

Editorial

Não à redução da maioridade penal

Após praticamente 25 anos de indiferença quanto à doutrina da proteção integral trazida pelo ECA, como que por ironia, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou, por 42 votos a favor e 17 contra, a tramitação da PEC 171/93, que pretende modificar o artigo 228 da Constituição Federal para prever o início da imputabilidade penal aos 16 anos.

A proposta é flagrantemente inconstitucional, além de inútil aos fins a que supostamente se dirige.

A “inimputabilidade penal” representa uma das garantias fundamentais da pessoa humana, uma vez que o artigo 228 do texto constitucional estabelece a idade de 18 anos como limite ao poder punitivo penal. Trata-se de uma escolha político-criminal do constituinte com vistas a garantir a proteção à infância, respeitando-se a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF).

Dessa forma, a simples deliberação de proposta de emenda tendente a abolir ou minorar os direitos e garantias individuais, ou seja, as regras de proteção do indivíduo frente ao Estado, já se revela como afronta à Constituição que, em seu art. 60, § 4º, IV, trata tal matéria como imutável pelo Poder Constituinte Derivado.

Além disso, a normativa internacional de defesa dos direitos humanos encampa o princípio da vedação ao retrocesso, em que a previsão e a efetivação dos direitos deve ser realizada de forma progressiva, cada vez mais abrangente. Nesse sentido, a redução da maioridade penal não poderia ser admitida sequer com o estabelecimento de uma nova Constituinte, sob pena de responsabilização internacional do Estado Brasileiro. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aliás, já se pronunciou recentemente acerca da PEC 171/93, expressando sua preocupação com o que considerou “grave retrocesso e uma violação dos direitos fundamentais dos adolescentes, pois viola sua garantia de ser tratado por uma justiça juvenil especializada”.

Não bastasse o óbice decorrente da sistemática normativa, a proposta de emenda constitucional é imprestável para a consecução dos fins que supostamente persegue. O projeto fundamenta-se em equivocada noção de ser o Direito Penal capaz de prevenir e impedir delitos, promessa essa que nunca se confirmou empiricamente. Ao contrário, tudo indica que a PEC produzirá efeitos nocivos à sociedade, tendo em vista que a inserção precoce de pessoas no cárcere poderá acarretar sua morte social: ao permanecer segregado da sociedade desde cedo, deixando a prisão com sabe-se lá qual idade, as chances de se obter êxito na profissionalização serão diminutas, por motivos tão óbvios que dispensam argumentação.

Com isso, o Estado não apenas deixará de cumprir a promessa de redução da violência, como a incrementará, uma vez que, ao excluir os jovens justamente no período em que estão a aprender a lidar com a emancipação e a liberdade, criará ambientes mais propícios para o ingresso da juventude nas carreiras criminosas.

Sobre esse aspecto, imprescindível a análise dos índices de reincidência. Embora tais números não sejam absolutamente seguros, nenhuma política sobre o assunto pode ser definida sem apreciá-los (mesmo que seja para aperfeiçoar sua colheita): enquanto entre os adultos a reincidência está na casa dos 70%, para os adolescentes (a depender da fonte) essa taxa varia de 15% (Fundação CASA, 2015) a 54% (CNJ, 2012).

É de se ter em vista, por outro lado, que os atos

infracionais praticados por adolescentes não chegam a 10% do total de crimes praticados no Brasil (ILANUD). Apenas 1% dos homicídios ocorridos são cometidos por adolescentes e, incluindo-se nesse montante as tentativas, apenas 0,5% teriam adolescentes envolvidos (Ministério da Justiça). Em contrapartida, mais de 36% das vítimas de homicídios no Brasil são adolescentes, em oposição a 4,8% da população em geral (SDH/PR), justamente por se tratar de parcela da população mais carente de políticas públicas, em escancarada oposição entre o texto constitucional e a nossa crua realidade.

