

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

DA BANALIZAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO PENAL

O Código Penal brasileiro, até boa parte do século passado, continha um número determinado de figuras criminosas que expressavam, de modo significativo, o adequado exercício do poder punitivo estatal. Eram tipos penais que procuravam retratar condutas humanas capazes de lesar — por ação ou por omissão e de forma gravosa — bens jurídicos considerados de relevância exponencial, e de cominar para tais condutas sanções penais razoavelmente equilibradas. As duas décadas finais do século XX e os anos iniciais do século XXI puseram em xeque a necessária e indispensável estabilidade da tipologia constante do Código Penal. Um processo contínuo e desenfreado de descodificação tomou corpo no ordenamento penal que adquiriu uma realidade incontroversa, seja pela transformação econômica produzida pela globalização, que exige a elasticidade do comando penal para efeito de controlar a exclusão social em crescente progressão geométrica; seja pela adoção, por pressão interna ou externa, da ideia da prevenção, que legitima a tipificação de comportamentos lesivos à ideia-matriz do bem jurídico, bem como de ações perigosas, as quais não raro atingem às raízes da pura abstração; seja pela importação de figuras criminosas ou de institutos penais que não se acomodam à tradição penalística brasileira; seja, por fim, pela força dos meios de comunicação social, acionados por oportunismo político ou pelo contágio do medo infundido na população. O aumento desordenado de leis penais especiais em número que supera o elenco de tipos codificados; a formulação de novas tipologias ou a reformulação das já existentes, com o emprego de redação desarticulada, obscura ou porosa; a frequente superposição de figuras criminais; o desequilíbrio na ordem axiológica dos bens jurídicos a serem tutelados — a propriedade vale mais do que a vida ou a liberdade — e a desabalada exacerbação punitiva põem por terra a viabilidade de um sistema penal minimamente codificado, quer no que tange à arquitetura tipológica, quer no que se refere à simetria das penas.

Não cabe, nos limites de um editorial, pormenorizar o substrato fático da transparente banalização do processo legislativo penal nos últimos decênios. Basta que se acresça ao monturo de leis penais em vigor a que acabou de ser sancionada pelo Presidente da República, apesar da manifestação em contrário do Ministério da Justiça, a saber, a lei que criou o crime do “sequestro relâmpago”. Tal formulação legislativa é um modelo preciso do que se poderia denominar de atipia. Antes de mais nada porque desobedece claramente a melhor técnica de composição típica. Há uma notória pobreza na descrição da conduta a ser incriminada. Todo constranger traz insito a ideia de tolher a liberdade de alguém e, “se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima”, o novo § 3º do art. 158 do Código Penal não acres-

centa mais nada ao *caput* do tipo básico; e, se “essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica”, o legislador repetiu com outras palavras o que já consta da cabeça do artigo 158, isto é, que o agente deve atuar com o “intuito de obter... vantagem econômica” que necessariamente se mostra “indevida”. Destarte, o primoroso § 3º do art. 158 do Código Penal é a consagração do nada tipológico, embora se comine para esse nada pena variável entre seis e doze anos de reclusão! A pena privativa de liberdade, prevista no caprichado § 3º do art. 158 do Código Penal, revela-se desproporcionada em relação a outros fatos criminosos protetores de bens jurídicos bem mais valiosos, valendo ressaltar que o mínimo punitivo de seis anos é cominado também para a hipótese de homicídio simples e é triplamente superior à pena mínima proposta para o caso de lesão corporal gravíssima, em que haja perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente. Mas, ainda que se dê de barato que o precioso § 3º do art. 158 do Código Penal contenha adequada descrição típica, é inquestionável a presença de uma dualidade de tipos uma vez que o inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal já cuidava da mesma matéria, e a lei recentemente publicada não o revogou. Mas não param aqui os disparates do legislador penal. O aparatoso § 3º do art. 158 do Código Penal dá margem, no mesmo espaço tipológico, a uma verdadeira originalidade de técnica legislativa: a extorsão e o sequestro relâmpago qualificados pelo resultado. A extorsão qualificada tem seu preceito sancionatório aderido ao § 3º do art. 157 do Código Penal; o sequestro relâmpago faz direta remissão ao art. 159 do Código Penal. Destarte, se da conduta posta em prática resultar para a vítima do sequestro relâmpago lesão corporal grave, a pena reclusiva será de dezesseis a vinte e quatro anos, e se resultar a morte, será de vinte e quatro a trinta anos, cominando-se para tal modalidade criminosa as mais graves penas de todo o ordenamento punitivo, bem superiores às da extorsão qualificada. Faz-se, assim, ostensivamente um paralelismo entre o sequestro que, por ser “relâmpago”, deve ser de curta duração, sendo portanto efêmero, e a extorsão mediante sequestro que, por sua característica de privar de modo permanente a liberdade ambulatorial da vítima, não equivale à conduta restritiva dessa liberdade.

O formidável § 3º, incluído no art. 158 do Código Penal pela Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009, sancionada pelo Presidente da República, servirá apenas para aumentar a barafunda penal brasileira. Teria sido bem melhor que, em lugar de atender aos reclamos gritantes e clamorosos dos meios de comunicação social e à espetacularização do crime, o Sr. Presidente da República não fizesse ouvidos moucos às sensatas ponderações feitas pelo Ministério da Justiça para veto do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional.

EDITORIAL:

- **DA BANALIZAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO PENAL** 1
- **A CONFORMAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988: A IMPRESCRITIBILIDADE E OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA SEGURANÇA E ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS**
Felipe Machado Caldeira 2
- **A SITUAÇÃO DOS DEFENSORES DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**
Eduardo C.B. Bittar,
Antonio Sergio Spagnol
e Fernando Matos 3
- **A INCONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA EM CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**
Rogério Schietti M. Cruz 4
- **A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA É UMA FORMA QUALIFICADA DO CONCURSO DE PESSOAS**
René Ariel Dotti 6
- **A ABRANGÊNCIA DA DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**
Cezar Roberto Bitencourt 8
- **GDUEC - GRUPO DE DIÁLOGO UNIVERSIDADE, CÂRCERE, COMUNIDADE - EXPERIÊNCIA QUE ESTÁ DANDO CERTO**
Alvino Augusto de Sá 11
- **PROJETO MARIA, MARIA: CURSO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA**
Maria Amélia de Almeida Teles 12
- **ECTOGENESE E DIREITO PENAL**
Paulo Vinicius Sporleder de Souza 14
- **VIOLÊNCIA E REIFICAÇÃO - LINHAS FUNDAMENTAIS DA CRIMINOLOGIA DO RECONHECIMENTO**
Giovani Agostini Saavedra 16

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **O PAPEL DO JUIZ NA INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS APÓS A REFORMA PROCESSUAL PENAL (LEI 11.690/2008)** 1257
- **TESTEMUNHA “SEM ROSTO” E O DIREITO AO CONFRONTO** 1258

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1259
- Superior Tribunal de Justiça 1260
- Tribunais Regionais Federais 1261
- Tribunais de Justiça 1262

A CONFORMAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988: A IMPRESCRITIBILIDADE E OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA SEGURANÇA E ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Felipe Machado Caldeira

Durante a pós-modernidade, dois grandes movimentos marcaram o direito: a afirmação histórica do direito internacional e a sedimentação do constitucionalismo. Neste cenário, se desenvolveram o Direito Penal Internacional e o Direito Constitucional. Da relação entre a projeção internacional e interna da ordem jurídica, em razão da supremacia e força normativa da constituição, eventual conflito entre as disposições deverá ser solucionado a partir do filtro axiológico constitucional. Por conseguinte, as normas do Estatuto de Roma (ER) devem guardar conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), sob pena de invalidação.

O artigo 29, do ER dispõe que todos os crimes internacionais contemplados em suas disposições são imprescritíveis. Este é o tema do estudo. Para a exata compreensão de sua conformidade ou não com a CRFB/88, deve-se, inicialmente, compreender a ideia de prescrição e de imprescritibilidade.

A prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado em razão de sua inércia e pelo decurso do tempo, funcionando como uma causa de extinção da punibilidade de um crime ou contravenção (artigo 107, inciso IV, do Código Penal), portanto, instituto de ordem pública e de natureza material, uma vez que afeta o valor constitucional da liberdade. Revela, desta forma, um duplo aspecto: ao passo que a incidência da prescrição limita o Estado no exercício do seu direito de punir, também incide sobre os direitos individuais, uma vez que preserva, consolida e amplia o exercício pleno do direito decorrente do valor constitucional da liberdade.

A imprescritibilidade, por outro lado, é a situação diametralmente oposta porque ao permitir que o Estado, a qualquer tempo, exerça o seu direito de punir, impede o exercício pleno do direito decorrente do valor constitucional da liberdade pela promoção de acentuado grau da sensação de insegurança pública e desestabilização social; num ambiente de pós-modernidade, marcada pela juridicidade e pela ampla liberdade pública, além da afirmação e do reconhecimento das garantias e liberdades constitucionalmente reconhecidas, é completamente ilegítimo

que a própria ordem jurídica, constitucional e legal, fomente a incompetência do Governo e a ineficiência do Estado em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos, especialmente quando há referência aos direitos substancialmente mais caros, como é o direito decorrente do valor constitucional da liberdade.

Ao lado destas considerações, o Poder Constituinte Originário estabeleceu apenas duas hipóteses de imprescritibilidade: o crime de racismo (artigo 5º, inciso XLII) e o crime contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV). Com efeito, a regra constitucional é a da prescritibilidade, salvo em duas situações excepcionais, como forma de densificar o princípio da segurança e estabilidade das relações sociais e, conseqüentemente, promover o direito decorrente do valor constitucional da liberdade.

Neste ponto, duas questões relacionadas com os direitos fundamentais revelam a sua importância. No que se refere à técnica interpretativa, qualquer interpretação que imponha restrição aos direitos fundamentais deve ser restritiva para que se preserve, ao máximo, o seu conteúdo. Uma segunda consideração, a mais importante, sobre a projeção do *status* negativo dos direitos fundamentais porque, a partir do momento em que o instituto da prescrição penal guarda natureza material, atingindo o direito decorrente do valor constitucional da liberdade, revela o seu assento constitucional; ou seja, a prescrição penal, por encontrar fundamento não apenas no princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CRFB/88, revelador da paz pública e da segurança e estabilidade das relações jurídicas), também encontra fundamento constitucional no direito decorrente do valor constitucional da liberdade, expresso no *caput*, do artigo 5º, da CRFB/88, que foi erigido a direito fundamental. Nesta ordem de ideias, pode-se afirmar que a prescritibilidade, por ser expressão do direito fundamental das liberdades (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88) e é cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88), sendo vedada a sua remoção ou modificação⁽¹⁾.

Portanto, o artigo 29 do ER não está em

conformidade com a normatividade interna constitucional porque prevê hipóteses de imprescritibilidade não contempladas pela CRFB/88, além de não possuir o condão de remover ou modificar o conteúdo das disposições constitucionais confrontantes. Com efeito, a preservação deste dispositivo estatutário com a normatividade interna constitucional exige a sua interpretação conforme a CRFB/88, extraindo-se, por conseguinte, que a única interpretação compatível e harmônica com a CRFB/88 é admitir a imprescritibilidade dos crimes previstos no ER apenas quando guardarem relação com racismo ou com a ofensa a normatividade constitucional e o Estado Democrático, tal como ocorre, por exemplo, no crime de genocídio praticado com a intenção de destruir um grupo racial, em todo ou em parte (artigo 6º, do ER).

NOTA

- (1) Conforme observa **Oscar Vilhena Vieira**, neste ponto há divergência na doutrina. A profundidade da cláusula pétrea revelada pela expressão "tendente a abolir" constante do artigo 60, da CRFB/88 recebe três interpretações. A primeira interpretação é no sentido de que não é possível qualquer acréscimo ou redução, pois a identidade da Constituição já estaria formada; uma segunda interpretação realizada por parte da doutrina é no sentido de se admitir, porém, apenas acréscimo quando se trate de explicitação de limite material implícito; e, por fim, uma terceira e última interpretação possível no sentido de se admitir até a redução, desde que seja de pequena monta, respeitado o princípio da razoabilidade; o núcleo básico e fundamental não pode ser alterado ("limites dos limites"), os institutos e valores podem ser atingidos. Ocorre que, para a parte doutrinária que admite modificações, se exige que a alteração seja realizada por meio de emenda constitucional, jamais atos infraconstitucionais como os provenientes da normatividade internacional com o Estatuto de Roma. **VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio sobre os Limites Materiais do Poder de Reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999, p. 134-140.

Felipe Machado Caldeira

Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Castilla-La Mancha (UCLM, Espanha); mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); professor de Direito Penal UERJ e UFRJ; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ); advogado criminalista

A SITUAÇÃO DOS DEFENSORES DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Eduardo C.B. Bittar, Antonio Sergio Spagnol e Fernando Matos

A situação dos defensores de direitos humanos no Brasil, hoje, é crítica. Faz mais de 20 anos que estamos sob uma Constituição democrática, e faz mais de um século que somos uma República. Mas, entre nós, aquele que ergue seus braços para afirmar a luta por direitos, neste país, ainda é visto como um aventureiro que merece como respostas as diversas formas de expressão da violência. A Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP), em convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) — Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos — acaba de concluir pesquisa inédita que diagnostica a condição dos defensores no país para afirmar que, em praticamente todo o Brasil, os defensores de direitos humanos ainda são submetidos à todo tipo de violência e se encontram em precárias condições, necessitando urgentemente de que se façam valer seus mínimos direitos. A maioria das ameaças vem de indivíduos que se sobrepõem ao poder do Estado e fazem valer seus interesses particulares através de atos abusivos e violações de direitos. E, assim, impõem uma ordem às avessas, que somente provoca violências em escalas cada vez maiores.

O diagnóstico começa por narrar o espanto que a expressão produz ao senso comum, pois as pessoas geralmente não reconhecem aqueles que lutam por direitos (acesso à terra, dignidade do preso, equidade de gênero, discriminação, acesso à justiça, proteção ao meio ambiente etc.) como “defensores dos direitos humanos”. Daí a importância de divulgar a expressão e seu uso, inclusive já reconhecido em legislação específica. Os louváveis esforços do governo no sentido de criar uma política para atender à situação grave a que estão expostos inúmeros indivíduos, homens e mulheres, não bastam por si enquanto não forem criadas políticas mais gerais, nacionais, estaduais e municipais, sensíveis a este problema. Daí a importância de divulgar parcialmente os resultados das pesquisas, para afirmar que em todos os estados brasileiros foram detectados conflitos, sendo que, onde ocorrem, há defen-

sos de direitos humanos ameaçados. Em diversas regiões, comunidades inteiras estão ameaçadas. As regiões mais problemáticas são as regiões Norte e Nordeste, sendo que a maioria dos casos está relacionada à questão rural — a posse da terra, envolvendo trabalhadores rurais, indígenas e quilombolas — questão cara ao país que já perdura décadas e que, ainda, provoca a maioria de perdas de vida no campo. O Diagnóstico também detecta outros conflitos como a pistolagem, a questão de moradia, violência contra menores, mulheres, membros dos movimentos LGBT e de outros defensores de direitos humanos em situação de fragilidade.

Conhecer a diferença entre civilização e barbárie é de fundamental importância para que se recorde, exatamente, o quanto a natureza destas questões espelha o conjunto dos problemas nacionais, regionais, locais. Por isso, as boas políticas para a área devem não somente atender aos imediatos — necessários e urgentes — casos de pessoas em risco, com políticas de segurança, atendimento e tutela de direitos. Mas, deve-se pensar mais longeiramente, no sentido de se promoverem condições para que se evite a reprodução em escala maior das graves violações hoje vividas, infelizmente, em todo o país, o que significa agir no sentido originário das questões sociais, culturais e econômicas que atingem inúmeros grupos fragilizados. Enfrentar estes problemas é sim ter a coragem de postular que a civilização reclama uma aposta vigorosa na realização e concretização dos direitos humanos no país.

