



EQUIDADE E AUTOCRÍTICA: UM CONVITE À REFLEXÃO

CADERNO DE DOCTRINA

4 **Pleabargain e disparidade de armas: a coroa de louros da acusação**

Diego dos Reis Braga e Rafaella Marineli Lopes

6 **Responsabilidade penal e a limitação da culpabilidade no funcionalismo teleológico de Claus Roxin**

Lucas Andrey Battini

8 **Desemprego, encarceramento e genocídio no Brasil do século XXI**

Vinicius de Almeida

10 **Maus-tratos vs. "animalicídio": a necessária (re) leitura da tutela penal dos animais através dos princípios da legalidade e proporcionalidade**

José Muniz Neto

13 **O mercado de dados: o caso *celebrite* e a investigação digital no Brasil**

David Leal e Yuri Felix

15 **Do epistemicídio a epistemologias do aparecimento: mulheres negras no Sistema de Justiça e nas Ciências Criminais**

Allyne Andrade e Silva

19 **Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade?**

Juarez Cirino dos Santos

25 **Criminologia em pedaços: manifesto por uma aliança para a brasilidade**

Vera Regina Pereira de Andrade

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

27 **A devida diligência como garantia no direito de igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres: Caso González e Outros ("Campo Algodoeiro") vs. México e a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Ana Rita Souza Prata

30 **Supremo Tribunal Federal**

32 **Superior Tribunal de Justiça**

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

CADERNO DE DOCTRINA

4. **Pleabargain e disparidade de armas: a coroa de louros da acusação**
Diego dos Reis Braga e Rafaella Marineli Lopes
6. **Responsabilidade penal e a limitação da culpabilidade no funcionalismo teleológico de Claus Roxin**
Lucas Andrey Battini
8. **Desemprego, encarceramento e genocídio no Brasil do século XXI**
Vinicius de Almeida
10. **Maus-tratos vs. "animalicídio": a necessária (re)leitura da tutela penal dos animais através dos princípios da legalidade e proporcionalidade**
José Muniz Neto
13. **O mercado de dados: o caso *celebrite* e a investigação digital no Brasil**
David Leal e Yuri Felix
15. **Do epistemicídio a epistemologias do aparecimento: mulheres negras no Sistema de Justiça e nas Ciências Criminais**
Allyne Andrade e Silva
19. **Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade?**
Juarez Cirino dos Santos
23. **Criminologia em pedaços: manifesto por uma aliança para a brasilidade**
Vera Regina Pereira de Andrade

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

27. **A devida diligência como garantia no direito de igualdade e não discriminação de gênero contra as mulheres: Caso González e Outros ("Campo Algodoeiro") vs. México e a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**
Ana Rita Souza Prata
30. **Supremo Tribunal Federal**
32. **Superior Tribunal de Justiça**

EDITAL DE CONVOCAÇÃO ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA 26 DE MARÇO DE 2020

Convocamos os associados e associadas do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, CNPJ 68.969.302/0001-06, para se reunir em Assembleia Geral Ordinária, a realizar-se no dia 26 de março de 2020, às 9h30, em primeira convocação e, em segunda convocação, às 10h, na sede da organização, à Rua XI de Agosto, nº 52, 2º andar/auditório, CEP 01018-010, Centro/Sé, São Paulo/SP, tendo por pauta o seguinte item:

- Ordem do dia da Assembleia Geral Ordinária:

- (i) Aprovação do relatório de contas e de atividades de 2019;
- (ii) Reajuste da contribuição associativa.

Diretoria Executiva do IBCCRIM.
São Paulo, 01 de fevereiro de 2020.

EQUIDADE E AUTOCRÍTICA: UM CONVITE À REFLEXÃO

O conceito de equidade possui uma história associada à justiça. A equidade de gênero, portanto, é uma das expressões da realização de uma virtude política, que deve ser perseguida por todas as sociedades consideradas civilizadas. Longe de ser sinônimo de alternância de sujeição nos círculos de poder, corresponde ao empenho e comprometimento renovável pela correção de distorções sociais e desigualdades.

Em um país como o Brasil, cuja história está marcada por mais de três séculos de escravização de pessoas negras e pelo extermínio dos povos indígenas, a condição social, política e econômica das mulheres se soma aos efeitos de opressões estruturais. Para tais violências que atravessam os corpos femininos podem concorrer ou não ações individuais com potencial para agravá-las ou minimizá-las.

Nesse sentido, as particularidades relativas a gênero, raça, classe e sexualidade, que tornam mais consciente o processo estrutural de exclusão de determinados grupos sociais, passaram a ser alvos de atenção do IBCCRIM, que dedica um esforço de entendimento, respeito e possibilidades institucionais de enfrentamento às violações de direito.

Medidas efetivas foram tomadas, como a implementação da política de bolsas em todos os cursos e eventos promovidos pelo Instituto, a abertura de espaços de visibilidade e a garantia de novos protagonismos em atividades institucionais, além da criteriosa política de isenção associativa que, entre outras, resultaram em um ganho significativo e diverso de aprendizagens, assim como contribuiu para amadurecimentos institucionais e individuais. O compromisso do IBCCRIM com a pluralidade o torna apto a afirmar que caminha em direção à equidade.

Tal compromisso se intensifica na luta constante pelo questionamento e pelo desafio dos padrões de comportamento naturalizados. Esse processo de “construção social destrutiva”, a partir de opressões normalizadas, impõe-se tanto às mulheres quanto aos homens, favorecendo, por omissão, o aumento dos sofrimentos e tornando dolorosos os processos de socialização.

As parcerias firmadas pelo IBCCRIM buscam a superação dos padrões de comportamento femininos estabelecidos pela imposição silenciosa da masculinidade. Elas pretendem ainda (i) se contrapor à suposta “normalidade” heterossexual, que oprime os homossexuais; e (ii) visam o combate ao entendimento de que ser negro é ser o “outro” do branco, que, por sua vez, deve perder a sombra da neutralidade. Entender o outro é uma maneira de compreendermos a nós mesmos. Toda e qualquer percepção que se norteia por discursos sobre insuficiências e contraditórios tenderá a colocar o diferente em falsa situação de inferioridade. A compreensão das causas e dos efeitos da violência de gênero, nessa perspectiva, exclui qualquer justificativa que apoie a existência de um modelo ideal de sujeito. A eleição do “sujeito de direito”, sem dúvidas, é política, hierarquizada e parcial e, portanto, compõe um conjunto de diretrizes econômicas, sociais, raciais e sexuais, que têm como parâmetro a identidade de quem detém poder na sociedade.

O balanço dos resultados obtidos até o presente momento deve envolver o exercício da autocrítica, compreendendo suas suficiências e insuficiências, nas dimensões individual e coletiva. Autocriticar-se

não significa a conscientização momentânea para, no momento seguinte, voltar a cometer os mesmos erros. Trata-se de uma demonstração de seriedade, de coragem com os compromissos assumidos e de aprendizado. A autocrítica é, portanto, o oposto da hipocrisia, que consiste em prescrever aos outros o que deixamos de fazer em nossas próprias vidas e espaços de trabalho.

Reforçando: não há instituição isenta ou acima da sociedade que a produz. É certo que os avanços ainda podem expandir e auxiliar, sobremaneira, a concretização irrevogável dos vetores políticos e valorativos que notabilizam o IBCCRIM entre as mais respeitadas organizações de direitos humanos no Brasil. Os mesmos que, diga-se de passagem, fazem do Instituto um importante espaço de contribuição acadêmica e de resistência.

Nessa mesma perspectiva, as mulheres têm aumentado em quantidade a sua presença nos espaços jurídicos, dando contribuições inafastáveis aos debates. Mas, como as mulheres não são um todo homogêneo sem cor, orientação sexual e classe, é sintomático que estes fatores passem a se impor como preocupações urgentes e incômodas ao mundo tão tradicionalmente masculino, heterossexual, branco, cisgênero e elitista das ciências criminais.

A não correspondência radical ao tradicional ou, até mesmo, a não aceitação dos papéis sociais determinados pelas convenções influenciam uma produção necessária às ciências criminais. Logo, a inclusão de mulheres no campo jurídico não deveria ser vista como uma abertura benevolente de resposta à capacidade que se presume social às mulheres, mas como fundamental autocrítica em assumir que as ciências criminais dependem das contribuições de mulheres plurais para efetivar mudanças estruturantes.

Ao IBCCRIM resta indiscutível, que as particularidades somadas ao gênero, como raça, classe e sexualidade, determinam qual será o grau de abertura para contribuições de mulheres, sendo que algumas, inevitavelmente negras, lésbicas e/ou transexuais, tampouco terão uma pequena fresta. O enfrentamento ao abismo nas participações sociais, políticas e econômicas dentro do grupo “mulheres” é um desafio às naturalizações de práticas presumidamente inofensivas. Da mesma forma, a promoção da visibilidade de mulheres historicamente marginalizadas pode representar uma afronta às hierarquias tradicionais de poder.

Nas palavras de Sueli Carneiro: “são perplexidades, ainda, que decorrem de inquietações acerca da permanência de idéias [sic] e das práticas de discriminação de base racial num contexto em que diferentes campos do conhecimento as desautorizam (...)”⁽¹⁾.

O IBCCRIM convida a todas e todos, neste mês de março de 2020, a desautorizarem as perplexidades. Inseridas na sociedade brasileira, todas as pessoas, invariavelmente, são forjadas, de alguma maneira, pelas estruturas de manutenção e reprodução das opressões, delas recebendo tratamentos sociais, políticos e econômicos variados. Autocriticar a falsa neutralidade é concorrer para a equidade e afastar igualdades presumidas e prejudiciais.

NOTAS

⁽¹⁾ CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser*. Feusp, 2005. p. 9.

PLEABARGAIN E DISPARIDADE DE ARMAS: A COROA DE LOUROS DA ACUSAÇÃO

PLEABARGAIN AND GUN DISPARITY: THE LAUREL WREATH OF THE PROSECUTION

Diego dos Reis Braga

Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela USP. Advogado

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9886-1399>

diegobraga.direito@gmail.com

Rafaella Marineli Lopes

Mestranda e especialista em Direito Constitucional e

Eleitoral pela USP. Advogada.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8837-6659>

rafaellamarineli@gmail.com

RESUMO

Tempos difíceis enfrenta o processo penal brasileiro. A propositura de uma reforma lenta e gradual necessária vem sendo substituída por mecanismos aleatórios na tentativa de resolver litígios criminais de forma rápida e barateada. O *pleabargain*, instrumento americanizado, é um desses mecanismos cujo custo barateador pode vir a custar muito caro a quem acordar com ele.

Palavras chave: *Pleabargain*, poder da acusação, devido processo legal.

ABSTRACT

Hard times faces the Brazilian criminal process. The introduction of a necessary slow and gradual reform has been replaced by random mechanisms in an attempt to resolve criminal disputes quickly and cheaply. The *pleabargain*, an Americanized instrument, is one such mechanism, the cheap cost of which can be very costly to wake up.

Keywords: *Pleabargain*, power of accusation, due process of law.

*"Barganha – sinônimo: Permuta recíproca de coisas entre os seus respectivos proprietários; troca. Troca de influência ou de benefícios que, geralmente feita de maneira desonesta, ocorre em segmentos políticos. Negócio obtido ou realizado através do uso de subterfúgios; trapaça."*¹

Como já afirmou **Crespo**, "a barganha, segundo nos dizem, é ilegal (...) evoluiu nos interstícios não regulamentados do sistema judiciário criminal e continua sendo impulsionada não pela lei, mas pelo poder – o vasto e não regulamentado poder dos promotores".² Fruto de uma "lei subconstitucional do processo criminal", a barganha dá à acusação o poder de "administrar a lei criminal não escrita, que consiste apenas em suas próprias decisões discricionárias para cobrar determinadas ofensas ou oferecer certos negócios".³ Nessa justiça penal negociada, talvez a problemática maior esteja nos fatores "quem" será cobrado e "como" referida cobrança será feita.

Em 1946, no caso *People v. Heirens*, do Estado de Illinois, William Heirens foi condenado a uma pena perpétua após diversas acusações de homicídios. Anos depois, Heirens entrou com uma petição elencando uma série de fatos ocorridos ao longo do processo, questionando sua lisura e apresentando inúmeras violações aos direitos e garantias constitucionais. Dentre os numerosos argumentos, Heirens deixou claro que não estava de acordo com a sua condenação, e que diversas de suas confissões foram obtidas quando ele estava em estado de subconsciência, após autoridades policiais lhe injetarem pentotal de sódio, mais conhecido como "soro

da verdade". Alegou que sua confissão não foi livre e voluntária, sendo-lhe retirado o direito a um julgamento justo e imparcial após seus pais serem submetidos a insistentes conselhos para que se declarasse culpado e também pela postura dos seus advogados, que, em vez de lhe darem sua lealdade indivisa, arredaram-se ao lado da promotoria para evitar o seu retorno à sociedade.⁴

Diferentemente do que prevê a Declaração de Direitos da Constituição Americana, em sua Sexta Emenda, do direito do acusado em processo criminal a um julgamento por um júri imparcial, no caso *Heirens* foi realizado um procedimento embasado em diversas provas ilegais e violadoras das garantias constitucionais que resultaram numa negociação judicial por meio de sua confissão. Confissão essa que o próprio William Heirens afirma ter sido obtida após ter sido drogado pelas autoridades policiais, sem que lhe fosse respeitada a condição da sua dignidade humana e o devido processo legal, direito de todo ser humano, por pior que seja o crime e a personalidade criminoso.

O sistema de barganha ou "*pleabargain*" característico da *common law*, é um instrumento utilizado no processo penal que permite a negociação entre a acusação e a defesa sobre o destino do acusado confidente. Para **Langbein**, que comparou o instituto ao antigo sistema de tortura judicial, "a barganha ocorre quando o promotor induz um criminoso a confessar a culpa e a renunciar o seu direito a julgamento em troca de uma sanção criminal mais branda do que a que seria imposta caso o acusado fosse julgado culpado".⁵

Em troca da sua confissão, o promotor oferece ao acusado benefícios, podendo até mesmo fazer uma recomendação de sentença reduzida, a qual o juiz ficará vinculado, ficando dispensado o *parquet* da necessidade de provar a culpa do criminoso, e, o tribunal, de julgá-lo. Trata-se, portanto, de um procedimento cujo resultado final é a condenação do acusado pelo Tribunal embasada unicamente na sua confissão.⁶

A negociação judicial consiste na troca de concessões oficiais pelo ato de autoacusação do réu, que pode se referir "à sentença imposta pelo tribunal ou recomendada pelo promotor, ao delito imputado, ou a uma variedade de outras circunstâncias". O benefício oferecido pelo réu, nas palavras de **Alschuler**, será sempre o mesmo: um argumento de culpa.⁷

A confissão, no entanto, que nesse mecanismo negocial é o centro da atenção processual, nem sempre foi encorajada pelos tribunais, principalmente pela confiabilidade inerente mitigada a ela, e pelo seu histórico ligado ao sistema judicial inquisitivo e à tortura.⁸ Nos primeiros tratados sobre Direito Penal, era tida como uma prova melindrosa, pois não bastava a voluntariedade do agente, devendo ser aferido ainda se a mesma havia sido obtida por ameaça, medo, coação ou promessa de favor.⁹

Logo, ao contrário do que alguns autores sustentam, a barganha no processo penal, com base na confissão, era desconhecida (ou não bem aceita) na maior parte da história do Direito comum. Apenas no final do século XIX esse mecanismo negocial se torna um método dominante de resolução de casos criminais, tendo ampla publicidade a partir da década de 1920, após a aprovação dos estatutos de proibição de bebidas alcoólicas. Com a decisão da Suprema Corte no caso *Brady v. EUA*, em 1970, a negociação judicial tomou seu ápice e passou a ser considerada "inerente ao direito penal e sua administração" diante do aumento da complexidade, da duração e do custo dos julgamentos criminais.¹⁰

Hoje, mais de 90% dos casos criminais nos Estados Unidos são resolvidos pela barganha, algo a que se chamou de "a era esteróide" da justiça criminal,¹¹ ou ainda "*mcjustice*", expressão cunhada por **Robert Bohm**.¹² Isso porque as taxas de crimes e processos criminais eclodiram a partir da segunda metade do século XX, o que não ocorreu na mesma proporção com todo o aparato da justiça criminal. O "*pleabargain*" vem então solucionar essa deficiência administrativa, minimizando a quantidade de instruções processuais e sentenças criminais que se findam no início do processo criminal, com o acordo feito com o Ministério Público.¹³

Para se ter ideia dessas proporções catastróficas, de 1987 a 2004, os processos criminais estaduais nos EUA aumentaram 67% e, em decorrência disso, a taxa de encarceramento também – estima-se que de 139 presos por 100.000 habitantes em 1980, para 292 em 1990, e 478 nos anos 2000. Em contrapartida, analisando o mesmo período (1987-2004), os tribunais de justiça aumentaram sua estrutura e pessoal em 11%, o que resultou em um acréscimo de 2.600 juízes nos tribunais de todo o país. Também não foi suficiente o aumento da estrutura do programa de defesa pública, que aumentou em apenas 4% o número de funcionários, enquanto o número de casos progrediu em 20%, no período de 1999 a 2007. Já o aumento da estrutura do Ministério Público foi considerável, resultando em 36% no período entre 1992 e 2001.¹⁴

Em geral, o número de casos ascendeu muito mais rápido que os recursos judiciais para julgamento dos casos criminais. A ausência de estrutura fez com que, em 1980, um em cada quatro acusados fosse a julgamento, enquanto os demais se declaravam culpados e aceitavam a barganha. Em 1999, essa relação passou a ser de um em cada vinte acusados.¹⁵

Esse modelo de justiça penal de "emergência",¹⁶ com resultados previsíveis e imediatistas, apresenta inúmeros problemas

para o processo penal democrático. O instituto do "*pleabargain*" é um subterfúgio e uma solução rápida a um sistema legal de prova e julgamento que está em colapso, e que se nega a encarar uma reforma lenta e gradativa que o coloque nos eixos outra vez. Nas palavras de **Langbein**, "um sistema legal fará quase tudo, tolerará quase tudo, antes de admitir a necessidade de reforma em seu sistema de prova e julgamento".¹⁷

Observa-se que esse modelo de mecanismo negocial, na mesma intensidade que acelera e expande o Direito Penal, atropela o devido processo legal e sua principal função limitadora do poder punitivo estatal. Coloca-se em evidência a figura de um "promotor-juiz", distorcendo-se os papéis dos atores do sistema criminal e seu equilíbrio, renuncia-se ao processo e ao direito à defesa diante da coercibilidade da proposta; e retorna-se a um processo autoritário que dá primazia à confissão, expondo o acusado a violações de toda ordem em suas garantias constitucionais.¹⁸

Para os defensores do "*pleabargain*", trata-se de um acordo livre e legítimo entre as partes, uma vez que respeita a paridade de armas e a igualdade processual. Ilusório, contudo, esse pensamento, pois a barganha traz uma verdadeira deturpação do sistema acusatório, concentrando na figura do promotor o poder de acusação e julgamento.¹⁹ A defesa, por sua vez, fica reduzida (de mãos atadas, por bem dizer), ou até mesmo inerte, pois lhe é dada a opção de acatar o acordo mais brando em troca da confissão, ou de arriscar um processo que, no final, pode ser completamente devastador ao acusado; é bem cabível aqui o dito popular "se correr o bicho pega, se ficar o bicho come". Enquanto isso, o juiz deixa de lado sua função decisória, ficando refém da suposta vontade das partes (ou melhor dizendo, da acusação).²⁰

Se, por um lado, o juiz e o promotor são beneficiados com a redução significativa da carga de trabalho e a celeridade processual, uma vez que o "*pleabargain*" assegura a imediatidade de resultados, de outro, o instrumento se mostra apto a servir aos interesses do poder²¹ em detrimento dos interesses do acusado. Por mais que os acolhedores dessa ideia apontem haver uma renúncia voluntária do acusado, não existindo qualquer violação a direito fundamental, o reconhecimento da culpabilidade antes mesmo de ter havido uma acusação formal pelo Ministério Público e um controle de legalidade do Judiciário, em respeito ao devido processo legal, ocasiona prontamente a relativização da busca pela verdade real, a distorção do processo penal como limitador do poder punitivo e a fragilização do ideal de justiça.²²

O réu, que no decorrer do devido processo legal já enfrenta inúmeras deficiências diante da disparidade de sua força comparada com a do Estado, na barganha ficará retido à vontade única e exclusiva da acusação que, por vezes, é mais cruel e injusta que a do juiz e seu julgamento. Trata-se de uma resposta de emergência, um "subterfúgio de má qualidade e tenaz", como bem ressalva **Langbein**, pois "preparar e levar os casos a julgamento é muito mais difícil do que negociar – policiais, promotores, juízes, advogados (...) e pior, a preguiça, sustenta a barganha".²³

Não se pode sustentar que referido mecanismo "abra um novo caminho potencial para a justiça",²⁴ mas um velho e perigoso caminho já percorrido pela justiça penal norte-americana, que não é recomendado, ao menos academicamente e pelos especialistas que vivenciam a prática penal.²⁵ O poder da acusação de governar por leis não escritas e sem padrões legais formais gera riscos de uma seleção penal ainda mais "clientelista" a quem se coloca atrás das grades, tendo o promotor, inclusive, uma brecha para manipular a denúncia, cumulando ofensas duplicadas e infundadas que cheguem a um cálculo de pena que lhe seja satisfatório para fins de acordo. Essa contabilização matemática visa atender, de forma injusta e indigna, o melhor interesse da acusação, que, se por um lado tenta desafogar o sistema penal, por outro, acaba por destruir uma de suas pilstras sustentadoras: a do devido processo legal.

NOTAS

- ¹ Significado de barganha. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/barganha/>> Acesso em: 20 mar. 2019.
- ² CRESPO, Andrew Manuel. The hidden law of plea bargaining. *Columbia Law Review*, n.5, v. 118.
- ³ Idem, ibidem.
- ⁴ Caso *People v. Heirens*. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1954/33165-5.html>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- ⁵ LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *Faculty Scholarship Series*, 543. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- ⁶ Idem, ibidem.
- ⁷ ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, iss. 1, article 3. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3>>. Acesso em: 3 mar. 2019.
- ⁸ No sistema inquisitivo medieval, o acusado somente podia ser condenado caso confessasse voluntariamente a ofensa, ou caso houvesse duas testemunhas oculares que presenciaram a cena do crime (...) A regra das duas testemunhas oculares era difícil de conciliar ou fugir, mas a regra da confissão parecia convidar o "subterfúgio" (...) A lei da tortura cresceu para regular esse processo de geração de confissões. Para Langbein, a tortura como entendemos hoje não é a mesma tortura da idade média. Enquanto para nós a palavra "tortura" é apenas um termo depreciativo, para a idade média era uma "característica rotineira e judicialmente supervisionada do processo penal europeu".
- ⁹ O mais famoso caso de confissão *Rex v. Warickshall*, de 1783, manteve como inadmissível qualquer confissão obtida "por promessa de favor". Nesse caso, a Corte declarou: "A confissão forçada da mente pelas lisonjas da esperança ou pela tortura do medo vem de forma tão questionável que nenhum crédito deve ser dado a ela." Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-2.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- ¹⁰ ALSCHULER, op. cit.
- ¹¹ DRIPPS, Donald A. Guilt, innocence, and due process of plea bargaining. *William & Mary Law Review*, Forthcoming; San Diego Legal Studies Paper, n. 16-202, out. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2674852>>. Acesso em: 19 dmar. 2019.
- ¹² BOHM, Robert M. "McJustice": on the McDonaldization of criminal justice. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=235377>>. Acesso em: mar. 2019.
- ¹³ DRIPPS, op. cit.
- ¹⁴ Idem, ibidem.
- ¹⁵ Id., ibid.
- ¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-9.
- ¹⁷ LANGBEIN, op. cit.
- ¹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2710703/mod_resource/content/1/VASCONCELLOS%20-%20Barganha%20e%20Justiça%20Criminal%20Negocial.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- ¹⁹ ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/3>>. Acesso em: 4 mar. 2019. p. 110-115.
- ²⁰ LOPES Jr., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>>. Acesso em: 19 mar. 2019. p. 120.
- ²¹ FISHER, George. Plea bargaining's triumph. *109 Yale L.J.*, p. 229-230, 2000. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol109/iss5/1>>.
- ²² VASCONCELLOS, op. cit.
- ²³ LANGBEIN, op. cit.
- ²⁴ CRESPO, op. cit.
- ²⁵ Idem, ibidem.

