria de Políticas para Mulheres e pelo Ministério da Justiça, e dirige-se à sociedade em geral e, mais especificamente, aos/as operadores/as do Direito, dando visibilidade ao problema da violência contra a mulher, divulgando a Lei Maria da Penha e contribuindo para sua correta aplicação. A campanha procura unir e fortalecer os esforços dos âmbitos federal, estadual e municipal em torno da implementação de políticas públicas, equipamentos e serviços que possibilitem a efetividade do disposto na Lei Maria da Penha, garantindo às mulheres uma vida livre de violência. Consolidada a primeira etapa da campanha “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha”, cujo escopo compreende os profissionais do sistema de justiça, a segunda pretende envolver a iniciativa privada em ações de divulgação da Lei Maria da Penha entre funcionários/as, clientes e fornecedores/as de empresas. Pesquisas têm atestado que o conhecimento sobre a lei é difuso, mas pouco profundo,⁽¹⁴⁾ o que torna patente a necessidade de disponibilizar informações de qualidade ao público.

O Portal é um repositório de material sobre a violência contra a mulher, em especial a violência doméstica, a violência sexual e o assassinato de mulheres, e inclui trabalhos acadêmicos, artigos de opinião, relatórios de pesquisa, notícias, vídeos, áudios e imagens e documentos sobre o tema. Com foco em profissionais da área do Direito, o portal oferece uma seção de jurisprudência, legislação comentada e convenções, normas e tratados internacionais. Também é possível acessar iniciativas bem sucedidas em todos os Estados do país (programas, ações, campanhas, entre outros) e conhecer a rede de serviços à disposição das mulheres que são vítimas de violência, o que permite a troca de experiências entre gestores de políticas públicas. Em virtude de parceria com o IBCCRIM,⁽¹⁵⁾ os artigos do *Boletim* que versam sobre o tema “violência contra a mulher” poderão ser lidos no Portal.

Dessa maneira, a campanha “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha” contribui de modo decisivo para que esta Lei e os demais dispositivos de proteção dos direitos das mulheres saiam do papel, intensificando a produção e a circulação de informações e cumprindo o propósito de combater a violência contra as mulheres e, mais que isso, atacar o substrato que possibilita sua existência, qual seja, uma sociedade marcada pela desigualdade entre homens e mulheres.

Notas:

- (1) Dados do *Mapa da Violência 2012* e *Mapa da Violência 2012 – Atualização: Homicídios de mulheres no Brasil*, disponíveis em: <<http://mapadaviolencia.org.br/>>. Acesso em: 1.º fev. 2014.
- (2) WESTLUND, Andrea C. Pre-modern and modern power: Foucault and the case of domestic violence. *Signs*, Chicago: Institutions, Regulation and Social Control (Summer 1999), v. 24, 4, 1045-1066.
- (3) Ver, entre outros, CORRÊA, Mariza. *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*. Rio de Janeiro: Graal, 1983.
- (4) “Para atender aos seus propósitos, foram introduzidas alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. Porém, não houve a previsão da violência doméstica como delito-tipo e nem foram

introduzidos novos tipos penais, limitando-se o legislador a inserir mais uma agravante, uma majorante e a alterar a pena do delito de lesões corporais. Também foi admitida mais uma hipótese de prisão preventiva (CPP, art. 313, IV), além de ter sido permitida a imposição ao agressor, em caráter obrigatório, do comparecimento a programa de recuperação e reeducação (LEP, art. 152, parágrafo único)” (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: RT, 2010, p. 129).

- (5) Este debate destaca que é paradoxal a proposta de proteger direitos humanos por meio de um aparato que sistematicamente os viola e que atinge de maneira implacável exatamente os grupos que clamam por essa proteção, o que se evidencia, por exemplo, na sobre-representação da população negra nas prisões. Sobre esse assunto, ver: PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos* 68/39-60, mar. 2004.
- (6) Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha. *Revista Crítica de Ciências Sociais* 89/153-170, jun. 2010.
- (7) Idem, ibidem.
- (8) Para conhecer em detalhe toda a tramitação do projeto de lei que resultou na Lei Maria da Penha, ver o documento anexo 3 do relatório final da pesquisa “Análise de justificativas para a produção de normas penais”, realizada pela equipe da Direção GV sob coordenação de Maira Rocha Machado no âmbito do projeto *Pensando o Direito* (Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça). Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sal/main.asp?Team={7393FACA-F9C1-42B0-BE43-8F8756A587C8}>>. Acesso em: 1.º fev. 2014.
- (9) É o que se depreende dos trabalhos do Grupo Interinstitucional coordenado pela Secretaria de Políticas para Mulheres (Decreto presidencial 5.030/2004), que resultaram em projeto de lei que previa a criação de varas especiais para crimes contra a mulher, com competência cível e criminal, mas não afastava a aplicação do procedimento previsto pela Lei 9.099/1995.
- (10) ALVAREZ, Marcos César (coord.); TEIXEIRA, Alessandra; JESUS, Maria Gorete Marques de; MATSUDA, Fernanda Emy. *O papel da vítima no processo penal*. Série Pensando o Direito n. 24, Brasília: SAL-MJ/PNUD, 2010.
- (11) Ver, entre outros, IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero*. Tese (Doutorado). FFLCH-USP, 2003.
- (12) A Casa da Mulher Brasileira, eixo do programa *Mulher, viver sem violência*, da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República, foi concebida como um centro de atendimento integral à mulher ao oferecer serviços públicos de segurança, justiça, saúde, assistência social, acolhimento, abrigo e orientação para trabalho, emprego e renda.
- (13) O projeto *Maria, Maria*, realizado pelo IBCCRIM e pela União de Mulheres de São Paulo, é uma experiência bem sucedida de difusão da Lei Maria da Penha e de formação qualificada de pessoas atuantes em movimentos sociais e nos serviços de atendimento a mulheres em situação de violência. O projeto terá sua sétima edição em 2014.
- (14) Dados da pesquisa “Percepção da sociedade sobre violência e assassinatos de mulheres” (Instituto Patrícia Galvão – Mídia e Direitos e Data Popular), realizada em 2013, mostram que apenas 2% das pessoas entrevistadas nunca haviam ouvido falar da Lei Maria da Penha, 34% sabiam algo a respeito da Lei e 32% não sabiam quase nada.
- (15) Agradecemos à diretoria do IBCCRIM por essa parceria, em especial a Rogério Taffarello, coordenador chefe do *Boletim IBCCRIM*.

Fernanda Emy Matsuda

Coordenadora do Grupo de Trabalho sobre o Sistema Prisional do IBCCRIM.

Consultora de conteúdo para o Portal

“Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha”.

Advogada e socióloga.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS: Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel

Huberman Tyles, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octávio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Carolina Ziccardi Teixeira de Carvalho, Antonio Carlos Bellini Júnior, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Daniel Del Cid, Fabiano Yuji Takayanagi, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Suguimori Santos, Indaíá Lima Mota, José Carlos Abissamra

Filho, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drummond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lili Lungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoraplanmark.com.br

Impressão: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O *Boletim* do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tranco-chave)
www.ibccrim.org.br

(Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares

Diogo Mentor de Mattos Rocha

I – Introdução

Recentemente, ao decidir a Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 118.580/SP, o Ministro Celso de Mello concedeu a liminar, determinando, por conseguinte, a imediata soltura do paciente, ao fundamento de que excepcionalidade da segregação cautelar exige que sua decretação se dê com arrimo em base empírica idônea, sendo certo que, segundo o Ministro, a gravidade abstrata do crime e o clamor das ruas não são fatores que justifiquem tal decisão.

Com efeito, a doutrina processual penal já de há muito sustenta que somente podem ser qualificadas como cautelares aquelas medidas cuja característica básica é a instrumentalidade.

Veremos, ao longo deste trabalho, que a garantia da ordem pública não se presta como instrumento para a efetivação do processo, e sim como medida de polícia judicial, o que a torna substancialmente inconstitucional.

II – Do surgimento histórico da garantia da ordem pública como fundamento para prisões arbitrárias

A maior crítica da doutrina quanto ao fundamento da garantia da ordem pública diz respeito à imprecisão da dita expressão, que acaba por ensejar uma interpretação por demais extensiva quanto às situações fáticas que poderiam ser incluídas na sua hipótese de incidência, malferindo, por conseguinte, o princípio da legalidade estrita.

Cita-se aqui, por todos, o professor **Magalhães Gomes Filho**,⁽¹⁾ que afirma que a prisão para a garantia da ordem pública fere a garantia da legalidade estrita em termos de restrição da liberdade.