Eduardo C.B. Bittar

Professor associado da Faculdade de Direito da USP; pesquisador sênior do Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP)

Antonio Sergio Spagnol

Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP); líder da Pesquisa do Diagnóstico Nacional dos Defensores de Direitos Humanos no Brasil

Fernando Matos

Secretaria Especial de Direitos Humanos/Presidência da República (SEDH/PR); coordenador geral do Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1º SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2º SECRETÁRIO: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,
Carlos Alberto Pires Mendes,
Marco Antonio Rodrigues Nahum,
Sérgio Salomão Shecaira e
Theodomiro Dias Neto

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

PARTICIPE POR ACREDITAR

SEJA NOSSO PARCEIRO!

Seu escritório ou sua empresa podem ser parceiros do IBCCRIM, patrocinador ou apoiador do

15º Seminário Internacional! Os contatos devem ser feitos com a Seção de Comunicações do IBCCRIM,

pelo telefone (11-3105-4607 ramais 123, 153 ou 175) ou e-mail (comunicacoes@ibccrim.org.br).

A INCONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA EM CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Rogério Schietti M. Cruz

Sustentou-se, em artigo publicado no *Boletim* nº 197 do IBCCRIM, a ilegitimidade do Ministério Público para mover ação penal em crimes sexuais em que a ofendida é pobre (segundo a articulista, a advogada **Carla Rahal Benedetti**, a legitimação processual, na hipótese positivada no artigo 225, § 1º, I, do CPB, seria da Defensoria Pública). Por outros motivos, persiste boa parte da doutrina em validar a exclusividade da iniciativa, para mover a *actio penalis*, da vítima com recursos financeiros suficientes para custear a demanda, quando não resulta, do estupro ou atentado violento ao pudor, lesões graves ou morte (artigo 225, *caput*, do CPB).

Não pretendo rebater argumentos históricos utilizados para justificar opções de política criminal que, na sociedade do Século XXI, precisariam ser revistos, e muito menos confrontar posições institucionais que podem assumir um indesejado viés corporativista. Interessa-me afirmar que, *por três bons motivos*, não mais se sustenta, sob a ordem constitucional vigente e no âmbito de uma sociedade que se queira reger, em suas relações punitivas, por códigos normativos modernos, a regra que ainda permite, a depender da interpretação que se queira dar — *fruto de uma eleição prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas*, como diria **Ferrajoli** —, que a persecução penal e a punição de autores de crimes tão graves seja uma escolha da vítima (por razões de *conveniência*, como reconhecido no aludido texto) e não do Estado. Senão vejamos:

1. A punição do autor da infração não pode depender da condição financeira da vítima.

Com efeito, a punição de crimes tão graves como os que se praticam contra a liberdade sexual não pode ser decidida por aspectos meramente econômicos.

A tendência do processo penal moderno é caminhar para a delegação ao Ministério Público da tarefa de exercer a ação penal condenatória, transigindo-se apenas com a possibilidade de, em casos excepcionais, conferir-se ao particular o poder de provocar a persecução penal, por meio de algo similar à nossa representação.

Nessa direção, o mestre lusitano **Figueiredo Dias**⁽¹⁾ assinala que, “*considerando-se o direito penal como direito de ‘proteção’ dos bens fundamentais da comunidade e o processo penal como um ‘assunto da comunidade jurídica’*, em nome e no interesse da qual se tem de esclarecer o crime e perseguir e punir o criminoso, torna-se de imediato compreensível que a generalidade das legislações actuais, e entre elas a nossa, vote no sentido de reputar a

promoção processual das infrações tarefa estadual, a realizar oficiosamente, portanto, em completa independência da vontade e da actuação de quaisquer particulares.”

Em abono a esse pensamento, **Velez Mariconde**, após acentuar que a participação dos cidadãos no exercício da ação penal decorre do fato de que todos são afetados pelo fato criminoso, pondera que, em uma sociedade organizada sob um Estado republicano, “*el delito reclama la intervención directa e inmediata del Estado, o sea, de la sociedad como entidad jurídica, no sólo para su juzgamiento sino también para preparar, promover y demandar el ejercicio de la jurisdicción de la ley*”⁽²⁾.

A opção legislativa de dar ao particular a opção de punir ou não autores de condutas criminosas — por razões de política criminal, centradas, basicamente, na menor gravidade de certas infrações penais, ou mesmo no interesse de proteção da intimidade de quem é mais diretamente atingido pelo delito — tem merecido consistentes críticas por considerável segmento doutrinário.

Assim, **Afrânio Jardim**⁽³⁾ assevera que a manutenção da ação penal de iniciativa privada “*é fruto de uma visão privatística do Direito e Processo Penal*”, no que é acompanhado por **Tourinho Filho**⁽⁴⁾, que propõe seja a ação penal privada reservada a “*umas pouquíssimas infrações, como ocorre no Direito argentino ou no Direito alemão...*”

Quase todas as hipóteses em que se previu, em nosso sistema punitivo, a ação penal de iniciativa do particular ofendido são referentes a crimes de menor gravidade, geralmente punidos com pena não superior a dois anos de detenção. Não é o caso dos crimes graves de que estamos a falar.

De outro ângulo, dispensa comprovação afirmar que os quase 70 (setenta) anos a nos separar da sociedade de 1940 impõem uma releitura das normas do Código Penal, elaborado tendo como pano de fundo uma série de valores, posturas e costumes sociais compatíveis com aqueles tempos, mas totalmente desajustados com as práticas sociais do Século XXI.

Parece insustentável que, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, estruturado de forma republicana, a ação penal, que sempre é *essencialmente* pública, exercida com exclusividade pelo Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF), a quem toca a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses* sociais e *individuais indisponíveis* (art. 127, *caput*) seja transferida, sob a roupagem de *ação penal privada*, ao particular ofendido pelo crime, como condição *sine qua non* para o exercí-

cio da jurisdição penal e punição do culpado, mediante o devido processo legal.

Saliente-se que a Constituição Federal deixou clara a opção pela persecução penal pública, prevendo unicamente a ação penal privada em *caráter subsidiário* daquela, o que denota bem cuidar-se de verdadeira *garantia* ao jurisdicionado — tanto que prevista no capítulo dos direitos, no art. 5º, inciso LIX, da CF — nas hipóteses de omissão ou desídia do Ministério Público. É bom que se diga que a ação penal privada, propriamente dita, não foi contemplada na Constituição Federal, embora continue a ser exercitada tendo como lastro normas legais, a maioria constante do Código Penal.

Não se mostra sustentável pelo Direito, ou mesmo pelas regras da boa razão, impor ao particular exercer uma ação penal — que demanda, além dos seus naturais custos financeiros, o custo moral de movimentar, provavelmente durante anos, a máquina judiciária — apenas porque se trata de pessoa com recursos financeiros, como se o Estado fosse obrigado a prestar jurisdição penal somente para os pobres. É como se o Estado dissesse ao jurisdicionado: “*Se você é rico, deve arcar com os ônus financeiros e morais de um processo criminal contra o autor do estupro, mas, se for juridicamente pobre, o Estado o desobriga de tal ônus.*”

2. Se o crime é considerado pela Constituição da República como hediondo, não pode depender de ação da vítima.

Deveras, mostra-se paradoxal a previsão de ação penal privada para processar e julgar pessoa acusada de crime considerado hediondo.

A Constituição Federal deixou clara a sua opção por conferir um rigor muito maior para o tratamento jurídico-penal dos crimes hediondos, prevendo, inclusive, a inafiançabilidade dessas infrações. A seu turno, a Lei nº 8.072/90 robusteceu esse rigor penal e processual penal, estabelecendo regras que tornam inequívoca a ideia de que esses crimes devem merecer atenção prioritária do Poder Público para a sua repressão.

Ora, sendo certo que um dos crimes elencados na referida lei é precisamente o de estupro, como entender que a punição de delito considerado hediondo dependerá não apenas da vontade e capacidade financeira da própria vítima ou de seu representante legal, mas, também, de sua capacidade técnica e profissional de levar a cabo, com todos os seus ônus, uma ação penal contra o acusado?

3. Uma criança vitimada por crime de natureza sexual merece proteção incondicionada do Estado.

A incongruência de prever-se o condicionamento, ou a transferência ao particular, da ação penal por crime de estupro ou de atentado violento ao pudor é ainda mais palpitante quando a vítima dessa nefasta conduta humana é criança, incapaz, portanto, de defender-se não somente contra as investidas criminosas de que foi alvo, mas, também, de decidir, por si mesma, se deve ou não levar a julgamento o responsável por tais atos criminosos.

Além do aspecto financeiro já analisado, a condição da pessoa vitimada pelo crime não pode ser descurada ou, o que é pior, ensejar interpretação que, em última análise, transfere ao pai ou à mãe o encargo de prolongar e alargar o sofrimento familiar, propondo, por meio de advogado, uma custosa e demorada ação penal, quando existe um órgão estatal adrede criado para tal finalidade.

Releva observar que a criança, rica ou pobre, tem merecido especial proteção do Estado brasileiro, máxime a partir da nova ordem constitucional. Não é sem motivo que o art. 227, da Constituição Federal, estabelece como dever não só da família e da sociedade, mas do Estado, “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, a par de reforçar a mencionada norma constitucional, previu, em seu art. 98, várias medidas de proteção à criança e ao adolescente, aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos a elas forem ameaçados ou violados.

Se a proteção da criança e a preservação de sua dignidade são metas prioritárias do Esta-

do brasileiro, inclusive diante da eventual negligência da família (a quem cabe, em primeiro lugar, o dever de proteção), não se mostra ajustada ao novo paradigma constitucional qualquer norma que dificulte ou mesmo impeça essa proteção.

Na acurada lição de Ingo Sarlet⁽⁵⁾, “*não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência*”.

Em suma, a ação penal para verificar a existência de um gravíssimo crime cometido — sobretudo se a vítima for uma criança — e eventualmente punir o seu autor, deve tocar ao Estado, estruturado e capacitado para, com o concurso do órgão adrede concebido para exercer tal Ministério Público, não permitir que opções familiares, ou questões patrimoniais ou econômicas, decidam a sorte de quem infringe a lei penal e viola a integridade física e psíquica e a liberdade sexual de outrem.

NOTAS

- (1) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. *Direito Processual Penal*. Coimbra: 1984, p. 116.
- (2) A. VELEZ MARICONDE. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 284.
- (3) AFRÂNIO SILVA JARDIM. *Direito Processual Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 128.
- (4) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, v. 1.13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 373.
- (5) INGO WOLFGANG SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 112.

Rogério Schietti M. Cruz

Procurador de Justiça (MPDFT);
doutor e mestre em Direito Processual Penal (USP)

PARTICIPE POR ACREDITAR

FÓRUM ON-LINE: PARTICIPE DESSES ENCONTROS!

Todos os meses, o Fórum on-line traz assuntos de interesse geral, proporcionando debates, com a participação de importantes professores e pesquisadores. Veja, abaixo, a programação para os próximos encontros do Fórum on-line e de onde estiver, participe!

■ Data: 13 de maio de 2009

Horário: Das 11h00 às 12h00

Tema: *Direito Penal Militar: Noções e Limites*

Entrevistado: Nelson Lacava Filho - Mestre em Direito Penal pela USP, assessor da Presidência do Superior Tribunal Militar e autor de obras jurídicas

Mediador: Regina Ferreira (IBCCRIM)

■ Data: 17 de junho de 2009

Horário: Das 11h00 às 12h00

Tema: *Terrorismo e Direito Penal*

Entrevistado: Marcello Ovidio Lopes Guimarães - Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP, juiz de Direito em São Paulo, autor da obra *Tratamento Penal do Terrorismo*, da Editora Quartier Latin

Mediador: Luis Eduardo Crosselli (IBCCRIM)



COORDENADORIAS REGIONAIS:

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores-Regionais:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do Boletim do IBCCRIM encontra-se em nosso site.”

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,

MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 3340-3344

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto.”

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro 2

Comunicação e Eventos 3

Biblioteca 4

Diretoria/Presidência 5

Internet 6

Secretaria 7

Núcleo de Pesquisas 8

www.ibccrim.org.br

E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e

boletim@ibccrim.org.br

A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA É UMA FORMA QUALIFICADA DO CONCURSO DE PESSOAS

René Ariel Dotti

1. O enigma da esfinge

No prefácio ao livro *Organização Criminosa*⁽¹⁾, recentemente lançado, afirmou-se desde o título até a última das conclusões, a investigação de um assunto atualíssimo e de extraordinário relevo social e humano expõe, em toda a sua extensão, o *enigma da esfinge* que aparece sob o título de *organização criminosa*. A copiosa literatura e os projetos legislativos em busca de uma definição penalmente típica para esse qualificado concurso de pessoas demonstra o volume das tentativas e dos fracassos. A delinquência astuciosa, disciplinada, corruptora e violenta, que compõe a alma e o corpo da organização criminosa e o vigor recorrente de sua existência, é o *enigma* com o qual a *esfinge* desafia muitos viajantes do sistema penal que não conseguem resolvê-lo⁽²⁾.

2. A busca de um tipo penal autônomo

É notório o fracasso das tentativas para tipificar taxativamente um fato social que se assemelha a um caleidoscópio pela mutação contínua na composição de seus membros, na estratégia de ação, nos processos de corrupção e de intimidação, além de outros componentes. Lembra Zaffaroni que o *organized crime*, como tentativa de categorização, é um fenômeno do século XX e pouco vale que os autores se percam em descobrir seus supostos precedentes históricos, mesmo remotos, inclusive no domínio de uma concepção popular⁽³⁾. Embora reconhecendo não haver dúvida acerca da existência de associações ilícitas, sociedades para delinquir e quadrilhas ou bandos, o mestre argentino adverte contra a pretensão de levar o “*mito mafioso*” para um tipo legal de crime. E as razões apresentadas são irrefutáveis. Reduzir um fato social mutante e dinâmico a uma fórmula abstrata de palavras “*implica na interferência totalmente arbitrária na economia de mercado que pode conduzir a efeitos econômicos catastróficos: concentração econômica, eliminação da pequena e média empresa, corrupção nas corporações por concentração da atividade ilegal, protecionismo despropositado, alterações irracionais de alguns bens e serviços com consequente aumento da atividade ilegal em razão da absurda rentabilidade*”⁽⁴⁾. Essa conclusão resulta da experiência cotidiana que mostra a existência de empresas legais que não raro podem cometer ilegalidades, a exemplo das infrações tributárias ou de ilícitos contra o Sistema Financeiro Nacional.

A procura de um tipo penal autônomo para a organização criminosa, largamente discutido na doutrina de outros países, ganhou especiais abordagens em obras jurídicas entre nós, com o advento da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que surgiu com o propósito de regular a utilização de meios operacionais para prevenir e reprimir “*ações praticadas por organizações criminosas*”. O diploma, porém, não diz o que se deve entender por *organização criminosa*. Essa “*clamorosa omissão*” foi objeto de dura objeção da doutrina⁽⁵⁾.