Recebido em: 18/04/2019 - Aprovado em: 10/09/2019 - Versão final: 29/10/2019

RESPONSABILIDADE PENAL E A LIMITAÇÃO DA CULPABILIDADE NO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

CRIMINAL LIABILITY AND THE LIMITATION OF GUILT IN CLAUS ROXIN'S TELEOLOGICAL FUNCTIONALISM

Lucas Andrey Battini

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-graduando em Direito

Penal Econômico e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2621-9399>

lucas__battini@hotmail.com

RESUMO

O crime, por se fazer presente nas mais remotas sociedades, foi considerado um fato social, o que ensejou, por um lado, a evolução do Direito Penal e, por consequência, da aplicação das penas. Nesse contexto, de um Direito Penal de evolução, limitador e de uma nova proposta, emerge o sistema Funcionalista Teleológico de Claus Roxin, que não fecha os olhos para a própria realidade

ABSTRACT

In the most remote societies, crime, considered a social fact, was present, which led, on the one hand, to the evolution of criminal law and, consequently, the application of penalties. In this context, from a limiting and evolving Criminal Law and a new proposal emerges Claus Roxin's Teleological Functionalism system that does not close its eyes to the social reality itself

social que, por muito tempo, foi tida como objeto pré-constituído e imutável. Dessa forma, o presente trabalho se desenvolve no estudo da proposta do Penalista Alemão, sobretudo no que diz respeito à eficácia e legitimidade de atuação do Estado no âmbito do Direito Penal, ao equilíbrio das funções preventiva, especial e geral das penalidades, em que se enaltece as finalidades político-criminais como superação da mera produção normativa daquilo que se tem como ilícito.

Palavras chave: Crime. Funcionalismo teleológico. Claus Roxin. Política-criminal. Prevenção geral e especial.

Sabe-se que o crime é fato social inerente a toda sociedade, qualquer que seja o tipo. Os atos assim classificados não são os mesmos em todo o lado, mas nos mais variados e remotos tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles (**DURKHEIM**, 1987. p. 82).

E, estando presente ao longo dos tempos, o delito, por afetar os membros da coletividade e os bens jurídicos considerados essenciais, recebe a tutela do Direito Penal e, conseqüentemente, a persecução penal por parte do Estado.

Atualmente a persecução criminal não se dá de forma isolada e arbitrária como já ocorreu na história do próprio Direito Penal, sendo que em um Estado Democrático de Direito sua existência pressupõe um processo de sistematização de valorações e princípios que possam orientar a interpretação das normas penais, ao qual se dá o nome de Dogmática Jurídico-Penal.

A Dogmática cumpre uma das mais importantes funções jurídicas em um Estado de Direito, a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, mesmo estando ajustado a certos limites, necessita de controle e da segurança. Entre outras vantagens desse proceder, a sistemática permite dar resposta a questões não pensadas até o momento, oferecendo assim maior segurança jurídica em comparação a outros métodos que não precedem sistematicamente (**PLANAS**, 2012. p. 199).

Nesse aspecto de estabelecimento de limites da atuação penal por parte do Estado, a proposta de funcionalista de **Claus Roxin** reverbera diante das mais variadas tentativas de respostas rápidas – e arbitrárias – envoltas em uma tensão dialética entre segurança e garantias, problemática muitas vezes resolvida em prol da primeira.

Em 1970, com a publicação do *Kriminal Politik und strafrechtssystem* (Direito Penal e Política Criminal), na Alemanha, ganha destaque sua teoria funcionalista teleológica, tendo como ponto de partida a superação do método ontológico finalista proposto por **Hans Welzel**, em que o Direito Penal, desvincula-se de realidades e conceitos pré-constituídos.

Pode-se dizer que para o funcionalismo teleológico, o Direito Penal deve acompanhar as valorações que o homem faz da realidade. Haveria, portanto, de se realizar a retomada do método valorativo utilizado pelos neokantistas, entretanto, completando-o com um novo conteúdo, qual seja: a relação entre Direito Penal e os fundamentos da política criminal.

Isso porque o funcionalismo teleológico, em meio a inúmeras tendências modernas de política criminal com funções simbólicas, vinculadas a exigências sociais que deixam de corresponder à finalidade básica do próprio Direito Penal, não fecha os olhos para a realidade social, admitindo serem várias suas interpretações possíveis, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do Direito Penal (**GRECO**, 2000, p. 39).

that, for a long time, was considered as a pre-constituted and unchanging object. Thus, the present work is developed in the study of the proposal of the German Penalist, especially with regard to the effectiveness and legitimacy of the State's performance in the field of Criminal Law, the balance of the preventive, special and general functions of penalties, in which It praises the political and criminal purposes as overcoming the mere normative production of what is illicit.

Keywords: Crime. Teleological functionalism. Claus Roxin. Criminal policy. General and special prevention.

Por conseqüência desse raciocínio, se o Direito Penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à preservação de uma determinada ordem social, então, mediante esse propósito, somente se determina quais condutas podem ser sancionadas pelo Estado (**ROXIN**, 1997, p. 81).

Desse modo, o Direito Penal deve ser modulado de forma que não entre em colapso com as finalidades atribuídas à pena, buscando, ao mesmo tempo, não deixar de lado a realidade social a que projeta seus efeitos. Torna-se inviável, a partir disso, a construção de um sistema rigoroso sem que se atenda aos fins político-criminais.

Com efeito, a pena imposta passa a ter a finalidade de atender à ressocialização e, ao mesmo tempo, demonstrar seus efeitos sobre a sociedade, de maneira que motive os cidadãos a não delinquir e a que renunciem a qualquer tipo de retribuição. Através dessa dialética, os aspectos acertados da punição continuariam a prevalecer e suas deficiências seriam supridas através de um sistema recíproco de complementação e restrição.

E é exatamente com a renúncia a qualquer tipo de retribuição como elemento integrante das finalidades da pena que o princípio da culpabilidade passa a ocupar função secundária. Isto é, o princípio de culpabilidade deixa de estar vinculado à ideia de retribuição da culpabilidade, e passa a exercer tão só o papel de limite máximo da pena aplicada ao caso concreto, no sentido de que a duração desta não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mesmo quando os fins preventivos o aconselhem (**BITENCOURT**, 2013, p. 158).

De todo certo é que para **Roxin** a legitimidade do direito de punir do Estado terminaria no momento em que as penas fugissem das finalidades político-criminais. Em outras palavras: quando a persecução criminal se baseia em finalidades desconexas das necessidades políticas criminais estaria ferido de morte o próprio funcionalismo teleológico.

Destarte, passa-se a indagar quais seriam esses limites, sobretudo no que respeita à aplicação das penas e até que ponto a necessidade de se alcançarem expectativas de política criminal figuraria como condição essencial para a aplicação da sanção.

Saliente-se que a punição passa a estar intimamente atrelada ao cumprimento da necessidade político-criminal que se fundamenta, portanto, sobre a ideia de uma dupla limitação do direito estatal de punir: através da culpabilidade e das necessidades preventivas de punição. Se faltar um desses dois pressupostos, ficará excluída a punibilidade. Essa conclusão decorre da teoria dos fins da pena, segundo a qual a pena não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventiva) quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade (**ROXIN; GRECO; NETTO**, 2001. p. 74).

Desse modo, há o alargamento do conceito de culpabilidade, em que além da existência de seus tradicionais elementos, a *responsabilidad*

seria aquilo que nos permite deduzir se o autor é merecedor ou não de sofrer as consequências de aplicação da pena.

Claus Roxin socorre-se, em primeiro plano, da dialética entre o caráter preventivo geral e especial como fundamentos da pena; uma hora este como centro da questão e, em outros casos, aquele como elemento basilar, oferecendo um novo marco teórico para o Estado na aplicação das penas.

Ao defender o equilíbrio das funções preventiva, especial e geral das penalidades, lança mão do atendimento às finalidades político-criminais como superação da mera produção normativa daquilo que se tem como ilícito. Por consequência, permite o afastamento das punições para aquelas condutas que embora tenham de fato

violado criações típicas não cumpram com um dos elementos da culpabilidade para a teoria funcionalista teleológica, qual seja: a *responsabilidade*, calçada no atendimento das funções político-criminais da sociedade.

É válido dizer, por fim que, no cenário atual, tal perspectiva viabiliza melhor regulação dos fatos da realidade, evitando respostas automáticas e baseadas em conceitos imutáveis e pré-construídos, frutos de políticas instrumentistas e populistas, que ganham destaque nos dias de hoje. Retira-se, portanto, qualquer possibilidade de o Direito Penal servir como instrumento para consecução de objetivos diversos, restando evidente que a dogmática jurídico-penal, com tal metodologia, cumpre efetivamente um de seus papéis: acompanhar a evolução da sociedade e os elementos que nela se fazem presentes.

NOTAS

¹ "El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto. Pero ésta no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición. Así p. ej., em el denominado estado de necesidad disculpante el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también puede actuar de outro modo y se comporta por ello culpablemente. Si no concurre un supuesto excepcional así, la impunidad

no se fundamenta por tanto em la falta de culpabilidad, sino que se debe a que em tales situaciones extremas el legislador no considera que haya una necesidad de pena ni preventivo especial ni general, com que por essa razón queda excluida la responsabilidad penal. Lo mismo sucede em el exceso em la legítima defensa y em otras constelaciones que aún habrá que discutir." (ROXIN, 1997, p. 96).

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Nacional, 1987.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ROXIN, Claus. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: RT, 2011.

GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Porto Alegre: Revista Jurídica, 2000.

HASSEMER, Winfried. MUNÖZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, 1989.

PLANAS, Ricardo Robles. A Identidade da Dogmática Jurídico-Penal. In: BADARÓ,

Gustavo Henrique (org.). *Doutrinas essenciais de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização: Alaor Leite. Tradução Luís Greco. 1. ed. São Paulo, Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução. Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

Recebido em: 22/04/2019 - Aprovado em: 18/06/2019 - Versão final: 07/10/2019

DESEMPREGO, ENCARCERAMENTO E GENOCÍDIO NO BRASIL DO SÉCULO XXI

UNEMPLOYMENT, INCARCERATION AND GENOCIDE IN 21ST CENTURY BRAZIL

Vinicius de Almeida

Mestrando em Criminologia pela USP. Bacharel em Direito pela UNESP. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0553-0225>

viniciusdgalmeida@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho analisa a reestruturação produtiva na periferia do capitalismo contemporâneo e seus impactos na gestão do trabalho e do exército industrial de reserva, mediada pelo Estado e seu aparato repressor.

ABSTRACT

This paper analyzes the productive restructuring on the periphery of contemporary capitalism and its impacts on the management of labor and the industrial reserve army, mediated by the State and its repressive apparatus. It

Parte-se aqui de uma perspectiva crítica/radical do problema, tomando como determinante primário dos processos de criminalização e do genocídio da juventude preta, pobre e periférica as relações de produção historicamente determinadas.

Palavras chave: Criminologia crítica. Capitalismo. Trabalho. Encarceramento. Genocídio.

starts from a critical/radical perspective of the problem, taking as the primary determinant of the criminalization processes and genocide of black, poor and peripheral youth the historically determined relations of production.

Keywords: Critical criminology. Capitalism; labour. Incarceration. Genocide.

O mundo mudou. Na esfera do trabalho, a reestruturação produtiva decretou a extinção do "homem-fordizado".¹ O típico trabalhador fabril, retratado por Charlie Chaplin no filme Tempos Modernos, torna-se recurso de exploração cada vez mais imprestável à acumulação de capital. Com o desenvolvimento exponencial da tecnologia e a superação do fordismo-taylorismo pela progressiva automatização da produção, o trabalho físico, mecânico, repetitivo, deixou de ser atividade preferencialmente humana.²

Aqueles tantos homens e mulheres que, mesmo sem educação formal, através dos seus empregos na produção urbana e rural durante o século XX conseguiram sustentar suas famílias, e com isso deram um sentido bem definido às suas vidas, garantindo o mínimo de dignidade a si e aos seus, agora já não contam mais com essa possibilidade.³

Com a automatização e digitalização dos processos de produção e circulação de mercadorias, a grande maioria da classe trabalhadora vê suas possibilidades de emprego cada vez mais escassas, precarizadas e marginalizadas. A informalidade, a terceirização, a "pejotização", e a "uberização" do trabalho é o que lhes resta. Aceitam salários cada vez menores, em piores condições de trabalho, sem vínculo formal direto com um empregador. "*Precisamos de menos direitos para gerar mais empregos*", reza a cartilha ideológica do mercado encampada pelos governantes da república. Propaganda mentirosa que ilude a classe trabalhadora: no capitalismo do século XXI, por uma questão estrutural, a tendência é ter menos direitos, e menos empregos.⁴

Diante do problema, o Estado intervém com a usual violência que serve exclusivamente à reprodução da ordem material vigente: ao invés de investir na (re)qualificação do excedente de mão de obra que já não é mais útil à estrutura produtiva do século XXI, e assim tentar garantir a mínima condição existencial a esses; prefere criminalizar na prática as poucas alternativas de obtenção de renda lícita que restam a esses trabalhadores, mantendo-os sempre propensos e disponíveis à exploração de sua força de trabalho pela classe dominante. Basta ver a perseguição do "rapa" aos vendedores ambulantes nas ruas e aos chamados "marreteiros" nos trens urbanos, que se dá via de regra sem previsão legal, sob o arbítrio da genérica e discricionária "manutenção da ordem pública".

Os jovens pobres da periferia têm plena consciência desse cenário. Aqueles que iniciaram precocemente carreiras criminais, a despeito de todos os riscos à própria vida que essas implicam, por vezes enxergam os que optaram por se submeter ao trabalho lícito precarizado como "otários", categorizando esses como "alguém a

quem falta esperteza, alguém que se submete ao trabalho por salário baixo e alguém que não se veste nem consome como os ricos".⁵ "Viver pouco como um Rei, ou muito como um Zé?",⁶ é o dilema que enfrenta a juventude pobre e periférica, privada desde cedo de seus direitos mais básicos – especialmente o direito à educação de qualidade – e que por isso chega à vida adulta sem perspectiva de mobilidade social positiva pela via do emprego.

O ciclo é perverso: o desenvolvimento do modo de produção capitalista transforma um contingente cada vez maior de trabalhadores em desempregados; e o Estado, constitucionalmente responsável por uma política social que dê conta de abrir novas possibilidades de (re)inserção desses trabalhadores no mercado,⁷ concentra seus esforços na repressão seletiva dos indivíduos marginalizados que ainda tentam garantir alguma renda lícita pelo comércio informal nas ruas e no transporte público. O exercício do já ultraprecarizado trabalho informal se torna cada vez mais humilhante, aumentando a atratividade por contraste de uma carreira criminal frente a uma carreira informal.

O processo combinado de precarização e marginalização impulsiona o trabalhador a cruzar a fronteira da informalidade para a ilegalidade. Quando a ilegalidade é percebida formalmente pelo seu aparato repressor, o Estado atira esse contingente ao cárcere na contagem das centenas de milhares. Centenas de milhares que lá, por uma questão de sobrevivência, provavelmente terão que se filiar a alguma facção criminosa. Se voltarem à liberdade – portando agora o agravante do estigma da passagem pelo sistema penitenciário –, a opção de emprego que lhes resta é uma só: o crime. Até que sejam presos novamente, ou então entrem para as estatísticas de homicídio, flagrantemente orientadas por critérios muito bem definidos de raça e classe, e não raro pela participação direta do próprio Estado nos assassinatos. Como explica Luciano Góes, o Brasil é um país "*onde a necropolítica escravocrata foi redefinida pelo "excedente" populacional de corpos cuja força vital deixou de gerar riqueza, sendo que uma existência desvalida e inabsorvível pela exploração capitalista, impulsiona o extermínio negro como sinônimo de segurança e bem-estar da raça/classe dominante*".⁸

Numa sociedade em que as autoridades públicas torturam pedreiros até a morte, "confundem" guarda-chuvas e furadeiras com armas, e "advertem" famílias com 80 tiros de fuzil, não parece errado suspeitar que o extermínio sistemático do povo pobre talvez seja a solução final encontrada para o problema do desemprego estrutural. Na dúvida, atira-se primeiro, pergunta-se depois. Se a vítima é "cidadão de bem" ou "bandido", tanto faz. O que importa é a certeza funcional de um "inútil" a menos na fila do desemprego e da assistência social.

NOTAS

¹ Para um conceito de "homem-fordizado", ver o texto *Americanismo e fordismo*, de Antonio Gramsci. In: GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. v. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 239-282.

² O referido processo de reestruturação produtiva é marcado por "*uma intensiva incorporação à produção de tecnologias resultantes de avanços técnico-científicos, determinando um desenvolvimento das forças produtivas que reduz enormemente a demanda de trabalho vivo*". BRAZ, Marcelo; NETTO, José Paulo. *Economia política: uma introdução crítica*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 216.

³ Segundo o criminólogo britânico Jock Young, o desemprego estrutural é um dos

fatores responsáveis pela "*crise ontológica do sujeito*" que marca a modernidade recente. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁴ Para uma visão crítica das relações de trabalho no capitalismo contemporâneo, ver FONTES, Virgínia. *Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho*. Marx e o Marxismo - Revista do NIEP - Marx, v. 5, p. 45-67, 2017.

⁵ ZALUAR, Alba. *A guerra privatizada da juventude*. Folha de S. Paulo, v. 18, n. 5, 1997. Disponível em: <<https://bit.ly/2v3fU2A>>. Acesso em: 15. abr. 2019.

⁶ Referência à música "Vida Loka (parte 2)", dos Racionais MC's.

⁷ Nesse ponto, é importante deixar claro que não partimos de uma perspectiva iludida sobre as funções reais do Estado burguês e de seu papel fundamental na gestão do exército industrial de reserva para a reprodução do modo de produção capitalista. Entretanto, também não se pode desprezar o fato de que os direitos sociais positivados constitucionalmente são conquistas históricas da classe trabalhadora, e essa, no caminho de sua emancipação, não poderia deixar de reivindicar a popularização do conhecimento técnico-científico. Desde

essa perspectiva, a requalificação profissional em tempos de reestruturação produtiva precisa ser construída como uma consequência da efetivação radical do direito à educação, alargando as possibilidades de realização das potencialidades individuais, e não apenas como formação em larga escala de operários tecnocratas diplomados ainda necessários à reprodução do capital.

▪ GÓES, Luciano. Pátria exterminadora: o projeto genocida brasileiro. *Revista Transgressões*, v. 5, n. 1, 2017. pp. 76-77.

Recebido em: 02/05/2019 - Aprovado em: 18/06/2019 - Versão final: 11/07/2019

MAUS-TRATOS VS. “ANIMALICÍDIO”: A NECESSÁRIA (RE)LEITURA DA TUTELA PENAL DOS ANIMAIS ATRAVÉS DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE

MISTREATMENT VS. “ANIMALICÍDIO”: THE NECESSARY (RE) READING OF THE PENAL GUARDIANSHIP OF ANIMALS THROUGH THE PRINCIPLES OF LEGALITY AND PROPORTIONALITY

José Muniz Neto

Mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhuera. Associado ao IBCCRIM. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4776-4660>

jmuniz.adv@outlook.com

RESUMO

Ao Direito Penal se apresentam, a cada dia, novas realidades, novos interesses que buscam espaço de proteção através desta seara jurídica. Com a tutela dos animais não é diferente. Discute-se, atualmente, a despeito dos movimentos em outras áreas do direito voltados à proteção destes seres vivos, a necessidade de intervenção penal quando da violação dos animais. Tal análise perpassa, antes de mais nada, de uma necessária discussão filosófica sobre a relação homem-animal e como ela se manifesta, seja no interesse dos humanos, seja em uma equiparação valorativa dos interesses destes dois seres vivos. Todavia, toda esta avaliação da proteção dos animais através do Direito Penal, no estado atual da arte, precisa ser vista conforme o presente ordenamento e os princípios nele insculpidos, como forma de garantir o respeito não só destes seres vivos, como também daqueles que são submetidos à perseguição penal.

Palavras chave: Animais. Maus-tratos. Animalicídio. Princípios.

ABSTRACT

Criminal law is presented, every day, new realities, new interests that seek protection space through this legal area. With the guardianship of animals is no different. In spite of movements in other areas of law aimed at protecting these living beings, the need for criminal intervention when violating animals is discussed. This analysis stems, first of all, from a necessary philosophical discussion about the human-animal relationship and how it manifests itself, either in the interest of humans or in a valuative equation of the interests of these two living beings. However, all this assessment of the protection of animals through criminal law, in the current state of the art, needs to be seen in accordance with the present order and the principles embodied in it, as a way of guaranteeing the respect not only of these living beings, but also of those who are subject to criminal prosecution.

Keywords: Animals. Mistreatment. Animalicide. Principles.

As discussões sobre a tutela dos animais nas mais diversas áreas do Direito têm tomado relevo em razão da expansão do biocentrismo como fundamento de proteção não só da vida humana, mas de todos os seres vivos existentes neste planeta. Esse fundamento ético já é utilizado em diplomas internacionais sobre o meio ambiente e também no nosso próprio ordenamento através da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), instituída através da Lei 6.938/91 (vide art. 3º, I).

Não obstante essa ideia contemporânea, ainda predomina no Brasil a adoção de concepções antropocentristas que atribuem ao homem o papel central na nossa sociedade.¹ Significa dizer que todos os demais elementos existentes devem subordinação ao ser humano, sendo a ele úteis para a manutenção de sua vida na Terra.

Não se discute aqui uma evolução (se é que se pode falar nesses termos) no pensamento através do biocentrismo, mas provavelmente

podemos afirmar, com base nas mais diversas evidências científicas sobre a constante interação do ser humano com o meio ambiente em todas as suas significações,² que essa é uma concepção mais adequada à manutenção da vida humana, uma vez que, como se sabe, esta necessita da confluência de vários fatores para que possa se perpetuar.

É possível destacar ainda que a atual tutela dos animais no nosso ordenamento não se dá em razão da proteção dos animais em si mesmos, mas para a manutenção de um ecossistema equilibrado. Na verdade, a exemplo do que ocorre no âmbito penal, quando se discute proteção de animais, hoje o que se pretende garantir é a não violação ao bem jurídico do meio ambiente equilibrado.³ Todavia, isso não quer dizer que a intenção do legislador seja proteger o meio ambiente, mas sim a sua importância para a manutenção da vida humana. Em síntese, pode-se argumentar que tudo rodeia o argumento antropocêntrico.

Portanto, é relevante frisar que analisar a tutela do meio ambiente não significa analisar a tutela dos animais. São objetos distintos e que, embora mantenham uma relação, necessitam de ponderações diferentes para fins de apreciação pelo Direito.⁴

O fato é que a atual legislação que estabelece o rol de crimes ambientais, a Lei 9.605/1998, apresenta cunho antropocêntrico. Quando se analisam os crimes previstos nessa lei, tem-se que ter em mente que os interesses protegidos naqueles tipos penais são primeiramente os humanos e, subsidiariamente, os dos demais seres vivos envolvidos.

Compreendido o atual panorama de tutela ambiental penal no Brasil, apresentam-se duas hipóteses que alicerçarão o problema proposto neste trabalho. Imagine-se duas situações fictícias: 1) MARIA, com intenção de causar lesões, agride um cachorro, que sofre escoriações, mas não vem a óbito; 2) MARIA, com intenção de matar, agride um cachorro, que efetivamente vem a óbito decorrente das lesões causadas.

A diferença básica entre as duas situações está no elemento subjetivo: o dolo. No primeiro caso, a autora agiu com vontade livre e consciente de causar lesões ao animal, o que efetivamente ocorreu. Já na segunda situação, a autora agiu com vontade livre e consciente de matar o animal, tendo sido este o resultado.

E qual a relação entre essas duas hipóteses, vale ressaltar, distintas? A conexão se verifica na prática quando os dois casos são investigados e denunciados sob o manto do crime de maus-tratos,⁵ o que não é exclusividade da realidade brasileira,⁶ mas uma característica de várias legislações que possuem a tipificação desse crime nos nossos mesmos moldes.

Diante desse cenário, o problema ora proposto é: *há violação dos princípios da legalidade e proporcionalidade na tutela penal dessas situações distintas como crime de maus-tratos?*

O crime de maus-tratos está previsto no art. 32 da Lei 9.605/1998, o qual determina: "Art. 32. *Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º - Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º - A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal*".

Da leitura do tipo, podemos extrair elementos normativos, exigindo, portanto, uma interpretação para que se identifique o seu significado. O que deve servir como parâmetro para a avaliação das duas situações-problema que foram propostas é compreender o que é "abuso" e "maus-tratos". Diz **Regis Prado**⁷ que o abuso consiste em "[...] usar mal ou inconveniente - v.g., exigir trabalho excessivo do animal -, extrapolar limites, prevalecer-se [...]"; já os maus-tratos seriam o "[...] dano, ultraje [...]".

O antigo Decreto 24.645/1934 previa uma série de condutas (31 incisos) no seu art. 3º para determinar em que consistiam os maus-tratos. Esse Decreto foi revogado. Mais recentemente, foi editada pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária a Resolução 1.236/2018, responsável por definir e caracterizar crueldade, abuso e maus-tratos contra animais. Essa Resolução determina no seu art. 2º as definições das citadas condutas, conceitos que podem servir para interpretar a norma penal. Já no art. 5º, a Resolução traz uma série de condutas (29 incisos) consideradas como maus-tratos, no mesmo molde do antigo Decreto.