É evidente que há muitos outros argumentos, como aqueles constantes da Nota Técnica produzida pelo Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM a respeito da PEC 171/93, já nas mãos dos parlamentares. Por outro lado, só neste periódico, ao longo de mais de 20 anos, há dezenas de manifestações qualificadas sobre o tema. Entristece ver a atualidade, por exemplo, do editorial de março de 2007, no qual se pontuou que “*negar os valores do Estatuto da Criança e do Adolescente e enfatizar a redução da maioria penal como solução para a crise de segurança é mais do que escamotear a verdade. É iludir a opinião pública com fantasias e alimentar a hipocrisia. Acima de tudo, é um lamentável equívoco histórico, pois estigmatizar crianças como criminosos, penalizar adolescentes e criminalizar jovens, é negar às novas gerações o direito de forjar seu projeto de sociedade. É impedi-las de construir seu futuro em bases alicerçadas na ideia de inclusão social, no princípio da solidariedade e no respeito aos direitos civis*”.

O debate, em todo esse tempo, infelizmente em nada evoluiu. É indispensável repisar que o objetivo de todos deve ser comum: construir uma sociedade com o mínimo de violência possível. A redução da maioridade penal, decerto, não é um dos mecanismos que auxilie nessa consecução.

Não se ignora que o momento político seja dos mais perigosos para os direitos e garantias plasmados na Constituição de 1988 e nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário. Não se pode ignorar, também, que é nesses tempos de crise que se forjam uniões potentes entre diversos atores sociais. Que mais essa tentativa de redução da maioridade penal sirva para isso: alertar a todos que não basta se opor ao retrocesso; é preciso forçar o avanço com a mesma intensidade e convicção.

Quem sabe assim, em alguns anos, o IBCCRIM poderá publicar não um editorial para, em coro a tantas outras instituições nacionais e internacionais, se contrapor mais uma proposta de redução da maioridade penal, mas para comemorar que a família, a sociedade e o Estado brasileiros finalmente asseguraram à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, CF).

Enquanto esse tempo não chega, ao menos em relação aos adolescentes – em conflito com a lei ou não –, uma boa ideia é que se comece a cumprir a Constituição Federal, o ECA e a Lei do SINASE; se a delinquência juvenil não baixar – algo praticamente impossível –, ao menos teremos dado aos nossos jovens e à nossa sociedade o direito de sonhar.

| Editorial

Manoel Pedro Pimentel e as Ciências Penais de nosso tempo

Alamiro Velludo Salvador Netto _____2

DIREITO PENAL EM DEBATE

Feminicídio: o equívoco do pretenso Direito Penal emancipador

Juliana Garcia Belloque _____3

DIREITO PENAL EM DEBATE

Sobre o feminicídio

Ela Wiecko V. de Castilho _____4

DIREITO PENAL EM DEBATE

Um copo meio cheio

Marta Machado e Fernanda Matsuda ____5

Protesto de presos: a exculpação da reação em face da violação das garantias individuais

José Rafael Fonseca de Melo _____7

Gargalos tampados

Maíra Zapater _____9

O prenúncio de um Direito Penal de empresa no Brasil

Victor Augusto Estevam Valente _____11

O art. 265 do CPP e o exagero na sua utilização

Euro Bento Maciel Filho _____14

Drogas e catástrofe: a política criminal da guerra permanente no Brasil

Thiago Fabres de Carvalho _____16

A funcionalização do Direito Penal a partir de critérios de política criminal

Carlo Velho Masi _____18

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1845

| SISTEMAS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Corte interamericana de direitos humanos _____1846

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1848

Superior Tribunal de Justiça ____ 1848

Superior Tribunal Militar ____ 1849

Tribunal Superior Eleitoral ____ 1850

Tribunal Regional Federal ____ 1850

Tribunal de Justiça _____ 1852

Manoel Pedro Pimentel e as Ciências Penais de nosso tempo

Alamiro Velludo Salvador Netto

Todo penalista, ao longo de seus estudos acadêmicos e diários, já se deparou com diversos textos, no mais das vezes escritos por grandes juristas internacionais, a respeito do *futuro* do Direito Penal. Cuidam-se, em realidade, de produções intelectuais que vislumbram responder perguntas do gênero: *tem futuro o Direito Penal?*⁽¹⁾ ou, ainda, *o que será possível esperar deste ou daquele conceito dogmático daqui a 10, 20 ou 50 anos?* Ao contrário do que pode aparentar, estes exercícios científicos não são meras tentativas de predição do devenir histórico. Distanciam-se, em muito, de práticas oraculares ou proféticas. Na realidade, representam uma reflexão destinada a compreender e alertar para um *movimento*, uma tendência de encaminhamento jurídico e social, partindo sempre, e obviamente, do diagnóstico da situação captada naquele mesmo instante em que se escreve.