Pitombo compartilha dessa crítica ao comentar a aplicação do art. 1º da Lei nº 9.034/95, com a alteração da Lei nº 10.217/01. E deplora a legislação recente sobre a matéria, “*elaborada sob o ritmo da eterna emergência*”⁽⁶⁾. Porém, a rejeição mais contundente e demolidora é exposta por Silva Franco: “*Definir uma figura criminosa, nos termos do art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, tem duas acepções. Pela primeira, quer dizer explicitar com marcos precisos os contornos de um tipo para que não se confunda com outro, nem sirva de parâmetro para situações fáticas avizinhadas. Já definir, na segunda acepção, significa estruturar com clareza as figuras criminosas para que possam ser, com facilidade, compreendidas por seus destinatários. Se o legislador, desavisado ou malicioso, emprega, na construção típica, termos indefinidos para a descrição do comportamento humano, corre-se o sério risco de estabelecer a insegurança do cidadão e transferir-se ao juiz a incumbência do legislador, com a possibilidade de que a arbitrariedade judicial possa campear à solta, sem rei nem roque.*”⁽⁷⁾

À mesma conclusão chegam penalistas estrangeiros, como Cervini: “*Sólo um injusto típico muy concreto y específico puede funcionar como garantía y fundamento de la ilicitud. En tal camino, el conocimiento del objeto de tutela conducirá necesariamente a delimitar el ámbito del mandato prohibitivo. Por ello también, toda reflexión sobre tipificación en materia de ilícitos económico-financieros organizados debe pasar, primero de todo, por una reflexión seria sobre la metodología de abordaje y apreciación de los mecanismos involucrados en esos subsistemas.*”⁽⁸⁾

3. A confusão provocada pelo legislador

O legislador contribuiu, sensivelmente, para impedir a elaboração de um tipo penal autônomo de organização criminosa. Realmente, o texto original do art. 1º era o

seguinte: “*Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.*” O propósito do legislador foi o de regular possibilidades e limites de “*meios de prova*” e “*procedimentos investigatórios*”, vale dizer, de assunto do processo penal, embora incidentalmente tenha abordado outras matérias: redução especial de pena; vedação da liberdade provisória; prazo de instrução e condição para apelar e execução da pena de prisão.

Percebendo que a cominação do art. 288 do Código Penal é muito branda em consideração ao alarme social provocado pelas ações astuciosas, fraudulentas ou terroristas das *societas sceleris*, procedeu-se à neocriminalização. Como “*solução*” de emergência procurou-se distinguir a hipótese do art. 288 do Código Penal de outra mais grave. Surgiu então — para confundir e não para explicar⁽⁹⁾ — a nova redação do art. 1º, determinada pela Lei nº 10.217/01: “*Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações criminosas de qualquer tipo.*”⁽¹⁰⁾ Estava aparentemente criada uma nova entidade típica para demonstrar o impossível: que o legislador não está em mora com os fatos.

4. A deficiência crônica na redação dos tipos penais

Em nosso país — que não tem a prática da lei delegada como ocorre, por exemplo, em Portugal⁽¹¹⁾ — são graves as consequências decorrentes da má elaboração de normas incriminadoras, em prejuízo da segurança jurídica e dos direitos individuais. A legislação penal das últimas décadas, orientada pelo discurso político do crime e alimentada pela mídia sensacionalista, com as pautas da criminalidade violenta e astuciosa, é herdeira do malsinado espólio legiferante dos anos 60, relativamente aos crimes econômicos e tributários. A propósito, a releitura de mestres de prestígio como Pimentel⁽¹²⁾, Fragoso⁽¹³⁾, e Chaves⁽¹⁴⁾.

5. A organização criminosa é espécie do concurso de pessoas

A organização criminosa como forma qualificada do concurso de pessoas tem a sua gênese com a redação do art. 45, I do Código Penal, conforme sua redação original: “*A pena é ainda agravada em relação ao agente que: I — promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos de-*

mais agentes.” A mesma redação foi mantida no art. 62, I da nova Parte Geral, com uma única exceção: no *caput* foi substituída a palavra “*é*” por “*será*”.

Uma das conclusões definitivas da tese de **Pitombo** assenta na exigência dogmática de considerar a organização criminosa no quadro do concurso de pessoas, repudiando a solução artificiosa de se manter o tipo do art. 288 do Código Penal. Entende ser preferível abandonar as transmutações da bicentenária “*associação de malfetores*” como tipos da Parte Especial “*para se levar à sério o tipo do concurso de pessoas*”⁽¹⁵⁾. E propõe a inserção de mais dois parágrafos ao art. 29 do Código Penal, assim redigidos: “§ 3º. *Se mais de três pessoas se associarem em organização, cuja atividade seja a prática de crimes, a pena será aumentada de um sexto a dois terços.* § 4º *O juiz estabelecerá a quantidade de aumento de pena em razão da atividade criminosa ter sido realizada mediante o emprego de violência, grave ameaça ou poder econômico.*”⁽¹⁶⁾

Em meu entendimento, tal proposta atende ao primado do direito penal da culpa e constitui solução de lógica jurídica porque grande parte dos projetos interessados na formatação da *fattispecie* associativa remetem-se ao Código de Napoleão (1810). O art. 265 e seguintes inspiraram os estatutos italianos vigentes no período anterior à unificação e posteriormente, como o Código Zanardelli, de 1889 (arts. 248/251), o *Codice Penale* em vigor (art. 416) e os diplomas de outros países, a exemplo da Alemanha, Argentina e Chile⁽¹⁷⁾.

Além disso, essa orientação está em perfeita harmonia com uma das alternativas propostas no XVI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Naquele evento (Budapeste, 1999), foram sugeridos três caminhos para o legislador nacional regular a matéria de punição: *a)* através de uma causa de aumento da pena; *b)* uma dupla sanção: por pertencer à associação e ter cometido o crime em benefício ou por meio dela; *c)* condenação pelas duas infrações porém com a aplicação de uma só pena⁽¹⁸⁾.

6. Características e métodos de ação da organização criminosa

Para a aplicação do § 3º acima referido, o magistrado identificará a existência da associação criminosa em face de determinadas circunstâncias reveladas no caso concreto. Das conclusões do já mencionado XVI Congresso Internacional de Direito Penal, podem ser extraídas as seguintes: *a)* características: divisão de trabalho e a dispersão da responsabilidade individual no seio da organização; alternatividade de agentes; o segredo; a confusão entre as atividades lícitas e as ilícitas; a capacidade de

neutralizar os esforços de aplicação da lei por meio da intimidação e da corrupção; mecanismos especiais para a transferência de lucros; *b)* métodos de ação e características diversas: como ilustração pode-se referir a intimidação, a violência, o terrorismo, a corrupção, o corporativismo, a aparência de legalidade formal das atividades, a integração real ou aparente dos associados à comunidade e o impacto nacional ou internacional⁽¹⁹⁾.

Pelas sumárias indicações acima, percebe-se que as possibilidades infinitas de características, métodos e meios de ação das associações de malfetores tornam impossível a redação de um tipo penal fechado que sirva de modelo para cobrir todos os elementos constitutivos da máscara das *societas sceleris*. Esse projeto é inviável até mesmo com o recurso a um tipo penal aberto, porque a organização criminosa é um meio utilizado para assegurar o bom êxito da empreitada ilícita e a obtenção de dividendos financeiros, políticos ou de outra natureza. Demarcar em um modelo de *fattispecie astratta* os elementos configuradores da quadrilha ou bando seria o mesmo que (tentar) definir a infundável variedade de meios para a prática de um homicídio!

Tem absoluta razão o ministro do Superior Tribunal de Justiça, **Adhemar Ferreira Maciel**, ao observar que a organização criminosa não é um tipo legal de ilícito e ao ponderar que o seu reconhecimento nos casos concretos deve ser deixado para a doutrina e a jurisprudência⁽²⁰⁾.

7. O abuso de poder na imputação de quadrilha ou bando

Em página antológica da literatura de Direito e Processo Penal, o mestre **Fragoso** observa que a denúncia “*não pode ser um ato de prepotência. A lei a reveste de formalidades indispensáveis; tem ela como pressupostos essenciais elementos que garantem e asseguram o direito de liberdade do cidadão. É necessário que ela descreva um fato que em tese constitui infração penal; é indispensável que se funde em justa causa para o processo, exigindo nosso antigo direito que apresentasse o corpo de delito ou o fundamento de fato de uma acusação pública. Por isso João Mendes*

ensinava que é ela também uma exposição demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito e dar as razões de convicção”⁽²¹⁾.

Lamentavelmente, os excessos praticados nas denúncias nos processos políticos durante o regime militar estão agora se repetindo. E, paradoxalmente, na vigência do Estado Democrático de Direito jurado pelo primeiro artigo da Constituição. Tem

O impacto social provocado nos últimos anos pela criminalidade organizada nos grandes centros urbanos envolvendo o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, a atuação dos grupos de extermínio e as chacinas, além de outros eventos similares de violência e terror, provocam o sentimento coletivo de insegurança que é debitado também a cidadãos que jamais realizaram o tipo da quadrilha ou bando, mas sofrem todos os danos materiais e morais da imputação excessiva.

sido frequente a mania de promotores de Justiça e procuradores da República em agregar o tipo do art. 288 do Código Penal ao lado da imputação de certos ilícitos de autoria coletiva, sem indicar os pressupostos de fato que caracterizem a *societas sceleris*. Nos crimes societários e, em particular, nas hipóteses típicas da Lei nº 7.492/86 e da Lei nº 8.137/90, o acusador parte do pressuposto de que o número

de quatro ou mais pessoas (diretores, gerentes etc.), por si mesmo, é suficiente para a caracterização de um grave delito contra a paz pública. Como é notório, o impacto social provocado nos últimos anos pela criminalidade organizada nos grandes centros urbanos envolvendo o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, a atuação dos grupos de extermínio e as *chacinas*, além de outros eventos similares de violência e terror, provocam o sentimento coletivo de insegurança que é debitado também a cidadãos que jamais realizaram o tipo da quadrilha ou bando, mas sofrem todos os danos materiais e morais da imputação excessiva⁽²²⁾. Esse abuso no poder de denunciar pode ser neutralizado quando o tipo do art. 288 do Código Penal for revogado e deixar de ser um dos protagonistas essenciais para o *marketing* acusatório produzido e incensado nas relações melindrosas entre muitos agentes do Ministério Público e ativistas do jornalismo de sensação.

8. Conclusão

Tenho a convicção de que **Antônio Sérgio Pitombo** decifrou o enigma ao responder que a organização criminosa nada mais é que um concurso de pessoas qualificado pelo número mínimo de quatro sujeitos culpáveis, com maior ou menor poder de ação violenta ou astuciosa e que desenvolvem,

em caráter estável e permanente, atividades com o fim de cometer crimes.

Quanto aos métodos e os meios para identificar e reprimir essas atividades — que tanto estimulam os especialistas da investigação e seduzem os meios de comunicação — são assuntos para o amplo universo da prova nos limites assinalados pelo sistema processual de um Estado Democrático de Direito.

NOTAS

- (1) *Organização Criminosa – Nova Perspectiva do Tipo Legal*, São Paulo: RT, 2009, de **Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo**.
- (2) **DOTTI, René Ariel**. Prefácio, ob. cit., p. 9/10.
- (3) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. “Crime organizado: uma categorização frustrada”, em *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, vol. 1, p. 46.
- (4) “Crime organizado: Uma categoria frustrada”, cit., p. 63.
- (5) Por todos, **GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl**. *Crime Organizado – Enfoques Criminológico, Jurídico (Lei 9.034/95) e Político Criminal*, São Paulo: RT, 1995, p. 67.
- (6) Ob. cit., p. 100.

- (7) **SILVA FRANCO, Alberto**. “1. Organização criminosa. Nota de doutrina”, em *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed., coordenação de **Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, São Paulo: RT, 2001, vol. 1, p. 576.
- (8) “Los filtros sistémicos del crimen organizado en materia económica y financiera”, em *El Crimen Organizado – Desafíos y Perspectivas en el Marco de la Globalización*, coordenação de **Guillermo J. Yacobucci**, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 435.
- (9) A expressão “eu vim para confundir, não para explicar”, era um dos *equipamentos verbais de humor* utilizado por *Chacrinha* (José Abelardo Barbosa de Medeiros, 1916-1988) imortal comunicador da televisão brasileira e incomparável animador de auditório.
- (10) As modificações de palavras estão grafadas em negrito.
- (11) A Lei nº 35, de 15.09.1994, concedeu ao governo a autorização legislativa para revisão do Código Penal, aprovado pelo Dec.-lei nº 400, de 23.09.1982.
- (12) **PIMENTEL, Manoel Pedro**. *Direito Penal Econômico*, São Paulo: RT, 1973, p. 37/38.
- (13) **FRAGOSO, Heleno Cláudio**. “O novo Direito Penal Econômico e Tributário”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 12, de 1966, p. 63/64.
- (14) **CHAVES, Raul**. “Advocacia e Reforma Penal”, tese nº 9, em *Anais da VI Conferência Nacional da OAB: Salvador*, 1976, p. 109.
- (15) *Organização Criminosa*, cit., p. 204.

- (16) *Idem*, p. 178. A adoção legislativa desse critério implica em revogar o art. 288 do CP e dispositivos penais e processuais da legislação especial, conforme esclarece o autor (p. 179).
- (17) **ALMEIDA FERRO, Ana Luiza**. *Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundiais*, Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 103.
- (18) *International Review of Penal Law* nº 70, Toulouse (France): Editions Érès, 1999, p. 900.
- (19) *International Review of Penal Law*, cit., p. 895 e s.
- (20) “Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado”, em *Revista do IBCCRIM*, nº 12, out.-dez. de 1995, p. 97.
- (21) **FRAGOSO, Heleno Cláudio**. “Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 13, abr.-jun. de 1966, p. 72.
- (22) **DOTTI, René Ariel**. “Um bando de denúncias por quadrilha”, em *Revista do IBCCRIM*, nº 174, maio de 2007, p. 6 e s.

René Ariel Dotti

Advogado; professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná; corredor dos projetos que se converteram nas Leis nº 7.209/84 e 7.210/84 (nova Parte Geral do CP e Lei de Execução Penal); ex-membro de Comissões de Juristas do Ministério da Justiça para reforma do sistema criminal (1979-2000). Medalha do Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007)

A ABRANGÊNCIA DA DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Cezar Roberto Bitencourt

1. Considerações preliminares

A discriminadora Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que, segundo sua ementa, “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher” abusou na definição das espécies e quantidade de “violência doméstica e familiar” e, dentre outras, classificou as seguintes: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral (art. 7º). No entanto, a despeito de toda essa elástica previsão, que tem natureza puramente programática, em seara criminal, esse novo diploma legal não trouxe nenhum acréscimo à definição da *violência física*, que preferimos denominar “lesões corporais domésticas”, ressalvada a cominação sancionatória que recebeu novos limites, mínimo e máximo.

Embora a consagração da denominada *justiça consensual*, por meio do procedimento preconizado pela Lei n. 9.099/95, não possa ser responsabilizada pelo grande aumento dessa modalidade de violência, não se pode negar que concorreu com boa parcela da “culpa”, principalmente devido à determinação constitucional de aplicar *penas alternativas* aos autores de infrações penais definidas como de *menor potencial ofensivo*, em sede de “transação penal”. Na verdade, mais que a obrigatoriedade da aplicação de *penas não privativas de liberdade*, a alteração da *natureza da*

ação penal nos crimes de *lesões corporais*, condicionando-a à *representação criminal* do ofendido ou de seu representante legal (art. 88 da Lei n. 9.099/95), dificulta a punição dos autores desse tipo de infração, que, normalmente, no recesso dos lares, é praticado contra mulheres e crianças. *Condicionar* a punibilidade dessa espécie de “violência doméstica” à *representação da vítima* significa dificultar-lhe o alcance da tutela penal, na medida em que, quando não por outras razões, pela simples *coabitação com o agressor* (normalmente mais forte, quase sempre temido ou respeitado), a vítima não tem coragem nem independência suficientes para manifestar livremente sua vontade de requerer/autorizar a coerção estatal.