Maus-tratos está definido no art. 2º, inciso II, como "*qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais*". Crueldade está conceituada no art. 2º, inciso III, como "*qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus tratos continuamente aos animais*". Já o abuso foi caracterizado no art. 2º, inciso IV, como "*qualquer ato intencional, comissivo ou omissivo, que implique o uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízos de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual*".

Atenção especial deve ser dispensada à possibilidade de maus-tratos na modalidade culposa (negligente, imprudente ou por imperícia). Em que pese existir concretamente tal possibilidade, o art. 32 da Lei 9.605/1998 não prevê dentro da moldura do tipo penal essa conduta. Como se sabe, a punição penal pela conduta dolosa é a regra, já a conduta culposa deve vir expressamente prevista no tipo penal sob pena de violação do princípio da legalidade.

O que se percebe tanto no mencionado Decreto quanto na Resolução é a inexistência de condutas consideradas como maus-tratos que preveem diretamente o resultado morte. Isso traz consequências em relação ao dolo, como já foi alertado anteriormente. O dolo enquanto elemento do crime é essencial para a imputação do fato ao tipo penal, de forma que sem a verificação do elemento subjetivo na conduta é impossível imputar determinado crime a alguém.

Nas duas situações fictícias apresentadas neste artigo, há uma diferenciação clara no que concerne ao elemento subjetivo. Na primeira, há dolo de maltratar; na segunda, dolo de matar ("animalicídio").⁸ A norma do art. 32, *caput*, prevê apenas as condutas dolosas de "*praticar ato de abuso,⁹ maus-tratos, ferir ou mutilar*" como típicas, excluindo a tipificação da conduta dolosa de matar e até mesmo a conduta culposa de causar maus-tratos. A exceção está no seu §2º, no qual o legislador previu um aumento da sanção em decorrência do resultado culposo referente à morte do animal, entretanto, mesmo nesse caso o dolo é de causar maus-tratos.

É indiscutível que punir criminalmente quem agiu com dolo de matar um animal ("animalicídio") a título do crime previsto no art. 32 se demonstra uma clara violação do princípio da legalidade previsto no ordenamento brasileiro (art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 e art. 1º do Código Penal). Este deve ser compreendido na sua dupla perspectiva, em sentido amplo e estrito. A legalidade em sentido amplo determina que não há crime e nem pena sem prévia determinação legal.¹⁰ Por outro lado, a legalidade em sentido estrito, também denominada de princípio da taxatividade, prescreve que o tipo penal deve ser certo, deve conter expressamente todas as condutas que o legislador efetivamente quis proibir, impedindo, assim, criminalizações genéricas ou vagas.¹¹ O conteúdo total do princípio da legalidade serve como limitador do *jus puniendi* estatal; portanto, atua como garantia do acusado para, em uma visão negativa, saber efetivamente aquilo que lhe é vetado e, em uma visão positiva, aquilo que lhe é permitido.

Em que pese a existência de inúmeras condenações criminais de condutas que, na verdade, visavam a morte do animal envolvido, tal interpretação aplicada pelos tribunais deve ser vista como clara analogia *in malam partem*, a qual é vedada na nossa ordem jurídica.¹²

É importante que se compreenda que a não inclusão tanto da modalidade culposa do crime de maus-tratos quanto da modalidade dolosa de matar o animal possui algum sentido e intenção por parte do legislador, de maneira que, antes de qualquer outra forma de interpretação, deve-se realizar a interpretação exegética para verificar a amplitude das palavras utilizadas no tipo, uma vez que não se "pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa".¹³ Em resumo, "[...] no Direito Penal e Processual Penal, palavra é limite, palavra é legalidade, as palavras 'dizem coisas' e nos trabalhos de lupa em cima do que diz a palavra e do que o intérprete diz que a palavra diz (Lenio Streck)... Logo, nunca se diga que é 'apenas' palavra (Coutinho), pois a palavra é tudo".¹⁴

Pode-se querer contra-argumentar no sentido de que a conduta dolosa de matar perpassaria necessariamente por uma conduta dolosa de causar maus-tratos. Este argumento é falho. Basta pensar na mesma situação envolvendo os crimes de homicídio e lesão corporal: para se chegar ao resultado morte, necessariamente se causa uma lesão corporal gravíssima. Teríamos aqui um conflito aparente de normas penais que seria resolvido pelo princípio da consunção, ou seja, a conduta final (homicídio) absorveria a conduta-meio (lesão corporal). Entretanto, no caso dos animais, a conduta final do "animalicídio" não possui previsão legal, de maneira que a jurisprudência utiliza o crime de maus-tratos como um verdadeiro "cavalo de reserva" inconstitucional nessa hipótese por violação da legalidade.

Não obstante a inexistência de previsão da conduta dolosa de matar

o animal conforme demonstrado exaustivamente, cogite-se que se aceite a sua existência na linha da interpretação jurisprudencial atual (lembre-se: inconstitucional). Tratar a conduta dolosa de causar maus-tratos da mesma forma que a conduta dolosa de matar o animal é claramente desproporcional. Na primeira, o suposto bem jurídico envolvido seria a integridade física e psíquica do animal, já na segunda, seria sua vida.¹⁵

Também há desproporcionalidade quando se analisa o crime de maus-tratos aos animais e o mesmo delito em relação aos seres humanos (art. 136 do Código Penal). Da leitura das sanções previstas nos dois tipos penais, constata-se que a sanção aplicada às condutas violadoras dos animais são mais graves que as aplicadas aos crimes contra os humanos. Como já destacado, em um sistema antropocêntrico como a ordem jurídica brasileira, tal tratamento pode também ser considerado como inconstitucional por violação da proporcionalidade.¹⁶

Nessas situações, então, haveria violações indiscutíveis do princípio constitucional da proporcionalidade, haja vista que se estaria tutelando de forma igual condutas totalmente distintas e, no outro caso, tratando bens jurídicos com diferentes importâncias de forma equiparada.¹⁷

Assim, resta caracterizada a inconstitucionalidade das compreensões jurisprudenciais de reconhecimento como crime de maus-tratos da prática da conduta dolosa de matar o animal ("animalicídio"), por violação dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

NOTAS

- ¹ Neste ponto, pode-se citar o posicionamento do STF na Medida Cautelar na ADI 3.540-1/DF que, ao interpretar o *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, definiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma garantia de todo ser humano, excluindo da sua concepção a importância do equilíbrio aos demais seres vivos e condicionando o papel do meio ambiente à viabilização da manutenção da vida humana. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de setembro de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- ² Sustenta Waldman que a relação ser humano-meio ambiente ("ecologia humana") não possui uma significação unívoca. Está condicionada à forma de percepção dessa interação empírica, variando a partir de diferentes compreensões culturais, organizações sociais, motivações e outros elementos capazes de nela interferir. Portanto, a noção sobre a necessária relação entre a vida humana e o meio ambiente também varia conforme os parâmetros de avaliação utilizados. WALDMAN, Maurício. *Meio ambiente & antropologia*. São Paulo: Senac São Paulo, 2006. p. 41-42.
- ³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 214 e ss.; BRITO, Teresa Quintela de. Os crimes de maus-tratos e de abandono de animais de companhia: Direito penal simbólico? CEDOUA - Coimbra, a. 19, n. 38, p. 9-22, 2016. Os debates ético-filosóficos da tutela penal dos animais geram discussões sobre bem jurídico. Luís Greco, por exemplo, explica esse fenômeno como decorrente de uma concepção de bem jurídico que somente deve tutelar "comportamentos socialmente danosos" aos seres humanos, como se compreende na Alemanha, onde é vedada a criação de tipos penais que "[...] não atingem à primeira vista nenhuma pessoa, gerando o questionamento: o que legitima a incriminação dos maus-tratos aos animais? GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, n. 03, p. 47-59, jan.-abr. 2010.
- ⁴ Sobre esta distinção entre a tutela dos animais e dos sentimentos pelos animais, Carlos Riva destaca a alteração que ocorreu no ordenamento italiano, o qual inseriu no CPit um título denominado "delitos contra o sentimento pelos animais". O autor demonstra como os animais são tutelados em razão do sentimento do ser humano em relação a eles e não por si mesmos, o que faz com que se proteja "cães que amam os seres humanos" e se desconsidere "as lagostas que odeiam ficar no frigorífico". RIVA, Carlo Ruga. A tutela penal dos animais no ordenamento jurídico italiano: dos cães que amam os seres humanos às lagostas que odeiam ficar no frigorífico - *The use of criminal law for the animal protection in Italy: from the dogs that love humans to the lobsters who hate the refrigerator*. *Anatomia do crime*, Coimbra, n. 4, p. 133-146, jul.-dez. 2016.
- ⁵ Por exemplo, veja-se a insuficiência na análise do TJ-SP do famoso caso da *serial killer* de animais ocorrido em São Paulo. No acórdão, o tribunal faz três considerações relevantes para o presente artigo: 1) os 37 animais envolvidos foram submetidos a maus-tratos antes de sua morte, condizentes com a submissão à fome e a prática de múltiplas perfurações; 2) as mortes foram

- constatadas pericialmente como ocorridas em um lapso de 24 horas até uma semana após a prática dos maus-tratos e foram decorrentes deles, e 3) o acórdão fala em "dolo inequívoco da ré" em causar "[...] as mais variadas espécies de sevícias e maus-tratos, restando comprovado, conforme laudo necroscópico, que os animais passaram fome antes de serem executados de forma abjeta e cruel [...]".
- Ora, a decisão em nenhum momento se debruça sobre um possível dolo de causar a morte dos animais. Ao contrário, desde o início atribui às perfurações o ânimo de causar maus-tratos, sem levar em consideração que podem servir também para a consecução da morte dolosamente visada. Se tal vontade fosse comprovada, não se estaria diante do crime de maus-tratos, mas de um suposto "animalicídio" inexistente no nosso ordenamento. SÃO PAULO. TJ-SP n. 00172472420128260050 SP 0017247-24.2012.8.26.0050, Rel. Des. Rachid Vaz de Almeida, data de julgamento: 09/11/2017, 10ª Câmara de Direito Criminal, data de publicação: 13/11/2017.
- ⁶ Cite-se Portugal, onde o art. 387 do CP pune o crime de maus-tratos contra animais de companhia. Nele o dolo previsto também é de causar maus-tratos e a morte decorrente de tais atos serve como qualificadora do resultado. Não obstante a clareza do tipo, os tribunais portugueses também aplicam ilegalmente o crime de maus-tratos à morte dolosamente perpetrada. Veja-se o que diz um acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra ao tratar de um caso de enforcamento de uma gata: "O arguido agiu de forma livre, consciente e voluntária, sabendo que causava dor e sofrimento ao animal e querendo matar a gata, como efectivamente veio a suceder, sabendo que o seu comportamento era proibido por lei" (grifou-se). MAIA, Ana. *Tribunal condena homem acusado de enforçar gata*. *Jornal Público*. 17 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/05/17/sociedade/noticia/tribunal-condena-homem-acusado-de-enforcar-gata-1830429>>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- ⁷ PRADO, op. cit., p. 214.
- ⁸ Também chamado de "biocídio" na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 1978.
- ⁹ No que concerne ao "abuso", há discussões também sobre uma possível violação do princípio da legalidade, na forma da taxatividade, por uma vagueza excessiva do termo. PRADO op. cit., p. 216.
- ¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 67-68 (livro eletrônico); GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 173 e ss. (livro eletrônico); JESUS, Damásio de. *Direito penal*: parte geral. v. 1, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51; NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 129-131. PACHELLI, Eugênio. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 91-92 (livro eletrônico); PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal*: parte geral: a teoria da infração como teoria da decisão penal. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 82 e ss.
- ¹¹ BITENCOURT, op. cit., p. 68 e ss.; NUCCI, op. cit., p. 146 e ss.; PACHELLI, op. cit., p. 94-95; PALMA, op. cit., p. 87.
- ¹² BITENCOURT, op. cit., p. 290 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed., 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 187 e ss.; GRECO,

op. cit., p. 122 e ss.; JESUS, op. cit., p. 51; NUCCI, op. cit., p. 228-230; PACELLI, op. cit., p. 92-93; PALMA, op. cit., p. 84.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 64.

¹⁴ LOPES JR, Aury. Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Consultor Jurídico*. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 27 out. 2018.

¹⁵ Fala-se como um "suposto" bem jurídico em razão das discussões mencionadas

sobre o que se tutela nos crimes contra os animais: se os animais ou o sentimento dos humanos por eles. Em relação à violação da vida, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais prevê no art. 11 que "Todo o ato que implique a morte de um animal sem necessidade é um biocídio, isto é um crime contra a vida".

¹⁶ PRADO, op. cit., p. 216-217.

¹⁷ MIR PUIG, Santiago. O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 19, n. 1, p. 7-38, jan.-mar. 2009.

Recebido em: 05/05/2019 - Aprovado em: 18/06/2019 - Versão final: 15/07/2019

O MERCADO DE DADOS: O CASO CELLEBRITE E A INVESTIGAÇÃO DIGITAL NO BRASIL

THE DATA MARKET: CELLEBRITE CASE AND DIGITAL INVESTIGATION IN BRAZIL

David Leal

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6306-8422>

davidlealadvogado@hotmail.com

Yuri Felix

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Processo

Penal ABDConst (RJ), EPD (SP) e UCS (RS). Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1494-9535>

advyuri@gmail.com

RESUMO

Novas tecnologias estão presentes no cotidiano de cada cidadão ao redor do mundo e o conhecimento se renova com uma velocidade jamais vista na história da humanidade. Assim, o sistema de justiça criminal não ficaria a margem de todo este debate e instrumentos de inteligência artificial já são empregados como método de investigação. Desta forma, a discussão deste novo mundo se encontra na ordem do dia.

Palavras chave: Novas Tecnologias, Big Data, Spyware, Inteligência Artificial, Investigação Digital

ABSTRACT

New technologies are present in the daily life of every citizen around the world and knowledge renews itself with a speed never seen in the history of humankind. Thereby, the criminal justice system would not be left out of this whole debate and artificial intelligence instruments are already employed as a method of criminal investigation. Thus, the discussion of this new world is on the agenda.

Keywords: New Technologies, Big Data, Spyware, Artificial Intelligence, Digital Investigation

Aquele que estivesse em um estado de adormecimento profundo por mais ou menos dez anos e, em um despertar repentino, viesse a se deparar com as atuais práticas no processo penal, em especial envolvendo o uso de novas tecnologias digitais para produção de prova, certamente se surpreenderia com as transformações ocorridas nos últimos tempos. Por uma perspectiva sociológica, há quem diga que, nas últimas décadas, vivemos no paradigma da transformação,¹ diagnóstico que em parte discorre sobre o avanço da técnica no aspecto *tecnoantropológico*.² Essas novas ferramentas desenvolvidas e aprimoradas de forma mais intensa pela explosão tecnológica podem ser compreendidas como *antropotécnicas*, porque norteiam sociedades, além de potencializar e modificar as capacidades humanas a partir de práticas e usos reiterados, e permitem compreender de outra forma continuidades de processos históricos relacionados à disciplina, ao controle e à domesticação de seres humanos.

O paradigma da transformação, marcado pelas inovações tecnológicas aceleradas, tem promovido mudanças no nível cognitivo³ e estabelecido o direcionamento de sociedades de acordo com as linhas traçadas pela narrativa tecnodigital,⁴ pelas tecnologias da informação e da comunicação, em uma relação íntima com o discurso neoliberal, trazendo sempre consigo o *slogan* da eficiência. Nesse campo, a estatística, enquanto linguagem de Estado, e a lógica atuarial, enquanto racionalidade pautada pela matemática do risco, tornaram-se expressões quase ultrapassadas em tempos de *Big Tech*.⁵ Como disse Byung-ChulHan, o *Big Data*, se comparado à estatística, permitiu um importante avanço: os números penetraram também no campo do desejo e do inconsciente.⁶ ações passou a ser colonizado.⁷

Há um século Walter Benjamin já havia referido que a partir do advento do cinema se tornou acessível o que ele chamou de

inconsciente óptico,⁸ justamente pela possibilidade de se acessar a cada detalhe das imagens que o olho humano não conseguia perceber. Na visão de Han, agora, podemos acessar o *inconsciente digital*. Os átomos se farão visíveis com o *Big Data*. Colocar-se-ão em evidência padrões comportamentais coletivos, permitindo-se o acesso ao inconsciente coletivo. O *Big Data* tornou legível certos desejos que não conseguíamos de outra forma exprimir. Como consequência, a microfísica do *Big Data* tornou-se um grande negócio. As informações pessoais são comercializadas⁹ e se tornam mercadoria.¹⁰

Acontece que os técnicos do *Big Data* também estão orientando seus trabalhos para o processo penal, que em certo contexto passou a se interessar pelos hábitos virtuais dos seus atores. Nisso se percebe, que a vigilância¹¹ passa a ser realizada não apenas por câmeras, mas pelas próprias coisas que usamos – internet das coisas. Um dos grandes exemplos disso é representado pelo uso que fazemos do aparelho celular, um produto da técnica que se tornou uma ferramenta norteadora de práticas e hábitos e ao mesmo tempo passou a armazenar cada vez mais dados em enormes quantidades, que podem ser extraídos e analisados por meio de dispositivos específicos, mesmo contra a vontade de seu proprietário. Atualmente, os UFEDs (*Universal Forensic Extraction Device*) produzidos pela empresa israelense *Cellebrite* são largamente utilizados em investigações pelo mundo¹² nos assuntos que envolvem: guerra, crime e empresa. No Brasil, contudo, a *Cellebrite* não é a marca absoluta. O Instituto Geral de Perícias com sede em Chapecó/SC, por exemplo, utiliza o software XRY da empresa MSAB.¹³

De qualquer sorte, os UFEDs da *Cellebrite* são capazes de extrair dados integrais de praticamente qualquer aparelho de celular, mesmo aqueles já deletados. Tais operações envolvem quebra de senha, descryptografia, leitura facial, relatórios seletivos, etc., e podem ser realizadas não apenas em aparelhos eletrônicos (Samsung, Motorola, LG, *IPhones*, *IPads*, *IPods*), mas também em cartões de memória ou até em *drones*. As possibilidades dos produtos da empresa israelense realmente impressionam. Para se ter um exemplo, segundo **Monique Mann, Adam Molnar e Ian Warren**, um funcionário da Receita Federal na Austrália (*AustralianTax Office*) teria divulgado há poucos anos no *LinkedIn* o passo a passo para *hackear* um *Smartphone*. Os documentos sugeririam que ele teria utilizado um *software* de extração forense universal fabricado pela *Cellebrite*. O funcionário da Receita Federal australiana negou posteriormente que monitorasse os aparelhos de contribuintes.¹⁴ No entanto, o uso de *spywares* comercializados se tornou uma prática comum das agências de governo. Mesmo que o emprego dessas ferramentas de vigilância seja autorizado judicialmente, existe o risco de se proliferar e fomentar a violação sistemática de direitos fundamentais dos investigados. Isso porque o mercado *spyware* gera milhões de dólares¹⁵ e seus comerciantes estão dispostos a vender seus produtos para governos autoritários.

Nesse contexto, em 2015, em San Bernardino, na Califórnia, houve uma manifestação em apoio à *Apple* diante da recusa da empresa em auxiliar o FBI na investigação de SyedFarook, um dos responsáveis pelo ataque a quatorze pessoas. O FBI queria que a *Apple* criasse uma senha universal para acessar os dados de celular do *iPhone 5c* do investigado. A *Apple* se negou a contribuir para o caso, sustentando que o procedimento colocaria em risco a privacidade de todos os seus usuários, uma vez que a chave-mestra poderia ser utilizada em qualquer aparelho. Mesmo assim, os investigadores conseguiram avançar sem contar com a ajuda da *Apple*. O FBI não informou como conseguiu acessar às informações do aparelho, mas o que se sabe é que o órgão contou com a ajuda de uma empresa de *spyware*, cujo nome não foi revelado, e gastou cerca de US \$ 1,3 milhão de dólares. Tudo indica que a empresa tenha sido a *Cellebrite*, que chegou a

confirmar que tem parceria com o FBI, mas não ofereceu nenhum detalhe sobre o caso.¹⁶ Não é improvável que a *Cellebrite* tenha fornecido o acesso às informações do aparelho; basta ver o que a empresa descreve em seu site: "*nossos especialistas fornecem aos órgãos de segurança pública acesso rápido e com solidez forense as provas digitais sigilosas em dispositivos móveis!*"¹⁷

O discurso da *Cellebrite* aparece em suas promessas alinhadas às formulas econômicas contemporâneas: redução de custos e economia de tempo.¹⁸ Por isso, a empresa declara que diante de uma variedade cada vez maior de dispositivos digitais, os investigadores podem ter em mãos ferramentas avançadas, que aproveitam as evidências extraídas dos aparelhos. Se os celulares registram todos os hábitos do usuário, cabe ao investigador se servir desse banquete de dados e, ao aprimorar sua performance pelo uso do *UFED*, oferecer respostas rápidas sobre o caso. Eliminando a lenta análise manual de dados digitais, a empresa concentra em seus produtos as potencialidades da inteligência artificial¹⁹ e dos algoritmos de aprendizado de máquina.²⁰

Curiosamente, no Brasil, a *Cellebrite* é um dos legados da copa do mundo de 2014 no campo da segurança pública, momento em que se investiu em novas tecnologias. Nesse período, o FBI treinou diversas polícias e agências brasileiras.²¹ Então, foi ministrado o curso de Controle de Distúrbios Cíveis, que visava transmitir técnicas de controle de multidões, planejamento operacional, emprego da força, relação com a mídia e uso de informação com o propósito de identificar os indivíduos considerados vândalos.²² Entre os cursos oferecidos, havia o de investigação digital. A investigação digital forneceu as técnicas para extração, decodificação e análise de dados mantidos em aparelho de celular. No ano de 2013, entre os dias 11 e 15 de novembro,²³ no curso Consulta *Cellebrite*, oficiais brasileiros foram capacitados a utilizar as ferramentas do *Cellebrite UFED* em aparelhos móveis durante as investigações. Desde então, a empresa tem se expandido nesse novo mercado de dados.

Atualmente, na América Latina, a *Cellebrite* possui escritórios em Brasília, São Paulo, México, Colômbia, Argentina, Chile e Peru, que são coordenados por Frederico Bonicontró. No Brasil, as instituições policiais e os órgãos de perícia têm demonstrado enorme interesse pela tecnologia disponibilizada pela *Cellebrite*. No início de 2019, o Ministério Público de São Paulo divulgou, que adquiriu uma série de ferramentas da *Cellebrite*.²⁴ A Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul destacou a importância desse tipo de tecnologia no auxílio à inteligência policial.²⁵ A Polícia Civil de Minas Gerais utiliza o *Cellebrite* desde o ano de 2017.²⁶ A Politec (Perícia Geral de Identificação Técnica) do Mato Grosso anunciou em seu site, que recebeu, em janeiro de 2019, novos equipamentos da fabricante israelense, substituindo os antigos. Consta no site de notícias da Politec que o *UFED Touch2* tem a capacidade de recuperar dados de aparelhos lançados a partir de 2017, além de outros dispositivos móveis que tenham recebido atualização. Conforme a Politec, as demandas de extração de dados deram um salto de 243 perícias por ano, em 2013, para 1.040 perícias em 2017, o que representa um aumento de 350%.²⁷ Não à toa, que a própria Polícia Federal utiliza o *Cellebrite*, no mínimo, desde o ano de 2014 para extrair dados dos celulares dos seus investigados. A propósito, Deltan Dellagnol teria mencionado que as mensagens trocadas com Sérgio Moro pelo aplicativo *Telegram* foram deletadas do seu aparelho e que os diálogos divulgados pelo site *The Intercept* talvez tenham sido adulterados, de modo que somente se poderia confirmar a integridade das conversas se as mensagens apagadas fossem comparadas com aquelas publicadas pelo jornal. Um fornecedor da *Cellebrite* disse ser possível recuperar mensagens enviadas e recebidas pelo aplicativo *Telegram*.²⁸

Como se vê, a crescente utilização do *UFED* da empresa israelense para a gestão antropotécnica pelo processo penal – possibilitando o uso de novas ferramentas para governar por meio do processo²⁹ e do crime – indica que a extração de dados tem se tornado uma estratégia crucial para obtenção de informações na prática forense. O uso dessas ferramentas ainda não foi devidamente avaliado. Urge questionar não apenas tecnicamente a credibilidade das informações oferecidas pelos Softwares de extração de dados de

uma empresa privada, mas também pensar sobre o influência da *Cellebrite* no processo penal e, inclusive, sobre sua atuação no Brasil, país que ostenta uma cultura processual penal autoritária,³⁰ pois, do contrário, estaremos autorizando pela via tecnológica novas práticas abusivas de vigilância e de monitoramento exercidas pelo Estado³¹ e garantindo a lucratividade da *Cellebrite*, que cada vez mais cresce nesse mercado de dados que tomou conta do processo penal.