Entretanto, fazendo uma regressão histórica às origens do instituto ora em estudo conseguimos entender melhor a motivação da sua criação e a sua impertinência para o sistema acusatório com bases garantistas.

A prisão cautelar fundada na garantia da ordem pública tem sua gênese na Alemanha nazifascista da década de 1930, período histórico em que o que se buscava eram exatamente expressões abertas, vagas e imprecisas, que pudessem ser utilizadas como alicerce para a realização de prisões de pessoas que pudessem ser contrárias ao sistema; vale dizer, o intuito era exatamente o de se obter uma autorização geral e abstrata para prender.

Tomando-se por base seu sentido histórico conseguimos perceber que, ainda nos dias atuais, a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública consegue alcançar seus objetivos, visto que proporciona aos personagens do poder a manipulação das massas de acordo com os seus próprios alvedrios.

Isso é exatamente o que se extrai da obra do professor **Aury Lopes Jr.**,⁽²⁾ senão vejamos: “Grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despojado de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”.

Vejamos que a arbitrariedade do fundamento da garantia da ordem pública para a decretação de prisões cautelares é insita ao próprio instituto. Vale

dizer, justamente para se dar uma aparência de legitimidade às prisões efetuadas sob esse fundamento é que se utilizou dessa expressão, cuja imprecisão semântica acaba por permitir que as mais variadas situações sejam incluídas no seu conceito, abrindo a possibilidade de o encarceramento provisório não se enquadrar apenas e tão somente nas exigências de caráter cautelar propriamente dito.

Vejamos a lição do professor **Gustavo Badaró**,⁽³⁾ in expressis: “A expressão ‘ordem pública’ é vaga e de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a ‘garantia da ordem pública’ coloca em risco a liberdade individual. A jurisprudência tem se valido das mais diversas situações reconduzíveis à garantia da ordem pública: ‘comoção social’, ‘periculosidade do réu’, ‘perversão do crime’, ‘insensibilidade moral do acusado’, ‘credibilidade da justiça’, ‘clamor público’, ‘repercussão na mídia’, ‘preservação da integridade física do indiciado’... Tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública”.

Vê-se, portanto, que a prisão cautelar com fundamento na garantia da ordem pública é utilizada, desde a sua origem, para fundamentar a atuação arbitrária do Estado que, com ela, passa a ter “carta branca” para prender, livrando-se das amarras que a fundamentação com base empírica e casuística lhe exigiria.

No Brasil, o fundamento da garantia da ordem pública foi inserido no sistema jurídico, não por acaso, ainda na redação original do nosso Código de Processo Penal, a qual remonta aos idos de 1941, época em que o nazifascismo ainda estava em alta e a Segunda Grande Guerra no auge de seus acontecimentos.

Mais recentemente, quando ainda tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.208/2001, sob a Relatoria do Deputado **Ibrahim Abi-Ackel**, que alterava o sistema das medidas cautelares pessoais e depois transformou-se na Lei 12.403/2011, tentou-se modificar essa realidade, expurgando-se do ordenamento jurídico tal fundamento arbitrário para a efetivação de prisões inconstitucionais.

Em seu parecer, o eminente Deputado destacava que “são enunciadas com clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas, como, no caso da prisão preventiva, a **garantia da ordem pública** e a garantia da ordem econômica, substituídas por definições precisas das circunstâncias que a justificam”.

Apesar dessa louvável iniciativa do Deputado **Ibrahim Abi-Ackel**, ao longo da tramitação do Projeto foi aprovada uma Emenda Substitutiva Global, a qual resgatou a redação original do texto de 1941.

III – Da inconstitucionalidade da prisão cautelar decretada com fundamento na garantia da ordem pública

Diversos são os fundamentos que conduzem à inconstitucionalidade da prisão cautelar decretada com base na garantia da ordem pública. Começamos nossa análise a partir daquele mais evidente, que mais nos salta aos olhos: a violação dos princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e do devido processo legal.

Já de há muito aprendemos, a partir das lições de **Calamandrei**,⁽⁴⁾ que a finalidade dos procedimentos cautelares é garantir a eficácia dos procedimentos definitivos, não se restringindo tão somente à aplicação do direito material.

É justamente a partir dessa construção de **Calamandrei** que a doutrina contemporânea conceitua as medidas cautelares como sendo dotadas de uma instrumentalidade qualificada; vale dizer, se o processo nada mais é do que o instrumento para o normal funcionamento da justiça, de modo que, por meio dele, alcancemos um provimento jurisdicional de mérito, a medida cautelar se traduz por um verdadeiro instrumento do instrumento, já que somente se presta a garantir a sua efetividade.

Se a medida cautelar é utilizada para outro fim que não a garantia da efetividade do processo de conhecimento, então ela será inconstitucional por afrontar o *due process of law*.

Vejam, nesse sentido, o magistério de **Aury Lopes Jr.**,⁽⁵⁾ *verbum et verbum*: “É importante fixar este conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional” (ressaltos no original).

A seu turno, se a Constituição da República, em seu art. 5º, LVII, determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é evidente que a utilização de uma medida cautelar divorciada da sua função precípua de garantir a efetividade do processo de conhecimento avilta o princípio da presunção de não culpabilidade, traduzindo-se por verdadeira antecipação de pena.

Concordamos, nesse sentido, com a posição de **Delmanto Junior**⁽⁶⁾ quando afirma, *verbis*: “acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório” (original sem grifos).

Conforme as lições de **Alexandra Vilela**,⁽⁷⁾ o princípio da não culpabilidade funciona, aqui, como um limite teleológico da prisão cautelar: somente a prisão voltada à garantia da efetividade do processo poderá ser considerada cautelar; qualquer coisa diferente disso é inconstitucional.

Noutro diapasão, o requisito da garantia da ordem pública, quando invocado pelo magistrado ao decretar uma prisão preventiva, não raras vezes é confundido com o chamado “clamor público”, que surge em casos de grande repercussão nos quais há um grande apelo midiático em torno do fato que deu ensejo ao requerimento de segregação cautelar.

Com efeito, em situações que tais, em que a medida cautelar é decretada muito mais como uma resposta ao clamor social nascido em razão da exploração midiática do caso, do que propriamente pela necessidade de garantia da ordem pública, a prisão cautelar assume contornos de prevenção geral e especial, que são ínsitos à prisão penal.

Não se pode prender alguém preventivamente para que sirva de exemplo, tendo em vista que essa característica decorre da prisão penal, conforme já sustentavam **Günther Jackobs** e **Claus Roxin** quando da discussão acerca do funcionalismo penal.

Vejam o que nos ensina o magistério do professor **Aury Lopes Junior**, *in verbis*: “O ‘clamor público’, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião ‘publicada’. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas ‘operações’ com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento)”.

“Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento de necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um clamor social diante dos fatos...”

Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado.

Como aponta **Sanguiné**, ‘quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto do ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.’

Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência”.⁽⁸⁾

O clamor social, em razão da efemeridade que lhe é ínsita, não pode ser arrimo de prisões cautelares, já que a construção desse clamor pela exploração midiática do fato pode esconder interesses outros na segregação de determinada pessoa, algo que nunca poderá ser avaliado de maneira isenta.

III – Conclusão

Desta feita, a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública é absolutamente divorciada da necessária instrumentalidade que deve revestir todas as medidas cautelares; ela não é um instrumento que atende aos fins do processo, mas algo alheio a ele, que é a própria segurança pública, faltando-lhe, pois, cautelaridade.

Em sendo assim, não pode ser apta a fundamentar a segregação cautelar de alguém, visto que afronta princípios constitucionais consagrados e remonta a períodos históricos em que direitos fundamentais dos cidadãos foram absolutamente aniquilados pelo Estado.

Entendemos que a prisão cautelar somente deve ser utilizada como a *ultima ratio* para a garantia da efetividade do processo; somente em casos em que outras medidas cautelares pessoais não tenham sido aptas a garantir a sua finalidade e, ainda, fundamentada em circunstâncias concretas que denotem a sua efetiva necessidade.

Essa é a *ratio legislatoris* da Lei 12.403/2011 e que deve ser observada pelo magistrado quando do exercício do seu mister.

IV – Referências Bibliográficas

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madri: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: CEDAM, 1936.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

Notas:

- (1) In MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 69.
- (2) In LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 840.
- (3) In BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 733.
- (4) In CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: CEDAM, 1936, p. 21-22.
- (5) In LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 839.
- (6) In DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

- (7) In VILELA, Alexandra. *considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 113.
- (8) In LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 92.

Diogo Mentor de Mattos Rocha

Mestrando em Direito e Desenvolvimento

pela Universidade Candido Mendes.