2. Impropriedades terminológicas e bem jurídico tutelado

Violência doméstica outra coisa não é senão uma modalidade especial de *lesão corporal leve*. Não é, por certo, a agravação da sanção cominada, aleatoriamente ou não, que torna a infração penal mais ou menos grave, como podem interpretar alguns, mas, certamente, a sua gravidade está diretamente relacionada com os efeitos, resultados ou, mais especificamente, com os danos que causa ou pode causar ao bem jurídico ofendido. Em outros termos, é a lesividade ou o potencial lesivo que traz

em seu bojo que autoriza o reconhecimento da real gravidade de uma infração penal. Aliás, os próprios limites, mínimo máximo, que foram *desproporcionalmente* alterados, também autorizam interpretá-la como lesão leve, pois a despeito da elevação exagerada do limite máximo, trouxe, ao mesmo tempo, seu limite mínimo para três meses de detenção, qual seja, o mesmo do *caput* do art. 129.

No entanto, nesta infração penal *sui generis* dois fatores aleatórios são os verdadeiros definidores senão da gravidade da conduta incriminada, pelo menos da sanção cominada, quais sejam: (a) *de um lado, os sujeitos passivos da conduta incriminada, e (b) de outro lado, o vínculo decorrente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*. Por essa razão, certamente, é que **Rogério Sanches**⁽¹⁾ afirma: “*Está clara a preocupação do legislador em proteger não apenas a incolumidade física individual da vítima (homem ou mulher), como também tutelar a tranquilidade e harmonia dentro do âmbito familiar. Manifesta o agente, nesses casos, clara insensibilidade moral, violando sentimentos de estima, solidariedade e apoio mútuo que deve nutrir para com parentes próximos ou pessoas com quem convive (ou já conviveu)*.” Na verdade, o bem jurídico protegido por essa figura típica, não se limita à integridade corporal e a saúde da pessoa humana (incolumidade e normalidade fi-

siológica e psíquica), mas abrange também, fundamentalmente, a harmonia, solidariedade, respeito e dignidade que orientam e fundamentam a célula familiar.

Esse *novo tipo penal*, aparentemente simples, apresenta mais complexidade, dogmaticamente falando, do que se pode imaginar, a começar pelo *nomen iuris*, *violência doméstica*, distinto das demais figuras contidas no mesmo art. 129, que se referem, todas, a *lesões corporais*, de uma ou outra gravidade, mas sempre lesões corporais. No entanto, o *preceito primário* contido no novo § 9º refere-se à “lesão praticada”, e não à “violência praticada”. Há, inegavelmente, um descompasso entre o *nomen iuris* e a descrição da conduta no preceito primário. Em nosso entendimento, essa opção do legislador apresenta certa *impropriedade técnica*, que, embora não seja inédita, não deixa de ser inadequada, na medida em que se presta a equívocos e divergências interpretativas, especialmente quando se tem claro, ao contrário do que imaginava a velha doutrina, que o termo “violência” não é sinônimo de “lesão corporal”. Na verdade, “violência” tem significado mais abrangente do que “lesão corporal”, como demonstraremos adiante.

A novel figura recebeu a seguinte descrição: “*Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*” (§ 9º). Convém destacar que referida tipificação não foi criada ou elaborada pela *Lei Maria da Penha*, que se limitou a alterar a respectiva sanção penal da disposição que já existia desde 2004 (Lei n. 10.886/2004), mantendo, por sua vez, intacto o preceito primário.

3. Violência doméstica e vias de fato

Considerando que a conduta tipificada limita-se a criminalizar a *lesão*, que outra coisa não é senão a *lesão corporal leve*, eventuais *vias de fato*, por si sós, não configuram esta infração penal. *Vias de fato*, segundo doutrina e jurisprudência, caracterizam-se pela prática de atos agressivos, sem *animus vulnerandi*, dos quais não resultem danos corporais. Aliás, é exatamente a inexistência de lesões corporais, aliada à ausência de *animus ledendi*, que caracteriza a ofensa como *vias de fato*. Em outros termos, pode-se considerar *vias de fato* a ação violenta contra alguém com a intenção de causar-lhe um mal físico, sem, contudo, feri-lo. Em síntese, para as pretensões da Lei Maria da Penha, que *discrimina* o tratamento dispensado à mulher, “vias de fato” efetivamente pode representar uma *violência* (aliás, é uma violência não apenas contra a mulher), mas não tipifica o

crime de *violência doméstica*, nos termos em que esta foi insculpida no parágrafo 9º do art. 129 do Código Penal, sob pena de se violentar o princípio da tipicidade estrita. Esse aspecto somente poderá ser resolvido *de lege ferenda*.

Essa não-abrangência das “vias de fato” na criminalização das *lesões corporais domésticas* coloca em destaque a deficiência e a insuficiência desse novo tipo penal, que, para atender às aspirações dos movimentos sociais referidos, mereceria outra redação, mais abrangente, mais técnica e menos excludente.

4. Local da infração penal como elementar típica implícita

A descrição típica, que tem o objetivo declarado de coibir a *violência praticada no interior dos lares*, não é clara quanto ao local em que tal infração pode ser praticada. Seu conteúdo descritivo permite a interpretação segundo a qual, havendo a *relação* normativa exigida pelo tipo penal entre *sujeito ativo* e *sujeito passivo*, eventual *lesão leve* praticada pode ser definida como “violência doméstica”. Mas as coisas não são tão simples assim. Com efeito, afora o *nomen iuris* “violência doméstica”, explícito no tipo penal, e a *relação exaustiva* das pessoas que podem ser *sujeito passivo* desse crime, deve-se destacar que o crime pode ser praticado “prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”, elementar normativa que tem aplicação suplementar. Essa confusa redação autoriza, em outros termos, a admitir como *sujeito passivo* dessa infração não apenas aqueles elencados expressamente no tipo penal, mas também outros, desde que haja *prevalecimento*, por parte do agente, das relações mencionadas na descrição típica.

Assim, acreditamos que, pela descrição do tipo, a *lesão* praticada contra *ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido*, pode ser praticada *em qualquer local*, e não apenas nos limites territoriais da “morada da família”: comprovando-se essa *relação* com o sujeito passivo, eventual *crime de lesão corporal leve* encontrará adequação típica no § 9º, e não no *caput* do art. 129, como ocorria até o advento da Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, desde que, segundo os termos legais, “prevaleça-se” da situação doméstica. Nesse sentido, vale a pena destacar o magistério de Rogério Sanches⁽²⁾ que adverte: “... *prevalecer tem o sentido de levar vantagem, aproveitar-se da condição (ou situação), pensamos que a hipótese necessariamente pressupõe que o agente se valha da vantagem doméstica, de coabitação ou de hospitalidade em relação à vítima, merecendo interpretação restritiva. Aqui enquadrados, por*

exemplo, as agressões praticadas pela babá contra a criança, desde que, é claro, não se revista de requintes de tortura.” Com a redação adotada, na verdade, o legislador brasileiro, na definição de *violência doméstica*, foi mais longe do que pretendia.

5. Sujeitos passivos e prevalecimento das relações

Com efeito, afora o elenco de *sujeitos passivos* contido no § 9º, a dita “violência doméstica” pode ser praticada *contra outros sujeitos passivos*, desde que *se prevaleça das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*. A locução “ou ainda prevalecendo-se” quer significar que a mesma conduta proibida pode tipificar-se quando for praticada contra “outros sujeitos”, além daqueles expressamente mencionados, apenas com o acréscimo da elementar “prevalecendo-se das relações” mencionadas. Significa ainda, *a contrario sensu*, que a mesma conduta, para adequar-se ao tipo penal em exame, não exige a presença desse *elemento normativo*, qual seja, *prevalecer-se* de “relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”, quando a vítima for uma daquelas mencionadas expressamente no texto legal. Nessa linha, cabem ainda mais distinções: 1) o crime contra os *sujeitos passivos* expressos no dispositivo legal, como já afirmamos, pode ser praticado em qualquer lugar; 2) em relação àqueles contra os quais só pode ser praticado com “prevalecimento das relações”, pode ocorrer somente, em tese, nos limites territoriais onde existam as relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Será, pois, nesses locais que o *sujeito ativo* poderá *abusar* de tais *relações* e, conseqüentemente, onde os *sujeitos passivos* poderão sentir-se inferiorizados.

Por fim, cabe registrar que “relações domésticas” não se confundem com a “relação empregatícia”, que existe entre patrões e trabalhadores domésticos. Nada impede, entretanto, que entre eles também possam existir relações domésticas e até mesmo relações de coabitação ou hospitalidade, como ocorre, por exemplo, com os crimes tão em moda praticados por babás, no recesso do lar de seus empregadores. Na verdade, somente em cada caso concreto é que se poderá examinar a existência ou não dessas modalidades de relação, sejam domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Somente para reforçar, em relação aos sujeitos passivos expressamente elencados no dispositivo, o *prevalecimento das relações* está implícito, não precisando ser *provado*. Por outro lado, cabe mais um registro: embora a criminalização da “violência doméstica” tenha resultado, mercedamente, do trabalho dos movimentos

feministas, a verdade é que *as mulheres e filhos*, geralmente *vítimas*, também podem ser sujeitos ativos desse crime.

6. Violência e lesão corporal: distinção

No tópico anterior, afirmamos que o termo “violência” — *nomen iuris* do novo tipo penal — tem significado mais abrangente que a simples *lesão corporal*, expressão utilizada na descrição típica da conduta incriminada. Pois bem: qual é o real *sentido*, quais os limites de *abrangência* do vocábulo “violência”, que o legislador utiliza tão frequentemente no Código Penal, às vezes adjetivado, às vezes não? Algumas vezes o utiliza acompanhado da locução “grave ameaça”, outras o limita, para abranger somente a “violência física”, como forma de excluir a que se convencionou chamar *violência moral* (a grave ameaça); por vezes, ainda, o faz acompanhar da locução “vias de fato”, como na definição da *injúria real* (art. 140, § 2º), quando esta consiste em “violência ou vias de fato”.

Enfim, percebe-se que pode haver grande distinção entre os significados técnico-jurídicos de *violência* e *lesão corporal*, na medida em que a *violência* não consiste necessariamente em “lesão corporal”, tampouco somente em “vias de fato”. Para não sermos repetitivos, transcrevamos o que dissemos ao tratar do tema em relação à *injúria real*, *in verbis*: “*Convém distinguir (...) violência, que pode produzir lesão corporal (não a produz necessariamente), de vias de fato, que, quando não integrar a injúria real, será apenas contravenção (art. 21 da LCP).*”

O termo “*violência*” empregado no texto legal significa a força física, material, a vis corporalis. Essa *violência* pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica etc. Não é necessário que a *violência* utilizada seja irresistível ou idônea para produzir graves danos; basta que possa ser definida como *violência* e tenha condições de *produzir lesões corporais* (e não que as produza necessariamente). ”

Mutatis mutandis, essa distinção que fizemos entre “violência” e “lesão corporal” na *injúria real* aplica-se igualmente aqui, na “violência doméstica”. Mais: a *grave ameaça* e as *vias de fato*, tradicionalmente classificadas como espécies do gênero *violência*, inegavelmente não se confundem com *lesão corporal*. Só estes últimos dois aspectos — grave ameaça e vias de fato — já dão uma boa ideia da imensa diferença de abrangência entre *violência* e *lesão corporal*, deixando claro que *esta* é apenas mais uma das espécies *daquela*.

Não se discute em doutrina que a *grave ameaça* constitui uma espécie do gênero

violência. No entanto, a exemplo do que ocorre na *injúria real* — praticada com violência —, pode-se sustentar que a “violência” mencionada no *nomen iuris* — violência doméstica — não abrange a violência moral, isto é, a grave ameaça (*vis compulsiva*), pois, quando o legislador deseja integrá-la ao tipo incriminador, o faz expressamente. Na verdade, sempre que o Código Penal emprega a expressão “violência” sem a alternativa “ou grave ameaça” está excluindo a denominada “violência moral”, limitando-se a adotar a violência física, ou seja, aquela que é empregada sobre o corpo da vítima.

Por fim, o texto legal descritor do *preceito primário* consagra: “*se a lesão for praticada...*”, sem qualquer referência a “*violência ou grave ameaça*”, que representa a demonstração mais eloquente de que a elas o tipo *incriminador* não quis se referir. E a ausência do termo “corporal” não favorece entendimento contrário, pois se adota técnica semelhante nos §§ 5º e 6º, nos quais se define a *substituição de pena* e a *lesão culposa*: “*não sendo graves as lesões*” e “*se a lesão é culposa*”, respectivamente. Em nenhum deles, a exemplo do § 9º, emprega-se o adjetivo “corporal”; na verdade, todo o art. 129 disciplina o *crime de lesão corporal*, daí a desnecessidade de sua repetição nos respectivos parágrafos.

7. Majorante especial relativa à pessoa portadora de deficiência

Por fim, o § 11 acrescenta uma *majorante específica*, quando a denominada *violência doméstica*, isto é, aquela praticada nas condições definidas no § 9º, ora em exame, tiver como destinatário “pessoa portadora de deficiência”. Trata-se de uma *causa de aumento aberta*, na medida que não define natureza, espécie ou extensão da deficiência. A despeito dessa inadequada previsão, não nos parece que se possa utilizar o “conceito de pessoa portadora de deficiência” contido nos arts. 3º e 4º do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989. No particular, discordamos do entendimento de Rogério Sanches que invoca exatamente o subsídio do referido decreto. Nossa discordância, com a *venia* devida, reside no fato de tratar-se de um decreto regulamentador de uma lei que não exige regulamentação, pelo menos não foi expressa nesse sentido. Admitir-se a majoração de penas por decreto presidencial implica em ferir o princípio da reserva legal.

A nosso juízo, a aplicação dessa majorante exige a comprovação médico-legal da existência efetiva da “deficiência” da vítima, além da necessidade de o autor da violência ter conhecimento de que se trata

de pessoa portadora de deficiência, sob pena de consagrar-se a odiosa responsabilidade penal objetiva, como reconhece Rogério Sanches⁽³⁾.

8. Natureza da ação penal do crime de “violência doméstica”

De que se trata de crime de ação pública não resta a menor dúvida, mas será condicionada ou incondicionada? Essa questão pode assumir a dimensão de uma *vexata quaestio*, e isso afronta a história e a tradição do nosso Código Penal, que sempre identificou com clareza e, nessa linha, precisou a espécie ou modalidade de ação penal de cada crime: a regra geral é que todos os crimes sejam de ação pública incondicionada; a exceção, quando houver, estará expressa no texto legal.

Ora, com a “violência doméstica” não pode ser diferente: a ação penal deve ser facilmente identificável. No entanto, para que essa operação seja possível é indispensável que se supere uma preliminar: de que crime estamos tratando? Violência doméstica ou lesão corporal leve? Se admitirmos que se trata somente de um *tipo especial de lesão corporal leve*, evidentemente que a ação penal será pública condicionada, nos termos do art. 88 da Lei n. 9.099/95. Contudo, se sustentarmos que a *violência doméstica* é um crime autônomo, distinto do crime de lesão corporal, inegavelmente a *ação penal será pública incondicionada*. Provavelmente, haverá essas duas correntes.