1

NOTAS

- SLOTTERDIJK, Peter. *Hasde Cambiar tu Vida: sobre antropotécnica*. Tradução de Pedro Madrigal. Valencia: Pre-Textos, 2012. GOFFETTE, Jérôme. *Anthropotechnie: cheminement d'un terme, concepts différents*. Paris, *Alliage*, n. 67, p. 104-116, out./2010.
- LÉVY, Pierre. *O que é o Virtual?* Tradução de Paulo Neves. São Paulo: 34, 2006. p. 27.
- ROSA, Alexandre Morais da; FELIX, Yuri. *Novas Tecnologias e a Transformação Cognitiva no Processo Penal*. *Boletim do IBCCRIM*, n. 322, Set/2019.
- O'NAIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016.
- MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: UBU Editora, 2018.
- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: neoliberalismo e as novas formas de poder*. Barcelona: Herder, 2014. p. 21-35.
- BENJAMIN, Walter. *A Obra de Arte na Época de sua Reprodutibilidade Técnica*. Porto Alegre: Zouk, 2012.
- Um aprofundamento sobre o tema da antropotécnica na esfera criminal, ver em: SILVA, David Leal da. *Antropotécnica Criminal: a arte de punir e o homem operável*. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2019.
- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: neoliberalismo e as novas formas de poder*. Tradução de Alfredo Bérges. Barcelona: Herder, 2014. pp. 52-8.
- BERARDI, Franco. *Después de Futuro: desde el futurismo al cyberpunk*. El agotamiento de la modernidad. Madri: Enclave de Libros, 2014.
- RAMONET, Ignacio. *El Imperio de la Vigilancia*. Madri: Clave Intelectual, 2016.
- Disponível em: <<https://www.cellebrite.com/pt/analytics-2/>>. Acesso em: 23 dez. 2019.
- Ver em: <<https://www.msab.com/>>. Acesso em: 01 jan. 2020.
- MANN, Monique; MOLNAR, Adam; WARREN, Ian. *Spyware merchants: the risks of outsourcing government hacking*. *Business Standard*, The Conversation, 21/07/2017. Disponível em: <https://www.business-standard.com/article/technology/spyware-merchants-the-risks-of-outsourcing-government-hacking-11707210015_9_1.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- Disponível em: <<https://www.thedailybeast.com/ice-has-a-new-dollar30m-contract-with-israeli-phone-cracking-company-cellebrite?ref=scroll>>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- Ver em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160330_fbi_apple_lab>. Acesso em: 25 dez. 2019.
- Disponível em: <<https://www.cellebrite.com/pt/servicos-avancados/>>. Acesso em: 25 dez. 2019.
- Sobre o tema: DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo:*

- ensaios sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. Ver também: BERARDI, Franco. *Después de Futuro: desde el futurismo al cyberpunk*. El agotamiento de la modernidad. Madri: Enclave de Libros, 2014.
- Tal temática também diz respeito ao tema da antropotécnica, pois se trata de aprimorar as técnicas de domesticação a fim de se efetivar resultados eficientes. GOFFETTE, Jérôme. *Anthropotechnie: cheminement d'un terme, concepts différents*. Paris, *Alliage*, n. 67, p. 104-116, out./2010.
- Disponível em: <https://cf-media.cellebrite.com/wp-content/uploads/2019/11/DataSheet_Analytics_A4_web.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.
- Conforme dados da Secretaria Extraordinária de Segurança para Grande Eventos (Sesge), criada pelo Ministério da Justiça. Documentos disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2014/06/Resposta-SIC-08850001475201428-7-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019. Ver também: <<https://www.jornaldocomercio.com/site/noticia.php?codn=166376>>. Acesso em: 27 dez. 2019.
- Disponível em: <<https://www.aesp.ce.gov.br/2014/03/21/title3095/>>. Acesso em: 02 jan. 2020.
- Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/35641/estados-unidos-treinaram-policiais-brasileiros-para-conter-manifestacoes-na-copa-do-mundo>>. Acesso em: 03 jan. 2020.
- Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=20103353&id_grupo=118>. Acesso em: 04 jan. 2020.
- Ver em: <<https://www.pc.rs.gov.br/realizada-reuniao-de-transicao-com-a-futura-chefe-de-policia>>. Acesso em: 26 dez. 2019.
- Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/interessa/cellebrite-ajuda-policia-civil-de-minas-a-vasculhar-celulares-11594075>>. Acesso em: 26 dez. 2019.
- Disponível em: <<http://www.politec.mt.gov.br/noticia.php?id=8400>>. Acesso em: 01 jan. 2020.
- Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/31/politica/1564606298_023940.html>. Acesso em: 02 jan. 2020.
- Sobre o tema do governo através do crime: SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: how the war on crime transformed Democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford: University Press, 2007. Ver ainda: SIMON, Jonathan. *Punição e as Tecnologias Políticas do Corpo*. *Sistema Penas & Violência*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 219-251, jul./dez. 2013.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. V. 1. Santa Catarina: TirantLoBlanch, 2018.
- ASSANGE, Julian et al. *Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet*. São Paulo: Boitempo, 2013.

Recebido em: 08/01/2020 - Aprovado em: 18/02/2020 - Versão final: 20/02/2020

DO EPISTEMICÍDIO A EPISTEMOLOGIAS DO APARECIMENTO: MULHERES NEGRAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA E NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

FROM EPISTEMICIDE TO EPISTEMOLOGIES OF THE APPEARANCE: BLACK WOMEN IN THE JUSTICE SYSTEM AND CRIMINAL SCIENCES

Allyne Andrade e Silva

Doutora e mestra em Direito pela Universidade de São Paulo. Master of Laws na área de Teoria Crítica Racial da UCLA School of Law. Advogada.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0179-4650>

allyneaes@gmail.com

RESUMO

O artigo critica o tratamento dado as mulheres negras, utilizando como exemplo o duplo lugar ocupado pelas mulheres negras no sistema de justiça e nas Ciências Criminais: visíveis como alvos preferenciais do encarceramento feminino e invisíveis como vítimas da violência contra a mulher e feminicida. O objetivo é realizar uma crítica acerca das produções que, embora críticas ao sistema penal e cientes da sua seletividade, apenas utilizam essas mulheres como números para retratar os problemas do sistema de justiça. Tais análises, de maneira geral, são incapazes de observar as mulheres negras enquanto intérpretes desse mesmo sistema e da sua própria realidade, de trazer raça como elemento central das causas dessas violências. Por fim, proponho que interseccionalidade seja utilizada como uma epistemologia do aparecimento das mulheres negras e como uma perspectiva crítica antirracista, que confere às estas a primazia epistêmica de interpretação de suas próprias realidades.

Palavras chave: Mulheres negras, epistemicídio, interseccionalidade.

ABSTRACT

This paper criticizes the treatment given to black women, using as an example the double position occupied by Black women in the justice system and in the Criminal Sciences: visible as preferential targets of female incarceration and invisible as victims of violence against women and femicide. My main goal is to criticize analysis that, although critical of the penal system and aware of its selectivity, only uses these women as numbers to portray the problems of the justice system. These analyzes, in general, are incapable of using Black women as interpreters of the same system and of their own reality, of bringing race as a central element of the causes of this violence. I also propose that intersectionality be used as an epistemology of the appearance of black women and a critical anti-racist perspective that gives them the epistemic primacy of interpreting their own realities.

Keywords: Black women, epistemicide, intersectionality

Introdução

O objetivo desse breve ensaio, desde a perspectiva feminista negra da interseccionalidade, é realizar uma crítica acerca da "posição" conferida às mulheres negras no debate comumente feito nas Ciências Criminais. Para tal, recorro a dois exemplos: o do "combate" ao tráfico de drogas e o superencarceramento, de um lado, e à violência feminicida, de outro. Cumpre ressaltar que há complexas relações entre gênero, raça e classe nos processos de criminalização e vitimização da mulher negra e não pretendo esgotá-las aqui.

Meu intuito é demonstrar a fragilidade das análises que, embora se digam críticas, promovem apenas a "contagem dos corpos" das mulheres negras, seja como alvo preferencial do encarceramento feminino, seja como vítimas da violência contra mulher e feminicida. Quando eu falo da contagem dos corpos, refiro-me às produções que, embora críticas ao sistema penal e cientes da sua seletividade, são incapazes de considerar as mulheres negras como intérpretes desse mesmo sistema e da sua própria realidade ou de trazer raça como elemento central das causas dessas violências.

Para essa abordagem, apresento brevemente dados sobre as mulheres negras e o cárcere, tratando das mulheres negras e violência de gênero. Em seguida, apresento a mulher negra enquanto (não) sujeito visível e invisível no sistema de justiça e no epistemicídio frequente nas Ciências Criminais. Por fim, falo da interseccionalidade como uma epistemologia do aparecimento das mulheres negras e uma perspectiva crítica antirracista, que confere às mulheres negras a primazia epistêmica de interpretação de suas próprias realidades.

1. Mulheres negras e o cárcere

O sistema prisional brasileiro tem a quarta maior população carcerária feminina do mundo. Os três primeiros lugares são ocupados por Estados Unidos, China e da Rússia, respectivamente. Em junho de 2016, havia cerca de 42.355 mulheres, de acordo com o novo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias sobre Mulheres (Infopen Mulheres). O número representa um crescimento

de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional.

Oficialmente, há apenas 27.029 vagas no sistema carcerário, o que representa uma taxa de ocupação de 156,7% e um déficit de 15.326 vagas. Cabe ressaltar que 45% das mulheres presas no Brasil, em junho de 2016, eram presas provisórias e, portanto, não haviam sido ainda julgadas e condenadas. De acordo com a mesma pesquisa, 62% da população prisional feminina é composta por mulheres negras.¹ Sobre a escolaridade, 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio. A maioria das mulheres privadas de liberdade condenadas ou aguardando julgamento em 2016 (62%) receberam acusação ou foram sentenciadas por crimes relacionados ao tráfico de drogas.²

Portanto, o superencarceramento feminino no Brasil tem um perfil bastante específico. Trata-se de mulheres negras, pobres, com baixa escolaridade e condenadas majoritariamente por tráfico de drogas. Os números cansam, não? Eu já cansei de ouvir. Qualquer pessoa que conheça minimamente o debate sobre cárcere e tráfico de drogas, conhece essa realidade.

Normalmente, nos debates críticos sobre sistema de justiça, seletividade penal e encarceramento feminino são apontadas as causas da super expansão do Estado Penal no Brasil, além de temas adjacentes, como: a feminização da pobreza, debates sobre legislação e tipos penais, acesso à justiça, interpretação jurídica, causas sociais do crime, o que significa ser criminosa, superlotação e privatização dos presídios... A "guerra às drogas" e a própria forma como a legislação de drogas são interpretadas estão no centro das causas do superencarceramento do Brasil. É sabido que a seletividade sociorracial do sistema de justiça determina quem é usuário e traficante, o tamanho da pena, dentre outros.

Durante os debates, assim, no meio da frase eu ouço alguém falar: "...e, inclusive, as negras são a maioria das mulheres encarceradas..."

Desta maneira, como se raça fosse um argumento de reforço a tudo que se disse antes e não elemento central desse encarceramento.

2. Mulheres negras e violência de gênero

Juridicamente, no Brasil, temos duas legislações principais no que tange à violência contra a mulher. A primeira é a Lei Maria da Penha (11.340/2006), que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, reconhecendo qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual, psicológica, moral e patrimonial (art. 7º da lei).

A categoria do feminicídio foi juridicamente inaugurada no Brasil pela Lei 13.104/2015 como qualificadora do crime de homicídio. Ele é entendido como o homicídio cometido "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino" (art. 121, §2º, Código Penal). Embora a lei represente um avanço para o sistema jurídico, ela já é um retrocesso para os estudos do campo de gênero. Primeiro: a lei fixou a possibilidade do feminicídio usando sexo e não gênero como critério. Segundo: a legislação brasileira não englobou outras formas de violência patriarcal, que também resultam em morte, como, por exemplo, as formas institucionais, dentre as quais podemos destacar: a proibição do aborto e outras políticas de controle de sexualidade e do corpo feminino; ou mesmo a negligência dos Estados em coibir, punir e erradicar as formas diretas de violência contra a mulher ocorridas no âmbito privado (ROMIO, 2017).

Atenta, a essas múltiplas formas de violência, a pesquisadora **Jaqueline Romio** desenvolveu uma nova tipologia dos feminicídios, dividida entre feminicídio doméstico (no espaço da residência), reprodutivo (mortes por aborto) e sexual (quando a morte decorre da violência sexual). A análise permite que seja formada uma compreensão mais abrangente do significado da violência de gênero e de suas diferentes manifestações a depender da faixa etária, raça/cor e classe. Embora a concepção da definição jurídica do conceito seja menor do que o conceito formulado pelas teorias feministas, concentrarei minha análise no número de homicídios e faço a ressalva de que os dados se baseiam na categoria sexo e não gênero.³

O Mapa da Violência 2015 aponta um crescimento de 54%, em dez anos, no número de homicídios de mulheres negras, passando de 1.864, em 2003, para 2.875, em 2013. No mesmo período, a quantidade anual de homicídios de mulheres brancas caiu 9,8%, passando de 1.747 para 1.576 no mesmo período. Mais da metade desses crimes (55,3%) foram cometidos no ambiente doméstico e 33,2% dos homicídios eram parceiros ou ex-parceiros das vítimas, segundo dados de 2013 do Ministério da Saúde.

Vale reforçar uma vez mais, que esses dados são conhecidos de quem se propõe a fazer o debate de violência de gênero no Brasil. Nas discussões sobre o tema, não raro, vejo o machismo, o patriarcado, a pobreza, a falta de acesso à justiça e a cultura do estupro sendo elencados como causas dessa violência de gênero; e, muito raramente, vejo raça/cor elencada como um fator relevante para essa violência.

3. Mulheres negras visíveis e invisíveis nas Ciências Criminais

Tanto o cárcere como a violência de gênero são fenômenos complexos e não pretendo aqui oferecer nenhuma genealogia sobre essas violências. Não se trata ainda de propor um *ranking* da opressão, com o propósito de apontar onde a dor dói mais ou de diminuir a dor de mulheres brancas, vítimas do cárcere e da violência. Meu objetivo, ao enfatizar esses dados tão conhecidos pelos estudiosos, é, em primeiro lugar, estabelecer o lugar de desconforto que o racismo e a desigualdade racial devem produzir em qualquer pessoa que pretenda criticar esse sistema. É preciso repetir para que ninguém se esqueça. Em seguida, buscamos trazer para a superfície esse duplo lugar, do visível e do invisível, da mulher negra nas Ciências Criminais e no sistema de justiça. Minha intenção, ao retratar esses dados, é destacar um certo conforto dentre diversos teóricos das

Ciências Criminais em utilizar o corpo negro apenas como reforço teórico ou retórico da crítica ao sistema penal, sem, entretanto, trazer a raça como fator central de análise no mesmo sistema.

É um (eterno) jogo de aparecimento e desaparecimento da mulher negra. Visível como encarcerada e como morta após ser vítima de violência. Invisível como sujeito de política pública e como teórica de sua própria realidade.

Essa representação das mulheres negras enquanto corpos, seja no sistema prisional superlotado ou como vítimas preferenciais da pobreza, do aborto não legalizado, da violência obstétrica, da violência doméstica e do feminicídio é um reforço da representação negativa da mulher negra enquanto inferior e, portanto, passível e violência. Como nos ensina Wilma Reis (2005), é no corpo que se inscrevem marcas profundas e emblemáticas de representações negativas do que significa ser negro. A punição, o constrangimento, a violência e a coerção são mensagens explícitas, que situa o lugar do negro e da negra para si e para os seus, mas também para os outros. A contagem de nós, enquanto presas ou mortas, é testemunho do sucesso dessa pedagogia.

O mesmo sistema de justiça, que enxerga as mulheres negras como criminosas, mesmo quando elas não são, é incapaz de enxergá-las enquanto vítimas, permitindo que elas estejam em um ciclo contínuo de violência que, por muitas vezes, só é encerrado com o ato final: a morte. Por vezes, nem a morte freia essa violência. Embora esses pareçam fenômenos estanques ou contradições em si, eles são manifestações de um "projeto genocida de Estado que vai desenhando as vulnerabilidades que fragilizam, matam e impedem a formação de uma consciência histórica capaz de sedimentar as bases de uma reação articulada do contingente negro." (FLAUZINA, 2006, p.92).

O reconhecimento do perfil racial do cárcere e da violência não pode servir apenas para melhor ilustrar o conhecimento de um dado sujeito – normalmente, que não é alvo desse mesmo sistema – sobre o sistema penal do seu próprio país. Feito desse modo, ele atua apenas como reforço de outra face desse genocídio: o epistemicídio e a negação do sujeito (a mulher negra) enquanto produtor de saber. Se eu não penso sobre minha própria realidade, eu não existo. Se o conhecimento produzido por nós sobre a nossa realidade não é tido como válido, eu também não existo.

Trocando em miúdos, eu entendo o genocídio – e nesse caso o feminicídio – como uma tripla morte. A morte física, resultante da violência obstétrica, da negligência do acesso à saúde e à justiça, dos altos índices de mortalidade materna por causas evitáveis, da violência contra a mulher, do homicídio, da tortura etc. Uma morte simbólica causada pela invisibilidade ou estereotipação na mídia, pela impossibilidade de acesso aos locais de mando e decisão, ou pela negação de validade dos saberes produzidos por nós. Uma terceira dimensão dessa morte, a das nossas consciências, da nossa memória, do legado deixado pelos nossos. É aquela morte causada pelo esvaziamento da violência sofrida, que ocorre, por exemplo, na tentativa de acusar de criminosas ou de merecedoras as jovens vitimadas pela violência – afora o rótulo de traficante aplicado às usuárias de drogas. O genocídio é um projeto que vai se adaptando as circunstâncias, por hora sendo omissão, por hora sendo ativo, porém, continuamente, se movimento para a promoção da morte negra enquanto resultado.

Dito isso, meu convite é para que as Ciências Criminais e os sujeitos que a operam superem esse conhecimento da vitimação negra apenas pelo conhecimento e pelo bem da sua própria erudição. Entendo que este saber deve representar uma tomada de posição, que sirva, em primeiro lugar, para romper com qualquer discurso que coloque a democracia racial como premissa teórica da análise jurídica. Em segundo lugar, defendo que ele deve servir para que se busque um espaço teórico onde a raça seja estabelecida como dimensão central – embora não única – para qualquer pretensão de explicação do sistema penal no Brasil. Em terceiro lugar, que

isso deve significar que seja dado às mulheres negras a primazia epistêmica da interpretação de suas próprias realidades (Curriel, 2014), bem como o reconhecimento do lugar da experiência vivida como fonte de saber (Collins, 2000).

Com isso, não quero dizer que os trabalhos até então produzidos nas Ciências Criminais não dão conta de explicar uma grande e importante parte do sistema de justiça ou do sistema penal brasileiro, nem que eles não forneçam explicações válidas. Quero apenas ressaltar, que tais trabalhos, ao não possuírem raça como dimensão central – e não lateral- de análise ou ao não possuírem mulheres e homens negros como referências, – são incapazes de romper com o pacto da democracia racial, por um lado, e com o projeto genocida e epistemicida do outro. Nesse sentido, eles seriam incapazes de colaborar com um projeto verdadeiramente antirracista.

Na próxima e última seção, defendo a interseccionalidade como lugar teórico onde é possível que se firmem alguns desses compromissos.

4. Para melhor ver: a Interseccionalidade como projeto teórico de aparecimento da mulher negra

Interseccionalidade é compreendida como uma categoria teórica, que focaliza múltiplos sistemas de opressão em particular, articulando raça, gênero e classe social para propor um entendimento sobre determinado fenômeno de empoderamento /desempoderamento ou para produção de igualdades/desigualdades. **Crenshaw** usou a metáfora de um cruzamento, uma encruzilhada entre várias avenidas e diversos eixos, que representam as diversas opressões sofridas por alguém.

Crenshaw apresenta três perspectivas distintas de interseccionalidade: (a) interseccionalidade estrutural, (b) interseccionalidade política e (c) interseccionalidade representacional. Essas perspectivas, grosso modo, são sobre estruturas sociais, movimentos políticos e diálogo cultural, respectivamente.

Por conseguinte, uma análise interseccional do fenômeno do encarceramento envolveria, por exemplo, uma análise das estruturas de poder, que leva à maior criminalização da mulher negra em relação aos outros grupos raciais. Dito de outra forma, ela busca discutir as maneiras em que o lugar das mulheres negras na interseção entre raça, classe e gênero faz com que nossas experiências de encarceramento ou de violência sejam qualitativamente diferentes das experiências das mulheres brancas. Partindo deste ponto de vista, seria preciso analisar como ambas as políticas feministas e antirracistas têm paradoxalmente – e com frequência – ajudado a marginalizar a questão da violência contra as mulheres negras, seja ignorando sua participação majoritária na condição de vítimas dessa violência, seja desconsiderando o feminicídio como aspecto do genocídio contra elas. No caso do encarceramento, uma análise de como a feminização da pobreza e a guerra às drogas afetam de forma desigual mulheres negras em relação aos demais grupos

raciais é a resistência dos movimentos que buscam discutir uma nova política de drogas em considerá-las protagonista desse debate.

Por fim, uma análise do que pode ser denominado “interseção representacional”, ou seja, as formas como são produzidos os estereótipos das mulheres negras como criminosas ou como passíveis de serem violentadas, através de uma confluência de narrativas predominantes de raça e gênero, bem como o reconhecimento de como as críticas contemporâneas de uma representação racista e sexista marginalizam mulheres não-brancas.

Defendo que a interseccionalidade é uma ferramenta conceitual, que visa (a) combater apagamentos teóricos e possui (b) uma agenda que tenta constantemente relacionar aspectos aparentemente não relacionados de um determinado domínio de investigação. Nesse sentido, é uma epistemologia do aparecimento. () Torna a mulher negra visível não apenas enquanto corpo ausente do mundo social – seja pelo cárcere, seja pela morte –, mas também como sujeito de produção de saber, de explicação de um fenômeno e protagonista na produção de soluções acerca desse fenômeno

5. Considerações finais

Ao compartilhar as inquietações que me tomam ao presenciar essa contagem e a exposição desses dados desacompanhada de qualquer análise que tenha gênero e raça como elementos principais de explicação do sistema de justiça; bem como não utilizam mulheres negras como intérpretes desse sistema, objetivei estimular a formação de uma agenda teórica e política, que permita visibilizar as mulheres negras seja pela utilização do método interseccional, desenhando dentro do feminismo negro, seja pela utilização das mulheres negras como produtoras de saberes e soluções para essa realidade .

Já há um corpo teórico, produzido por homens e mulheres negras – alguns deles citados aqui –, que são capazes de articular os eixos de poder e dominação que afastam ou aproximam um dado sujeito do sistema de justiça criminal e de fornecer interpretações, assim como soluções acerca desse sistema. Essa visibilidade da mulher negra, de suas experiências, seus saberes e experiências é passo essencial para uma produção de um conhecimento antirracista.

Ressalto que não defendo a interseccionalidade como a única teoria possível de explicar a realidade de múltiplas opressões, nem mesmo como uma explicação acerca de identidade. Minha defesa é que a interseccionalidade seja utilizada como esquema teórico, que possibilite considerar múltiplos terrenos identitários e eixos de poder ao analisarmos um determinado fenômeno social e a forma como o mundo social é construído. Ademais, permite que sejam pensadas soluções em campos distintos, político e teóricos. Por fim, ela confere às mulheres negras, criadoras desse esquema teórico, a primazia na construção de soluções políticas e teóricas das realidades que as afetam.

NOTAS

- ¹ De acordo com o Infopen Mulheres, a informação sobre a raça, cor ou etnia da população prisional feminina estava disponível para 29.584 mulheres (ou 72% da população prisional feminina). O número é calculado a partir da análise da amostra de mulheres sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia.
- ² Para fins de comparação, entre os presos do sexo masculino, o crime de maior incidência é tráfico de drogas, correspondendo, entretanto, a 28% dos detentos. Em 2005, antes da reforma da lei de drogas, 9% dos presos no Brasil haviam sido detidos por crimes relacionados às drogas. O perfil racial se mantém o mesmo: 64% são negros.
- ³ Pode-se dizer que sexo está relacionado às distinções anatômicas e biológicas entre feminino e masculino. Gênero é o termo utilizado para designar a construção social do sexo biológico. Cada cultura possui um sistema de gênero, isto é, um sistema simbólico ou de significações, que relaciona o sexo a conteúdos culturais de acordo com valores e hierarquias sociais, estando

interligado a fatores sociopolíticos e econômicos. Tal estrutura e sua dinâmica são determinantes na organização da desigualdade dentro das diferentes sociedades. (Kergoat,1996; Lauretis, 1994)

- ⁴ Esse termo é utilizado por mim, a partir de uma interpretação pessoal e livre do texto de Dotson, que foi compartilhado comigo diretamente pela autora em uma classe sobre Interseccionalidade, no ano de 2019, na Universidade da Califórnia, onde ela foi uma das palestrantes, intitulado “On Epistemologies of Disappearing: On How Not to Critique the Intersectionality from “Mapping”. Como a ideia me surgiu da leitura e dos diálogos com ela, cito-a no texto e nas referências, mas não há informações completas sobre a publicação. De modo geral, a autora crítica as epistemologias do desaparecimento, que abrem mão de uma visão interseccional apenas para fazer a mulher negra “desaparecer” do campo de análise. Nesse sentido, denominei a interseccionalidade como uma das epistemologias do “aparecimento”.