Não é por outra razão que a validade destas construções depende muito da sensibilidade de seu autor. E esta sensibilidade aparece com mais intensidade em juristas que já possuem uma longa trajetória acadêmica, eis que são esses que já *viveram* transformações sociais, mudanças de paradigmas acerca do papel a ser cumprido pelo Direito Penal e, portanto, podem melhor *sentir* aquilo que seria o *porvir* desta ciência. Estes textos, em suma, valem menos pelas conclusões concretas ou vaticínios que alcançam, e mais em decorrência da leitura que fazem das forças latentes que permeiam a normatividade jurídico-penal.

Talvez seja por essa razão que tais textos, após muitos anos de sua publicação, raramente chamem a atenção dos pesquisadores que viram o tempo passar. Afinal, como dito, são menos profecias e mais diagnósticos de um momento: o exame do possível futuro com os olhos do passado/presente. Seja como for, a doutrina brasileira também ensaia este modelo. Especificamente, refere-se aqui a um pequeno e interessantíssimo trecho de **Manoel Pedro Pimentel**, cujo tópico se denomina *qual será o Direito Penal do futuro?* Este excerto, ao que parece, foi objeto de reflexão em ciclo de palestras desenvolvido em 1980 e organizado pelo Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. Três anos depois, ganharia sua versão publicada em *O crime e a pena na atualidade*, uma das paradigmáticas obras do Professor Catedrático das nossas Arcadas do Largo de São Francisco.⁽²⁾ Há exatos 35 anos, a autorizada voz do penalista projetava algumas características ao sistema criminal hodierno.

Manoel Pedro, como era chamado pelos mais próximos, apontava, diante dos problemas da sociedade brasileira, para a possibilidade de um significativo aumento da criminalidade violenta. Simultaneamente a isso, ocorreria um progressivo questionamento e desilusão, por parte da “*sociedade do futuro*”, das soluções ofertadas pelas sanções criminais. Assim sendo, o anseio generalizado passaria a ser a busca dos cidadãos em “*soluções prontas*”, com o que decorreria a “*condenação dos princípios e métodos liberais do Direito penal da culpabilidade, incompreensíveis para aqueles que apenas vêem o mundo pela ótica de um programático ciclo de objetivo-custo-resultado*”.

Em nome de uma sociedade sem crimes, ou *higienizada* como prefere o autor, serão os *engenheiros sociais e técnicos* que assumirão o controle das operações de combate ao crime e ao criminoso. Cada vez mais, um *Direito penal da periculosidade* assumirá a vanguarda da noção jurídica, por meio do qual critérios de técnica e eficiência corresponderão a padrões de antecipação de tutela, diretrizes tecnocráticas e supressão da própria necessidade da presença do advogado.⁽³⁾ Em suma, esta pretensão de uma sociedade sem crime “*será, certamente, a supressão da liberdade, porque uma sociedade sem crimes é uma sociedade sem liberdade*”. Concretamente, a pena será substituída por *medidas de reabilitação*, com processos punitivos que, vale frisar, “*não guardarão semelhança com o tratamento penal humano de que hoje tanto falamos*”.⁽⁴⁾

As afirmativas do Professor Catedrático da USP certamente apontam mais acertos do que erros. Inegável, portanto, a sua capacidade de *sentir* os caminhos que traçava a estrutura social brasileira, bem como sua correspondente ideologia jurídica. De fato, os burocratas assumiram o protagonismo na produção legislativa. As novas leis, os novos tipos penais, o recrudescimento punitivo são espelhos de buscas pela suposta

eficiência e técnica aparentemente capaz de criar a tal *sociedade sem crimes*. A academia, a reflexão científica e intelectual, a seu turno, sente-se cada vez mais alijada deste processo, resguardando apenas o seu incômodo papel de crítica *a posteriori* de infelizes decisões legislativas ou mesmo atabalhoados e infantis projetos de codificação.