Especialista em Direito Público e Privado pelo

Instituto Superior do Ministério Público – ISMP.

Advogado.

Composição do Conselho de Sentença e quórum para condenação no Tribunal do Júri: análise de direito comparado em busca da proteção à presunção de inocência

Vinicius Gomes de Vasconcellos

O presente artigo pretende analisar ponto de intenso debate (e injustificada resistência) doutrinário: o número de jurados na composição do Conselho de Sentença e o consequente quórum necessário para a condenação. Aponta-se a hipótese de que a necessidade de unanimidade para a decisão, somada à não vedação da comunicabilidade, tem o condão de fomentar debates no momento da deliberação que serão muito mais profícuos e valorizados pelos atores do sistema criminal, visto que desse modo se possibilitaria uma análise aprofundada do caso em questão.

Inúmeros são os estudos acerca dessa temática apontados por **Pilar Velasco**, elucidando que os efeitos benéficos da obrigatoriedade de unanimidade são amplamente ressaltados em estudos psicossociais, pois “na medida em que os requisitos para alcançar o veredicto são menores, a profundidade da discussão diminui”.⁽¹⁾ Quando da desnecessidade de consenso irrestrito, torna-se dispensável que a maioria convença a minoria, além de que não há qualquer força para impor que se dê atenção aos argumentos desta, o que, por certo, evita debates intensos acerca de todos os pontos de vista dos membros do júri.

Em relação ao regime jurídico brasileiro, conforme o art. 489 do CPP, as decisões do Tribunal do Júri são tomadas por maioria de votos e, segundo o art. 447 do mesmo diploma legal, o Conselho de Sentença será composto de 7 jurados. De tal cenário surge inafastável questão problemática com relação ao princípio da presunção de inocência e seu decorrente *in dubio pro reo*, explicitada na hipótese de uma condenação com votação de 4 contra 3, ou seja, 57,14%. Em tais casos, resta inegável a dúvida, que deveria impor a absolvição do réu. Nesse sentido, aponta **Lopes Jr.** que “a sentença condenatória exige prova robusta, alto grau de probabilidade (de convencimento), algo incompatível com 4x3”.⁽²⁾

Percebe-se que o modelo brasileiro destoa de diversos exemplos internacionais. Na Espanha, segundo **Armenta Deu**, para que um fato se declare provado são necessários 7 votos, quando contrário ao réu, e cinco se favorável, dos nove jurados que compõem o Júri.⁽³⁾ Inegável a atitude de respeito ao *in dubio pro reo*, ao passo que a decisão pela condenação necessita de 7 dos 9 votos. Na França, onde há um modelo de escabinato com 9 julgadores em primeiro grau e 12 na sede recursal, necessita-se de,

respectivamente, 6 e 8 votos para a condenação, conforme os arts. 359, 269, 248 e 244 do *Code de Procédure Pénale*, que regulam o quórum de votação e a formação do conselho de julgamento.⁽⁴⁾

Com relação ao Júri nos Estados Unidos, importante inicialmente esclarecer que, diante da ampla autonomia legislativa da federação e dos estados, existem diferentes regulamentações. Sabe-se que o modelo clássico de júri anglo-saxão prevê a obrigatoriedade de unanimidade entre os jurados, entretanto, tal regra foi paulatinamente relativizada pela Corte Suprema norte-americana. Inicialmente, em julgado de 1898 (*Thompson v. Utah*), questionou-se a legitimidade de um conselho de sentença formado por 8 integrantes, findando o tribunal máximo estadunidense a apontar sua inadmissibilidade, por violação à VI Emenda da Constituição, que consagra o juízo por jurados. Entretanto, por questões utilitaristas como a redução dos custos e do tempo dos julgamentos, esse posicionamento foi alterado em 1970, no caso *Williams v. Florida*, em que se aceitou um júri com 6 integrantes para casos em que não se pode impor pena capital, fundamentando-se tal decisão no fato de que o número de 12 seria “mero acidente histórico”.⁽⁵⁾

Desde então, inúmeros estudos questionaram a hipótese de que a redução no número de jurados não altera substancialmente a espécie e a qualidade do veredicto do conselho de sentença. Conforme **Pilar Velasco**, inicialmente autores concluíram que não existia diferença entre as decisões tomadas por 6 ou 12 membros, mas tais pesquisas foram fortemente criticadas em âmbito acadêmico. Restou inegável que a diferença no número de jurados influencia, ao menos, no processo de discussão para deliberação, ao passo que: 1) quanto mais membros, maior a possibilidade de que uma atitude minoritária esteja representada e possa resistir à influência da maioria; e, 2) quando o conselho de sentença é maior, o conteúdo da deliberação é mais complexo, havendo um maior desenvolvimento das informações pertinentes e, assim, aumentando-se a possibilidade de que um membro corrija os erros ou pontos de vista parciais de outros.⁽⁶⁾

Posteriormente, outras decisões da Suprema Corte estadunidense abordaram tal tema: em *Apodaca v. Oregon*, admitiu-se a constitucionalidade de lei que dispensava a unanimidade em crimes

sem pena capital; em *Johnson v. Louisiana*, aceitou-se a decisão por maioria de 9 em um conselho formado por 12 integrantes. Entretanto, diante de diversas críticas e estudos, o cenário voltou a buscar limitações a tais atitudes utilitaristas, invalidando em 1978 uma lei estadual que autorizava condenação por um júri de 5 integrantes (caso *Ballew v. Georgia*) e em 1979 determinando que em um júri com 6 componentes não se pode prescindir da unanimidade (caso *Burch v. Louisiana*).

Portanto, fixou-se que a formação mínima de um júri nos Estados Unidos é de 6 componentes e, em regra, impõe-se a necessidade de unanimidade em todos os casos. Surge aqui importante ponto de discussão, que é a possibilidade dos *hung juries*, hipótese em que os jurados não conseguem chegar a um consenso geral e, assim, impedem a decisão final do conselho de sentença, o que, no sistema estadunidense, obriga o juiz a convocar um novo julgamento.⁽⁷⁾ Tal situação gera críticas daqueles que temem a demora dos julgamentos e o congestionamento da justiça criminal. Entretanto, **Hendler** aponta, com base em pesquisas estatísticas, que as taxas de bloqueio – quando o júri não obtém uma decisão unânime – são de 2 a 6 casos em cada 100 julgamentos.⁽⁸⁾

Portanto, em um sistema de julgamento por jurados adequado aos pressupostos de um processo penal democrático, especialmente à presunção de inocência, impera-se que a condenação somente se concretize a partir da unanimidade de votos nesse sentido, a qual, somada à possibilidade de deliberação entre os juízes leigos, propiciará, em tese, o efetivo debate, o questionamento das provas apresentadas e a ponderação das opiniões dos jurados.⁽⁹⁾ Entretanto, diante da resistência doutrinária e legislativa a tal posição, cumpre apresentar solução viável, que, por certo, não trará impactos financeiros relevantes. Conforme interessante proposta de **Marco Aurélio Oliveira**, a composição do Tribunal do Júri deve ser com número par de juízes leigos,⁽¹⁰⁾ de modo a, assim, impor a diferença de 2 votos para a condenação, resguardando o *in dubio pro reo*, pois, em caso de empate, haveria absolvição, utilizando-se, por analogia, o art. 615, § 1.º, do CPP.

Notas:

- (1) VELASCO, Pilar de Paúl. *El tribunal del Jurado desde la psicología social*. Madrid: Siglo XXI, 1995, p. 109. (tradução livre)
- (2) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 324.
- (3) ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 323.
- (4) Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 19 out. 2013.
- (5) HENDLER, Edmundo. *El juicio por jurados*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 117.
- (6) VELASCO, Pilar de Paúl. *El Tribunal del Jurado desde la psicología social*. Madrid: Siglo XXI, 1995, p. 106.
- (7) ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos: sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 200/216, jul.-set. 1996, especialmente p. 214.
- (8) HENDLER, Edmundo. *El juicio por jurados*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 124.
- (9) “A unanimidade é a chave de compreensão e garantia do Júri norte-americano. As soluções de consenso evitam, normalmente, os exageros acusatórios e as franquias irresponsáveis, gerando um forte sentimento de responsabilidade à atividade do jurado como expressão não apenas de uma convicção pessoal, mas comunitária que se guarda no veredicto” (LOPES, Mauricio A. R. Do sigilo e da incomunicabilidade no júri. In: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 1999, p. 287)
- (10) OLIVEIRA, Marco Aurélio. *O número ímpar de jurados*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222978615174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

Vinicius Gomes de Vasconcellos
Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Pós-graduado em Justiça Penal pela
Universidade Castilla-La Mancha.
Bacharel em Direito pela PUC-RS.