REFERÊNCIAS

- BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen, 2019.
- CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, Standford, p. 1241-1299, jul. 1991.
- CURIEL, Ochy Curiel. Construyendo metodologías feministas desde el feminismo decolonial. In: Otras formas de (re)conocer. *Reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista*. Organizadoras: Irantzu Mendia Azkue, Marta Luxán, Matxalen Legarreta, Gloria Guzmán, Iker Zirion, Jokin Azpiazu Carballo, 2014
- Dotson, Kristie, *On Epistemologies of Disappearing: On How Not to Critique the Intersectionality from "Mapping"*. 2019 No prelo.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. 2006. 145 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da UnB, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- KERGOAT, D. Relações sociais de sexo e divisão sexual do trabalho. In: LOPES, M. J. M.; MEYER, D.E.; WALDOW, V.R. (Orgs.) *Gênero e saúde*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, B.H. *Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- REIS, Vilma. *Atuados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações de 1991 a 2001*. 2005. 247 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.
- ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. *Feminicídios no Brasil, uma proposta de análise com dados do setor de saúde*. 2017.
- WASELFSZ, Julio Jacob. *Mapa da Violência 2015 – Homicídio de Mulheres no Brasil*. 1ª ed. Brasília: Flacso, 2015.

Autora Convidada

LEI DE ABUSO DE PODER OU DE PROTEÇÃO DA AUTORIDADE?

LAW OF ABUSE OF POWER OR PROTECTION OF AUTHORITY?

Juarez Cirino dos Santos

Professor de Direito Penal da UFPR. Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC. Advogado.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5135-523X>
juarezcirinodossantos@gmail.com

RESUMO

O artigo discute os conceitos de função e de poder para definir o abuso de autoridade contra o cidadão. Mais: a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e de provas pela autoridade exclui o injusto de modo mais radical que o erro de proibição ou de tipo, que dependem da natureza evitável/

inevitável do erro. Assim, é possível dizer que o legislador criminalizou com uma mão, mas descriminalizou com a outra, criando um estranho direito penal do amigo.

Palavras chave: Direito penal, Lei de abuso de poder, Poder.

1. Os conceitos de poder e de função

As disposições gerais da lei de abuso de autoridade contêm normas incomuns, que atribuem uma natureza *sui generis* à criminalização e reclamam uma análise sistemática prévia. Este estudo tem por objeto essa *parte geral* da lei de abuso de autoridade, que exclui a configuração dos tipos de injusto definidos.

1.1. Os crimes de abuso de autoridade descrevem situações de *abuso do poder* realizadas por agente público (servidor ou não) no exercício das funções ou a pretexto de exercer tais funções.¹ Logo, se o crime é definido como abuso do poder no exercício de funções, é necessário esclarecer o conceito de *função* e, depois, o conceito de

abuso do poder no exercício da *função* - uma pesquisa que precede a análise dos novos tipos de crimes de *abuso de autoridade* instituídos, cuja aplicação pressupõe esses conceitos.

1.2. O conceito de *função* em sociologia é definido como a relação da parte (órgão) com o todo (organismo), enquanto o *órgão* é o mecanismo equipado para o exercício de funções;² a função, contudo, em órgãos da administração pública, define os papéis específicos do cargo e, por isso, costuma-se falar das *funções* do cargo.

1.3. O conceito de *poder* - talvez a grande questão política da atualidade - parece transcender os limites do Direito, assim como

as relações econômicas (manutenção das relações de produção): do ponto de vista político, único capaz de compreender o conceito, segundo **FOUCAULT**,³ o poder é uma *relação de força* que existe, essencialmente, como o *que reprime* - e, por isso, é útil para garantir as relações de produção econômicas -, em especial, através do Direito. Mais: se o poder político nas sociedades capitalistas representa o poder do capital, então as relações de poder são as relações do capital na esfera política das relações sociais. Nesse contexto, a lei trata do *abuso do poder* político praticado por funcionário público no exercício irregular das *funções* do cargo, que ultrapassa os limites legais da *relação de força* do poder político da autoridade pública, em face do cidadão.

2. Elementos subjetivos especiais dos tipos de injusto

A lei introduz *elementos subjetivos* especiais necessários para caracterizar o injusto do fato: a) intenções especiais consistentes na finalidade (i) de *prejudicar* outrem, ou (ii) de *beneficiar* a si mesmo ou a terceiro; b) estados psíquicos de *mero capricho* ou de *satisfação pessoal*, como motivos determinantes do injusto do fato.⁴

Esses *elementos subjetivos especiais* ou *estados psíquicos especiais* do tipo de injusto (antes definidos como dolo específico) são essenciais para configurar todo e qualquer crime definido como *abuso de autoridade* - e, assim, a sua existência subjetiva deve ser demonstrada em cada crime de abuso de autoridade, ao lado do dolo como elemento subjetivo geral, responsável pela produção da ação típica. Mas existem diferenças que distinguem as várias situações psíquicas indicadas na lei.

2.1. Primeiro, a finalidade específica de *prejudicar* outrem, ou de *beneficiar* a si mesmo ou a terceiro, pode consistir em situações objetivas de natureza econômica, política, social, pessoal ou outras, que devem existir como *intenções* especiais no psiquismo do agente, mas que não precisam se realizar no mundo real. Assim, conforme a teoria do crime, a existência dessas intenções especiais nos processos psíquicos do agente é suficiente para a **consumação formal** do crime, enquanto a realização dessas finalidades no mundo exterior representa a **consumação material** do fato, importante para medida da pena, assim como para efeito de participação.⁵

2.2. Segundo, o *mero capricho* ou *satisfação pessoal* são estados psíquicos ou tendências psíquicas especiais definíveis como *motivos* do agente, de natureza emocional ou afetiva, cuja existência real também se exaure no âmbito da subjetividade do autor, igualmente sem necessidade de realização no mundo exterior: o prazer sádico, o sentimento de vingança, o desejo de humilhação, a exposição ao ridículo e outras situações psíquicas emocionais ou afetivas, definíveis como capricho ou satisfação pessoal, devem existir como a força impulsiva da ação, independente de sua realização no mundo real.⁶

3. A divergência de interpretação da lei e de avaliação do fato e da prova como exclusão do injusto.

A lei de *abuso de autoridade* instituiu novas modalidades de exclusão do injusto, representadas por duas hipóteses inéditas de **divergência**, também aplicáveis a todos os tipos de crimes: a) a divergência na *interpretação* de lei; e b) a divergência na *avaliação* de fatos e de provas.⁷ Para definir divergência na *interpretação* de lei e na *avaliação* de fatos e de provas parece necessário examinar o significado de interpretar a lei e de avaliar fatos ou provas no processo penal - ou seja, é preciso esclarecer o conteúdo da divergência.

3.1. Divergências na interpretação de lei.

3.1.1. Técnicas de interpretação. Interpretar uma lei representa o ato psíquico de apreender o *significado* da norma, mediante aplicação das técnicas de *interpretação*. A interpretação da lei, como processo intelectual de conhecimento da norma, tem por objeto a *linguagem*

escrita da lei, que pode ser abordada de três pontos de vista: a abordagem *semântica*, que define o significado isolado das palavras da lei; a abordagem *sintática*, que define o significado conjunto das palavras na oração da lei; e a abordagem *pragmática*, que define a adequação do significado teórico da lei à situação prática.⁸

Como se vê, a interpretação de lei é um processo intelectual complexo, informado por múltiplas variáveis: por um lado, o objeto das divergências pode abranger todos os níveis de interpretação científica referidos - os níveis semântico, sintático e pragmático de interpretação; por outro lado, a natureza das divergências de abordagem científica é condicionada por fatores objetivos (a posição de classe ou o *status* social do intérprete na sociedade) e por fatores subjetivos (a ideologia ou as idiosincrasias pessoais do sujeito), que estão na base da *Weltanschauung* de cada um.

3.1.2. Divergência na interpretação de lei e erro de proibição.

Antes de tudo, é importante verificar a relação entre (i) *divergência na interpretação* de lei, como construção psíquica capaz de excluir o abuso de autoridade, e (ii) *erro de proibição*, como construção psíquica capaz de excluir/reduzir o juízo de culpabilidade. Como se sabe, o erro de proibição,⁹ disciplinado no CP conforme a teoria limitada da culpabilidade, existe em três modalidades principais: a) erro de proibição direto, incidente sobre a existência, a validade e o significado da lei penal, em que o erro inevitável exclui e o erro evitável reduz a culpabilidade dolosa; b) erro de proibição indireto (ou erro de permissão), incidente sobre justificação inexistente ou sobre limites jurídicos de justificação existente, com idênticos efeitos determinados pela natureza do erro; e c) erro de tipo permissivo, como representação errônea sobre a existência real da situação justificante, em que a natureza do erro produz efeitos diferentes: o erro evitável exclui o dolo e o erro inevitável exclui o tipo de injusto.¹⁰

Em princípio, todas as modalidades de erro de proibição constituem **formas concretas de interpretações divergentes da lei**, de modo que as situações definidas como objetos do *erro de proibição* também podem constituir objetos de *interpretações divergentes* da lei, conforme a lei de abuso de autoridade. O verbo transitivo direto *interpretar* significa, segundo **HOUAISS**, "*determinar o significado preciso de texto, lei etc.*" Logo, as hipóteses de erro de proibição são construções psíquicas pessoais, que configuram *interpretações divergentes* da interpretação oficial da lei, produzida pela literatura e pela jurisprudência dominantes, cuja relevância depende da natureza evitável/inevitável do erro.

3.1.3. Semelhanças e diferenças dos processos psíquicos.

Do ponto de vista dos processos psíquicos, as situações de *divergência na interpretação* de lei parecem **semelhantes** às hipóteses de *erro de proibição*: a) no erro de proibição, o sujeito interpreta o fato como lícito, porque desconhece a proibição da lei; e b) na divergência de interpretação, o sujeito interpreta o fato como lícito, mas está em erro de proibição. A **diferença** entre as situações de *erro de proibição* e de *divergência na interpretação de lei* aparece nas consequências jurídicas: a) o erro de proibição **reduz ou exclui a reprovação** conforme a natureza do erro (evitável ou inevitável); b) a divergência na interpretação de lei **exclui o injusto do fato**, independente da natureza dos processos psíquicos subjacentes. Nesse sentido, os efeitos da divergência na *interpretação de lei* são **mais radicais** do que os efeitos do *erro de proibição*: toda divergência na interpretação de lei exclui o tipo de injusto, mas nem todo erro de proibição exclui a culpabilidade do fato.

Assim, é possível dizer: na criminalidade comum, *divergências* na interpretação de lei são hipóteses de *erro de proibição* dependentes da natureza do erro; na criminalidade de abuso de poder, o *erro de proibição* constitui hipótese de *divergência na interpretação* de lei, que não depende da natureza do erro. E, nos inevitáveis conflitos entre as situações de **exclusão do injusto** e as situações de **exclusão da culpabilidade**, prevalece a hipótese mais favorável: a *divergência de interpretação da lei*, que exclui o tipo de injusto - e, de fato, cancela

o erro de proibição.

3.1.4. Indeterminação e inversão do princípio *in dubio pro reo*.

Aqui aparece outro problema: a lei delimita o objeto da divergência, mas não determina a natureza ou a extensão da divergência sobre o objeto. Logo, introduz uma área nebulosa, cujas inevitáveis dúvidas deverão ser resolvidas pelo princípio *in dubio pro reo* - uma solução normal no processo penal. Mas, no caso específico, o princípio tradicional sofre uma inversão política: em lugar de proteger o réu oprimido pela autoridade, protege a autoridade que oprime o réu, por abuso de poder.

3.1.5. Amplitude das hipóteses de divergência de interpretação da lei.

Como se pode observar, o problema subsistente é a amplitude ilimitada das hipóteses de *divergência* na interpretação de lei e, portanto, a extensão ilimitada das situações de exclusão do injusto dos crimes de abuso de autoridade. Assim, **se** o fenômeno psíquico definido como *divergência na interpretação de lei* impede a configuração do abuso de autoridade, **então** qualquer divergência de compreensão da lei, como construção psíquica de interpretação pessoal, é suficiente para excluir o injusto do fato, independente do fundamento jurídico e da consistência do argumento divergente. Enfim, a situação instituída pela nova lei parece mais ou menos assim: uma mão do legislador criminalizou várias hipóteses de *abuso de autoridade*, mas a outra mão do legislador descriminalizou as mesmas hipóteses de abuso de autoridade, mediante simples *divergência na interpretação de lei* pela autoridade pública.

3.2. Divergências na avaliação de fatos.

A percepção sensorial de acontecimentos do mundo exterior condiciona a *avaliação* de fatos e as inevitáveis *divergências* na avaliação desses fatos. O conhecimento de fatos do mundo da vida somente é possível pelos sentidos humanos, cujo funcionamento diferenciado determina divergências de *percepção* e, portanto, diferenças de (re)construção psíquica desses fatos. A *avaliação* de fatos, como outro momento de construção psíquica, estimula emoções envolvidas na percepção e aciona valores despertados pela percepção, na dinâmica intelectual e emocional dos acontecimentos humanos. Como se vê, são muitas as fontes de *divergência* dos processos psíquicos na *avaliação de fatos* que podem impedir a configuração dos crimes de abuso de autoridade.

3.2.1. Avaliação de fatos e erro de tipo. Aqui também é importante verificar a relação entre (i) *avaliação de fatos*, como construção psíquica capaz de excluir o abuso de autoridade, e (ii) *erro de tipo*, como construção psíquica excludente do dolo. O verbo transitivo direto *avaliar* significa, segundo HOUAISS, "ter ideia de, conjeturar sobre ou determinar a qualidade, a extensão, a intensidade de"; e em sentido figurado, significa "apreciar o mérito, o valor de, estimar" - no caso, fatos ou provas de fato. Como se sabe, o erro de tipo é um defeito intelectual na formação do dolo, sob as formas de conhecimento *falso* ou de conhecimento *inexistente* de elemento constitutivo do tipo legal, que exclui o injusto, se inevitável, mas exclui apenas o dolo, se evitável.¹¹

3.2.2. Semelhanças e diferenças dos processos psíquicos. Do ponto de vista dos processos psíquicos correspondentes, também pode-se dizer o seguinte: a) por um lado, a divergência na *avaliação* de fatos tem **semelhança** com as situações de erro de tipo: avaliar um fato significa valorar a sua natureza real de acontecimento do mundo da vida; b) por outro lado, a divergência na *avaliação de fatos* tem **diferenças** com as situações de erro de tipo: as hipóteses de divergência na *avaliação de fatos* excluem o injusto do fato, independente da natureza da divergência. Nesse sentido, também os efeitos da *divergência* na avaliação de fatos são mais radicais do que os efeitos do *erro de tipo*: toda divergência na avaliação de fatos **exclui o tipo de injusto**, mas somente o erro de tipo *inevitável* exclui o injusto, enquanto o erro de tipo *evitável* exclui apenas o dolo. Ou, de outro modo: na criminalidade comum, *divergência* na avaliação

de fatos constitui hipótese de erro de tipo, dependente da natureza do erro; na criminalidade de abuso de poder, o *erro de tipo* constitui hipótese de *divergência* na avaliação de fatos, independente da natureza da *divergência*. Mais uma vez, nos inevitáveis conflitos entre as situações de **exclusão do dolo** e as situações de **exclusão do injusto**, prevalece a hipótese mais benéfica: a *divergência na avaliação de fatos*, que exclui o tipo de injusto e, na prática, anula o erro de tipo.

3.2.3. Nova inversão do princípio *in dubio pro reo*. Mais uma vez, a lei delimita o objeto da divergência, mas não determina a natureza ou a extensão da divergência sobre o objeto. Logo, introduz a mesma área nebulosa, cujas dúvidas são regidas pelo princípio *in dubio pro reo*, normal no processo penal. E, novamente, com igual inversão política: em lugar de proteger o réu oprimido pela autoridade, o princípio protege a autoridade que oprime o réu, por abuso de poder.

3.3. Divergências na avaliação de provas

3.3.1. A interpretação de *lei* ou a avaliação de *fatos* definem acontecimentos psicológicos característicos do direito penal, capazes de determinar ou de influenciar o tipo de injusto ou a culpabilidade do fato imputado. Mas a avaliação de *provas*, como demonstração de fatos portadores de *tipicidade aparente* para verificar se constituem tipos de injusto, ou como demonstração da relação de autoria do fato, define procedimentos de cognição característicos do processo penal, capazes de fundamentar juízos de condenação ou de absolvição do autor.

3.3.2. A prova jurídica, como conhecimento de fatos do processo, pode ser abordada segundo dois modelos principais: o modelo *argumentativo* e o modelo *narrativo*. O modelo argumentativo se baseia no confronto dos argumentos inferidos dos meios de prova, com a enumeração dos fatos provados e a formação da convicção pela força dos argumentos inferidos dos meios de prova. O modelo narrativo se baseia na aproximação global do caso mediante cenários explicativos, com a escolha da melhor narrativa conforme a coerência interna, determinada pelos atributos (i) de consistência (ausência de contradições), (ii) de plausibilidade (conforme regras da experiência) e (iii) de completude (ausência de lacunas).¹²

Divergências na *avaliação de provas* podem resultar dos diferentes critérios desses modelos - e, também, do modelo *híbrido*, como combinação dos aspectos positivos dos modelos originários -, conforme a preferência pessoal pelo melhor argumento ou pela melhor narrativa. Logo, as possibilidades de divergência na *avaliação de provas* parecem igualmente ilimitadas e, portanto, as hipóteses de exclusão do injusto por divergência na *avaliação de provas* são incontroláveis.

4. Silogismo, a lógica de interpretação da lei e de avaliação do fato

4.1. O silogismo jurídico é a lógica da decisão judicial, que consiste no processo psíquico de *interpretação da lei* (premissa maior) e de *avaliação do fato* (premissa menor) como premissas da *conclusão* do raciocínio: se o fato, segundo a prova (dados do ser), corresponde à lei (regra de dever ser), a sanção legal é aplicada.¹³ Nessa relação, a verdade da conclusão depende da verdade das premissas: **se** as *premissas* são verdadeiras - e se a conclusão está implícita nas premissas -, **então** a *conclusão* é verdadeira.¹⁴ O silogismo é um processo psíquico em que a convergência da *interpretação da lei* e da *avaliação do fato* se exprime em uma *conclusão* lógica, impossível em divergências na *interpretação* de lei ou na *avaliação* de fatos ou de provas.

4.2. A lógica do *silogismo jurídico*, como lógica da subsunção jurídica, pode apresentar problemas relacionados com a *subjetividade* do intérprete, consistentes em duas espécies de erros, incidentes sobre objetos diferentes: a) o erro de *interpretação da lei*, determinado

por falhas ou defeitos de conhecimento científico do Direito; e b) o erro de *percepção do fato*, determinado por falhas ou defeitos de representação psíquica de acontecimentos reais - o *silogismo regressivo*¹⁵ na literatura.

A abordagem fenomenológica da Criminologia explica deformações na representação psíquica da realidade objetiva por mecanismos inconscientes denominados *metarregras* (ou *basic rules*), definidos como fenômenos psíquicos emocionais determinantes do significado concreto da aplicação do direito, especialmente relevantes em erros de percepção e de avaliação dos fatos e das provas em processos criminais, originários de preconceitos, estereótipos, traumas, distorções ideológicas e idiossincrasias pessoais, em geral, decisivos do processo de criminalização.¹⁶ A avaliação de fatos e de provas dos fatos não pode ignorar as distorções emocionais dos acontecimentos reais produzidos por metarregras, a principal fonte de deformações psíquicas na reconstrução de fatos sociais - e, portanto, de divergências na *avaliação* de fatos e de provas.

5. Conclusões

1. A finalidade de *prejudicar* outrem, ou de *beneficiar* a si mesmo ou a terceiro, como *intenção* especial que deve existir no psiquismo do agente, mas não precisa se realizar no mundo real, é essencial para configurar o abuso de autoridade. Entretanto, a óbvia dificuldade de comprovar esse elemento psíquico tende a excluir a dimensão subjetiva do fato e, portanto, a excluir o próprio tipo de injusto do crime de abuso de autoridade.

2. Os estados psíquicos de *capricho* ou de *satisfação pessoal*, como *motivos* de natureza emocional ou afetiva, que também devem existir no psiquismo do agente mas não precisam se realizar no mundo real, igualmente são essenciais para configurar o abuso de autoridade, mas a mesma dificuldade de comprovação desse componente psicológico tende a excluir a dimensão subjetiva do fato e, assim, o tipo de injusto respectivo.

3. A divergência na *interpretação de lei* é um evento psíquico capaz de impedir a configuração do tipo de injusto, independente do fundamento jurídico ou da consistência do argumento divergente, permitindo concluir que o legislador **criminalizou** com uma mão e **descriminalizou** com a outra mão, atribuindo à divergência na *interpretação de lei* efeitos mais radicais do que ao *erro de proibição*, porque toda divergência de interpretação da lei exclui o tipo de injusto, mas nem todo erro de proibição exclui a culpabilidade do fato.

4. Nos conflitos entre situações de *divergência na interpretação de*

lei e situações de *erro de proibição* deve prevalecer a hipótese mais favorável, definida pela *divergência de interpretação da lei*, que exclui o tipo de injusto e, de fato, cancela o erro de proibição.

5. A divergência na *avaliação de fatos*, estimulada pelas emoções envolvidas na percepção e pelos valores acionados pela percepção, também pode impedir a configuração do tipo de injusto, sendo possível concluir que os efeitos da *divergência* na avaliação de fatos são mais radicais do que os efeitos do *erro de tipo*, porque toda divergência na avaliação de fatos exclui o tipo de injusto, mas somente o erro de tipo *inevitável* exclui o injusto do fato.

6. Também os conflitos entre a *divergência na avaliação* de fatos e situações de *erro de tipo* devem ser resolvidos pela hipótese mais benéfica: a *divergência na avaliação do fato*, que exclui o tipo de injusto e, na prática, anula o erro de tipo.

7. A divergência na avaliação de *provas*, como procedimento de cognição de fatos portadores de *tipicidade aparente* ou da relação de autoria do fato, segundo os modelos *argumentativo* ou *narrativo* da lógica processual, parece igualmente ilimitada em face da metodologia desses modelos e, portanto, as hipóteses de exclusão do injusto ou da autoria do fato nos crimes de abuso de autoridade, por divergência na *avaliação de provas*, também tendem a ser incontroláveis.

8. O silogismo jurídico, como processo psíquico de subsunção da premissa menor do fato na premissa maior da lei, é afetado pelos mecanismos emocionais das metarregras, que ativam preconceitos, estereótipos, traumas, distorções ideológicas e idiossincrasias pessoais, que intensificam as divergências na interpretação de lei e, de modo especial, as divergências na avaliação de fatos e de provas, fazendo delirar a lógica formal dos crimes de abuso de autoridade.

9. Na perspectiva das relações de poder político das sociedades neoliberais contemporâneas, os crimes de abuso de autoridade parecem constituir formas ilusórias de criminalização dos agentes do poder estatal, porque os princípios jurídicos aplicáveis são mecanismos de proteção da autoridade pública, formando um estranho direito penal do amigo.

10. O uso democrático do Direito Penal para conter os abusos de poder na repressão da população oprimida não está em contradição com a proposta crítica de redução do sistema penal - que garante a desigualdade das sociedades desiguais -, mas é preciso reconhecer: não há motivo de júbilo quanto à eficácia da lei para conter ou reduzir os abusos de poder da autoridade estatal.

NOTAS

¹ "Art. 1º. Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído." BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

² Ver SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia da repressão: crítica à criminologia positivista*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 87.

³ Ver FOUCAULT, M. *Il faut défendre la société*. Paris: Hautes Etudes, Gallimard/Seuil, 1977. p. 3-19.

⁴ "Art. 1º, §1º. As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal." BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

⁵ SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal - parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 167-170.

⁶ Ver SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal...*, op. cit., p. 168.

⁷ "Art. 1º, § 2º. A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade" BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

⁸ Ver SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal...*, op. cit., p. 59-60.

⁹ Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

¹⁰ Ver SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal...*, op. cit., p. 335.

¹¹ "Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei." BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

¹² Ver SOUZA MENDES, P. A incerteza virtual e a prova no processo penal. In: SANTOS, M. S.. *Liber Amicorum*, Lisboa: Rei dos livros, 2016.