Na linha de toda a nossa exposição, fica muito claro que para nós, tecnicamente, o conteúdo do § 9º descreve um tipo especial do crime de *lesão corporal leve*, e, por isso, a ação penal, necessariamente, só pode ser *pública condicionada à representação do ofendido*. Dogmaticamente, essa é a alternativa correta. No entanto, por questões de *política criminal* e considerando as razões que levaram à criminalização da chamada “violência doméstica”, admitimos ser razoável sustentar que se trata de crime de *ação pública incondicionada*, sob pena de continuar tudo igual ao que era antes da vigência da Lei n. 10.886/2004, dificultando, senão inviabilizando, a punição desse tipo de “violência”. Acreditamos que a *jurisprudência*, acertadamente, adotará essa orientação.

NOTAS

- (1) Rogério S. Cunha. *Direito Penal*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. 3, p. 51.
- (2) Sanches Cunha. *Direito Penal...*, p. 52.
- (3) Sanches Cunha. *Direito Penal...*, p. 53.

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em Direito Penal; professor do programa de pós-graduação, PUCRS; advogado criminalista

GDUCC – GRUPO DE DIÁLOGO UNIVERSIDADE, CÁRCERE, COMUNIDADE - EXPERIÊNCIA QUE ESTÁ DANDO CERTO

Alvino Augusto de Sá

A ideologia, segundo a concepção marxista (Chauí, 1985; Marx & Engels, 1953), ao construir uma compreensão dos processos sociais e históricos e das relações de trabalho, inverte as relações de causa e efeito. Esta é uma de suas características básicas, sob a ótica da concepção marxista. O que é causa passa a ser interpretado como sendo efeito e, o que é efeito, como sendo causa. Assim, por exemplo, o poder social, condicionado pela divisão do trabalho, parece aos indivíduos ser um poder soberano e natural. O proletário percebe seu trabalho e seu estado (de assalariado, de explorado) como consequências naturais e inevitáveis desse poder natural. Na verdade, esse poder é o resultado, é dependente do trabalho dos assalariados. Os assalariados não se percebem como protagonistas da história, como (possíveis) sujeitos desse poder. Constitui-se aqui o que o marxismo chama de estado de alienação. A consciência alienada não percebe que o poder e força da classe dominante são consequências das ações humanas desenvolvidas a partir dos meios e modos de produção. A ideologia, portanto, tem a importante função de ocultar as verdades históricas, para atender os interesses das classes dominantes. Tem a função de ocultar a grande verdade histórica de que o trabalhador tem o poder de agir sobre a história e de se tornar o grande protagonista da mesma. A ideologia tem o condão de criar no proletariado um estado de alienação, que consiste nessa falta de consciência dos trabalhadores sobre seus direitos, seu poder e sua capacidade de agir e de redefinir as formas de sua inserção social.

Passemos ao domínio da Criminologia. Pela inversão ideológica de causa e efeito, o crime é tido como uma realidade ôntica e, o criminoso, como um ser diferente, que perturba e desequilibra as relações sociais. Na verdade, as relações econômicas de poder é que determinam a construção jurídica do crime, criam os desequilíbrios sociais e estes é que são as causas das condutas definidas como crime. Assim, a ideologia impõe-nos a ideia de que o crime e o criminoso (isto é, aquela conduta e aquele indivíduo que afrontam as normas estribadas na propriedade privada e em tudo o que dela deriva), são ameaças constantes ao equilíbrio social. Ao fazer isso, ela tem a função de ocultar a verdade histórica de que o crime e o criminoso, no lugar de causas, na realidade são produtos das relações sociais economicamente desequilibradas e injustas.

Nessa mesma linha de inversão ideolo-

gicamente forjada, a exclusão e a marginalização sociais do criminoso são tidas como consequências de sua conduta delinquente. A verdade, porém, é outra. A saber, quando o indivíduo adere à vida criminosa, ele adere, na grande maioria das vezes, por força de sua condição de exclusão e marginalização. Esta inversão ideológica toma conta dos presos e dos profissionais penitenciários. Reedita-se o supracitado estado de alienação, pelo qual o próprio criminoso ou, mais especificamente, o encarcerado não mais se percebe como partícipe da sociedade, portador de direitos, como alguém que é capaz de construir sua forma de inserção social.

Já que a inversão ocorreu na compreensão do crime e da conduta criminosa, ela também ocorrerá, por imposição da lógica, ao se traçarem políticas e estratégias da chamada “ressocialização” do preso. Ou seja, para que o preso possa se reinserir socialmente e se sentir cidadão como os demais, ele deverá antes tomar consciência dos valores e normas sociais, deverá acatá-los e readequar eticamente sua conduta de acordo com esses valores e normas. Noutros termos, a readequação ética é condição prévia para que possa ocorrer a reinserção social. Isto tem parecido e ainda parece óbvio ao ver de muitos “observadores” e de muitos profissionais, alienados que estão, por força da ideologia.

No entanto, atentando-se para essa artimanha da ideologia (da qual os próprios encarcerados podem se tornar presas fáceis), há que se pensar em inverter a ordem desses passos e exigências. Deve-se partir, antes, de experiências de inclusão social, de diálogo, de participação, de sujeito de ação, para, com isso, se proporcionar ao encarcerado a oportunidade de se posicionar frente aos valores sociais e de se decidir conscientemente em relação a eles.

De fato, sentindo-se o indivíduo excluído socialmente, as normas sociais não têm sentido algum para ele, ele não se sente motivado a acatá-las, mas, pelo contrário, tende a desenvolver em relação a elas uma atitude de antagonismo. Acatará, isto sim, as normas do grupo a que pertence, até por uma questão de sobrevivência. Por conseguinte, a reinserção social do encarcerado não terá como condição a sua readequação ética, mas, pelo contrário, sua readequação ética é que terá como condição a sua reinserção social. Ou seja, se quisermos promover a reinserção social do encarcerado, deveremos proporcionar a ele experiências

significativas de inclusão social, pelas quais ele se sinta realmente partícipe da sociedade e redescubra seus valores como cidadão e como pessoa. Nas palavras de Baratta (1990), há que se buscar a abertura do cárcere para a sociedade e da sociedade para o cárcere. Na medida em que as normas passam a ter sentido para o encarcerado, ele, aos poucos, desenvolverá uma atitude de verdadeira e saudável autonomia perante os valores ético-morais vigentes. É a substituição da falaciosa “ressocialização”, na qual o encarcerado é simplesmente “objeto” de pretensas ações educativas, terapêuticas e moralizadoras, pela chamada “reintegração social” (Baratta, 1990), na qual o encarcerado é sujeito pensante da ação de reintegração, tal qual o segmento social que dela participa. Busca-se, na reintegração social, desenvolver um significativo diálogo entre partes que, tendo tido até então uma relação antagônica, comportam-se agora como iguais, numa relação simétrica, ainda que não se pretendendo esconder hipocritamente as diferenças reais e objetivas (sobre reintegração social dos encarcerados, ver também Sá, 2007, cap. 6).

Pois bem, foi com essa forma de pensar criminologicamente e com esses objetivos de reintegração social que se criou o GDUCC - Grupo de Diálogo Universidade, Cárcere, Comunidade. O GDUCC é um grupo vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da USP. É formado por acadêmicos de Direito da USP, valorizando-se, porém, a interdisciplinaridade, pelo que ele é aberto a alunos de outros cursos e de outras universidades, bem como a profissionais de diferentes áreas.

O objetivo do GDUCC é o de implementar experiências de diálogo entre a Universidade e o cárcere, entre acadêmicos e profissionais, de um lado, e, de outro lado, os encarcerados, dentro de uma visão transdisciplinar. Pretende-se, com o tempo, envolver segmentos da comunidade em geral, entendendo-se que a Academia tem um papel importante de liderança a ser exercido nesse sentido (sobre o intercâmbio transdisciplinar academia – cárcere, ver Sá, 2007, cap. 7).

Nos projetos do GDUCC, os internos não são tratados como meros “objetos” de assistência e de educação ética. Eles são tidos e compreendidos como sujeitos que pensam, têm sua história e têm suas versões sobre sua história e sobre a sociedade, assim como “nós”, da sociedade livre, te-

mos a nossa história e as nossas versões. Tanto é assim que, em alguns dos encontros semanais, as atividades são programadas e dirigidas pelos próprios internos. A reintegração social é uma pista de mão dupla, na qual, tanto o preso caminha rumo à sociedade (que o excluiu), como a sociedade caminha rumo ao preso. É um processo no qual, espera-se, todos se transformam e crescem. Importante é lembrar que esse processo não se desenvolve através do cárcere, mas apesar do cárcere, pois ele caminha na contramão do mesmo. O trabalho se estrutura, em regra, em encontros semanais entre os membros do GDUCC e internos (sobre a experiência do GDUC, ver Braga & Bretan, 2008 [a], Braga & Bretan, 2008 [b] e Braga, 2007).

O GDUCC iniciou suas atividades no segundo semestre de 2006. Até o momento, tivemos três edições, com a duração média de três meses cada. Reconhecemos que o trabalho não é fácil. Não é fácil manter-se uma linha de coerência teórica e, ao mesmo tempo, desenvolver-se um diálogo autêntico, confiável e sincero, isto é, sem hipocrisias. Não é nada fácil definir-se um objetivo claro do trabalho, quando estamos comprometidos com a prática, num grupo complexo de pessoas das mais diferentes visões. Em todo caso, porém, pode-se dizer que a experiência do GDUCC tem sido muito gratificante para todos, acadêmicos e internos. Os acadêmicos conseguem rever seu conceito sobre crime e homem criminoso e se sentir integrados com os membros da população carcerária, descobrindo-os, na vivência, como seres humanos iguais a eles. Os internos conseguem viver, ainda que de forma momentânea, uma experiência de integração com membros da sociedade pela qual se sentiram rejeitados e à qual não se sentem pertencer. Eles conseguem

ao menos vislumbrar, através da vivência, outras possibilidades de relações sociais e, a partir delas, outras dimensões de sua pessoa, de seus valores e potencialidades.

Estamos usando aqui as expressões “forma momentânea”, “vislumbrar”, com o intuito de deixar claro que não se tem a pretensão de promover grandes mudanças no padrão de relações sociais dos internos participantes, na consciência de seus valores e em sua autoimagem. Não se pode pretender mudanças estruturais e definitivas, através de uma experiência de três meses, em esquemas que se formaram ao longo de uma vida. No entanto, os internos, ao término dos encontros, têm-se mostrado muito gratos, muito gratificados, satisfeitos, verbalizando terem tido vivências de aceitação e de valorização de si, de serem tratados como seres humanos iguais a todos os outros.

Não nos parece ousado afirmar que um trabalho como esse é uma espécie de semente, que poderá, ao longo do tempo, germinar e produzir efeitos positivos e mais estruturantes. Isso, tanto para os acadêmicos (ou representantes da comunidade em geral), como para os internos. Entretanto, além disso, o que se pretende é também plantar uma semente para que germine, quem sabe, paulatinamente, uma nova visão de política criminal e de estratégias de reintegração social.

Para que se desenvolvam efetivas estratégias de reintegração social, dois passos importantes devem ser dados, ambos reconhecidamente difíceis. O primeiro é a integração entre técnicos e os outros profissionais penitenciários, particularmente os de segurança. O segundo é a integração sociedade-cárcere. Sociedade, não enquanto ente abstrato, mas enquanto representada por seus diferentes segmentos. A sociedade deve tomar consciência de

que ela tem grande parcela de responsabilidade nas questões do cárcere, de que os que lá se encontram dela fazem parte e que a ela retornarão. Ao finalizar, quero repetir uma frase que, com frequência, tenho dito em palestras, quando me refiro à resistência que as pessoas oferecem em relação a fazer qualquer tipo de benefício em prol da reinserção social do preso: *lembra-te que hoje ele [o preso] está contido, mas que amanhã ele estará contigo*. Entretanto, o verdadeiro alerta deve ser o que nos lembra as artimanhas das farsas ideológicas que sustentam a construção jurídica do crime, a seleção dos que devem ser punidos e as estratégias tradicionalmente propostas de reinserção social dos encarcerados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. “Ressocialização ou controle social”, in: *Criminologia y Sistema Penal*. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 376-393.
- BRAGA, A.G. Mendes & BRETAN, M. Emília (a). “GDUCC: o diálogo que transcende os muros”, in: *Jornadas de Estudos Criminológicos*, 2008, Porto Alegre. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: Editora Fonte do Direito, 2008. v.28. p. 125-135
- BRAGA, A.G. Mendes & BRETAN, M. Emília (b). “Teoria e prática da reintegração social: o relato de um trabalho crítico no âmbito da execução penal”, in: SÁ, Alvaro A. de & SHECAIRA (org.), S. Salomão, *Criminologia e os Problemas da Atualidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, 255-275.
- BRAGA, A.G. Mendes. “Magia no cárcere: a possibilidade do encontro”, *Boletim do IBCCRIM*. Ano 14, nº 171, fev. de 2007: pág. 11-12.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. *O Que é Ideologia*. 18ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.
- MARX, Karl, e ENGELS, Friedrich. *L'idéologie Allemande. Première Partie: Feurbach*. Traduction de René Car-telle. Paris: Éditions Sociales, 1953.
- SÁ, Alvaro A. de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Alvino Augusto de Sá

Professor de Criminologia (Clínica)
da Faculdade de Direito da USP

PROJETO MARIA, MARIA: CURSO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

Maria Amélia de Almeida Teles

Recentemente, iniciou-se um curso sobre a Lei Maria da Penha para lideranças femininas, sob a coordenação da União de Mulheres de São Paulo e do IBCCRIM, com o apoio da Campanha Bem Querer Mulher e a Unifem – Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher. Trata-se de iniciativa de extrema importância por ser, a violência doméstica e familiar, um tema atual e frequente em todas as classes sociais e segmentos étnico-raciais. Sua prática traz graves consequências não só para as mulheres, como para suas famílias e a sociedade em geral. Assegurar a implementação desta lei, democraticamente

construída e instituída, é obrigação de todas as pessoas comprometidas com o Estado Democrático de Direito.

A Lei Maria da Penha, como ficou conhecida a Lei 11.340/2006, tipifica a violência doméstica e familiar contra a mulher como um crime, devendo, portanto, ser enfrentada pelo estado e a sociedade brasileira a fim de responder de forma satisfatória à realidade de milhões de mulheres que, cotidianamente, sofrem as mais diversas formas de violência: física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, entre outras.

Anteriormente à lei, os crimes come-

tidos contra as mulheres por seus maridos, companheiros, namorados ou ex, eram julgados pelos Juizados Especiais Criminais (JECrims), comparados aos delitos de trânsito e tratados como crimes de “menor potencial ofensivo”, o que banalizava a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Esta lei veio atender às reivindicações das mulheres que, desde os anos de 1980, clamam por políticas públicas que garantam a equidade de direitos entre mulheres e homens e erradiquem a violência de gênero. As conquistas no campo normativo foram paulatinamente construídas. Primei-

ro conquistaram-se os conselhos de direitos das mulheres e a primeira delegacia de polícia para a defesa das mulheres (1985).

Em 1988, a Constituição Federal proclamou a igualdade de direitos entre mulheres e homens. Reconheceu a violência no âmbito das relações familiares e impôs ao Estado o dever de coibir a violência doméstica.

No plano internacional, tanto a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw) como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de “Belém do Pará”), ambas ratificadas pelo Estado brasileiro, respectivamente, em 1984 e 1995, defendem os direitos humanos das mulheres e sua efetivação.