“Inimputabilidade superveniente”: uma impropriedade jurídica

Michele O. de Abreu e Evandro Luiz Oliveira de Abreu

1. Da imputabilidade

Considerando o fato de que o Código Penal apenas se propôs a apresentar as causas que afastam a imputabilidade do agente, conceituaremos o instituto da imputabilidade a partir da interpretação negativa dos arts. 26 a 28 do referido diploma legal.

Também conhecida como capacidade de culpabilidade,¹ temos por imputabilidade um elemento da culpabilidade que exige do agente capacidade psíquica suficiente para, no momento da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.²

Na lição de **Marcello Jardim Linhares**, imputabilidade consiste no atributo de uma pessoa, de um modo de agir a um fato descrito pela lei como crime. “*Se não integra a estrutura do crime, dele é, entretanto, um pressuposto lógico*”.³ O autor ainda ressalta que “*imputável é o homem que reúne dentro de si qualidades de saúde que o direito estabelece para que sofra uma pena; que se exigem juntamente com o crime, como qualidades mínimas para poder ser apenado. Tais qualidades são a capacidade de entender o que faz e de querer aquilo que faz*”.⁴

Por fim, **Rogério Greco** destaca que imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. Ao final, assevera que a imputabilidade é a regra e a inimputabilidade, a exceção.⁵

1.1 Inimputabilidade e semi-imputabilidade. Elementos integradores

Segundo o *caput* do art. 26 do Código Penal, são considerados inimputáveis os que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram inteiramente incapazes de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento. O parágrafo único do citado dispositivo ainda dispõe que são considerados semi-imputáveis os que, por perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, são parcialmente incapazes de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Como podemos verificar, a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade podem ser reconhecidas se presentes três elementos integradores, quais sejam: causal, consequencial e temporal.

São consideradas elementos causais as causas com condão de afastar (total ou parcialmente) a capacidade de entender ou de determinar-se de acordo com tal entendimento: doença mental (inimputabilidade), desenvolvimento mental incompleto ou retardado (inimputabilidade ou semi-imputabilidade) e perturbação da saúde mental (semi-imputabilidade).

Consideram-se elementos consequenciais os que decorrem da

existência dos elementos causais. São eles: capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por fim, o *caput* e o parágrafo único do art. 26 do Código Penal impõem que os elementos causais e consequenciais devem atuar conjuntamente no momento da ação ou omissão delitiva (elemento temporal). Tal afirmação impõe que o agente, ao tempo da ação ou omissão, esteja dotado da incapacidade (absoluta ou relativa) de conhecer o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento.⁶

Tal requisito é de fundamental importância para o processo penal. Uma vez constatado que, na prática do fato típico, o agente encontrava-se plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento, pouco importa se, no momento em que se deu o resultado, o agente encontrava-se em estado de perturbação psíquica.

1.2 Inimputabilidade superveniente

Comumente empregada por juristas, a expressão “inimputabilidade superveniente” tem sido erroneamente utilizada para identificar as hipóteses de superveniência de doença mental ao acusado constatada após o momento da ação ou omissão delitiva.

Juan Carlos Ferré Olivé *et al.* nomeia como inimputabilidade superveniente⁷ a hipótese de os elementos causais restarem presentes após a prática do delito, em momento anterior à imposição da pena ou após sua imposição. Segundo o autor, “as normas penais e processuais determinam o que ocorre com a **inimputabilidade superveniente** à comissão do delito e antes da imposição da pena. Deve-se ordenar a paralisação do processo, uma vez determinado o exame para a comprovação da imputabilidade do réu, e a nomeação de um curador diante da impossibilidade do exercício do direito de defesa durante o desenvolvimento do juízo, o que, em tese, não obstará que o sujeito permanecesse submetido a uma série de medidas assistenciais, curativas e securitárias (art. 152, § 1.º, do CPP). Comprovada a **inimputabilidade**, o processo permanecerá suspenso até o restabelecimento do acusado. Se a pena já foi imposta, apurando-se doença mental ou perturbação da saúde mental supervenientes, a lei de execução penal dispõe que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, ‘poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança’ (art. 183)” (grifo nosso).⁸

Tal fato se deve, principalmente, às situações previstas nos arts. 152 do Código de Processo Penal, 41 do Código Penal e 108 da Lei 7.210/1984.

Como destacado, o citado dispositivo legal prevê a possibilidade da ocorrência de doença mental superveniente à infração penal e estabelece as medidas a serem praticadas pelo magistrado. Uma vez constatada a superveniência de doença mental durante o processo penal, deverá o magistrado suspendê-lo até que o acusado se restabeleça, bem como poderá ordenar sua internação em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

Na hipótese de o condenado restar acometido de doença mental durante a execução da pena, determinar-se-á sua internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Desse modo estabelecem os arts. 41 do Código Penal, e 108 da Lei de Execução Penal.

Contudo, uma vez verificado que a situação é definitiva, o art. 183 da Lei de Execução Penal impõe que a pena deve ser substituída por medida de segurança mediante incidente próprio.

Notamos que tais situações em nada coadunam com o conceito de imputabilidade ou inimputabilidade abstraído da interpretação do art. 26 do Código Penal. Como pudemos verificar, a legislação penal pátria impõe que, para a constatação da inimputabilidade, sejam reconhecidos três elementos constitutivos, entre eles o elemento temporal. Segundo interpretação legal, os elementos causais e consequenciais devem estar presentes, tão somente, no momento da ação ou da omissão do delito.

Creditar ao momento da ação ou omissão do delito a imputabilidade do agente leva-nos a defender que, se em qualquer outro momento da apuração dos fatos (inquérito policial ou peças de informação) ou do

processo, restar evidente que o agente não detém plena capacidade psíquica não há que se falar em ‘inimputabilidade superveniente’.⁹

Conclusão

Como observado, o Direito Penal brasileiro não admite a figura da “inimputabilidade superveniente”. A existência de qualquer perturbação psíquica não pressupõe necessariamente a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente, assim como não impede a possibilidade do seu tratamento (internação em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico).

A necessidade do emprego correto da terminologia em discussão ultrapassa o mero formalismo jurídico. A inimputabilidade é uma dirimente da culpabilidade do agente e tem por escopo a imposição de medida de segurança ou diminuição da pena. A superveniência de doença mental (seja durante o processo penal ou durante a execução), apesar de impor consequências jurídicas similares, não tem o condão de afastar a culpabilidade do agente.

Referências bibliográficas

- ABREU, Michele O. de. *Da imputabilidade do psicopata*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Orgs.). *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, t. I.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. 10. ed. Niterói: Ímpetus, 2008.
- LINHARES, Marcello Jardim. *Responsabilidade penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. I.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 2 ed. Madrid: Editorial Reus, 1926.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 6. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002.
- FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS *et al.* *Direito penal brasileiro: parte geral*. Princípios fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 2011.
- SILVEIRA, V. César da. *Tratado da responsabilidade criminal*. São Paulo: Saraiva, 1955, v. 1.

Notas:

- (1) GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 394.
- (2) Segundo a legislação penal espanhola, entende-se que o Código Penal vigente reconheceu o entendimento da doutrina majoritária conforme preceitua o art. 20, 1.º e 2.º. De acordo com o dispositivo legal, o reconhecimento da imputabilidade exige que o autor dos fatos tenha a capacidade de compreender o ilícito do fato e de atuar conforme esse entendimento. Santiago Mir Puig ainda ressalta que, segundo o entendimento majoritário, existem outras causas que afastam a imputabilidade no Código Penal e outras criadas exclusivamente pela doutrina.
- (3) LINHARES, Marcello Jardim, *Responsabilidade penal*, t. I, p. 21.
- (4) LINHARES, Marcello Jardim, *Responsabilidade penal*, t. I, p. 22.
- (5) GRECO, Rogério, *Curso de direito penal*, p. 396.
- (6) A doutrina tem apontado essa exigência como decorrência do princípio da coincidência ou similitude. Segundo esse, “a imputabilidade ou capacidade psíquica de motivação normativa deve ser analisada no momento da comissão do delito”.
- (7) A relatora Min. Cármen Lúcia também empregou a expressão “inimputabilidade superveniente” no julgamento do HC 105.763-MG (1.ª T. do STF, j. 03.05.2011).
- (8) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* *Direito penal brasileiro – parte geral*. Princípios fundamentais e sistemas, p. 462.
- (9) ABREU, Michele Oliveira de. *Da imputabilidade do psicopata*, p.89.