¹³ Ver SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal...*, op. cit., p. 67-68.

¹⁴ SUSAN STEBBING, *A modern elementary logic*. Londres: University Paperbacks, 1957. p. 159.

¹⁵ BERGEL, *Methodologie juridique*, 2001, p. 147, apud DIMOULIS, *Manual de Introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 93.

¹⁶ Ver SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal...*, op. cit., p. 66-67.

Autor convidado

CRIMINOLOGIA EM PEDAÇOS: MANIFESTO POR UMA ALIANÇA PARA A BRASILIDADE'

Vera Regina Pereira de Andrade

Professora da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Pesquisadora, Professora Titular de Criminologia da Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná (2010); Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires (2003); Doutora (1994) em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre (1987); Especialista em Direito Processual pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1988); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1983).
vrpandrade@hotmail.com

RESUMO

Neste artigo desenvolvo uma reflexão sobre as relações entre Criminologia crítica e feminista no Brasil, apontando para as interações e acúmulos até aqui produzidos, vistos como necessários, mas insuficientes, assim como para as tensões e os separatismos que têm vertido a melhor Criminologia em pedaços. Desta forma, postulo um salto qualitativo nesse campo traduzido na construção de uma Criminologia para a brasilidade, alicerçada numa aliança que recolhendo o contributo daquele acúmulo, na forma de uma interação criativa, se edifique a partir das estruturas fundacionais da nossa sociedade, tendo como vértice a sua História. A História como Mãe terra dessa Criminologia.

Palavras chave: Criminologia crítica, Feminismo, Criminologia feminista, Gênero, brasilidade.

ABSTRACT

In this article I develop a reflection on the relationships between critical and feminist Criminology in Brazil, pointing to the interactions and accumulations hitherto produced, seen as necessary but insufficient, as well as to the tensions and separatisms that have spilled the best Criminology into pieces. In this way, I postulate a qualitative leap in this field translated into the construction of a Criminology for Brazilianness, based on an alliance that, collecting the contribution of that accumulation, in the form of a creative interaction, builds on the foundational structures of our society, having as vertex your History. History as Mother Earth of this Criminology.

Keywords: Critical Criminology, Feminism, Feminist Criminology, Gender, Brazilianness.

A chegada do Feminismo (em sua diversidade de matrizes ou ondas)² na Criminologia, com seu universo até então completamente prisioneiro do androcentrismo, tem produzido um impacto científico e político tão expressivo (sob a denominação de Criminologia feminista) quanto à mudança paradigmática decorrente da chegada do interacionismo simbólico e do marxismo que originaram a Criminologia crítica, da qual é contemporânea e com a qual passa a estabelecer um diálogo que, desde meados do século XX,³ vem despertando grande interesse mas também grandes tensões com potencialidades, ora interativas e criativas, ora separatistas. E em torno dessa intersecção se erigiu, também no Brasil, intenso movimento legislativo de via dupla em relação às mulheres: descriminalizador (da intervenção penal em matéria de liberdade feminina de disposição sobre a vontade e o corpo, sobretudo quanto à outrora denominada "moral sexual") *versus* criminalizador (intervenção penal, em especial, no campo da proteção da mulher contra violências); adensando o já complexo campo incide sobre ele, como uma metanarrativa, o campo da política criminal. É talvez neste que a tensão mais agudamente se tenha alojado.

Ambos os saberes têm produzido resultados de enorme importância que podem ser, salvo possíveis retificações, considerados irreversíveis.

Da Criminologia crítica deriva, *lato sensu*, uma teoria interacionista-materialista do desvio e da pena (controle social punitivo) nas

sociedades capitalistas centrais e periféricas ou marginais, que vai de uma teoria da seletividade a uma teoria da desigualdade classista e do genocídio racista policial-militarizado na América Latina e no Brasil. O controle penal é revelado, através de sucessivas subteorias e conceitos, como uma página central da dominação imperialista e burguesa e seus resultados se traduzem na deslegitimação estrutural do sistema penal, à qual respondem movimentos abolicionistas-minimalistas de política-criminal.

Derivadas da Criminologia feminista resultam também sucessivas aproximações a uma teoria crítica do androcentrismo em criminologia e do controle social e punitivo em relação às mulheres na sociedade capitalista, perpassando pelas categorias patriarcado, sexo-gênero, colonialismo e colonialidade de gênero e enfim, pela intersecção entre gênero-classe-raça/etnia, que reforçam, analiticamente, a deslegitimação do sistema penal, mas culminam por relegitimá-lo politicamente ao demandar sua intervenção para criminalização da violência contra a mulher.

Ao indagarmos sobre uma possível zona de intersecção entre ambas as Criminologias, identificamos tanto posturas impermeáveis, marcadas pelo silêncio em relação ao outro campo, quanto posturas focadas nas "ausências" e "limites" do outro campo, que não raro assumem os contornos de uma disputa pelo poder de definição e produção de conhecimento, bem como, enfim, posturas focadas nas "potencialidades" e na incorporação de acúmulos recíprocos. Sob

diferentes matrizes e adensamentos ambas as vias têm chegado a avanços que alargam a moldura analítica da criminologia crítica e/ou feminista, chegando inclusive à questão colonial, racial e interseccional.⁴

No segundo sentido, criminólogos críticos são acusados de priorizar a classe e invisibilizar o gênero e a raça e de não compreenderem o sentido das demandas feministas, uma vez que acusam estas de punitivistas em sentido *lato sensu*, jogando-as na mesma vala das demais demandas da direita eficientista. As feministas esclarecem que, além de mera demanda “punitivista”, o sentido pleno que reivindicam é o da “nomenclatura”, isto é, a necessidade de nominar, através da criminalização, as condutas que simbolizam violência contra as mulheres como violências de gênero e, por essa via, cumprir uma função simbólica exemplar na sociedade, como uma dimensão importante de apropriação do Direito Penal na luta pela redução e libertação feminina da violência (ANDRADE, 2018).

Feministas são, por sua vez, criticadas por não compreender o limite do sistema penal atravessado por uma deslegitimação estrutural. Sua insistência na punição, em vez de seguir a senda aberta pelos abolicionistas em busca de alternativas de controle, é vista como perigosamente relegitimadora de um mecanismo que, ao invés de protegê-las e libertá-las, duplica as violências que denunciam, sem impactar as relações de gênero.

Enquanto a hegemonia político-criminal dentro da Criminologia crítica parece pertencer ao minimalismo-abolicionismo, com base na deslegitimação do sistema penal, que ela coconstitui, a hegemonia dentro do feminismo parece se inclinar ao punitivismo-garantismo com base no argumento da referida função simbólica.

Preocupada com este “estado da arte” expressei, há uma década, que “uma das mais fortes interpelações criminológicas do presente” é “precisamente o desenvolvimento cumulativo e integrado das perspectivas ‘crítica’ e ‘feminista’, juntamente com outras, como a Criminologia racial e cultural visto que tal bipartição epistemológica não pode ser senão provisória” (ANDRADE, 2012). Realizei nessa direção uma análise integradora entre Criminologia crítica e feminista buscando não apenas uma “justaposição”, uma “colagem” ou um “atalho” de categorias microsociológicas como classe e gênero, mas uma dialetização entre as categorias macrosociológicas capitalismo e patriarcado e o acúmulo até então produzido, utilizando a estrutura “capitalismo patriarcal.”⁵

Tal análise, que é referida como pioneira no Brasil a respeito, não apenas não parece ter prosperado como a dualidade entre ambas as Criminologias dá sinais cada vez mais separatistas. E o separatismo analítico, que parece ganhar corpo na intersecção e predominar sobre uma interação dialética e criativa que leve os resultados de ambas as disciplinas às últimas consequências, com impacto negativo sobre a compreensão da totalidade e a busca de alternativas conjuntas, torna-se também separatismo político, (notadamente, como já mencionado, pela tensão na visão de política criminal) com impacto na *práxis*, o que é um grave problema para a cada vez mais minguada esfera pública do contexto presente: a do capitalismo neoliberal conduzido pelo profascismo bolsonarista.

Já tratei, em outro lugar também, de tema semelhante, a saber, das dificuldades havidas, na década de 70 para 80 do século XX, de construir um projeto criminológico crítico coletivo para a América Latina, o qual foi tentado, mas não prosperou, restando esforços biográficos e grupais específicos de produção de Criminologias latino-americanas.

À época o subcontinente vivia sob a escolta da ditadura civil militar, hoje, vive sob a escolta do bolsonarismo profascista. Em um Brasil despedaçado, seja pelo medo, seja pelo ódio-fobias ou pela guerra civil cotidiana oficialmente não declarada pelo Estado, o despedaçamento do saber crítico é um desperdício democrático e libertário que não estamos em condições de suportar. Em um Brasil apartado pela perversão da atual governabilidade, atravessado por um processo de destruição sem precedentes, tanto de nossa institucionalidade, quanto de nossa sociabilidade e patrimônio

público, em que violências simbólicas e instrumentais (contra mulheres, negros, indígenas, camponeses-agricultores, LGBTT, desempregados, pessoas em situação de rua e demais grupos vulneráveis) assumem sua face odiosa e homicida, só saberes em profunda aliança podem resistir.

O imperativo do contexto, portanto, vem a somar com o imperativo do texto, da episteme, a favor do aprofundamento da interação e da aliança entre Criminologia crítica e feminista. Mais do que oportuno, e talvez vital, no sentido conferido por ZAFFARONI a uma Criminologia das margens, “de salvar vidas humanas,”⁶ torna-se importante propor nessa direção uma leitura do campo que priorize o conceito de acúmulo e de potencialidades na busca da totalidade e de alternativas de controle, sobre o conceito de “ausências” ou “faltas”, cuja visão da história e do conhecimento emite resquícios de anacronismo.

A utopia, aqui, é a da reunião, a da aliança, a favor de uma *práxis* de resistência, diante de um contexto de horror, em que não há espaço para saberes egocentrados; como também não existe para silenciamentos e omissões patriarcais e racistas. O androcentrismo e o racismo estão estruturalmente deslegitimados. O tributo que uma Criminologia para a brasilidade deve aos povos negro e indígena e às mulheres começa a ser pago e o silenciamento das suas produções criminológicas é um grave déficit epistemológico e político.

É vital, com humildade e alteridade, reconhecer os avanços recíprocos dos campos e fortalecer a caminhada coletiva. Para tanto é necessário reconhecer e superar nossos “ismos”, (machismo, heterossexualismo, racismo e branquitude, adultocentrismo, geracionalismo, regionalismo, especismo, etc.), o que antes de ser epistêmica e politicamente potente, é subjetivamente libertador.

Pois bem, seria como caminhar na direção da interação criativa, potencializando em vez de desperdiçar o acúmulo de saberes e de experiências, para usar uma gramática proposta por Boaventura de Sousa Santos.⁷

Advogando a favor desta interação existem vários fatores e podemos fazer uma reflexão inicial. Primeiramente, o fato de estarmos perante saberes construídos a partir de epistemologias abertas, processuais, que vêm se redefinindo internamente e que podem adensar suas potencialidades dialógicas, criativas e propositivas, inclusive utópicas.

Tanto a moldura analítica do feminismo interacionista marxista branco quanto a moldura do feminismo negro, interseccional e decolonial ensinam potentes cruzamentos e dialetizações com a da Criminologia crítica.

Em segundo lugar, por estarmos perante saberes com afinidade política de luta. Se por esquerda entendemos uma posição social defensora dos sujeitos dominados, excluídos, vulneráveis, oprimidos, inferiorizados (as metades sacrificadas pelo sistema vigente, de que nos fala BARATTA)⁸ em relações de dominação, exploração e opressão. Nessa tomada de posição, incluída a defesa intransigente dos direitos humanos, da democracia e da justiça substanciais, ambos os campos representam saberes “de esquerda.”⁹ E penso que sua luta, apesar das especificidades, é uma luta comum, sobretudo, no duro território do controle penal.

Nesta reflexão inicial, vou priorizar o vetor de análise da Criminologia crítica para o feminismo porque estruturou-se primeiro, sendo a matriz da constrastação criminológica. Por se tratar de um saber reconhecido na sua luta libertária que conseguiu acumular uma resistência cognitiva e política no Brasil, aos horrores do nosso poder punitivo formal e informal, às idiossincrasias dos positivismo e que tem operado como saber pedagógico na formação de nossas várias gerações, coconstituindo o terreno sobre o qual podemos hoje realizar uma leitura crítica e revisionista, bem como fazer avançar o campo.

A criminologia crítica é, primeiramente, um saber datado, contextual. Ela se propõe a trabalhar dentro de uma moldura analítica e, como

toda moldura, tem produzido conhecimento e avanços no seu âmbito. Essa moldura já foi longa e repetidamente explicitada.¹⁰ A base epistêmica original da criminologia crítica é o interacionismo e o marxismo, a década é a de 70 do século XX, inicialmente nos Estados Unidos, a seguir na Europa chegando à América Latina. O conceito fundante, extraído da economia política da pena acumulada à época é o de modo de produção da vida social recortado como capitalismo, por ser o modo de produção vigente nas nossas sociedades, visto como estrutura social e totalidade. Daí se segue uma teoria materialista do desvio e da pena, ou seja, dos processos de criminalização formais e informais. É esta a moldura analítica que opera o salto qualitativo em relação ao interacionismo desde uma episteme já consolidada, do desvio (e do crime) concebido como construção social seletiva (a teoria da seletividade, dos estereótipos, dos estigmas, das carreiras criminógenas, etc.) e caminha para uma teoria da desigualdade (de classe).

A Criminologia crítica, portanto, faz análise estrutural, macrosociológica e assume a posição condicionante do capitalismo (estrutura social) em relação ao sistema de controle social e penal, demonstrando, assim, a sua funcionalização na reprodução instrumental e simbólica da dominação burguesa (um controle de classe) num contexto predominantemente urbano, masculino e branco que não se propôs a trabalhar relações de gênero ou raciais.

Desta forma, já cumpriu - e com exuberância - o seu programa, soando anacrônico cobrar, descontextualizadamente, análises de gênero ou raciais a que não se propôs. E fez mais, ela nos conduziu, como timoneira, como bússola, com uma ousadia ímpar, quando só tínhamos as trevas dos positivismo em todas as direções do controle social, especialmente o penal. Seu método e papel pedagógico, antídoto contra a cegueira dogmática nas Escolas de Direito, são atemporais. Enfim, é de potência, muito mais do que défices, o território que nos toca explorar; neste mesmo sentido, também se pode afirmar quanto à Criminologia feminista, com seu exuberante e incansável território de descobertas a um só tempo tão corajosas quanto dolorosas, sobretudo, para Nós, Mulheres, cujo *script* vertido em criminologia feminista no espaço público soa demasiado familiar.

Em síntese, a indicação epistemológica da Criminologia crítica de busca da totalidade e da conexão funcional entre estrutura social e pena permanece válida e necessária para a Criminologia, mas, em definitivo, insuficiente, porque o capitalismo continua sendo a estrutura central, mas não esgota a totalidade estrutural que se busca para a compreensão da brasilidade, demandando, como temos vindo a proceder, ao seu alargamento, com o contributo de outras estruturas de poder - especialmente o colonialismo e o racismo, o patriarcalismo e o sexismo, o especismo e outras a elas conectadas, que condicionam, na sua dialetização, o controle social e penal.

Tratam-se de estruturas, de regularidades, não apenas de modos de produzir, mas simultaneamente de reproduzir a vida social e que destituem, bem como expropriam o Brasil da sua brasilidade pela violência constitutiva do pacto de exclusão seletiva de pedaços do seu povo (mestiço na raiz) que tornou-se então um *vir-a-ser*: um povo no qual todas as etnias-raças (índios, negros, brancos), como propôs Darcy Ribeiro,¹¹ classes, gêneros, sexualidades, geracionalidades, regionalidades, capacidades, aduzimos, tenham lugar, inclusão e protagonismo na construção da vida e destino comum.

Assim, as mulheres - que constitui grande parte deste povo despedaçado-, estão em secular *vir-a-ser*: as índias, as negras, as camponesas e ribeirinhas, as idosas, deficientes, loucas, brancas, prostitutas, lésbicas, *trans*, todas. De objetos e propriedades do colonizador, depois do Senhor, depois dos Pais, padrastos, maridos, estranhos; mulheres de corpos coisificados, torturados, estuprados a corpos trabalhadores, domésticos, rurais, urbanos. De corpos a corpos, enfim, o direito a pensar? A ter voz? A ser escutada? A exercer poder no espaço público? A definir os rumos não apenas da família e dos filhos, mas da *pólis*? A ser sujeito e não apenas objeto? Mas, como passar de *vítima* a sujeito se a estrutura patriarcal reitera, a cada passo, o estalido do tronco? E como sair da condição de vítima da violência masculina, do homem ao Estado e o sistema penal?

"Violência contra a Mulher"; eis a longa agenda da Criminologia feminista, que uma Criminologia crítica não pode ignorar, embora possa redefinir.

A base latino-americana da Criminologia crítica, por sua vez, tem sua moldura alargada em relação ao centro capitalista, incluindo um pluralismo epistêmico, que tem a ver, desde sempre, com nosso contexto periférico e marginal, e nela estão presentes tanto as matrizes originais (o interacionismo simbólico e o marxismo - especialmente na obra de Lola Aniyar de Castro, Juarez Cirino dos Santos, Roberto Lyra Filho) quanto a teoria da dependência, a microfísica do poder, e mesmo o funcionalismo e o liberalismo político (Roberto Bergalli, Rosa Del Olmo, Raúl Zaffaroni), para ficar com alguns dos pioneiros, mas todos sob os preceitos do paradigma da reação social, do controle ou da definição.

Talvez por isso haja uma hermenêutica tão confusa entre nós quando se trata de caracterizar o conceito de criminologia crítica, que oscila entre os níveis micro do paradigma da reação social, reconduzindo-a ora ao interacionismo simbólico, ora à teoria da seletividade.

E a tradução tanto da Criminologia crítica quanto da Criminologia feminista no Brasil passou por várias formas de aproximação e acúmulos para chegarmos hoje ao estágio em que nos encontramos. A respeito é pertinente situar o trabalho que realizamos nesse sentido nas disciplinas de "Criminologia e Política Criminal", "Cidadania e Direitos Humanos", "Sistema de Justiça Penal" e "Justiça Restaurativa", junto aos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em nível de ensino, pesquisa e extensão, em cujo *locus* produzimos, eu e meus orientandos de graduação, mestrado e doutorado, uma quantidade expressiva de pesquisas, parcialmente publicadas, que seguiram quatro linhas, cumulativas (entre os anos de 1993 e a primeira década do século XX até 2016). Essa história foi parcialmente abordada em recente tese sobre o Ensino da Criminologia¹² e objeto de uma Obra-Homenagem organizada pelos meus ex-orientandos.

No Brasil dos anos 90 trabalhamos as seguintes linhas de pesquisa, sobretudo, criminológicas: 1) a recepção - tradução do paradigma da reação social e da Criminologia crítica no Brasil: abolicionismos, minimalismos e eficientismo penal; 2) relações entre Criminologia crítica, feminismo e a questão racial; 3) da recepção da Criminologia crítica na América Latina e no Brasil à construção da Criminologia crítica latino-americana e brasileira: em busca da latinidade e da brasilidade; 4) Justiça Restaurativa e Justiça Penal.

Destarte, a comunidade criminológica crítica brasileira, que assumiu expressiva dimensão, de norte a sul do país, vem trabalhando cumulativamente com o saber já produzido, em continuidade e aliança com ele, a favor dele e não contra ele; pois não se trata de superá-lo, mas de alargá-lo e enriquecê-lo.¹³

Com efeito, quando esta indicação epistemológica chega às sociedades latino-americanas e à brasileira em particular, que aqui interessa, a questão central foi perguntar: Qual capitalismo? Qual patriarcado? Qual racismo? E ao fazê-lo fomos em busca de nossa especificidade, da latinidade e da brasilidade. O nosso é um capitalismo tardio, dependente e periférico (à margem) que, tendo por matriz a colonização europeia e o modo de produção escravista, assentado numa economia agrária latifundiária, se estrutura como (o que proponho denominar) um "escravocapitalismo", cuja herança tão persistente quanto vergonhosa será uma estrutura de classe racializada, excludente dos afrodescendentes e dos povos originários e mantenedora de métodos de controle social à imagem e semelhança dos métodos escravistas, como a tortura, o estupro e a pena de morte *informal* (penas cruéis e infamantes) exercidos pelo poder policial, prisional, patriarcal e outros.

Com base nos estudos historiográficos, sociológicos e, sobretudo, decoloniais, sabemos hoje que uma adequada compreensão do poder punitivo no Brasil deve partir da colonização relida, da inferiorização étnica dos povos originários (denominados "índios" pelo colonizador) e afrodescendentes (separados em negros, mulatos, pardos pelo colonizador) da formação agrária latifundiária,

e, sobretudo, do patriarcalismo e da escravidão.

Enfim, é importante notar que o avanço do debate racial focado na dualidade brancos e negros, (feminismo negro, branquitude) tem deixado para trás a discussão sobre os povos originários, visibilizados, enfim, pelo feminismo indígena e pela justiça comunitária e restaurativa, com os quais tanto a criminologia crítica quanto a feminista registram um forte déficit de atenção e diálogo (e vice-versa) que necessita ser valorizado e alargado; pois justo os campos que mais potencializam a intersecção, a mediação com o abolicionismo e cujo objeto se situa na intersecção entre a Justiça estatal vigente e as Justças emergentes e que tem muito a contribuir neste debate, com suas ricas possibilidades de realização de justiça e controle não violento das violências. Diante desse cenário complexo é preciso superar o anacronismo (críticas do texto fora do contexto) pela diacronia (críticas do texto no seu contexto, no seu tempo).

Em tempos de neoliberalismo (horror em ato) conduzido pelo bolsonarismo (meta horror) há que se promover um intenso diálogo do campo das criminologias com a Justiça Restaurativa e suas noções de dano que aponte para uma saída epistemológica aos impasses das Criminologias crítica e feminista em relação ao conceito de crime e pena desde uma revisão consequente do clássico binômio do *labelling approach*, qual seja, crime = conduta + reação social.

O segundo passo seria superar o purismo, a saber, tanto uma razão punitivista ou abolicionista pura, cujo meio termo minimalista admite várias gradações, constitui um obstáculo à tensão criativa, seja porque meramente reprodutora do *status quo* presente na primeira hipótese, seja porque anunciadora de um futuro talvez longínquo, na segunda. É que entre os opostos do punitivismo puro e do antipunitivismo puro, existe o contexto impuro que os contamina, e se, como na teoria dos sistemas, os saberes, ao escutarem os ruídos da impureza se fecham e os rejeitam, para manter a sua integridade e lógica interna de funcionamento, as respostas puras não cobrem a complexidade, passam ao largo dela, mas o sistema se autorreproduz. O oposto do purismo, entretanto, não é a promiscuidade, é a mestiçagem,¹⁴ uma aliança na qual a razão pura se torna impura *de e a partir* do contexto, tornando-se mestiça na alteridade e na intersecção criativa, que vem e só pode vir dessa mistura de texto e contexto, a favor de respostas resolutivas positivas.

Sigo postulando, pois, uma razão utopicamente abolicionista e metodologicamente minimalista¹⁵ que reconheça a legitimidade da nomeação simbólica de graves violências contra a pessoa¹⁶ quando decorrente de lutas legítimas dos próprios sujeitos do polo sacrificado naquelas relações. Importante, nessa direção, que a ainda masculina e branca Criminologia crítica escute e dialogue com os argumentos feministas sem que isso implique renunciar ao acúmulo de análises sobre as potenciais consequências desta escolha. Igualmente relevante que a Criminologia feminista escute e dialogue com as críticas à criminalização, ponderando se esta escolha pode ser considerada necessária para a sua luta, na melhor das hipóteses ela corre os alertados riscos criminológicos críticos e na pior das hipóteses, ela é insuficiente, não sendo um fim em si mesmo, mas uma metodologia a médio curto prazo.

As lutas identitárias (que no caso das mulheres e negros cobrem mais da metade da população brasileira!) já adquiriram sua legitimidade no espaço público e sua potencialização depende, certamente, de sua capacidade de demarcarem suas demandas específicas, mas, a seguir, devem se conectar com a totalidade do processo de transformação social. Uma totalidade que a Criminologia crítica, que também lutou muito para adquirir sua legitimação pública, coloca no centro de sua epistemologia, cuja potencialização também depende, ademais da notável capacidade de descrever estruturas, de tocar e resolver os problemas concretos do cotidiano dos sujeitos envolvidos em situações-problemas, notadamente "violências". O valor e também princípio subjacente à interação é o da "alteridade".

Através da Lei Maria da Penha socializou-se no país, inclusive com o aval da Rede Globo de Televisão, em horário nobre de Jornal

Nacional e tema novelístico (encampando pautas identitárias), o simbolismo do denunciamento e da punição rigorosa. Ora, se a pena se apresenta como a sacralizada oferta na bandeja do feminismo, sem a possibilidade de transcendê-la, obviamente que o efeito é o fortalecimento e a relegitimação do controle punitivo porque a função simbólica por assim dizer "cola" na função instrumental de denunciar e punir como caminho único para vítimas e agressores, ficando intocadas as relações de violência.