Em 2001, o Brasil foi condenado pela OEA (Organização dos Estados Americanos), no caso da Maria da Penha Maia Fernandes (daí o nome da lei) por flagrante violação dos direitos humanos. Há 19 anos passados, o ex-marido da Maria da Penha cometeu duas tentativas de homicídio contra ela, contudo, não foi devidamente punido. Maria da Penha, com o apoio de ONGs feministas e de direitos humanos, encaminhou o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

Com a publicação do Relatório nº 54, as recomendações encaminhadas ao Estado brasileiro exigiram empenho para por fim à tolerância estatal e ao tratamento discriminatório em relação à violência doméstica contra as mulheres.

A partir daí, intensificou-se o trabalho conjunto dos movimentos de mulheres com representantes da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, para criar um projeto de lei de enfrentamento da violência. Tal projeto seguiu do executivo para o Congresso Nacional, onde foi submetido a audiências públicas em diversas regiões do país, acompanhado de acalorados debates no Parlamento. Foi, finalmente, aprovado e sancionado em 06/08/2006. Desta forma, deu-se cumprimento aos preceitos legais: § 8º. do art. 226, da Constituição Federal e as Convenções (Cedaw e “Belém do Pará”).

Os números da violência doméstica, ainda que subestimados, são estonteantes. Dados de pesquisa do Ibope apresentam resultados alarmantes: as mulheres temem mais apanhar dos maridos do que ter câncer de mama ou de útero (*Jornal da Tarde*, 15/04/2009). Do total de pessoas entrevistadas, 55% conhecem pelo menos um caso de violência doméstica contra a mulher, mas 56% não acreditam na proteção jurídica, o que demonstra a ineficácia das instituições democráticas de acesso à justiça quando o assunto é violência contra a mulher. Há, portanto, necessidade urgente de tornar a lei um instrumento eficiente de defesa dos direitos humanos. O curso, que ora se realiza no IBCCRIM, deve divulgar a lei, seus princípios e conteúdo, para segmentos populares, em particular as mulheres, tornando-as protagonistas e defensoras de direito. O fato de estar sediado numa instituição como o IBCCRIM, facilita os diálogos necessários e pode sensibilizar importantes setores responsáveis pela efetivação da lei.

Maria Amélia de Almeida Teles

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM, do Projeto de Promotoras Legais Populares e da União de Mulheres de São Paulo

PARTICIPE POR ACREDITAR

22 DE MAIO DE 2009 VII SEMINÁRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE FRANCA FRANCA / SP

Coordenação (local): dr. Antonio Milton de Barros, dra. Roberta Toledo Campos, dr. André Adriano Nascimento Silva (coordenador-chefe de cursos do IBCCRIM).

Colaboração: dr. Fábio Cantizani Gomes.

Apoio: Faculdade de Direito de Franca - Curso de Direito da Unifran - Trinolex. OAB

Data: 22 de maio de 2009 (sexta-feira)

Horário: Das 08h00 às 22h00

Local: Salão de Eventos da Agabê - Rua Arnulpho Lima, 2385, Franca, SP.

Inscrições: FDF - Av. Major Nicácio, 2377 - Informações: fone (16) 3723-4500 - ramal 209

Será conferido certificado: 10 horas por período.

Não haverá inscrição no local do evento.

Palestrantes confirmados: Alamiro Velludo Salvador Netto, Eugênio Pacelli de Oliveira, Gustavo Otaviano Diniz Junqueira, Henrique Garbellini Carnio, Michelle Rodrigues Batista e Paulo Sérgio Leite Fernandes.

21 DE MAIO DE 2009 SEMINÁRIO DO GRUPO BRASILEIRO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL (AIDP-BRASIL) SÃO PAULO - SP

Data: 21 de maio de 2009.

Local: Hotel Renaissance em São Paulo.

Coordenação: Desembargador Márcio Bártoli e professor Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo.

Inscrições no site: www.aidpbrasil.org.br

Certificados: Os participantes receberão certificado emitido pela direção do Grupo Brasileiro da AIDP.

Presenças Confirmadas: Alberto Silva Franco, Andrei Schimdt, Antonio Sergio Moraes Pitombo, Cezar Roberto Bitencourt, Denise Provasi Vaz, Dora Cavalcanti, Fábio Trad, Fernando Fernandes, Flávia Rahal Bresser Pereira, Guilherme Nostre, Helena Regina Lobo da Costa, João Mestieri, Juliano Breda, Leonardo Avelar, Luciano Feldens, Marcelo Leonardo, Márcio Bártoli, Mariana Rocha, Marina Coelho, Maurício Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Renato S. Vieira e René Ariel Dotti.

13 A 15 DE MAIO DE 2009 3º ENCONTRO DA CÂTEDRA LUSO-AMAZÔNICO: DIÁLOGO SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS - BELÉM / PA

Realização: Universidade Federal do Pará: Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), Casa de Estudos Luso-Amazônicos (CELA) e Turma de graduação em Direito 030/2007.

Coordenação Científica: Marcus Alan de Melo Gomes e Ana Cláudia Pinho

Apoio: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Carga Horária: 35 horas de atividade complementar.

Data: De 13 a 15 de maio de 2009

Informações: <http://3encontroloamazonico.wordpress.com/>

Local: Auditório da Computer Hall - Rua Antônio Barreto 1176 - Umarizal - Belém - PA

Professores portugueses: Cláudia Santos, Jorge de Figueiredo Dias e Pedro Caeiro.

Professores brasileiros: Alexandre Rosa (SC), Aury Lopes Júnior (RS), Cláudio Brandão (PE), Geraldo Prado (RJ), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (DF) e Paulo Busato (PR)

ECTOGENESE E DIREITO PENAL

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

A relação entre mãe e embrião/feto⁽¹⁾ como uma unidade natural intrínseca está cada vez mais frágil⁽²⁾ diante das novas genotecnologias. Exemplo disso é a chamada ectogênese.

Dá-se o nome de ectogênese ao desenvolvimento completo de um ser humano fora do útero materno, ou seja, em laboratório. Ou mais detalhadamente, como prefere Leroy: “*é o procedimento técnico por meio do qual a totalidade das etapas do desenvolvimento humano, desde a fecundação até ao nascimento, se realizaria em laboratório, sem recurso ao acolhimento num organismo materno*”⁽³⁾. A “reificação” da vida humana não nascida avança e o velho sonho de fabricar seres humanos artificiais em laboratório é uma viabilidade que ora se apresenta pela ectogênese⁽⁴⁾.

Embora a etapa inicial deste processo de procriação humana artificial (fase embrionária) já tenha sido obtida com êxito pelas técnicas de reprodução assistida desde há muito tempo, o desenvolvimento completo de uma gestação artificial (ou gestação *ex utero*) é uma nova possibilidade científica que ainda não se concretizou na prática médica. Todavia, os cientistas vêm estudando formas artificiais alternativas que reproduzam as condições do ventre materno (humano). No entanto, as atuais tentativas científicas estão fracassando num prazo mais ou menos curto e desembocam frequentemente na produção de embriões anormais e/ou inviáveis⁽⁵⁾. Quanto ao estágio final da gestação, a ideia de “*produzir uma placenta artificial para obviar às consequências nefastas de um parto prematuro não tiveram praticamente qualquer efeito*”⁽⁶⁾. Por outro lado — como complementa Leroy — “*embora seja possível reproduzir em laboratório e fora do organismo materno certos segmentos limitados e relativamente precoces da gestação, os cientistas são incapazes, atualmente, de estabelecer ligações entre eles*” (...) a reprodução *in vitro* de etapas mais avançadas de uma gravidez permanece um obstáculo intransponível, sobretudo devido à complexidade das múltiplas inter-relações existentes entre o concebido e o organismo materno⁽⁷⁾, concluindo o autor que, no momento, a ectogênese não se revela exequível pela biociência.

Não obstante sejam referidos alguns aspectos positivos relacionados à ectogênese (p.ex., redução do número de abortos, eliminação do fardo/desconforto da gravidez, alternativa reprodutiva para mulheres inférteis ou com problemas de gestação, redução da exposição do nascituro a contaminações ambientais — gases, radiações,

etc. —, e a substâncias tóxicas — álcool e droga etc.⁽⁸⁾), há, por outro lado, igualmente aspectos negativos que merecem atenção, pois a utilização da ectogênese também pode ser abusiva e contrária à dignidade humana, assim como ofender bens jurídico-penais. Mas antes disso, é importante mencionar que, na realidade, existem três espécies de ectogênese a saber: a) a *ectogênese artificial*; b) a *ectogênese animal* (ou *xenogênese*); e c) a *ectogênese masculina*. Enquanto a ectogênese artificial é aquela desenvolvida por meios mecânicos/artificiais, através de determinadas máquinas e aparelhos, a ectogênese animal ocorre quando o embrião/feto é gestado em animais; enfim, a gestação masculina é aquela realizada no homem. Por outro lado, e quanto à finalidade, a *ectogênese procriativa* visa à procriação, i.e., obter o nascimento de um ser (humano ou não humano); enquanto a *ectogênese não procriativa* pretende apenas explorar as potencialidades (benéficas ou malélicas) que a técnica pode trazer consigo.

Portanto, a ectogênese ainda é uma intervenção biomédica de natureza experimental, não terapêutica, com fins reprováveis ou não reprováveis. Frise-se que todas as aludidas modalidades são realizadas fora do organismo materno, só variando a natureza e a qualidade do gestante (máquina, animal ou homem). Visto isso, vamos passar agora às questões jurídico-penais relacionadas, sobretudo tendo em vista os bens jurídico-penais implicados.

Ectogênese (artificial) e tutela da vida

Como se sabe, a proteção penal da vida do embrião/feto que se desenvolve dentro do ventre materno (*in utero*), se dá pela figura do aborto (CP, art. 124 e ss.). Noutras palavras, a gravidez exigida no crime de aborto é inerente à mulher, sendo necessariamente uma gestação feminina. Todavia, no caso da ectogênese, o embrião/feto seria gestado fora do útero (*ex utero*), mais especificamente em máquinas e aparelhos, cabendo questionar qual a tipificação pertinente caso isso ocorra e/ou haja a eventual destruição da vida se tal intervenção não for bem sucedida. Nesta hipótese, o fato seria atípico, pois a figura do aborto não se enquadraria, já que a gravidez pressupõe que o nascituro esteja dentro do ventre materno sendo proibida qualquer analogia *in malam partem*. Noutras palavras, exige-se a destruição da *vida intrauterina* para que o tipo de aborto se realize. Ademais, o simples procedimento de gerar artificialmente um embrião/feto (com fins procriativos ou não procriativos) também é uma con-

duta atípica perante o nosso ordenamento jurídico-penal. Contudo, o Conselho da Europa reprova esta intervenção⁽⁹⁾, e na Alemanha a ectogênese artificial é proibida penalmente⁽¹⁰⁾.

Por outro lado, pode-se cogitar a hipótese de utilização da ectogênese sem fins procriativos (ectogênese não procriativa), que podem resultar na destruição da vida humana em desenvolvimento como, p.ex., na gestação de embriões/fetos como material biológico de reserva para servirem posteriormente em transplantes de órgãos e tecidos. Aqui, a vida humana em gestação seria instrumentalizada para tratar e curar enfermidades alheias, uma problemática extremamente complexa que remete ao tema da pesquisa ou experimentação em embriões e fetos humanos. Além da vida, isso ofenderia mais precisamente a *dignidade reprodutiva humana*, pois o próprio “estatuto da reprodução humana” pode vir a ser totalmente degradado pelo desrespeito em relação à destinação do seu produto, representado pelo embrião/feto⁽¹¹⁾. Nesse sentido, e a fim de evitar uma total “coisificação” dessas entidades biológicas humanas, tratando-as como meras “mercadorias”, resta proibida a comercialização de embriões (§ 3º), nos termos da Lei 9.434/1997, que estabelece como crime, com pena de reclusão de 3 a 8 anos, a conduta de “comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (art. 15), incorrendo na mesma pena quem “promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação (parágrafo único). Aliás, a Constituição brasileira veda expressamente a comercialização de “substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento” (CF, art. 199, § 4º) De qualquer forma, recentemente, na Adin 3.510/DF, o STF julgou constitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança que permite, para fins de pesquisa e tratamento, a utilização de células-tronco embrionárias, desde que observadas algumas condições.

Por fim, se a eventual ectogênese levada a cabo resultar no nascimento de um ser humano defeituoso ou com problemas psíquicos, poderia ainda se pensar na ofensa à integridade física ou à saúde (psíquica) do embrião/feto. Todavia, este fato seria atípico em nosso ordenamento, pois o tipo de lesões corporais (CP, art. 129) é referido apenas a pessoas nascidas.

Ectogênese (animal e masculina) e tutela da identidade genética

A ectogênese também pode ofender a *identidade genética*⁽¹²⁾ da humanidade se for

destinada à produção de seres híbridos, quimeras e clones. Na verdade, tais resultados (híbridos, quimeras e clones) podem ser obtidos, além da ectogênese, mediante técnicas de engenharia genética (germinal), reprodução assistida e clonagem. No Brasil, a Lei de Biossegurança proíbe a engenharia genética (germinal) e a clonagem (arts. 25 e 26 respectivamente). No entanto, a possibilidade de produção de seres híbridos e quimeras através da reprodução assistida ou da ectogênese são situações ainda atípicas em nosso país, ao contrário da legislação penal de alguns outros países.

Na verdade, a possibilidade futura de o nascituro ser gestado em animais (ou vice-versa: a gestação humana de um embrião animal) e no homem (gravidez masculina)⁽¹³⁾ causam perplexidades que se traduzem em manifestações jurídicas no sentido da incriminação de algumas condutas pertinentes por ofenderem a dignidade humana⁽¹⁴⁾. Visando conter estes abusos — que ofendem mais propriamente a *identidade genética* e a *dignidade reprodutiva* —, a legislação penal alemã e a inglesa tipificaram a hipótese relacionada à ectogênese animal e, vice-versa, referente à gestação humana de um animal⁽¹⁵⁾. Por outro lado, na Itália, a ectogênese é punida, seja para fins reprodutivos, seja para fins de pesquisa, com aumento de pena em relação à reclusão de dois a seis anos e multa de 50.000 a 150.000 euros⁽¹⁶⁾ prevista. Enfim, em Portugal, sem no entanto se referir expressamente à ectogênese (animal), há punição de 1 a 5 anos para “quem criar quimeras ou híbridos com fins de Procriação Medicamente Assistida”⁽¹⁷⁾.

No Brasil, não há uma previsão legislativa para tais condutas, muito menos qualquer projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que verse especificamente sobre isso, o que, diga-se de passagem, seria muito bem-vindo. Pode-se no entanto cogitar a tipificação da ectogênese no art. 20 do Projeto de Lei 1.184/2003, *in verbis*: “Art. 20. Constituem crimes: I — *intervir sobre gametas ou embriões in vitro com finalidade diferente das permitidas nesta lei. Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*” Deve-se, porém, aprofundar a discussão sobre a matéria e sobre a própria legitimidade da intervenção do direito penal nesta questão tendo em vista os princípios político-criminais da dignidade penal, da necessidade penal, e da precaução.

NOTAS

- (1) Embrião significa o estágio vital humano que se inicia no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide e vai até aproximadamente três meses de desenvolvimento, quando a partir de então passará a ser designado mais propriamente de feto até que sobrevenha o nascimento.
- (2) HILGENDORF, Ektogenese und Strafrecht, *MedR* 11 (1994), p.429. Segundo este autor (*idem, ibidem*), “com a ectogênese a técnica penetra nos domínios

da identidade humana, pois a relação mãe-filho é uma das mais fortes ligações humanas que pode ser abalada pela substituição da mãe (natural) pela mãe-máquina (“Muttermaschine”).