Michele O. de Abreu
Mestre em Direito Penal pela PUC-SP.
Professora universitária.
Advogada.

Evandro Luiz Oliveira de Abreu
Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina.

A cabeça de Antônio Conselheiro: capítulo (ou capitulação) da antropologia criminal brasileira

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

“Desenterraram-no cuidadosamente. Dádiva preciosa – único prêmio, únicos despojos opimos de tal guerra! – faziam-se mister os máximos resguardos para que não se desarticulasse ou deformasse, reduzindo-se a uma massa angulenta de tecidos decompostos (...)

Restituíram-no à cova. Pensaram, porém, depois, em guardar a sua cabeça tantas vezes maldita – e como fora malbaratar o tempo exumando-o de novo, uma faca jeitosamente brandida, naquela mesma atitude, cortou-lha; e a face horrenda, empastada de escaras e de sânie, apareceu ainda uma vez ante aqueles triunfadores...”⁽¹⁾

A partir do fim do século XIX, os conceitos penais no Brasil foram profundamente marcados pelo positivismo criminológico italiano. A *nuova scola* assumiu uma metodologia que destacava o empirismo e a negação da metafísica. Como consequência desse novo paradigma, o foco da compreensão criminal passou a ser o estudo do criminoso, e não do delito como instituto jurídico abstrato. Esse novo método baseado nessas medições e tipologias ficou conhecido por *antropologia criminal*.

Como prova de suas afirmações científicas, **Lombroso**, principal representante do positivismo italiano, deu enorme importância às medições de crânios de delinquentes.⁽²⁾ Pretendia demonstrar que a frenologia (craniometria) era um método seguro para a constatação de que o delinquente não seria igual aos demais indivíduos, e sim uma classe diferenciada de ser humano. Deu tanta atenção ao tema, que dedicou a ele um capítulo inteiro de seu famoso trabalho.⁽³⁾

No entanto, a tese era controversa. Nesse sentido, veja-se um episódio acontecido por ocasião dos preparativos do Segundo Congresso de Antropologia Criminal, em Paris, no ano de 1889, no qual vários dos eminentes pensadores da criminologia de então discutiram a respeito do crânio de Charlotte Corday, criminosa famosa à época, conhecida por *anjo do crime*. **Lombroso**, ao analisar as suas características, deu a entender que se tratava de um exemplar indicativo de criminoso nato, pois *“trata-se de anomalias patológicas e não de anomalias individuais”*.⁽⁴⁾

A polêmica sobre o crânio ainda iria se prolongar por mais alguns meses, com a publicação de artigos científicos por parte de **Lombroso**, **Topinard** e **Benedikt**, defendendo suas posições. Ocorre que, como ficou comprovado posteriormente, tinha ocorrido um equívoco quando da exposição do crânio, pois ele, de fato, não era o da assassina famigerada. Isso repercutiu rapidamente em todo o meio acadêmico, pondo em xeque os ensinamentos dos positivistas, e trazendo dúvidas sobre a capacidade de averiguar o comportamento delitivo por meio do exame cranial. Tal celeuma significava duvidar do próprio método de investigação do positivismo criminológico.

A recepção das ideias positivistas no Brasil já foi objeto de vários estudos.⁽⁵⁾ A doutrina jurídico-penal quase que inteiramente se voltou para o estudo do positivismo italiano, sendo que a maior parte dos autores defendeu a nova concepção.⁽⁶⁾

A Escola do Recife, naquele momento, exercia papel de grande importância, como disseminadora do pensamento moderno, muito embora não se possa dizer que houve a adesão irrestrita de todos os seus membros ao positivismo. Assim, **Tobias Barreto**, principal lente da Escola do Recife, assumiu uma posição moderada, com relação ao novo pensamento, pois não concordou integralmente com a ideia de determinismo do comportamento humano (tão característica do positivismo criminológico).

De outro lado desse embate situou-se **Nina Rodrigues**. Concordando sobre o determinismo apregoado pelo positivismo italiano, criticou severamente a opinião de **Tobias Barreto**.⁽⁷⁾ Esse médico maranhense,

radicado na Bahia, foi o mais destacado entre os estudiosos da antropologia criminal no Brasil. De fato, sua importância foi tão grande que os seus seguidores, reunidos em torno de seus ensinamentos, denominavam-se adeptos da *Escola Nina Rodrigues*.⁽⁸⁾

É nítida a influência das ideias lombrosianas na obra de **Nina Rodrigues**. Chegou mesmo a lhe homenagear, com uma dedicatória em um de seus principais trabalhos.⁽⁹⁾ De outro lado, o italiano conhecia sua obra, e a admirava. Chegou a classificar Nina Rodrigues como *apóstolo da antropologia criminal no novo mundo*.⁽¹⁰⁾

Como bem observado por **Afrânio Peixoto**, **Nina Rodrigues** destacou-se por suas preocupações científicas terem como objeto os problemas brasileiros. Utilizou as teses positivistas para tentar compreender as mazelas típicas de nosso país, como doenças tropicais, além de outros temas, como a questão das raças que formaram o Brasil (interessou-se particularmente sobre a herança cultural africana⁽¹¹⁾) e a miscigenação. Aliás, essa sua originalidade, aliada à qualidade de suas pesquisas, fizeram com que se tornasse tão conhecido na Europa.⁽¹²⁾

Nesse sentido, e seguindo os passos de **Lombroso**, várias análises craniais de criminosos brasileiros foram realizadas por **Nina Rodrigues**, no afã de explicar as causas dos comportamentos delitivos. Fez, por exemplo, observações no crânio de Lucas da feira, um negro, ex-escravo fugido, que era bem conhecido na época por seu comportamento extremamente violento. Também teceu comentários sobre crânios de menores delinquentes.⁽¹³⁾

Ora, por ter dado tamanha atenção às questões brasileiras, não poderia o médico maranhense descuidar de um dos temas mais comentados de sua época, o conflito de Canudos. E é nesse particular que se destaca sua originalidade, por ter divergido bastante da ênfase dada por **Lombroso** à craniometria (frenologia) como técnica de investigação do comportamento criminoso.

Como adepto do ideário positivista, **Nina Rodrigues** procurou explicar a criminalidade em nossas terras por meio de uma característica tipicamente brasileira, a miscigenação. Em sua visão, a distribuição racial no Brasil influenciaria as práticas delitivas. Por isso, *“(...) em decorrência da constatação científica da inferioridade da raça negra, o processo civilizacional brasileiro não poderia deixar de enfrentar dificuldades por causa da existência de uma considerável população negra em nosso país”*.⁽¹⁴⁾ Pelo mesmo motivo, defendeu a existência de um código penal para cada uma das raças brasileiras.⁽¹⁵⁾

Essa visão também influenciou **Euclides da Cunha**, principal comentador da guerra de Canudos.⁽¹⁶⁾ Por isso, em sua obra *Os sertões*, nota-se claramente a adesão ao positivismo naturalista.

Seria possível, então, compreender Canudos por meio da investigação do seu principal líder, Antônio Conselheiro. Conforme a visão positivista, Conselheiro seria um *documento raro de atavismo*.⁽¹⁷⁾ Um antropologista que o analisasse, o apontaria *“(...) como fenômeno de incompatibilidade com as exigências superiores da civilização – um anacronismo palmar, a revivescência de atributos psíquicos remotíssimos”*.⁽¹⁸⁾ Ele seria o grande vetor da *loucura epidêmica de Canudos*.

Vários traços da vida de Conselheiro foram destacados, para tentar compreender seu comportamento fanático. Primeiramente, seus antecedentes familiares, vez que era de um clã (Maciel) envolvido em lutas sangrentas com outra família do interior do Ceará. Sua infância e, principalmente, seu casamento frustrado também foram muito comentados. Seu misticismo arcaico e radical. Sobre tudo, o fato de que Conselheiro era um mestiço. Ora, a mistura de raças era entendida como

prejudicial, pois o mestiço “é, quase sempre, um desequilibrado [...] o desequilíbrio nervoso, em tal caso, é incurável: não há terapêutica para este embater de tendências antagonistas, de raças repentinamente aproximadas, fundidas num organismo isolado”.⁽¹⁹⁾

Por isso, era natural esperar que o crânio de Antônio Conselheiro servisse como prova irrefutável das teses positivistas de então. Nesse sentido, encerrando-se o combate, o corpo de Antônio Conselheiro foi localizado, e sua cabeça, guardada cuidadosamente (ver o relato de **Euclides da Cunha**, na epígrafe), como prova do fim da guerra, e também para que pudesse ser submetida à opinião dos cientistas da época. Ninguém seria melhor que **Nina Rodrigues** para atestar a anormalidade de tal crânio, que seria o indicador da morbidade atávica do fanático.