É apenas conjugando a política de nomeação com uma razão abolicionista sobre a punitiva que o feminismo criminológico poderá avançar, inclusive no seu tema mais caro, que é apropriação da Lei Maria da Penha nos seus potenciais dialógicos e restaurativos (sobre os punitivistas, como vem ocorrendo no senso comum) e assim conectar-se ao caminho já percorrido no Brasil da Justiça Restaurativa (ainda muito eurocentrada, masculina, classista e branca), o que temos no presente para trabalhar relações de gênero em situações problemáticas e com potencialidades para superar o impasse punitivismo versus abolicionismo. Este é o outro campo a se interseccionar com as Criminologias estruturais, revitalizando um outro muito minoritário diálogo brasileiro alargado entre Abolicionismo *versus* Justiça Restaurativa, criminologias crítica e feminista e vice-versa, como propusemos em recente pesquisa para o CNJ.¹⁷

Mulheres que chegam às Delegacias (quando "sobreviventes") sangrando, física e emocionalmente, necessitam ser acolhidas e ter garantido o distanciamento em relação aos seus agressores, a letra "protetora" da lei precisa empunhar sua "fita métrica" e a letra punitiva, uma sentença condenatória, mas ao depois, e às vezes logo ao depois, quando mulheres tendem inclusive à reconciliação, à percepção dos danos produzidos pelo sistema penal em pessoas e família, e mesmo ao perdão, precisam ter abertas, se assim o desejarem, outras possibilidades de compreensão e enfrentamento da dor e das relações.¹⁸ Eis aí a sabedoria de não desperdiçar nem o saber e nem a experiência, tampouco o saber e as alternativas.

A intersecção é então validada no cruzamento do saber com a experiência, da teoria (às vezes pura) com a empiria, da episteme com a doxa e do diálogo com a dor, pois a dor não se trata eternamente com a dor; vale dizer, validade na *práxis*, e deve resultar de uma escuta atenta que evite o desperdício, tanto do saber, quanto da experiência, sempre norteada por princípios e valores que apontem para equilíbrios de poder e simetria (como a cartilha dos direitos humanos, as vulnerabilidades, as identidades de gênero, raça e classe, a dignidade da pessoa humana, o respeito, a alteridade, etc.) e que apontem, em definitivo, para um sentido de justiça e democracia de base substancial, às quais precisamos urgentemente discutir no Brasil.

Diante do exposto, afigura-se como fundamental escrutinar inicialmente o que é necessário, mas insuficiente para a construção de uma Criminologia para a brasilidade, substantivo do qual venho lançando mão para nominar uma criminologia que avance sobre o longo acúmulo euroamericano de conhecimento e experiência (acerca do poder punitivo e o controle social) e verticalize-o em relação ao Brasil real (dimensão analítica), nos termos das estruturas acima delineadas, mantendo como pauta criminológica o compromisso com a compreensão e a superação das violências (estrutural, institucional, simbólica, intersubjetiva), esta também sua dimensão utópica e libertária dos violentados em relações de dominação, exploração, opressão, inferiorização e assimetrias: enfim, libertadora das metades sacrificadas em todo o projeto de violência como o poder punitivo formal ou informal; ou, como no Brasil bolsonarista, o poder punitivo informal (as milícias) que se fizeram poder formal (estão no Estado). E uma tal utopia envolve muitos passos e uma longa agenda para tratar das próprias questões aqui discutidas, a começar por uma discussão coletiva profunda sobre quem são hoje no Brasil os sujeitos dessa libertação, os sujeitos da luta criminológica(?) em nome dos quais lutamos. E creio que, das "classes subalternas" (fundação da Criminologia crítica) às mulheres (feminismos), passando pelo povo negro está a central, derradeira e esclarecedora pauta para as tantas questões em aberto.

NOTAS

- ¹ Devido ao limite deste texto, lançarei mão de um detalhamento maior de fontes, para ocupar seu corpo com ideias mais fluídas, à guisa de um manifesto, que não se pretende panfletário. De outra parte, muitas das ideias aqui expostas já foram objeto de publicações anteriores, devidamente fundamentadas.
- ² Sejam europeias, norte e latino-americanas ou brasileiras; principalmente o feminismo branco e as categorias patriarcalismo e gênero, seguido do feminismo negro, decolonial e interseccional.
- ³ 1) Na década de 1960, consolida-se a passagem de um paradigma criminológico etiológico, centrado na investigação do crime e no criminoso (violência individual), de corte ainda positivista, para um paradigma centrado na investigação da reação ou controle social e penal (violência institucional), de corte construtivista-interacionista, dando origem a uma Criminologia da reação ou controle social, amadurecida por dois saltos qualitativos; 2) A partir da década de 1970, o desenvolvimento materialista desta Criminologia marca o surgimento das chamadas Criminologia radical, nova Criminologia e Criminologia crítica, Criminologia dialética, Criminologia da liberação, no âmbito das quais o sistema penal receberá uma interpretação macrosociológica, no marco das categorias capitalismo e classes sociais (Criminologia da violência estrutural); 3) quase simultaneamente, o desenvolvimento feminista deste paradigma origina a chamada Criminologia feminista, no âmbito da qual o sistema penal receberá também uma interpretação macrosociológica, inicialmente no marco das categorias patriarcalismo e gênero, passando a incluir as categorias colonialismo, colonialidade de gênero, raça-etnia e branquitude, até a tríade intersetorial gênero-raça-classe. Daí em diante a análise sobre a(s) mulher(es) no controle social punitivo, historicamente situadas em gênero e sexualidades, raça e classe, ou seja, não universalizadas nem coisificadas, passa a assumir um lugar central.
- ⁴ ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. *"Ela não mereceu ser estupro"*. A cultura do estupro nos casos penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ⁵ PATMAN, Carole. *El contrato sexual*. Trad. María Luisa Femenías. Barcelona: Antropos; Mexico: Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.
- ⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*. Aproximación desde una margin. Bogotá: Temis, 1988.
- ⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2005.
- ⁸ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 48.
- ⁹ O texto KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996 já classicamente simboliza esta tensão.
- ¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2015. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- ¹¹ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- ¹² CARDOSO, Helena Schiessl. *Criminologia brasileira: um mosaico à luz do Ensino do Direito*. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. 2018. No prelo.
- ¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. *O controle penal na sociedade escravocrata: contributo da economia política da pena para a compreensão da brasilidade*. *Discursos Sediciosos: Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia/Revan. Nº 23/24, 1º e 2º sem. 2016. p. 162-178.
- ¹⁴ Penso que este é um conceito importante a ser explorado em uma Criminologia para a brasilidade, mas não é possível fazê-lo, apenas enunciá-lo, nos limites deste texto.
- ¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2012. Coleção pensamento criminológico (n. 19).
- ¹⁶ Mulheres, negros, índios, LGBTT, idosos, sujeitos e animais vulneráveis) e de todas as violações de direitos humanos animais e não animais, do meio ambiente incluindo graves danos coletivos produzidos por empresas, corporações, instituições financeiras, poderes do Estado, etc. contra pessoas, grupos, povos e natureza.
- ¹⁷ Relatório analítico da pesquisa "Pilotando a justiça restaurativa: o papel do poder judiciário". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41ddee76.pdf>.
- ¹⁸ MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológica-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Autora convidada

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | MARÇO DE 2020

BOLETIM IBCCRIM N.º 328

CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

A DEVIDA DILIGÊNCIA COMO GARANTIA NO DIREITO DE IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO CONTRA AS MULHERES: CASO GONZÁLEZ E OUTROS ("CAMPO ALGODOEIRO") VS. MÉXICO E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

DUE DILIGENCE AS A GUARANTEE OF THE RIGHT TO EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION: CASE GONZÁLEZ AND OTHERS VS. MÉXICO AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE

Ana Rita Souza Prata

Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4373-6969>

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8439568953437983>

E-mail: anaritasprata@hotmail.com

RESUMO

O artigo aborda o caso do "Campo Algodoeiro" (González e outros vs. México), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de um dos precedentes pioneiros sobre o desaparecimento forçado de mulheres no Estado Mexicano e a ausência de investigação efetiva. O caso é ilustrativo sobre a relação entre violência estrutural e discriminação das mulheres em razão de seu gênero. Ao final, aponta-se os parâmetros desenvolvidos pela Corte Interamericana sobre o dever de devida investigação como forma de não repetição.

Palavras chave: Direitos das mulheres, devida diligência, violência estrutural.

ABSTRACT

The article analyses the "Cotton Fields Case" (González et al. Vs. México), sentenced by the Inter-American Court of Human Rights. The precedent is pioneer on the issue of women's enforced disappearance and the lack of an effective investigation. The case is illustrative of the relationship between structural violence and discrimination against women based on their gender. Finally, one points the importance of the parameters adopted by the Inter-American Court on the duty of due investigation as a guarantee of non-repetition.

Keywords: Women Rights, due diligence, structural violence.

"Não sou livre enquanto outra mulher for prisioneira, mesmo que as correntes dela sejam diferentes das minhas".¹

I – Introdução

O ano de 2020 mal começou, mas já demonstrou que as perspectivas para as mulheres não são boas.

São Paulo enfrentou, em 2019, em comparação ao ano anterior, um aumento de 29% dos feminicídios e 4% dos estupros.²

Sabe-se que essa realidade também é refletida em todo o país.

É nesse contexto, que as coordenadoras dessa coluna me convidaram para escrever algumas palavras para edição de março do Boletim, mês dedicado às mulheres.

Um desafio.

Desafio porque não gostaria de tratar apenas de uma sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH e sua aplicabilidade, mas tentar fazer uma reflexão de como a existência de um *corpus iuris* internacional protetivo em nada altera a realidade de muitas mulheres brasileiras, especialmente as negras, mais pobres, lésbicas, trans, travestis, com deficiência, em situação de rua ou prisão, que continuam sofrendo discriminações e violências de gênero.

Por que ainda há mulheres esterilizadas forçosamente por ordem judicial?³ Por que ainda há meninas com gravidez fruto de uma violência sexual impedidas de exercer o direito a interrupção da gestação?⁴ Ou mulheres processadas e/ou presas por prática de aborto inseguro?⁵ Por que ainda há mulheres mães presas sem sentença condenatória definitiva?⁶ Por que há uma legislação que determina aos profissionais de saúde, que noticiem à polícia indícios de violência sexual após atendimento de uma mulher, mesmo se esse não for o seu desejo?⁷

Tudo isso se dá, porque existe um padrão cultural de que as mulheres - e aqui devo ressaltar que algumas mais que a outras - ocupam um lugar de não importância na sociedade. Há um padrão de discriminação de gênero estruturado na sociedade, ou seja, intrincado na forma de pensar e agir sobre as mulheres.

Recorde-se que, nos termos da CEDAW, discriminação contra a mulher é *"toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo"*.⁸ No âmbito interamericano, a Convenção de Belém do Pará afirma, que a violência contra a mulher é *"qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada"*.⁹

Violência contra a mulher é caracterizada porque é a ela dirigida pelo simples fato de ser mulher ou porque a afeta de forma desproporcional.¹⁰

Essa estrutural desigualdade é refletida em legislações, políticas públicas – ou falta delas –, violações de direitos e violências, processos e sentenças. Esse fenômeno é tão naturalizado, que há situações que as discriminações de gênero são compreendidas como práticas protetivas às mulheres.

Tão prejudicial quanto à existência desse padrão discriminatório é a compreensão de que mulheres são seres únicos e que há uma mulher universal que deve ser considerada quando se fala de uma prática não discriminatória e baseada no gênero.

Assim, ao tratar dos direitos das mulheres deve-se ter o compromisso com uma visão interseccional¹² e crítica.

Tais conceitos, que decorrem de estudos feministas, já estão acolhidos na jurisprudência internacional e, por tal razão, devem basear nossa atuação junto ao sistema de justiça como um todo e não só em atuação na defesa de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Assim, resalto o equívoco de quem compreende como prejudicial ao sistema de justiça criminal os estudos feministas. Numa perspectiva interseccional e crítica, não cabe uma postura de apoio às propostas e práticas exclusivamente punitivas.

Ademais, rechaçar os estudos de gênero acaba por gerar revitimização das mulheres – acredito que não haja dúvida sobre a violência doméstica e familiar ser um problema social -, mas também gerar uma defesa ineficiente em casos de mulheres criminalizadas.

Recordo estudo feito pelo ITTC,¹³ em 2017, chamado Mulheres Sem Prisão,¹⁴ que trouxe reflexão sobre a falta de uma perspectiva de gênero no tratamento dado pelo sistema de justiça às mulheres criminalizadas.

E é com vistas a trazer debate sobre atuação defensiva de mulheres, quando vítima de violência de gênero e, também, quando criminalizada, que tratarei do conceito de devida diligência numa perspectiva de gênero.

Para tanto, vou tratar do caso mais conhecido de violência contra as mulheres da Corte IDH, Caso González e Outras ("Campo Algodoeiro") vs. México,¹⁵ citando, ainda, outras decisões advindas do sistema interamericano de garantia dos Direitos Humanos.

II – O Caso

Após o desaparecimento de algumas mulheres, inclusive meninas, em 2001, em Cidade Juarez, no México, suas famílias procuraram as autoridades e não foram adequadamente atendidas, sendo certo que nenhuma providência foi tomada no sentido de buscar

as desaparecidas e/ou investigar o caso. Ao contrário, os agentes públicos acabaram por agir de forma indiferente e discriminatória, insinuando que elas poderiam estar na companhia de namorados ou outros homens.

Posteriormente, corpos de mulheres com sinais de tortura, violência sexual e mutilações foram encontrados num campo de algodão. No entanto, isso não gerou qualquer movimentação para deslinde do caso – cinco anos depois, suas identidades sequer haviam sido reconhecidas adequada e formalmente.

O caso, levado à Corte IDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, tratou do desaparecimento e morte de três dessas mulheres, todas jovens e pobres. Após a denúncia, houve pedido de inclusão de outras, totalizando 11 mulheres desaparecidas e mortas naquela mesma época e contexto.

O Caso Campo Algodoeiro é conhecido nos estudos de Direito internacional de Direitos Humanos e de Gênero, sendo o primeiro caso que a Corte IDH reconhece a existência de uma desigualdade estrutural de gênero, que acaba por permear a atuação dos agentes públicos tanto do sistema de segurança quanto do sistema de justiça.

Ressalte-se aqui que a sentença é datada de 2009, ocasião em que a Corte IDH já havia, na Opinião Consultiva OC-18/03, elevado o dever de igualdade e não discriminação de gênero a direito *ius cogens e erga omnes*.¹⁶

Há reconhecimento de que houve, na condução das investigações, uma discriminação de gênero e raça e que a manutenção da desigualdade e de padrões discriminatórios é causa da falta de devida diligência no presente caso.

A responsabilidade estatal se deu porque há um dever jurídico de "prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma correta reparação".¹⁷

Assim, a Corte IDH deixa claro que os Estados não possuem responsabilidade apenas quando violam direitos, mas também quando deixam de tomar providências no sentido de dar particular proteção a um grupo de pessoas vulnerabilizadas por condições pessoais ou por estarem em situações específicas.

Nesse caso, o Estado mexicano foi condenado pela Corte IDH por violação aos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal e aos direitos das crianças, reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 e 19 da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de garantia contemplada no artigo 1.1 e à obrigação de adotar disposições de direito interno contemplada no artigo 2 da mesma, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará.

III - Devida Diligência

Declara a Corte IDH, nesse caso, que existe uma violência estrutural de gênero e que cabe aos estados investigar e responder à essa forma de violência também numa perspectiva de gênero, afastando estereótipos ou "padrões sociais discriminatórios que usualmente são aplicados em prejuízo das mulheres". Reforçou, assim, a necessidade de devida diligência numa perspectiva de gênero, sem discriminação. Associa, portanto, a violência de gênero ao dever de não discriminar.

Houve, ainda, análise sobre o dever de prevenção dos Estados. "La Corte sostiene que los Estados deben adoptar una "estrategia integral" encaminhada a "prevenir los factores de riesgo" que contribuyen a que esta violencia se perpetue, y establece a cargo de las autoridades públicas el deber de "adoptar medidas preventivas em casos

específicos em los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia".

O artigo 7 da Convenção de Belém do Pará trata do dever de devida diligência em prevenir violações de direitos por questões de gênero, investigar e responsabilizar caso elas ocorram. Esse dever é de todo o Estado e, claramente, de seus agentes.

O dever de devida diligência já vinha sendo debatido no âmbito da CEDAW, surgindo também na Plataforma de ação da Conferência Mundial sobre Mulheres de Pequim¹⁸ em 1995.

A omissão estatal no exercício da devida diligência para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar foi reconhecida pela CIDH no Caso 12.051, que trata da violação aos direitos de Maria da Penha Maia Fernandes pelo Brasil.

Devida diligência não deve ser apenas compreendida no sentido reativo, ou seja, no dever de atuar de forma compromissada na busca de provas ou com objetivo de "solucionar" um crime, sem revitimizar a mulher vítima, mas também no dever de agir na garantia de um direito com respeito às normas de Direitos Humanos, numa perspectiva de gênero e raça.

Esse dever estatal e, conseqüentemente, de todos os seus agentes, decorre do compromisso assumido pelos Estados Partes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao ratificarem a CADH.¹⁹ Vejamos seu primeiro artigo. "1.1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".

Pode-se, assim, compreender, que o dever de devida diligência dos estados está associado às garantias das liberdades e da não discriminação de gênero, raça, orientação sexual, dentre outras, associadas ao próprio conceito de dignidade.²⁰

V - Conclusão

O dever de devida diligência pode ser compreendido como o dever processual dos Estados e de seus agentes integrantes do Sistema Interamericano de Garantia de Direitos Humanos, que decorre dever de respeito e não discriminação.

É dever de todos os atores do sistema de justiça, portanto, atuar no sentido de cumprir ou exigir cumprimento desse dever, sendo certo que ainda há muito a evoluir. As violências de gênero descritas no início desse texto provam isso. "(...) sea necesario incorporar una perspectiva sensible al valor de las diferencias entre hombres y mujeres, así como a sus consecuencias sobre el goce y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de estas últimas, tanto en la interpretación y aplicación de los tratados generales sobre derechos humanos, como en la formulación e implementación de todas las estrategias y acciones en materia de derechos de la persona".²¹

Assim, o desafio é entender que a desigualdade continua dominando nossas práticas do dia a dia, apesar de propostas em sentido diverso estarem felizmente aparecendo, porque ela é estrutural e já acomodada na sociedade e, claramente, no sistema de justiça, e, com isso, assumir um compromisso com a mudança e com garantia dos Direitos Humanos das Mulheres, especialmente as mais vulnerabilizadas.

Compreender a repercussão da legislação para mulheres diversas, de contextos diversos, e das políticas públicas, caminhos ou perspectivas oferecidas às diferentes mulheres em contexto de violação de Direitos é um exercício necessário.

Ainda, buscar desconstruir estereótipos e preconceitos nos julgamentos e argumentos tanto a favor, contra mulheres, mas sim dar uma perspectiva de gênero na prática do direito.

Nada disso por militância - ou também por militância -, mas porque é dever garantir o Direitos Humanos das mulheres, em especial as mais invisibilizadas. São tantas, somos tanta.

NOTAS

- ¹ LORDE, Audre. 1981. The Uses of Anger: Women Responding to Racism. **Sister Outsider: Essays & Speeches** by Audre Lorde (Berkeley: Crossing Press, 2007), pp. 124-133.
- ² Ver em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/01/06/casos-de-feminicidio-batem-recorde-em-sao-paulo-em-2019.ghtml>
- ³ Ver em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2018/06/justica-ainda-que-tardia.shtml>
- ⁴ Ver em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/aborto-sentimental-exige-prova-estupro-decide-tj-rs>
- ⁵ Ver em: <https://agenciapatriaciagalvao.org.br/destaques/tj-nao-concede-83-dos-habeas-corpus-pedidos-pela-defensoria-para-mulheres-acusadas-de-aborto-em-sp-diz-pesquisa/>
- ⁶ Ver em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/06/justica-de-sp-nega-60percent-dos-pedidos-de-prisao-domiciliar-para-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-de-ate-12-anos.ghtml>
- ⁷ Ver em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/bolsonaro-violencia-contra-mulher_br_5d9fa8c0e4b06ddfc516bdd0 e <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/27/congresso-derruba-veto-e-obriga-setor-de-saude-a-informar-a-policia-casos-de-violencia-contra-mulher.ghtml>
- ⁸ Art. 1º, Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulheres.
- ⁹ Art. 1, Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará.
- ¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- ¹¹ Ver em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,governo-zera-repasses-a-programa-de-combate-a-violencia-contra-a-mulher,70003184035>
- ¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- ¹³ Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: <<http://ittc.org.br/>>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- ¹⁴ Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf?fbclid=IwAR3-uKxzQrH7V2SiDYfxKjytOOQkPnEP1xdTW3_VcVAWTwplvk-ykxjFyE. Acesso em: 18 fev. 2020.
- ¹⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- ¹⁶ "(...) la Corte consideró que el principio de igualdad ante la ley, igual protección

ante la ley y no discriminación pertenece al jus cogens toda vez que "...sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición..." PASTOR, Marta María. Los Extranjeros Y El Devido Proceso Legal. In ALBANESE, Susana. *Opiniones Consultivas Y Observaciones Generales – Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 326.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González e Outras ("Campo Algodoeiro") vs. México. Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁸ Nações Unidas, Relatório da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing, 4 a 15 de setembro de 1995, Declaração e Plataforma de Ação de Beijing aprovada na 16ª sessão plenária realizada em 15 de setembro de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1, página 54, par. 124 b

¹⁹ Art. 11, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

²⁰ "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana." Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Propuesta De Modificación A La Constitución Política De Costa Rica Relacionada Con La Naturalización*. 19/01/1984. p. 16. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

²¹ TRAMONTANA, Enzamaría. Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos. In BOGDANDY, Armin Von de et al (orgs.), *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 468.

REFERÊNCIAS

LORDE, Audre. 1981. The Uses of Anger: Women Responding to Racism. *Sister Outsider: Essays & Speeches* by Audre Lorde. Berkeley: Crossing Press, 2007.
PASTOR, Marta María. Los Extranjeros Y El Devido Proceso Legal. In ALBANESE, Susana. *Opiniones Consultivas Y Observaciones Generales – Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

TRAMONTANA, Enzamaría. Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos. In BOGDANDY, Armin Von de et al (orgs.). *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*. Democracia e Integração Jurídica: Emergências de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS COLETIVO. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. HABEAS CORPUS AO QUAL NEGADO SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. RECONSIDERAÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

(STF – Monocrática – Ag.Rg. HC 156.583 – rel. **Cármem Lúcia** – j. 19.11.2019 – public. 25.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6133**).

Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Agravante condenado em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Prática do crime previsto no art. 183 da lei 9.472/1997. Absolvição

em primeiro e segundo grau de jurisdição. Aplicação do princípio da insignificância em razão do mínimo potencial ofensivo da conduta. Restabelecimento da sentença absolutória. Agravo regimental provido. Habeas corpus concedido.

I – Agravante condenado no Superior Tribunal de Justiça pela prática do delito tipificado no art. 183, caput, da Lei 9.472/1997 (desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação), por considerar que a conduta de disponibilizar o acesso à internet a terceiros sem a autorização da Anatel configura crime formal e de perigo abstrato. II – A questão de saber se esse serviço de internet é ou não uma atividade de telecomunicações ou simples serviço de valor adicionado, embora relevante, não é decisiva. Isso porque, ainda que se considere uma atividade de telecomunicações e que tenha sido exercida de forma clandestina, é necessário examinar se trata-se de atividade de menor potencial ofensivo ou não. III – Na específica situação dos autos, a jurisdição ordinária, que está vis-à-vis com o réu e diante de todo o contexto probatório, concluiu pela aplicação do princípio da insignificância, em razão do mínimo potencial ofensivo da conduta, sendo indevida, portanto, a invocação pura e simples da gravidade em abstrato do delito. IV – Agravo regimental

a que se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus, com o restabelecimento da sentença absolutória de primeiro grau de jurisdição.

(STF – 2.ª T. – Ag.Rg. HC 157.014 – rel. **Cármem Lúcia** (rel. p/ Acórdão: **Ricardo Lewandowski**) – j. 17.09.2019 – public. 28.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6134**)

Penal. Processo penal. Embargos infringentes. Preliminares de nulidade e não cabimento rejeitadas. Dispensa ilegal de licitação. Art. 89 da lei 8.666/1993. Secretária de Educação e Cultura do Estado de Tocantins. Compra de livros didáticos. Ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo. Dolo específico não evidenciado na espécie. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Embargos infringentes acolhidos para cassar o acórdão embargado e absolver a embargante.