- (3) LEROY, “Ectogênese”, in: Hottot/Parizeau, *Dicionário da bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 181. Explica o autor que, enquanto nos ovíparos o desenvolvimento embrionário e a eclosão de um organismo materno podem se desenvolver fora do organismo materno, nos mamíferos a autonomia fisiológica só se realiza ao cabo de uma gestação prolongada no útero da mãe.
- (4) HILGENDORF, *op. cit.*, p.429.
- (5) LEROY, *op. cit.*, p.181
- (6) *Idem, ibidem*, p. 182.
- (7) *Idem, ibidem*. Apesar destas limitações científicas, a literatura de ficção científica e algumas publicações científicas mais otimistas apontam a ectogênese como uma técnica realizável num futuro próximo. Jeffrey Fisher acredita que até 2020 todos os requisitos técnicos para rotina médica da gestação *in vitro* já estarão disponíveis (FISHER, *Die Medizin von Morgen*, 1993, p. 40 *apud* HILGENDORF, *op. cit.*, p. 429).
- (8) V. HILGENDORF, *op. cit.*, p. 430. De forma crítica à ectogênese (artificial), MANTOVANI (Problemas de la manipulación genética, *Doctrina Penal*, 1986, p. 27) relata que na Itália foram realizadas experiências sobre fetos de 18 a 24 semanas com o “*alucinante objetivo, de duvidosa cientificidade, de demonstrar que a gravidez mecânica, sob o controle da ciência, seria melhor do que a gravidez natural desde distintos pontos de vista*” (pela possibilidade de vigiar e guiar o nascimento do embrião e do feto, de evitar contágios pré-natais e riscos do parto etc.).
- (9) CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação* 1046 (1986), n. 14, A, iv. Sobre as implicações jurídico-penais da ectogênese, vide ainda, HILGENDORF, *op. cit.*, p. 428-432.
- (10) Vide EschG, § 2, (2)
- (11) SPORLEDER DE SOUZA, *Direito Penal Genético: Comentários sobre Crimes Envolvendo Engenharia Genética, Clonagem, Reprodução Assistida, Análise Genômica e Outras Questões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.
- (12) Sobre as características deste bem jurídico, v. SPORLEDER DE SOUZA, *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-Individuais*. São Paulo: RT, 2004, p. 265 e ss.
- (13) Sabe-se — explica DE LA FUENTE — que, ocasionalmente, o embrião pode implantar-se primária ou secundariamente na cavidade peritoneal da mulher e desenvolver-se plenamente; este tipo de gestação denomina-se “gestação abdominal” e teoricamente existe a possibilidade de transferir um embrião dentro da cavidade abdominal do homem (DE LA FUENTE, in: Barbero Santos (Ed.), *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*. Madrid: Marino Barbero Santos, 1989, p. 101).
- (14) Assim entende MANTOVANI, in: Romeo Casabona (Ed.), *Biotechnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*. Bilbao/Granada: Fundación BBV/Comares, 1998, p. 261. Aliás, o projeto para o novo Código Penal italiano (Título IV, capítulo IV) prevê a incriminação destas condutas visando proteger justamente a dignidade humana. No entanto, a nosso sentir, os bens jurídicos protegidos em tais casos tratam-se da *identidade genética* e da *dignidade reprodutiva*.
- (15) Vide EschG, § 7, (2), n.1 e n.2; *Human Fertilisation and Embryology Act* (1990), Section 3, n.2, a, b; Section 3, n.3, b. Neste sentido, se manifesta o CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação* 1046 (1986), n.14, A, iv.
- (16) *Legge* 40/2004, art.13, n.3, c.
- (17) Lei 32/2006, art. 38.

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Professor de Direito Penal da PUCRS, doutor em Direito (Universidade de Coimbra) e advogado

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: 06/05/2009 (QUARTA-FEIRA) “ESTUDOS PARA UMA NOVA POLÍCIA CIVIL”

Data: 06/05/2009 (quarta-feira)

Horário: Das 10h00 às 12h00

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar - Centro - São Paulo - SP

Expositores: Antônio Carlos Gonzalez e José Gregório Barreto (ambos delegados de Polícia no Estado de São Paulo)

Inscrições: Gratuitas, no Portal www.ibccrim.org.br, por e-mail mesas@ibccrim.org.br ou por telefone (11 - 3105 4607, ramal 131).

08 E 09 DE JUNHO DE 2009 - CONGRESSO INTERNACIONAL – HUMBOLDT-KOLLEG IN STRAFRECHT - DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL NO TERCEIRO MILÊNIO: PERSPECTIVAS E TENDÊNCIAS - PORTO ALEGRE / RS

Apoio: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

Promoção: Fundação Alexander von Humboldt (Alemanha), CNPq, Ministério da Justiça, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC).

Data: 08 e 09 de Junho de 2009

Local: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Auditório Prédio 50 – Faculdade de Administração

Informações: www.pucrs.br/proex - Fone: (51) 3320-3680 (As inscrições serão abertas no decorrer do mês de maio)

Conferencistas Confirmados: Carlos Alberto Elbert (Buenos Aires/Argentina), Daniel Pastor (Buenos Aires/Argentina), Humberto Ávila (Porto Alegre/Brasil), Jean Pierre Matus Acuña (Santiago/Chile), José de Faria Costa (Coimbra/Portugal), Julio Maier (Buenos Aires/Argentina), Kai Ambos (Göttingen/Alemanha), Marcelo Neves (São Paulo), Mazzacuvva (Bologna/Itália), Mezzetti (Bologna/Itália), Miguel Reale Júnior (São Paulo), Pedro Abramovay (Brasília), Pedro Caeiro (Coimbra/Portugal), Ricardo Timm (Porto Alegre), Ruth Gauer (Porto Alegre), Silvia Larizza (Pavia/Itália), Thomaz Rotsch (Augsburg/Alemanha), Vittorio Manes (Bologna/Itália).

VIOLÊNCIA E REIFICAÇÃO - LINHAS FUNDAMENTAIS DA CRIMINOLOGIA DO RECONHECIMENTO

Giovani Agostini Saavedra

A queda do *World Trade Center* tem sido compreendida, no debate internacional, como o triste sinal, o prelúdio do início de uma nova era de desequilíbrio moral e de um decidido abandono dos seculares esforços para reconhecimento de direitos e garantias fundamentais inerentes à condição humana. Depois de um incompreensível ataque aos cidadãos norte-americanos, os USA passaram a reagir também de forma incompreensivelmente violenta e mesmo defensores orgulhosos do sistema político norte-americano não hesitaram em mostrar publicamente os níveis deploráveis que foram atingidos pela política criminal dos USA pós-11 de setembro⁽¹⁾. Aos poucos está ficando cada vez mais claro que o 11 de setembro se tornou o marco inicial de um processo mundial de passagem da *sociedade democrática* (*demokratische Gesellschaft*) para a *sociedade da segurança* (*Sicherheitsgesellschaft*), de um processo de transformação cultural caracterizado pelo abandono da *cultura da liberdade* (*Kultur der Freiheit*) e pela sedimentação gradativa de uma *cultura do medo* (*Angstkultur*). Por fim, pode-se dizer também que o 11 de setembro já se tornou o marco do retorno da *concepção do inimigo* (*Wiederkehr des Feindes*), do *Direito Penal do Inimigo* (*Feindstrafrecht*) e do *retorno da tortura* (*Wiederkehr der Folter*).

É sabido que o *Direito Penal do Inimigo* (*Feindstrafrecht*) trabalha, basicamente, com a ideia de que a *Luta contra o Terror* só pode ser desenvolvida eficazmente, se o Estado passar a considerar os inimigos como não-humanos. Frente a essa posição impõe-se a pergunta: por que essa teoria precisa ir tão longe? Por que é necessário que alguém seja caracterizado como não-humano, para que ele seja torturado ou para que ele seja preso de forma sumária sem que essa decisão tenha sido tomada a partir de um processo penal? A resposta parece simples: parece claro para todos nós que um *Ser-Humano* não pode ser exposto a situações degradantes. Principalmente, parece claro que um *Ser-Humano* não pode ser tratado como “coisa”, que ele não pode ser “coisificado”, “reificado” ou “instrumentalizado”.

Isso é assim, porque o *Ser-Humano* adquire a consciência do seu *Ser-Humano* a partir de um *Modo-de-Ser-Humano*: o *Modo do Reconhecer* (*der Modus des Anerkennens*). Esse modo do *Reconhecer* precede o *Modo do Conhecer* (*der Modus des Erkennens*), típico de processos de instru-

mentalização, coisificação e reificação. Essa primazia do *Modo do Reconhecer* (*der Modus des Anerkennens*) caracteriza o que Axel Honneth chama de *Modo Existencial do Reconhecimento* (*Der existentielle Modus der Anerkennung*). Ele entende que esse *Modo Existencial do Reconhecimento* (*Der existentielle Modus der Anerkennung*) deve ser compreendido como uma forma mais fundamental do reconhecimento recíproco dos seres humanos como seres dignos de respeito e igual tratamento jurídico (dimensão antropológica do reconhecimento). O fenômeno da coisificação, da reificação e da instrumentalização de seres humanos para fins políticos é compreendido, portanto, por uma criminologia do reconhecimento, como uma forma perversa e perniciosa do *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*)⁽²⁾.

Em geral, pode-se identificar três dimensões do fenômeno da reificação ou do *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*): as dimensões da *Autorrelação* (*Selbstbeziehung*), da *Intersubjetividade* (*Intersubjektivität*) e da *Relação-com-o-Mundo-Objetivo* (*Beziehung zur objektiven Welt*). Dessas três formas do *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*), aquela que nos interessa aqui é a forma do *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*) em relações intersubjetivas. As consequências negativas dessa forma *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*) podem ser explicitadas com o exemplo da tortura. Sabe-se hoje, a partir de estudos empíricos, que os torturadores que fazem parte de um sistema de repressão, normalmente, frequentam “aulas”, nas quais eles aprendem o “método científico” da tortura:

“De abuso cometido pelos interrogadores sobre o preso, a tortura passou, com o Regime Militar, à condição de ‘método científico’, incluído em currículos de formação de militares. O ensino deste método de arrancar confissões e informações não era puramente teórico. Era prático, com pessoas realmente torturadas, servindo de cobaia neste macabro aprendizado. Sabe-se que um dos primeiros a introduzir tal pragmatismo, no Brasil, foi o policial norte-americano Dan Mitrone, posteriormente transferido para Montevidéu, onde acabou seqüestrado e morto. Quando instrutor em Belo Horizonte, nos primeiros anos do Regime Militar, ele utilizou mendigos recolhidos nas ruas para adestrar a polícia local. Seviciados em salas de aula, aqueles pobres

homens permitiam que os alunos aprendessem as várias modalidades de criar, no preso, a suprema condição entre o corpo e o espírito, atingindo-lhes os pontos vulneráveis.”⁽³⁾

A capacidade de sofrer com o sofrimento alheio é uma capacidade humana normal. Infligir dor em corpo alheio, portanto, não pertence ao comportamento normal dos seres humanos. Isso acontece, porque nos reconhecemos mutuamente como membros da mesma raça, a raça humana. Aprender a ver-se no outro é, portanto, parte do *Ser-Humano*. Exatamente por isso, para que alguém se torne um torturador, é necessário que ele primeiro passe por um processo de aprendizagem negativo. Ele precisa aprender a perder essa capacidade, essa percepção do sofrimento do outro, de *sofrer-com*, de *compaixão*. Ele precisa aprender a não se ver mais no outro. Ele precisa aprender a não *ser* mais humano. Nós podemos, portanto, traduzir o que acontecia nesses cursos de tortura com os termos de uma criminologia do reconhecimento: esses cursos de tortura tinham o condão de ensinar os alunos a esquecer o *Modo-do-Reconhecimento* típico das relações normais entre seres humanos.

Outra forma de se aprender a esquecer o *Modo-do-Reconhecimento* é a criação da figura do Inimigo. Depois do 11 de setembro, o governo norte-americano se valeu da situação para aprovar o *USA Patriot Act* que permite, dentre outras coisas, que os policiais se valham de métodos de tortura para obtenção de provas⁽⁴⁾. Além disso, o uso de tortura não é uma prática exclusiva dos U.S.A.. Como mostram uma série de estudos empíricos, a prática de tortura no Brasil não é somente parte do nosso passado, mas também do dia a dia “do combate à criminalidade”:

“A tortura e os maus-tratos não são exclusividades das instituições voltadas para adolescentes em conflito com a lei. A relação com a polícia também é marcada pela extrema violência e corrupção. Como demonstram estudos desenvolvidos nos últimos anos no Brasil, as prisões arbitrárias sem fundamento legal, as execuções sumárias e as práticas de tortura não são externalidades do trabalho policial ou práticas isoladas de policiais violentos. São ações sistemáticas, expressões de procedimentos de combate à criminalidade, avaliadas como legítimos por agentes das corporações policiais.”⁽⁵⁾

Esse processo de aprendizado negativo tem consequências tão reais quanto per-

niciosas e precisa, portanto, ser analisado mais de perto. A filosofia de **Hegel** parece fornecer o arcabouço adequado para explicitar os estágios fenomenológicos tanto desse processo de aprendizagem negativo de desenvolvimento dessa consciência reificante ou coisificante, quanto do processo de aprendizagem positivo de desenvolvimento de uma *consciência-que-reconhece*. No primeiro estágio de sua análise fenomenológica da *Autoconsciência* (*Selbstbewusstsein*), **Hegel** descreve um tipo de *Consciência* (*Bewusstsein*) que possui atividades mentais, porém ainda não está em condições de compreendê-las como uma diferença, isto é, neste estágio da análise fenomenológica não é possível que uma noção de *Autoconsciência* (*Selbstbewusstsein*) venha à tona. Para que o sujeito se torne consciente dessa diferença, ele precisa apreender a apreender a sua atividade corporal. Ele precisa, portanto, primeiro aprender, a partir da relação consigo mesmo, a apreender a realidade de tal forma, que a realidade passe a lhe aparecer como uma realidade intencional, cujo objetivo é a satisfação de necessidades elementares. O sujeito aprende que ele não pode apreender a realidade apenas do ponto de vista epistemológico, mas também como um ser vivo que se reproduz naturalmente. O sujeito faz, dessa forma, nessa primeira passagem, uma experiência transcendental: ele experiencia retrospectivamente que ele só pode desenvolver as condições necessárias para a apreensão do conceito de vida, porque ele já desenvolveu uma relação prática e ativa com um objeto, com um mundo exterior. **Honneth** interpreta essa passagem a partir da teoria de **McDowell**: ele procura mostrar que também **Hegel** compreende essa passagem como um *continuum* entre “primeira” e “segunda natureza humana”. Somente depois dessa passagem, o sujeito desenvolve uma consciência da sua dupla natureza⁽⁶⁾.

A passagem do segundo estágio para o terceiro estágio é interpretada por **Honneth** a partir da teoria de **Winnicott**. No início deste segundo estágio, o sujeito compreende a totalidade da realidade como um produto da sua capacidade mental e age de acordo. Somente a experiência de que a realidade possui exigências próprias, isto é, de que ela é independente da

sua capacidade mental, leva o sujeito a compreender a si mesmo como um ser autoconsciente⁽⁷⁾. Segundo **Honneth**, **Hegel** pretenderia descrever aqui, portanto, um processo similar ao que **Winnicott** descreve em seus estudos: assim como a criança na análise de **Winnicott** teve que aprender a perceber a mãe como um sujeito “com exigências pessoais independentes da criança”, também o sujeito hegeliano precisa compreender que a realidade à sua frente, diferentemente de um objeto, tem exigências pessoais, é um *ser-humano*. Somente essa experiência vai levar o sujeito a compreender-se como um ser humano autoconsciente diferente

dos outros. Com essa passagem, o sujeito aprende a apreender os outros sujeitos como sujeitos com intencionalidade, ou seja, que não agem necessariamente conforme a sua vontade e que não são, portanto, seus instrumentos⁽⁸⁾. Com esse passo, está completamente realizada a passagem fenomenológica para a dimensão do reconhecimento. Reconhecimento e *Autoconsciência* (*Selbstbewusstsein*) estão, portanto, diretamente vinculados. O fenômeno da Reificação nada mais é do que uma falha nesse processo de aprendizagem.