No âmbito da realização concreta do Direito, a situação não é diversa. Seus operadores, em vez de pautarem suas práticas na realização da *liberdade jurídica*, optam pelo eficientismo punitivo. A adoção da audiência de custódia no Estado de São Paulo, símbolo da conquista de ferramenta processual destinada à garantia da liberdade individual, é atacada, inclusive judicialmente, por um órgão como o Ministério Público do Estado de São Paulo, cuja finalidade, ao menos no Texto Constitucional, deveria ser defesa da *ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 da CF). A liberdade, portanto, deixa de ser vista como valor absoluto, ao contrário, é relativizada e funcionalizada em razão de quem a detém e em face da suposta política judiciária da pragmática do possível.

Em nome da sociedade sem crimes, publicamente defende-se a flexibilização acerca da legalidade das provas, afinal conseguir a condenação a qualquer custo parece ser mais relevante que exigir do Estado o cumprimento dos comandos que lhe impõe obter condenações na conformidade das *regras do jogo* processual. No tocante ao acesso à Justiça, em vez de movimentos capitaneados no sentido do aumento do número de julgadores, como permite a Constituição, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça (art. 104 da CF), acolhe-se o argumento *técnico-burocrático* que justifica o estreitamento das hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, instrumento primeiro e essencial na garantia da liberdade.

Importa notar que a avaliação criteriosa das palavras de **Manoel Pedro** não implica refutar toda e qualquer modernização do Direito Penal. Muitas delas são válidas e necessárias na conexão sinérgica sempre existente entre a factualidade social e a normatividade jurídica.⁽⁵⁾ O foco fundamental da análise de professor da USP reside na questão relativa ao ponto ótimo que medeia a garantia da liberdade, por um lado, e o eficientismo do *combate ao crime*, de outro. Antes de iniciar sua análise o autor faz a ressalva que não teria a pretensão de ser um profeta, mas apenas um equivocado visionário.⁽⁶⁾ Na essência do problema, contudo, e ao afirmar que a *sociedade do futuro* preferiria a eficiência em detrimento da liberdade, não foi o Professor da USP um equivocado visionário. Foi um astuto profeta!

Notas

- (1) Utiliza-se aqui como exemplo de muitos outros o fundamental texto de Roxin, igualmente intitulado: ROXIN, Claus. *¿Tiene futuro el derecho penal?* Trad. Emiliano Borja. In: _____. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. A versão citada refere-se à Aula Magna proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Valencia em 30.10.1997.
- (2) PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 22-24.
- (3) Fazia referência aqui Pimentel aos primórdios dos denominados *Juizados de Pequenas Causas*, então de iniciativa do Ministério da Desburocratização. PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit., p. 23.
- (4) PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit., p. 23-24.
- (5) Análise essencial sobre esta questão: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Buenos Aires: IB de F, 2011. p. 111 ss.
- (6) PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit., p. 22.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor livre-docente do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP.
Presidente da Comissão de Direito Penal da OAB/SP.
Advogado.

Nota da Coordenação:

DIREITO PENAL EM DEBATE

Os próximos três artigos serão dedicados ao debate do Feminicídio. Convidamos juristas que estudam e militam na área dos direitos da mulher para manifestar suas ideias sobre as mudanças no Código Penal instituídas pela Lei n.º 13.104/15. As opiniões, divergentes em pontos importantes, convidam o leitor a refletir sobre o tema.

DIREITO PENAL EM DEBATE

Feminicídio: o equívoco do pretense Direito Penal emancipador

Juliana Garcia Belloque

Mia Couto reúne no livro de contos *O fio das missangas* histórias de mulheres condenadas a um espaço de sofrimento doméstico, de existência diminuta perante as figuras masculinas, em mistura de poesia, ficção e realidade que retrata a sociedade patriarcal africana. Uma de suas personagens, Amadalena, não sendo muda, optou por não falar, não ter voz.

Não há dúvida de que, enquanto as mulheres não estiverem livres de um ambiente de desigualdade e violência no âmbito doméstico, não poderão desempenhar igual protagonismo ao dos homens nos espaços públicos de convivência social. Esse é um círculo de discriminação que se retroalimenta.

A violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar (aquela que ocorre de forma reiterada e multifacetada, verdadeira violência estrutural) é um fenômeno social de horror, de dominação e que cala as mulheres.

Sendo inegável que ainda convivemos com essa realidade social – não só no Brasil, como em todas as partes do globo, fruto de séculos de uma cultura patriarcal que passou a ser compreendida e enfrentada há poucas décadas –, a questão que se põe em debate é quais as ferramentas que temos e queremos como aliadas em um processo (que será evidentemente histórico e complexo, e não pontual ou instantâneo) de superação da violência que atinge de modo distinto as mulheres e ocorre essencialmente no cenário familiar.