Assim, o crânio do beato foi enviado para Salvador, onde seria cuidadosamente observado pelo principal professor da Faculdade de medicina da Bahia, além de fundador da medicina legal no Brasil, **Nina Rodrigues**.⁽²⁰⁾ Tal análise cuidadosa resultou em um estudo clássico, postumamente publicado, intitulado *As Collectividades anormaes*, no qual surpreendentemente afirmou que “o crânio de Antonio Conselheiro ‘não apresentava nenhuma anomalia que denunciasses traços de degenerescência’: é um crânio de mestiço onde se associam caracteres anthropologicos de raças diferentes”, e conclui, em definitivo, emendando que “é pois um crânio normal”.⁽²¹⁾

Com isso, queremos indicar um traço particularmente notável da obra de **Nina Rodrigues**. Muito embora nunca tenha se afastado da doutrina positivista, contribuiu enormemente para a consideração de aspectos sociais e psíquicos na causação dos delitos, em detrimento de traços biológicos e/ou hereditários. Dessa forma, aproximou-se de uma concepção positivista mais coerente com as ideias de **Ferri** que as de **Lombroso**, enfocando a importância da sociologia do crime. Isso é admirável, ainda mais levando-se em consideração sua formação de médico, a qual, por óbvio, naturalmente faria com que se inclinasse para aquelas explicações de cunho biologicista.

Nesse sentido, **Artur Ramos** observou que **Nina Rodrigues**, surpreso por não ter encontrado traços de degenerescência após fazer o exame antropométrico em Antônio Conselheiro e Lucas da feira, foi levado a pesquisar as causas sociais e psicológicas que provocaram o comportamento antissocial do beato.⁽²²⁾ Sobre o fato, ensina que **Nina Rodrigues** “destaca o papel do ambiente social na eclosão da epidemia mystica, assignalando os factores sociológicos, como o advento da República, os conflitos de concepção política, as luctas feudaes nos sertões, etc. no primeiro plano das causas deflagradoras daquele fenómeno”.⁽²³⁾

Também Mariza Corrêa aponta esse dado relevante da obra de **Nina Rodrigues**, que passara quase despercebido para muitos de seus estudiosos. Os exames periciais realizados em criminosos pobres, ou que cometiam atos de grande violência (homicídios ou estupros, por exemplo), demonstravam uma aparente normalidade. “É aí que a sua argumentação vai se apoiar cada vez menos nos sinais físicos da doença e cada vez mais numa análise das relações sociais do examinado”.⁽²⁴⁾

Isso denota a honestidade intelectual de **Nina Rodrigues**. Como era uma das poucas vozes científicas avizadas no Brasil, à época, poderia ter insistido em trilhar os caminhos consensuais, mas muitas vezes incertos,⁽²⁵⁾ de **Lombroso** e outros mestres. Em vez disso, ao verificar inconsistências nas teses de **Lombroso**, com relação às perícias que realizava, buscou outras explicações para a violência, chegando às causas psíquicas e sociais.

Por isso, abriu caminho para uma ciência social brasileira de caráter culturalista, e mais desapegada dos cânones positivistas do século XIX (e cujo exemplo mais marcante, no século seguinte, seria a obra de **Gilberto Freire**). Além disso, possibilitou estudos posteriores dos conflitos messiânicos nordestinos, os quais partiam de uma ótica eminentemente social.⁽²⁶⁾

Nina Rodrigues foi, portanto, um médico excêntrico, que se afastou de uma análise exclusivamente antropométrica e contribuiu definitivamente para a consideração de aspectos sociológicos e psicológicos, como causas da criminalidade. Considerando o contexto sociopolítico em que escreveu sua obra, isso não é um avanço pequeno.

Notas:

- (1) CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. São Paulo: Nova Cultural, 2003, p. 360.
- (2) DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na belle époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 16.
- (3) LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: studio in rapporto all'antropologia, ala medicina legale ed ala discipline carcerarie*. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 43 e ss.
- (4) DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos...* cit., p. 16.
- (5) Por todos: FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- (6) Para mais informações sobre alguns desses autores, vide CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 269-290.
- (7) RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957, p. 51 e ss.
- (8) CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade*. Bragança Paulista: Edusf, 1998, p. 13-14.
- (9) RODRIGUES, Nina. *As raças humanas...* cit., p.21.
- (10) Em dedicatória de um livro de Lombroso, conforme relatado em RIBEIRO, Marcos A. P. A morte de Nina Rodrigues e suas repercussões. *Afro-Ásia*, n. 16. Salvador: Centro de estudos Afro-orientais, 1995, p. 64.
- (11) Sobre o tema, vide ALVES, Henrique L. *Nina Rodrigues e o negro do Brasil*. São Paulo: Associação Cultural do Negro, [s.d.].
- (12) PEIXOTO, Afrânio. Prefácio. In: RODRIGUES, Nina. *As raças humanas...* cit., p. 10.
- (13) RODRIGUES, Nina. *As raças humanas...* cit., p. 189 e ss. Assim, não tem razão Enrique Bacigalupo, por ter afirmado que não foram realizadas na América Latina novas investigações para confirmar o caráter atávico dos delinquentes, mediante considerações antropomórficas e antropométricas (BACIGALUPO, Enrique. La influencia del pensamiento de Cesare Lombroso en España y Latinoamérica. In: PICOTTI, Lorenzo; ZANUSO, Francesca (Orgs.). *L'antropologia criminale di Cesare Lombroso dall'ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2011, p. 161).
- (14) FREITAS, Ricardo de Brito. Condenados à civilização: o positivismo naturalista no alvorecer da República. In: BRANDÃO, Cláudio et al. *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 367.
- (15) RODRIGUES, Nina. *As raças humanas...* cit.
- (16) FREITAS, Ricardo de Brito. *Condenados à civilização...* cit., p. 369. ALVES, Henrique L. *Nina Rodrigues e o negro do Brasil* cit., p. 23-26.
- (17) CUNHA, Euclides da. *Os sertões* cit., p. 97.
- (18) *Idem, ibidem*, p. 97.
- (19) *Idem, ibidem*, p. 73.
- (20) “Com o fim de impedir o desenvolvimento desta fé, como também para impedir a crença na fuga de Antônio Conselheiro, as autoridades exhumaram seu cadáver para estabelecerem sua identidade e procederem à autopsia. A cabeça foi separada, sendo-me o crânio oferecido pelo medico chefe da expedição, o major Dr. Miranda Curio. Encontra-se actualmente no laboratório de medicina legal da Bahia” (RODRIGUES, Nina. *As collectividades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1939, p. 131).
- (21) RODRIGUES, Nina. *As collectividades anormaes* cit., p. 131 e 133, os grifos são nossos.
- (22) RAMOS, Artur. Prefácio. In: RODRIGUES, Nina. *As collectividades anormaes* cit., p. 14.
- (23) *Idem, Ibidem*, p. 13.
- (24) CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade* cit., p. 142.
- (25) Ver o episódio relacionado à análise do crânio de Charlotte Corday, já referido no texto.
- (26) Por exemplo: FACÓ, Rui. *Cangaceiros e fanáticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UFPE.

Professor de Direito Penal e Criminologia em cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito em Maceió (AL).

Coordenador estadual adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em Alagoas.

O funcionalismo jurídico-penal alemão de matriz *Jakobsiana* deslegitimado em poucas linhas – um brevíssimo ensaio

Eduardo Luiz Santos Cabette

Por incrível que pareça o positivismo comteano do século XIX e o reforço materialista que se seguiu a ele exercem até hoje forte pressão no pensamento jurídico, especialmente quanto a certa repugnância injustificada e deletéria existente contra a legitimação do Direito, em específico, o Penal, mediante a inclusão de argumentos valorativos e metafísicos.

Nesse caldo cultural e intelectual se produz o pensamento funcionalista alemão,⁽¹⁾ com seus mestres e prosélitos a defenderem argumentações que não se sustentam perante um mínimo raciocínio lógico capaz de identificar uma retórica superficial.

Como a proposta deste trabalho é o enfrentamento do tema em poucas linhas e como realmente a questão não é de complexidade, segue-se direto ao ponto.