A teoria da Reificação de **Honneth** esclarece outra dimensão digna de crítica do *Direito Penal do Inimigo* (*Feindstrafrecht*): a aceitação de uma compreensão do direito penal a partir dos conceitos amigo e inimigo abre as portas, que já tinham sido fechadas pela introdução da garantia da dignidade da pessoa humana nas constituições contemporâneas, para a institucionalização de processos de *Reificação* ou de *Coisificação* de seres humanos. O Estado passa a ter o direito de definir quem são seres humanos dignos de proteção estatal e quais são os seres não-humanos que poderão ser tratados como coisas, que poderão ser reificados e, portanto, instrumentalizados para fins políticos de proteção da segurança e da ordem. Dado então que o fenômeno da surgimento do *Direito Penal do Inimigo* (*Feindstrafrecht*) nada mais é do que uma forma de *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*)⁽⁹⁾, proteger a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana hoje significa nada mais do que lembrar os juristas e políticos da importância do Reconhecimento para a compreensão da ga-

rantia constitucional da dignidade da pessoa humana.

Daí a consequência a ser ressaltada em nosso contexto: nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma de vida privada e da dignidade da pessoa humana, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição dos atingidos (excluídos) na esfera pública política e as relações sociais positivas de Reconhecimento, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade. Segundo esta compreensão, a concretização de direitos fundamentais e da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana constitui um processo que deve garantir a autonomia privada dos sujeitos privados iguais em direitos, porém, em harmonia com a ativação de sua autonomia como cidadãos e com a proteção das relações de Reconhecimento.

NOTAS

- (1) Ver, a esse respeito: **DWORKIN, Ronald**. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton und Oxford: Princeton University Press, 2006, cap. 2.
- (2) **HONNETH, Axel**. *Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.
- (3) Arquidiocese de São Paulo, *Brasil: Nunca Mais*. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 32.
- (4) Ver, a esse respeito: **NAUMANN, Michael/SPENGLER, Tilman** (orgs.). *Die Zeit. Kursbuch. Folter und Feste*. Hamburg: Zeitverlag Gerd Bucerius, 2006.
- (5) **FRAGA, Paulo Cesar Pontes**, “Tortura contra pessoas acusadas de crimes no Rio de Janeiro: A funcionalidade da violência institucional e policial contra os ilegalismos”, in: *Teoria e Cultura, Revista do Mestrado em Ciências Sociais da UFJF*, Juiz de Fora, v. 1, n. 2, jul./dez. 2006, p. 67.
- (6) **HONNETH, Axel** (2007): *Von der Begierde zur Anerkennung. Hegels Begründung von Selbstbewusstsein*, 15 (Manuscrito cedido gentilmente pelo autor).
- (7) *Idem*, p. 16.
- (8) *Idem*, p. 16.
- (9) “Es kann nicht darum gehen, daß jenes Faktum einfach dem Bewusstsein entzogen wird und insofern gewissermaßen >>verschwindet<<, sondern es muß sich um eine Art von Aufmerksamkeitsminderung handeln, die jenes Faktum bewußtseinsmäßig in den Hintergrund treten und daher aus dem Blick geraten läßt. Verdinglichung im Sinne der >>Anerkennungsvergessenheit<< bedeutet also, im Vollzug des Erkennens die Aufmerksamkeit dafür zu verlieren, daß sich dieses Erkennen einer vorgängigen Anerkennung verdankt” (**HONNETH, Axel**. *Verdinglichung. Eine Anerkennungstheoretische Studie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005, p. 71).

Giovani Agostini Saavedra

Doutor em Direito e Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main e professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais

PARTICIPE POR ACREDITAR

NOVIDADE NA BIBLIOTECA: AULAS GRAVADAS DO I CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, REALIZADO PELO IBCCRIM EM PARCERIA COM O IGC (COIMBRA)

Estão disponíveis para empréstimo, na Biblioteca do IBCCRIM, os DVDs que contêm as aulas gravadas do primeiro curso de Direitos Fundamentais, realizado pelo IBCCRIM em parceria com o IGC de Coimbra, no ano de 2008. Para assisti-las, solicite pessoalmente, por e-mail (biblioteca@ibccrim.org.br) ou por telefone (11-3105-4607 r. 146), o empréstimo da mídia na Biblioteca do Instituto.

13º CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS

As inscrições para o 13º Concurso de Monografias Jurídicas estarão abertas até o dia 25 de maio de 2009 e o regulamento está à disposição dos interessados no Portal (www.ibccrim.org.br) e na Seção de Produção Científica do IBCCRIM. O trabalho premiado será conhecido no 15º Seminário Internacional do IBCCRIM, que será realizado no período de 25 a 28 de agosto de 2009, no Hotel Tivoli - Mofarrej, em São Paulo. Mais informações por telefone (11 3105-4607 - ramal 128) ou e-mail (monografia@ibccrim.org.br).

II CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS IBCCRIM E IGC

Realização: Instituto de Direito Internacional e da Cooperação com os Estados e Comunidades Lusófonas "Ius Gentium Conimbrigae" (IGC), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e IBCCRIM

Apoio: UNIFAI- Centro Universitário Assunção

Data: 04 de junho a 31 de julho de 2009

Horário: quintas e sextas-feiras das 19h00 às 22h00 e sábados das 09h00 às 12h00

Local: UNIFAI, Unidade Vila Mariana, Rua Afonso Celso, 711 - próximo a estação de metrô Santa Cruz, São Paulo - SP

Informações: (11) 3105 4607, ramal 111, ou por e-mail: direitosfundamentais@ibccrim.org.br

Inscrições: www.ibccrim.org.br

Programação:

- **04 a 06 de Junho** (de quinta a sábado) - Prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho - *Interatividade e os Novos Problemas dos Direitos Fundamentais*
- **18 de Junho** (quinta-feira) - Prof. doutor Miguel Reale Jr. - *Direitos Fundamentais e Direito Penal*
- **19 de Junho** (sexta-feira) - Prof. doutor Oscar Vilhena Vieira - *A Implementação dos Direitos Fundamentais: Os Desafios do STF*
- **20 de Junho** (sábado) - Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura - *Direitos Fundamentais e a Jurisprudência do STF*
- **25 a 27 de Junho** (de quinta a sábado) - Prof. doutor Jónatas Machado - *Direitos Fundamentais e Interconstitucionalidade*
- **02 a 04 de Julho** (de quinta-feira a sábado) - Prof. doutor João Loureiro - *Constitucionalização dos Novos Direitos Fundamentais*
- **16 a 18 de Julho** (de quinta-feira a sábado) - Profa. doutora Maria Benedita Urbano - *Representação Política e Direitos Fundamentais*
- **23 de Julho** (quinta-feira) - Prof. doutor Humberto Ávila - *Direitos Fundamentais e Particularismo Constitucional*
- **24 de Julho** (sexta-feira) - Prof. doutor Aury Lopes Jr. - *O Direito de Ser Julgado em Prazo Razoável: Novo Direito Fundamental*
- **25 de Julho** (sábado) - Prof. doutor Marcelo Neves - *Direitos Fundamentais: Do Constitucionalismo ao Transconstitucionalismo*
- **30 de Julho** (quinta-feira) - Prof. doutor Maurício Zanoide de Moraes - *Direitos Fundamentais e o Processo Penal*
- **31 de Julho** (sexta-feira) - Ministro Cezar Peluso - *Direitos Fundamentais e Jurisprudência do STF*

Patrocínio:

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br



Apoio:



15º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

O IBCCRIM já abriu as inscrições para o 15º Seminário Internacional de Ciências Criminais, pelo PORTAL www.ibccrim.org.br. Além de manter os valores praticados em 2008, as inscrições efetuadas durante o mês de maio de 2009 terão desconto de 5% e poderão ser parceladas em até 6 vezes sem juros, por meio de cartões de crédito. Consulte a programação encartada nesse Boletim e antecipe-se, garantindo já a sua vaga para esse grande encontro! Confira, abaixo, alguns parceiros que já aderiram a colaboração do 15º Seminário Internacional do IBCCRIM!

Escritórios Colaboradores:

- Advocacia Mariz de Oliveira S/C (SP)
- Almeida Castro Advogados Associados S/S (DF)
- Ariosvaldo Campos Pires Advogados (MG)
- Azevedo e Azevedo Advogados Associados (SP)
- Barandier Advogados Associados (RJ)
- Daniel Gerber & José Henrique Salim Schmidt Advogados (RS)
- Décio Freire e Advogados Associados (SP / RJ / MG / DF / BA / PE / ES / USA - Washington)
- Delmanto Advocacia Criminal (SP)
- Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
- Escritório Cezar Roberto Bitencourt Advogados Associados (RS)
- Escritório Professor René Dotti (PR)
- Fernando Fernandes Sociedade Advogados (SP - RJ)
- Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE)
- J. N. Miranda Coutinho & Advogados (PR)
- Joyce Roysen Advogados (SP)
- Luis Guilherme Vieira Advogados Associados (RJ - DF)
- Leonardo Gagno - Advogados Associados (ES - DF)
- Malheiros Filho-Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
- Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
- Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP)
- Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
- Moraes Pitombo Advogados (SP)
- Moreira de Oliveira Advogados Associados (SC)
- Muylaert, Livingston e Kok Advogados (SP)
- Nilo Batista & Advogados Associados (RJ)
- Odilon Pereira de Souza Advogados Associados S/C (MG)
- Oliveira Campos Advogados (ES)
- Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
- Paulo Fernandes Lira Advogado e Associados (SP)
- Podval, Rizzo, Mandel, Antun, Indalecio e Advogados (SP - DF)
- Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
- Rão, Pacheco, Pires & Penón Advogados (SP)
- Rechulski e Ferraro, Advogados (SP)
- Reale e Moreira Porto Advogados Associados (SP)
- Toron, Torihara e Szafir Advogados S/C (SP)
- Vilardi e Advogados Associados (SP)
- Zanoide de Moraes Advogados Associados (SP)

Patrocinadores:

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça



Liberdades

A REVISTA ELETRÔNICA DO IBCCRIM

15 de maio: anote esta data!

De periodicidade quadrimestral, a **Revista Liberdades** é mais um serviço criado pelo **IBCCRIM** para incentivar o conhecimento e a pesquisa científico-criminal. Ela estará disponível no **Portal do IBCCRIM** (www.ibccrim.org.br), a partir do dia **15 de maio** de 2009, exclusivamente para os associados do Instituto, trazendo sempre entrevistas com personalidades, artigos doutrinários, comentários de filmes, livros, julgados históricos, entre outros, tudo relacionado às Ciências Criminais e afins.

Na edição de lançamento você encontrará:

■ ENTREVISTA:

— Alberto Silva Franco

■ ARTIGOS:

- O RENDIMENTO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL ATUAL, de Ana Elisa Liberatore S. Bechara
- "PEDOFILIA VIRTUAL" E CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A LEI 11.829/08, de Spencer Toth Sydow
- REFLEXÕES DOGMÁTICAS SOBRE A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE, de Alamiro Velludo Salvador Netto

■ BATE-BOLA:

— Luís Greco

■ RESENHA:

— Alessandra Teixeira comenta as obras "Memórias de um sobrevivente" e "Às cegas", de Luiz Alberto Mendes

■ FILME:

— Cristiano Avila Maronna escreve "LARANJA MECÂNICA" E A PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA: OS LIMITES DA INOCUIZAÇÃO

■ HISTÓRIA:

— Regina Cirino Alves Ferreira escreve CASO TIRADENTES E REPRESSÃO PENAL: PASSADO E PRESENTE

LEIA, IMPRIMA, CONSULTE E COLECIONE!

Em **MAIO**, na tela do seu computador!

Liberdades - A REVISTA ELETRÔNICA DO IBCCRIM

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDFPF-MG

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO GRANDE DO SUL

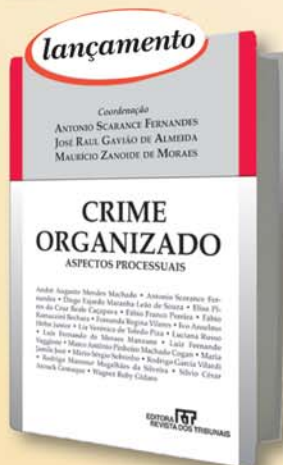
- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

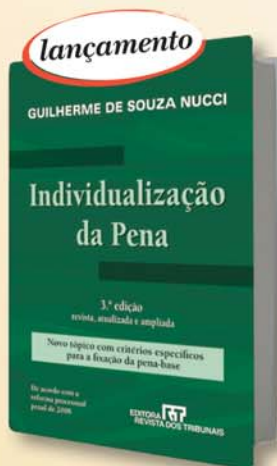
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPES
- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Fundamental para sua carreira

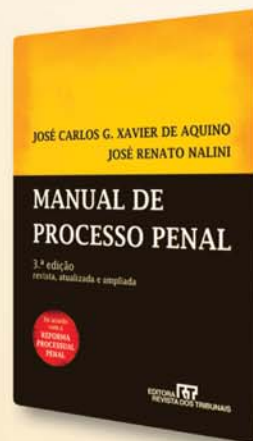
EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br



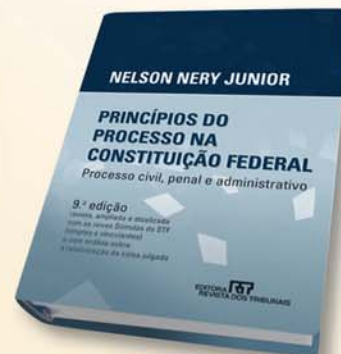
Coords.: Antonio Scarance
Fernandes, José Raul Gavião de
Almeida e Maurício
Zanoide de Moraes



3.ª edição
Guilherme de Souza
Nucci



3.ª edição
José Carlos G. Xavier de
Aquino e José Renato Nalini



9.ª edição
Nelson Nery Junior



8.ª edição
Coords: Alberto Silva Franco e
Rui Stoco

Coords.: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha



Vol. 1 - Introdução e princípios
fundamentais - 2.ª edição - 406 páginas
Vol. 2 - Parte Geral - 942 páginas
Vol. 3 - Parte Especial - 2.ª edição
492 páginas
Vol. 4 - Comentários à Convenção
Americana sobre Direitos Humanos
2.ª edição - 350 páginas
Vol. 5 - Criminologia - 6.ª edição
554 páginas

Guilherme de Souza Nucci



Guilherme de Souza
Nucci



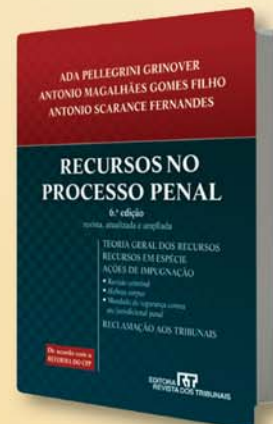
4.ª edição



9.ª edição



8.ª edição



6.ª edição
Ada Pellegrini Grinover,
Antonio Magalhães Gomes Filho
e Antonio Scarance Fernandes