I – Para a consumação do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, faz-se imprescindível a demonstração do elemento subjetivo do tipo. II – Tal hipótese compreende o ato de vontade livre e consciente do agente de frustrar a concorrência, beneficiando terceiro e produzindo resultado danoso ao erário. III – Para a responsabilização penal do administrador, com base no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos, cumpre aferir se foram violados os pressupostos de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 do mesmo diploma, bem como se houve vontade livre e consciente de violar a competição e produzir resultado lesivo ao patrimônio público. IV – No caso concreto, não ficou comprovado o dolo específico da conduta imputada à ré. V – Embargos infringentes acolhidos para absolver a embargante.

(STF – Plenário – El ED AP 946 – rel. **Ricardo Lewandowski** – j. 30.08.2018 – public. 11.12.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6135**)

Habeas corpus. Crimes de estupro. Concurso material. Possibilidade. Causa de aumento prevista no art. 9º da lei 8.078/1990. Não incidência.

1. A causa de aumento prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos faz referência ao art. 224 do Código Penal, que foi revogado pela Lei 12.015/2009. Suprimida a regra de referência, resulta inaplicável a majoração da pena. Logo, em decorrência do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, é a hipótese de se decotar da reprimenda o aumento fruto da incidência do art. 9º da 8.072/90. 2. Habeas Corpus concedido, de ofício.

(STF – Tribunal Pleno – HC 100.181 – rel. **Marco Aurélio** (rel. p/ acórdão: **Alexandre de Moraes**) – j. 15.08.2019 – public. 11.02.2020 – **Cadastro IBCCRIM 6136**)

Penal. Habeas corpus. Importação de pequena quantidade de sementes de maconha. Ordem concedida.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 144.161, Rel. Min. Gilmar Mendes, decidiu que “a matéria-prima (...) é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes que causem dependência física ou psíquica (...). Ou seja, a matéria-prima ou insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, o que não é o caso das sementes da planta Cannabis sativa, que não possuem a substância psicoativa”. 2. Hipótese de paciente acusado pelo crime previsto no art. 33, § 1º, I, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, tendo em vista a importação, pela Internet, de pequena quantidade de sementes de maconha. Ausência de justa causa para a propositura da ação penal. 3. Ordem concedida.

(STF – Monocrática – HC 143.798 – rel. **Roberto Barroso** – j. 19.12.2019 – public. 03.02.2020 – **Cadastro IBCCRIM 6137**)

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS – INSTÂNCIA – SUPRESSÃO. Revelando o habeas corpus parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as

cautelais próprias. DENÚNCIA – CRIMES SOCIETÁRIOS – ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. A denúncia que, nos crimes societários, narra fato típico determinado e específico e o imputa aos sócios diretores da empresa não revela acusação genérica. CRIME TRIBUTÁRIO – ARTIGO 9º DA LEI Nº 10.684/2003. Uma vez alcançado o parcelamento do débito tributário, impõe-se a suspensão da pretensão punitiva e do prazo prescricional.

(STF – 1.ª T. – HC 157.022 – rel. **Marco Aurélio** – j. 03.12.2019 – public. 12.02.2020 – **Cadastro IBCCRIM 6138**)

Interrogatório judicial. Natureza jurídica (meio de defesa). Ato que confere essência à garantia do contraditório. Efetivação do interrogatório como último ato da instrução processual penal (CPP, art. 400). Aplicabilidade dessa regra legal aos procedimentos penais em geral, inclusive àqueles disciplinados por legislação especial, como a Lei de Drogas. Inversão do momento de realização do interrogatório judicial, efetuado logo no início do processo penal de conhecimento. Inadmissibilidade. Nulidade processual absoluta. Prejuízo presumido. Função jurídica das formas processuais. Meio de preservação do “*status libertatis*” do acusado. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu. Nulidade processual reconhecida no caso. “*Habeas corpus*” deferido. – Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. A norma inscrita no art. 400 do CPP – que define o interrogatório judicial do réu como o último ato da instrução processual penal – aplica-se aos procedimentos penais em geral, inclusive àqueles disciplinados por legislação especial (como, p. ex., a Lei de Drogas). Doutrina. Precedentes.

– A estrita observância das formas processuais – que exprimem, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual – representa, no contexto do ordenamento positivo brasileiro, a certeza de respeito aos direitos, prerrogativas e garantias que o sistema normativo confere a qualquer pessoa sob persecução criminal.

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo da intangibilidade do “*jus libertatis*” titularizado pelo réu.

– O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova quanto ao fato constitutivo do pedido, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

– O processo penal constitui instrumento de salvaguarda e de preservação da liberdade jurídica daquele contra quem se instaurou a persecução criminal, cuja prática somente se legitima – considerado o princípio da liberdade – dentro de um círculo intransponível e predeterminado que delimita os poderes do Estado e que traduz emanação direta do próprio texto da Constituição da República. Doutrina. Precedentes.

(STF – Monocrática – HC 162.650 – rel. **Celso de Mello** – j. 21.09.2019 – public. 25.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6139**)

Penal e Processual Penal. 2. Tráfico de drogas e aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. 3. A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção, de modo que o acusado tem

direito à redução se ausente prova nesse sentido. 4. A quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedente: RHC 138.715, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9.6.2017. 5. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau.

(STF – 2.ª T. – Ag.Rg. HC 152.001 – rel. **Ricardo Lewandowski** – j. 29.10.2019 – public. 28.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6140**)

Habeas corpus. 2. Posse de 1 (um grama) de maconha. 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. Pedido de absolvição. Atipicidade material. 5. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 7. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material.

(STF – 2.ª T. – HC 127.573 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 11.11.2019 – public. 25.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6141**)

Reclamação. Penal e Processual Penal. 2. Interceptação telefônica e telemática. 3. Súmula Vinculante 14, do STF. Direito de defesa e contraditório. 4. Situação de dúvida sobre a confiabilidade dos dados interceptados juntados aos autos, embasada em elementos concretos. 5. Necessidade de preservação da cadeia de custódia. 6. Possibilidade de obtenção dos arquivos originais, enviados pela empresa BlackBerry, sem prejuízo à persecução penal. 7. Procedência para assegurar à defesa o acesso aos arquivos originais das interceptações, nos termos do acórdão.

(STF – 2.ª T. – Rcl. 32.722 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 07.05.2019 – public. 29.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6142**)

Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental em habeas corpus. Apuração de crimes praticados em comunidades de favelas. Busca e apreensão em residências. Declaração de nulidade da decisão que decretou a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada contra os cidadãos e cidadãs domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator.

1. Configurada a ausência de individualização das medidas de apreensão a serem cumpridas, o que contraria diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do Código de Processo Penal, além do art. 5º, XI, da Constituição Federal: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Caracterizada a possibilidade concreta e iminente de ofensa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. 2. Indispensável que o mandado de busca e apreensão tenha objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência. Constrangimento ilegal evidenciado. 3. Agravo regimental provido. Ordem concedida para reformar o acórdão impugnado e declarar nula a decisão que decretou a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada contra os cidadãos e cidadãs domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator (Processo n. 0208558-76.2017.8.19.0001).

(STJ – 6.ª T. – HC 435.934 – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 05.11.2019 – public. 20.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6143**)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estatuto do estrangeiro. Declaração falsa em pedido de residência provisória. Alteração da capitulação jurídica. RT. 299 do CP. Recurso desprovido.

1. A conduta de fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para a obtenção de passaporte para estrangeiro, laissez-passer ou, quando exigido, visto de saída, não deixou de ser crime no Brasil com a revogação da Lei 6.815/1980, não havendo que se falar em abolição criminis, mas subsume-se agora ao art. 299 do Código Penal. 2. Operou-se, na espécie, o princípio da continuidade normativa típica, que ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário (HC 204.416/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJe 24/5/2012). 3. Agravo não provido.

(STJ – 5.ª T. – Ag.Rg. Ag. REsp. 1.422.129/SP – rel. **Reynaldo Soares Da Fonseca** – j. 05.11.2019 – public. 12.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6144**)

Habeas corpus. Substitutivo de revisão criminal. Não inaugurada a competência do STJ. Inadmissibilidade. Fraude em licitação (art. 90 da lei n. 8.666/1993). Prescrição. Inexistência. Dosimetria. Manifesta ilegalidade. Perda do cargo público. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para refazer a dosimetria e afastar a perda do cargo público. Prescrição da pretensão punitiva declarada.

1. Foi certificado, nesta Corte, o trânsito em julgado, em 6/3/2017, do AREsp n. 864.951/SP, em cujos autos foi declarada a intempestividade dos recursos especiais interpostos contra o acórdão da Apelação Criminal n. 00062110720078260358. O presente habeas corpus impetrado em 30/11/2018 é mero sucedâneo de revisão criminal. Incompetência desta Corte Superior para o processamento do pedido, pois ausente julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelas pacientes. 2. Tese relativa ao julgamento extra petita não enfrentada no acórdão impugnado, sendo vedada, nesta Corte, a supressão de instância. 3. O cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público como efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do Código Penal, só pode ser aquele que o infrator ocupava à época da conduta típica. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito. No caso, a fundamentação utilizada na origem para impor a perda do cargo referiu-se apenas ao cargo em comissão ocupado pelas pacientes na comissão de licitação quando da prática dos delitos, que não guarda relação com o cargo efetivo, ao qual também foi, sem fundamento idôneo, determinada a perda. 4. Manifesta ilegalidade na dosimetria quando do aumento da pena-base. Fundamentação lançada de forma vaga e genérica, sendo certo que a ação das pacientes e dos corréus mencionados se limitou a uma única contratação, não havendo motivação idônea, tampouco foi individualizada a conduta a fim de justificar a exasperação imposta. Acórdão da apelação que manteve a pena-base fixada na sentença, considerando a alta reprovabilidade da conduta dos réus, o que também não constitui fundamento válido, tendo em vista a ausência de indicação de situação diferenciada, no caso concreto, a demonstrar em que consistiria a alta reprovabilidade, a fim de justificar o aumento além daquelas circunstâncias previstas para o próprio tipo penal. 5. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444/STJ). A jurisprudência desta Corte tem consolidado entendimento na linha de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas

para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo a sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes. 6. Refeita a dosimetria quanto ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Pena-base fixada no mínimo legal. Sem circunstâncias agravantes ou causas de aumento, a pena definitiva fica estabelecida em 2 anos de reclusão, no regime aberto, mais o pagamento de 10 dias-multa, e afastada a perda do cargo público efetivo. 7. A redução da pena agora operada altera o lapso prescricional para 4 anos (art. 109, V, do CP). Entre a data do recebimento da denúncia, 13/1/2009, e a data da sentença condenatória, 14/8/2013, foi ultrapassado o marco temporal de 4 anos, tendo-se, assim, por consumada a prescrição da pretensão punitiva das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão, bem como dos corréus Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho, em idêntica situação fático-processual. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas, pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão e dos corréus Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho para 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, afastada, ainda, a determinação de perda do cargo público efetivo das pacientes. Feita a redução da pena, declarada extinta a punibilidade de Vera Lúcia Rodrigues Freitas, Sandra Maria Diresta Galão, Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho, como incurso no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, pela prescrição da pretensão punitiva.

(STJ – 6.ª T. – HC 482.458 – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 22.10.2019 – public. 05.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6145**)

Recurso especial. Posse de drogas. Art. 28, § 4º, da lei 11.343/2006. Aplicabilidade àquele que reincidir na prática do delito previsto no caput do art. 28 da lei de drogas. Melhor exegese. Revisão do entendimento da sexta turma. Recurso improvido.

1. A melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando direcionados pelo caput do artigo a que se referem. 2. Embora não conste da letra da lei, é forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei 11.343/2006 é a específica. Revisão do entendimento. 3. Aquele que reincide no contato típico com drogas para consumo pessoal fica sujeito a resposta penal mais severa: prazo máximo de 10 meses. 4. Condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das penas do art. 28, II e III, da Lei 11.343/06, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3º do referido dispositivo legal. 5. Recurso improvido.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.771.304/ES – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 10.12.2019 – public. 12.12.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6146**)

Recurso em habeas corpus. Corrupção. Lavagem de dinheiro. Organização criminosa. Operação boca de lobo. Provas de autoria e materialidade suficientes para a imposição de medidas cautelares. Prisão preventiva. Periculum libertatis. Risco à ordem pública caracterizado. Desnecessidade superveniente da medida extrema. Adequação e suficiência de medidas cautelares alternativas. Artigos 282, 312 e 282 do código de processo penal. Intepretação conjunta. Recurso ordinário em habeas corpus provido.

1. A prisão preventiva tem natureza excepcional e visa a proteger os meios (instrução criminal) ou os fins do processo (aplicação da lei penal e manutenção da ordem e paz públicas), não podendo assumir caráter de punição antecipada, mesmo quando evidentes os indícios de materialidade e autoria delitiva. 2. A decisão contra a

qual se volta o writ não possui vício original de fundamentação, uma vez que, além da indicação de fundados indícios de cometimento de crimes de ação penal pública por parte do recorrente - apoiados em elementos de convicção diversos, não circunscritos à palavra isolada de colaborador -, justificou a contemporânea necessidade de proteção da ordem pública (evitação de novas infrações penais), ante a gravidade concreta, a estrutura da organização criminosa e a densidade lesiva dos delitos sob apuração. 3. Sem embargo, a custódia cautelar sujeita-se a permanente e criteriosa reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal. 4. Além disso, é preciso que se avalie, ao longo da ação penal, se a prisão, como providência mais gravosa entre as cautelares pessoais, pode ser substituída por outras medidas, igualmente idôneas e suficientes para alcançar o mesmo objetivo daquela, em conformidade com o art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal, modificado pela Lei nº 12.403/11. 5. Para avaliar a possibilidade de substituição da prisão preventiva por outras menos invasivas à esfera da liberdade individual do acusado e menos deletérias à pessoa humana, fatores inerentes e também externos aos ilícitos de que é acusado devem ser sopesados. Na espécie, manifesta é a gravidade concreta dos crimes narrados na denúncia, mas não se deve desconsiderar que os delitos de corrupção teriam ocorrido até 2016 e os de lavagem de capitais, em 2007. Quanto ao delito de pertencimento a organização criminosa, nota-se que a ORCRIM já se encontra aparentemente desarticulada (ou, ao menos, não há indícios de que os correus continuem a se manter subjetivamente vinculados ao propósito de cometer novos crimes). 6. No tocante às condições pessoais do recorrente, exsurge incontroverso que era ele, ao tempo dos crimes a que responde perante a Justiça Federal de primeiro grau, portador de bons antecedentes, residente e domiciliado em endereço conhecido e encerrou seu mandato já há praticamente um ano, ausente qualquer indicação de que o cenário político atual (tanto no âmbito estadual quanto federal) favoreça ou contribua para que se reiterem as práticas delitivas em apreço. Além disso, não havia, antes das práticas ilícitas e até o momento da prisão do recorrente, sinais de relevante alteração patrimonial ou de estilo de vida típico de pessoas que ocupam postos de liderança em esquemas de corrupção, como o que lhe é atribuído na ação penal. 7. O recorrente, por fim, encontra-se preso já há mais de um ano, apresenta problemas de saúde e nada indica que o processo a que responde no juízo de origem esteja caminhando para seu encerramento, o que sugere um prognóstico de longa duração da prisão cautelar, mormente porque, com a recente alteração da jurisprudência do STF, não mais será possível a execução de pena antes do efetivo trânsito em julgado de possível condenação. 8. Ausentes quaisquer sinais de que o acusado possa turbar a instrução criminal ou de que se furte à aplicação da lei penal, resta a necessidade de proteção da ordem pública, com providências idôneas e suficientes para evitar a prática de novas infrações penais (art. 282, I, CPP). Contudo, em razão dos fatores acima indicados e tendo em vista a exigência de proporcionalidade a nortear a imposição de medidas supressoras ou restritivas da liberdade humana, é possível a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares pessoais, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal. 9. Recurso ordinário provido, para substituir a prisão preventiva por cautelares descritas no voto, sem prejuízo de imposição de outras que o prudente arbítrio do Juiz natural da causa entender cabíveis e adequadas, permitida a decretação de nova segregação, se sobrevierem novos motivos que a justifiquem, mediante explícita fundamentação.

(STJ – 6.ª T. – RHC 112.721 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 10.12.2019 – public. 19.12.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6147**)

Habeas corpus. Nulidade do julgamento do recurso de apelação. Insurgência apreciada sem a presença do advogado do réu. Pleito de adiamento da sessão de julgamento formulado com antecedência. Comprovação do impedimento de comparecimento ao ato. Réu absolvido em primeira instância. Relevância da sustentação oral da defesa. Prejuízos demonstrados. Coação ilegal configurada. Concessão da ordem.

1. Embora a realização de sustentação oral não seja ato essencial à defesa e à apreciação da apelação criminal, a comprovação de causa impeditiva de comparecimento do defensor impõe, excepcionalmente, o adiamento da sessão de julgamento. Precedentes do STF. 2. Na espécie, além de o pleito de adiamento haver sido formulado com a devida antecedência - 14 (catorze) dias antes da sessão - o certo é que houve a efetiva demonstração da impossibilidade de comparecimento do advogado ao ato em razão de prévia designação de audiência em outro feito, em comarca diversa, que efetivamente se realizou. 3. Ainda que se trate de terceiro requerimento de adiamento, verifica-se que o paciente foi absolvido em primeira instância, sobrevivendo sua condenação no primeiro julgamento da apelação, o qual foi anulado justamente porque estava indefeso ante o falecimento de seu anterior patrono. 4. A absolvição do paciente associada ao fato de que foi condenado no primeiro julgamento do apelo, que foi anulado por falta de defesa, revelam a importância da intervenção de seu causídico no segundo exame da insurgência, seja para a realização de sustentação oral, seja para o esclarecimento de eventuais fatos surgidos no curso da sessão, impondo-se, assim, a anulação do acórdão impugnado. Precedentes do STJ. 5. Ordem concedida para anular o julgamento do recurso de apelação, a fim de que outro seja realizado possibilitando à defesa o direito de sustentar oralmente.

(STJ – 5.ª T. – HC 517.948 – rel. **Jorge Mussi** – j. 22.10.2019 – public. 19.12.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6148**)

Recurso especial. Tráfico de drogas. Revista íntima. Ilícitude das provas obtidas. Recurso não provido.

1. A acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, tão somente, em uma denúncia anônima feita ao presídio no dia dos fatos informando que ela tentaria entrar no presídio com drogas, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação. 2. No caso, houve apenas “denúncia anônima” acerca de eventual traficância praticada pela ré, incapaz, portanto, de configurar, por si só, fundadas suspeitas a autorizar a realização de revista íntima. 3. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de revista na acusada, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância – localização, no interior da vagina, de substância entorpecente (45,2 gramas de maconha) –, posterior à revista, justifique a medida, sob pena de esvaziar-se o direito constitucional à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo. 4. Em que pese eventual boa-fé dos agentes penitenciários, não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a realização de revista íntima. Eis a razão pela qual são ilícitas as provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como todas as que delas decorreram (por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o que impõe a absolvição dos acusados, por ausência de provas acerca da materialidade do delito. 5. Recurso especial não provido.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.695.349 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 08.10.2019 – public. 14.10.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6149**)

Recurso em mandado de segurança. Restrição de ingresso em presídio. Sanção de caráter perpétuo. Impossibilidade. Direito de visita do preso. Violação. Ilegalidade. Recurso provido.

1. Não se admite a utilização do mandado de segurança contra

ato normativo de caráter geral (Súmula n. 266 do STF), razão pela qual, em seu bojo, não é possível realizar controle abstrato de constitucionalidade. 2. O ordenamento jurídico garante a toda pessoa privada da liberdade o direito a um tratamento humano e à assistência familiar e não prevê nenhuma hipótese de perda definitiva do direito de visita. 3. A assistência ao preso é dever do Estado, com o objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. 4. O cancelamento do registro de visitante ante a tentativa de ingresso no presídio com celulares perdura desde 2012 e, conquanto haja sido lastreado em circunstâncias ligadas à segurança da unidade prisional, a negativa de sua revisão está em desconspasso com a proibição constitucional de penalidades de caráter perpétuo. 5. É ilegal, por suprimir o direito previsto no art. 41, X, da LEP, a sanção administrativa que impede definitivamente o preso de estabelecer contato com seu genitor, situação que perdura há mais de sete anos. Está caracterizado o excesso de prazo da medida, que deveria subsistir por prazo razoável à implementação de sua finalidade, porquanto até mesmo nos casos de homologação de faltas graves (fuga, subversão da disciplina etc.) ou de condenações definitivas existe, nos regimentos penitenciários ou no art. 94 do CP, a possibilidade de reabilitação. Toda pena deve atender ao caráter de temporariedade. 6. Recurso em mandado de segurança provido a fim de restabelecer o direito de o recorrente receber visitas de seu genitor, sem prejuízo de novo cancelamento do registro do visitante, por prazo razoável, se houver reiteração de condutas ofensivas à segurança das unidades prisionais.

(STJ – 6.ª T. – RMS 48.818 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 26.11.2019 – public. 29.11.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6150**)

Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Eleonora Rangel Nacif**

1.º Vice-Presidente: **Bruno Shimizu**

2.º Vice-Presidente: **Helios Alejandro Nogués Moyano**

1.ª Secretária: **Andréa Cristina D'Angelo**

2.º Secretário: **Luís Carlos Valois**

1.º Tesoureiro: **Gabriel de Freitas Queiroz**

2.º Tesoureiro: **Yuri Felix**

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Salomão Shecaira.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhón Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrailly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazzi.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo, Rafael Vieira e Willians Meneses.

EXPEDIENTE EDITORIAL: Lorraine Carvalho Silva

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME: Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS - Porto Alegre/RS), Cassio Eduardo Zen (USP - São Paulo/SP), Chiavelli Fazenda Falavigno (UFSC - Florianópolis/SC), Clara Moura Masiero (UNISINOS - São Leopoldo/RS), Daiana Santos Ryu (USP - São Paulo/SP), Dayane Aparecida Fanti Tangerino (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP - Curitiba/PR), Fernando Vogel Cintra (UFRGS - Porto Alegre/RS), Gerson Faustino Rosa (UEM - Maringá/PR), Isabela Albuquerque Mustafa (Universidade de Coimbra - Portugal), Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF - Passo Fundo/PR), Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS - Porto Alegre/RS), Patrícia Maria da Silva Gomes (USP - São Paulo/SP), Patrick Cacicedo (USP - São Paulo/SP), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL - Maceió/AL), Pedro Augusto Simões da Conceição (USP - São Paulo/SP), Renan Barboza de Faria (USP - São Paulo/SP), Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND - Rio de Janeiro/RJ), Tomás Grings Machado (UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS)

PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA: p2g.studio | Tel.: (11) 2400-0038 | E-mail: contato@p2g.studio

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME | Tel.: (11) 3673-7564 | E-mail: midiafazmal@gmail.com

IMPRESSÃO: Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

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

Tiragem: **4.680 exemplares**

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP

Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)

www.ibccrim.org.br

PROGrame-se

CURSOS IBCCRIM:

1º SEMESTRE DE 2020



DIREITO PENAL ECONÔMICO: CRIMES EM ESPÉCIE – 2ª EDIÇÃO

AULAS PRESENCIAIS: 2 A 25 DE MARÇO, DAS 19H ÀS 22H

EAD: A PARTIR DE 12 DE MARÇO, NA PLATAFORMA EADBOX



ASPECTOS DA NECROPOLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

AULAS PRESENCIAIS: 3 A 19 DE MARÇO, DAS 19H ÀS 22H

EAD: A PARTIR DE 13 DE MARÇO, NA PLATAFORMA EADBOX



APLICAÇÃO E EXECUÇÃO PENAL

AULAS PRESENCIAIS: 7 A 30 DE ABRIL, DAS 19H ÀS 22H

EAD: A PARTIR DE 17 DE ABRIL, NA PLATAFORMA EADBOX



ASPECTOS PRÁTICOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

AULAS PRESENCIAIS: 5 A 28 DE MAIO, DAS 19H ÀS 22H

EAD: A PARTIR DE 15 DE MAIO, NA PLATAFORMA EADBOX



DIREITO DIGITAL E CRIMES INFORMÁTICOS

AULAS PRESENCIAIS: 1 A 24 DE JUNHO, DAS 19H ÀS 22H

EAD: A PARTIR DE 11 DE JUNHO, NA PLATAFORMA EADBOX

CONHEÇA A GRADE COMPLETA DOS CURSOS EM WWW.IBCCRIM.ORG.BR



CURSO 100% EAD: NOVAS PERSPECTIVAS DA CRIMINOLOGIA

PARTICIPE DA PESQUISA DE SATISFAÇÃO

ASSOCIADAS E ASSOCIADOS AO IBCCRIM PODEM RESPONDER À PESQUISA PARA AVALIAR O TRABALHO DESENVOLVIDO PELO INSTITUTO.

Acesse <https://pt.surveymonkey.com/r/5L9DN95> ou escaneie o QR Code