No funcionalismo jurídico-penal de um **Güther Jakobs**, por exemplo, adota-se uma teoria de prevenção geral positiva, em que a pena tem “função” de integração do ordenamento jurídico. Trocando em miúdos, a pena atua como uma manifestação estatal que confirma a vigência da norma infringida pelo criminoso. Nada mais que o reviver da velha “negação da negação do Direito” de matriz hegeliana, salpicada com teorias sociológicas luhmannianas que exploram as chamadas expectativas normativas e cognitivas. No mais, conforma-se um retorno anacrônico a um contratualismo já devidamente criticado como meramente idealista (**Rousseau, Locke, Hobbes**).

Um primeiro ponto pouco explorado na crítica ao pensamento funcionalista, com ênfase em **Jakobs**, é sua sustentação básica em uma teoria sociológica, ou seja, em uma ciência do “ser”, embora humana e social, e não do “dever ser” para a construção de uma fundamentação do Direito, que é uma ciência normativa. Uma ciência normativa pode até se valer, no campo louvável da interdisciplinaridade e até da transdisciplinaridade, de muitos saberes, inclusive das ciências naturais. No entanto, não se pode sustentar de modo basilar em argumentos que busca fora de seu campo. É menos perceptível, mas seria o mesmo que a biologia encontrar sustento em uma ideologia política. E isso já aconteceu na história. Quem tiver curiosidade, pesquise sobre as teorias de um Engenheiro Agrônomo russo, **Trofim Lysenko**, acerca da transmissão hereditária de traços adquiridos, que dominou a “ciência” (*sic*) russa durante anos por ser considerada adequada a uma contraposição às teses ocidentais mendelianas. Isso se iniciou na década de 1940 e somente teve seu total descrédito em 1964, portanto pelo menos 24 anos de impostura foram possíveis devido à ingerência política no campo científico. O que se pretende demonstrar é que qualquer ciência pode perfeitamente se valer da interdisciplinaridade, mas deve, necessariamente, buscar

seus fundamentos principais em seu próprio âmago, sob pena de criar teorizações artificiais, ideológicas, retóricas (no mau sentido) e frágeis até mesmo sob o prisma lógico.

No funcionalismo jurídico-penal a norma se legitima por sua própria existência, ou seja, a norma se legitima pela própria norma e nada mais. Ora, só não enxerga quem não quer o fato de que essa espécie de argumentação é circular. Conforma a conhecida “Petição de Princípio” (“*Petitio Principii*”) já diagnosticada há milênios por Aristóteles e consistente em pressupor na demonstração um equivalente ou sinônimo do que se quer demonstrar. Mais ou menos isso: a norma é legítima. Por quê? Porque é a norma. A pena é legítima. Por quê? Porque reafirma a norma. E por que é legítimo reafirmar a norma pela pena? Porque a norma existe e quando é negada deve ser reafirmada. Mas, por quê? Porque é a norma (infinitamente...).

E o pior de tudo isso é que com o funcionalismo não é somente a norma que se legitima por si mesma numa argumentação circular, e sim o poder estatal e o próprio Estado, o que pode servir de base teórica pseudocientífica para qualquer ideologia absolutista ou totalitária. E não é preciso ir longe na história para encontrar os exemplos clássicos do Nacional Socialismo Nazista, do Comunismo Chinês, Soviético e Cubano, entre outros, sempre sustentados em bases pseudocientíficas das mais diversas origens – biologia (racismo), economia (marxismo), física (materialismo) etc.

A falta de um referencial antropológico e humanista provoca uma corrosão interna na teoria funcionalista. O homem passa a ser instrumentalizado pelo Estado. Este não está a serviço do homem, mas o reverso. Daí se viola a máxima kantiana de não tratar um ser humano ou qualquer ser racional como meio para um fim, mas sempre como um fim em si mesmo. Vai por terra também aquilo que **Hanna Arendt** define como o “agir” humano, que consiste na atuação livre e soberana do homem na política. Até mesmo o chamado “agir comunicativo” de **Habermas**, muitas vezes apontado por **Luhmann** e chamado à baila no funcionalismo para justificar o fato de que uma suposta falha de comunicação justificaria a sustentação da norma por si mesma, somente pode decorrer de uma interpretação deturpada da teoria habermasiana, já que esta pressupõe, tem como pré-requisito, a possibilidade de exercício do agir comunicativo por todos indistintamente e, inclusive, a possibilidade de renúncia a esse agir. Portanto, sustentar um funcionalismo, especialmente na área penal, punindo aquele que não se comunica de acordo com expectativas normativas é perverter toda uma tradição do conceito do “agir humano”. Já não se trata de um “agir”, mas de um “reagir” de acordo com certos adestramentos e imposições sociais e estatais. A dignidade humana se perde, o conceito de humanidade do homem se dilacera e, legitimando as normas (inclusive penais) e o Estado por eles mesmos, olvida-se que o único ser que se legitima por si mesmo, por sua própria existência, é o ser humano, seja ele quem for, seja ele como for, pense o que pensar, aja como agir.

Na verdade, o funcionalismo é insustentável desde o próprio nome. “Função” tem origem etimológica no latim *functio*, que designa “execução, realização, performance”, *functus* (feito, realizado) e *fungi* (realizar, executar, levar cabo ou adiante). Em base indoeuropeia, *bheug* designa “usar ou desfrutar”. Assim sendo, desde a origem etimológica até a semântica atual, “função” somente pode ser vista

Com o funcionalismo não é somente a norma que se legitima por si mesma numa argumentação circular, e sim o poder estatal e o próprio Estado, o que pode servir de base teórica pseudocientífica para qualquer ideologia absolutista ou totalitária.

como algo *instrumental*, um meio para alguma coisa e jamais um fim em si mesmo. Além de instrumental, quando levada a fim em si mesmo, corre-se o risco já bem delineado antes de ser convertida em elemento de instrumentalização ou reificação dos verdadeiros fins que passam a ser colonizados numa inversão valorativa e lógica (meio/fim x fim/meio, ou melhor, meio/meio convertido em fim).

A função não pode existir ou subsistir por si mesma, não pode se autolegitimar. Em termos jurídicos, sua natureza é meramente instrumental para a aplicação da lei de maneira efetiva pelo Judiciário e demais agências. Dessa maneira, é inaceitável a tutela de simples “funções” pelo Direito Penal. Estas devem ser distintas dos bens jurídicos, estes, sim, objeto de tutela. O funcionalismo, ao elevar as funções estatais e suas normas em fins em si mesmos, que se autolegitimam e justificam inclusive a sanção criminal como mera confirmação da norma, inverte a lógica meio/fim, na verdade, mais que isso, a perverte.

No aspecto filosófico (teorético e prático) o funcionalismo é totalmente insustentável, é uma contradição em si mesmo, uma vez que nesse campo ou os problemas são enfrentados com fundamentos analíticos e lógicos demonstrativos, conduzindo a conclusões a partir de premissas autoevidentes, ou então o pretenso “filósofo” (do Direito ou em geral) não é capaz de fazer nada a não ser construir castelos de areia que ruem ao menor esforço de pensamento. Enfim, o funcionalismo somente retrata uma atitude meramente poética

(do fazer), sem possibilidade de sustentação ou legitimação teórica de qualquer espécie quanto ao “por que” fazer. E sabe-se muito bem quanto pode ser perigosa essa mania de pensar que tudo que se pode fazer deve, *ipso facto*, ser feito.

Nota:

- (1) Neste trabalho se enfoca criticamente o chamado funcionalismo “radical, sistêmico ou normativista”, preconizado destacadamente por **Günther Jakobs**. Não se aborda o funcionalismo “moderado” de **Claus Roxin**, com a visão político-criminal da defesa de bens jurídicos nem o funcionalismo “contencionista, reducionista ou minimalista” de **Luigi Ferrajoli** e **Eugenio Zaffaroni**, entre outros, em que o Direito Penal tem a finalidade de conter o poder punitivo estatal e a própria vingança privada. Esses chamados funcionalismos não parecem retratar efetivamente uma visão estritamente funcional, e sim permeada de valores humanos e humanitários que não permitem que a norma seja um fim em si mesma. O que, como se demonstrará, já não acontece com o funcionalismo radical.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Mestre em Direito Social.

Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia,

Legislação Penal e Processual Penal Especial na

graduação e na pós-graduação da Unisal.

Delegado de Polícia.

A PEC 89/2011: breve análise da proposta de positivação da segurança pública como direito individual

18

Felipe da Costa de Lorenzi

1. Este ensaio tem por escopo analisar a Proposta de Emenda Constitucional 89/2011, de autoria do deputado **Lourival Mendes**, que visa a acrescentar novo dispositivo no art. 5.º da Constituição Federal, para assegurar a todos, como direito individual, “a *qualidade e eficiência na prestação dos serviços dos sistemas de segurança público, ostensivo e investigativo, ficando garantidos os meios e recursos a eles inerentes*”. Busca-se analisar as possíveis consequências de uma emenda constitucional nesses termos e sua eficácia.

A PEC foi apresentada em 28 de setembro de 2011 e, atualmente, está em tramitação na Câmara dos Deputados. A proposta, conforme sua justificativa, fundou-se na análise de que o direito à segurança pública é basilar e constitui premissa para a garantia dos demais direitos, devendo ser devidamente assegurado pelo Estado. A partir desse diagnóstico, apontou-se a necessidade de previsão do direito à

segurança pública como direito individual, de modo que lhe garanta maior eficácia.

2. Em primeiro lugar, cabe observar a regulação já instituída pela Constituição acerca da matéria. Verifica-se que o direito à segurança pública já é assegurado, genericamente, como direito social no art. 6.º da Constituição Federal, bem como é determinado o correspondente dever estatal de prestá-la no art. 144. Esse mesmo artigo estabelece, em linhas gerais, o modo pelo qual o Estado deverá concebê-la e implementá-la.

Além disso, a eficiência na efetivação da segurança pública também já está contemplada na Carta Política, no art. 37, *caput*, que prevê a eficiência como princípio geral da Administração Pública. O art. 144, § 7.º, por sua vez, dispõe, de modo específico, que a lei deverá garantir a eficiência das atividades dos órgãos de segurança pública.

Considerando esse panorama normativo, podemos aferir que a novidade introduzida pela proposição seria tão só sua alocação no rol de direitos individuais e coletivos (art. 5.º da CF), eis que o direito à segurança pública e sua prestação eficiente já estão contemplados no texto constitucional. Cabe, dessa maneira, pensar as consequências decorrentes dessa modificação.

3. A previsão da segurança pública como direito individual pode favorecer a adjudicação de demandas individuais em busca de sua efetivação, o que não parece a solução mais adequada. Pela própria natureza do problema social subjacente e direito social, a segurança pública exige uma atitude positiva do Estado, dependendo, para a sua

Constata-se, portanto, que a segurança pública, tanto na proteção da incolumidade das pessoas e do patrimônio como na garantia da ordem pública, é essencialmente um direito social, não sendo adequada sua positivação como direito individual.

realização, de providências para a criação e conformação de órgãos, políticas e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Deve ser pensada, portanto, como uma política pública voltada para a coletividade e distribuída igualmente entre todos os cidadãos e cidadãs.

Nesse sentido, os tribunais têm reconhecido a possibilidade de pedidos, por meio de Ação Civil Pública, que objetivam a imposição de obrigação de fazer para o Estado, em face de deficiência do sistema de segurança pública (ver: TJMG, Ap Cív 1.0000.00.280735-2/000, 5ª Câm. Cível, Rel. Des. Maria Elza, *DJ* 18.02.2003). Por meio de tal instrumento, é possível judicializar demandas que partem, por exemplo, do diagnóstico de deficiência do aparelho policial em determinado território e objetivam seu aparelhamento, a fim de garantir condições mínimas de funcionamento e eficácia da atuação policial, ou, ainda, da ausência de prestação de serviços públicos que repercutem no direito à segurança pública, como a questão da iluminação pública.

Ademais, a responsabilização em casos de danos decorrentes da ineficácia ou de erros da atuação estatal também é prevista pelo ordenamento jurídico, sendo possível inclusive reparações individuais em certos casos. Cabe registrar que entendem os Tribunais Superiores que a responsabilidade do Estado é objetiva, o que demonstra que esse direito já está devidamente resguardado.

Constata-se, portanto, que a segurança pública, tanto na proteção da incolumidade das pessoas e do patrimônio como na garantia da ordem pública, é essencialmente um direito social, não sendo adequada sua positivação como direito individual. Tal previsão, como demonstrado, não implicaria um aumento na eficácia e na qualidade do sistema.

4. Entretanto, entende-se louvável a iniciativa de repensar o modelo de segurança pública, estabelecendo-se diretrizes constitucionais que vinculam o poder público e que estejam em consonância com um Estado Social e Democrático, não devendo ser desconsiderada.

No contexto atual das discussões sobre Segurança Pública, tem-se constatado a necessidade de um olhar mais atento sobre fatores que envolvem e contribuem para o fenômeno da violência, bem como de repensar a própria maneira de seu enfrentamento.

Nesse sentido, essencial a implementação de políticas preventivas, que atuem nas causas da violência e da criminalidade e não apenas em seus efeitos, como: (i) diagnosticar as causas imediatas propiciantes das ações criminosas; (ii) criar políticas que visem modificações estruturais na sociedade, reduzindo as desigualdades sociais que impulsionam inúmeros jovens e adultos a aderirem às práticas criminosas, que se apresentam como a melhor alternativa para sua subsistência; (iii) instituir fontes alternativas de atração e recrutamento de jovens capazes de competir com as atividades criminosas (das quais se destaca o tráfico de drogas), oferecendo, pelo menos, as mesmas vantagens por elas proporcionadas: emprego e renda, valorização pessoal e acolhimento, reconhecimento e pertencimento dentro de um grupo, entre outras; (iv) intervir imediatamente com escopo de modificar as dinâmicas sociais que propiciam as ações geradoras de violência. Assim, deve-se, por exemplo, atuar em localidades em que se constatem padrões de violência, agindo sobre suas causas específicas; valorizar e qualificar os agentes de segurança pública para que ajam sempre com respeito aos Direitos Humanos etc.

Nesta esteira, cabe destacar que algumas políticas governamentais têm buscado consolidar esse novo paradigma de segurança pública. O Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronas),

criado em 2007 pelo governo federal e aprovado por consenso nas duas Casas do Congresso Nacional, tem como marca fundamental o enfrentamento da criminalidade, da violência e da sensação de insegurança, numa união de políticas de segurança com ações sociais, entendendo ações sociais preventivas e ações policiais qualificadas como complementares.

Antes disso, no ano 2000, o governo federal já havia criado o Plano Nacional de Segurança Pública, que propunha práticas preventivas pioneiras, ressaltando a importância do ensino de Direitos Humanos nas escolas, da qualificação profissional, da ação integrada das polícias etc.

Por fim, cabe ressaltar que o Brasil é recordista em números quando o assunto é violência policial. Não é possível falar em eficiência do sistema de segurança pública e mesmo de enfrentamento da violência num cenário em que o aparato policial é marcado por uma cultura de reprodução da violência e desrespeito aos direitos humanos, sendo necessária uma modificação na lógica de funcionamento das polícias relacionada ao respeito aos direitos e às garantias fundamentais.

Por todo o exposto, é imperativo e fundamental o incentivo às ações preventivas, que atuem nas causas mediatas e imediatas da violência e da criminalidade – aperfeiçoando o funcionamento e a qualificação das polícias, dialogando com a comunidade e atuando nas dinâmicas sociais propiciantes da criminalidade –, bem como vincular a atuação estatal ao respeito aos direitos humanos.

Conclusão

5. Com base nas considerações acima delineadas, conclui-se que o direito à segurança pública está devidamente resguardado na esfera constitucional e que de sua inserção como direito individual não decorreria maior eficácia ao sistema, devendo ser mantida no rol de direitos sociais. Entretanto, a iniciativa de desenhar um sistema de segurança pública de modo mais qualificado não deve ser refutada. Considerando que já há previsão do papel das polícias e que as recentes tendências apontam a necessidade de coordenação e padronização de políticas de prevenção e de asseguramento dos direitos humanos – cuja garantia e promoção é parte essencial do conceito de Estado Democrático de Direito –, a previsão constitucional dessas dimensões da segurança pública poderia conferir maior eficácia e qualificação a esse sistema.

Referências bibliográficas

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOARES, Luiz Eduardo. A política nacional de segurança pública: histórico, dilemas e perspectivas. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300006>. Acesso em 18 set. 2013.
- SOARES, Luiz Eduardo. Segurança pública: presente e futuro. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28629.pdf>>. Acesso em 18 set. 2013.
- BUONAMICI, Sergio Claro. Direito fundamental social à segurança pública. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/341>>. Acesso em 18 set. 2013.

Felipe da Costa De-Lorenzi

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS.

Informamos que a coluna “Descasos”, excepcionalmente, não será publicada neste mês.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



Em breve as inscrições para a **Pós-Graduação em Direito Penal Econômico** e para o **20º Seminário Internacional** estarão abertas.

Siga-nos nas redes sociais e acesse o nosso site para ficar por dentro de todos os cursos e eventos do **IBCCRIM**.



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



/IBCCRIM



/IBCCRIM



/IBCCRIMVIDEOS



/IBCCRIM