A tipificação do feminicídio, nos termos aprovados pela Lei 13.104/2015, que prevê como homicídio qualificado e hediondo o assassinato de mulheres por “razões da condição de sexo feminino”, é uma aposta equivocada no maior rigor punitivo como método de solução de um problema visceralmente existente no seio social.

O Poder Público escolheu tratar da questão de modo meramente simbólico, o que significa virar as costas para o problema, e o fez – neste ponto residirá sempre uma das maiores contradições da lei – com suporte no conservadorismo dos costumes, abandonando o conceito de gênero que o movimento de mulheres faz tanto esforço para disseminar. A novel legislação rechaçou avanços conceituais relevantes construídos pela Lei Maria da Penha – que enfrentou a violência *de gênero* como um fenômeno complexo a merecer distintos olhares – para buscar como único resultado o aumento de pena.

Se o assassinato de mulheres ocorre no âmbito familiar é porque a rede de proteção à mulher, fortalecida formalmente com a Lei Maria da Penha, falhou. Em vez de cobrarmos implementação efetiva dos mecanismos de proteção (sabedores que somos das ainda precárias condições de atendimento das Delegacias da Mulher e dos abrigos, da não fiscalização das medidas protetivas e da não instalação dos Juizados de Violência Doméstica na maioria das Comarcas), aumentamos a pena do ato que representa o fracasso do Estado.

E haverá algum homem que deixará de agir, no cume dramático desta relação de violência, levando em conta a punição que lhe reservamos?

Novamente, não alteramos o funcionamento da engrenagem que produz e alimenta a violência e buscamos soluções mágicas com o incremento das taxas de encarceramento.

Em pesquisa efetuada pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero –, foram analisados os procedimentos instaurados a partir de todas as mulheres que chegaram mortas ao IML do Distrito Federal entre os anos de 2006 e 2011. Parte significativa dessas mortes foram provocadas em contexto de violência doméstica e familiar. Apurou-se que em 97% destes casos de violência houve efetiva condenação, com a elevada pena média de 15 anos de reclusão. O trabalho transparece que se trata de um recorte do sistema de justiça criminal em que não há impunidade e as penas já costumam ser altas (mesmo sem contabilização de dados, esse é o mesmo cenário que identificamos na atuação da Defensoria no júri da capital paulista e, por mais que haja disparidades no plano nacional, tende a se repetir em outros locais, a partir de 2006, ano de edição da Lei Maria da Penha).

Ocorre que, neste período, houve apenas incremento do número de mortes, e não declínio, a despeito das condenações, o que coloca em xeque a efetividade desta política. Ressalto a dúvida que lança **Debora Diniz**, do Instituto Anis: deveríamos apostar nesta política punitiva que tem se mostrado ineficiente e não protetiva das mulheres, não se podendo olvidar que se trata do “mesmo direito penal que coloca as mulheres na cadeia por aborto”?⁽¹⁾

Quando se elege o caminho da punição, parece que o céu é o limite, justamente porque não se alcança o resultado almejado e a solução acaba sendo ministrar mais daquele remédio que não funcionou. Na lei aprovada, além da circunstância qualificadora que insere o crime no patamar de 12 a 30 anos de reclusão, foram previstas também causas de aumento, na proporção de um terço até a metade, a partir de circunstâncias que podem perfeitamente ser consideradas inerentes ao contexto de violência doméstica e familiar.

Chama a atenção o fato de que as causas de aumento tradicionalmente previstas para o crime de homicídio, no que tange à idade da vítima (art. 121, § 4.º, do CP), tem um patamar fixo de um terço, enquanto, no tipo qualificado de feminicídio, poderão alcançar até a metade.

Percebe-se, assim, que há incoerências no texto aprovado que mereceriam observações, mas – nesse aspecto – a lei do feminicídio não se distinguiria de nenhuma outra lei penal aprovada nas últimas décadas, sendo marca do processo legislativo nesta seara a falta de visão sistêmica.

O importante no debate é focar em como os movimentos de direitos humanos têm buscado o Direito Penal enquanto ferramenta de ruptura com a cultura discriminatória que vitimiza as chamadas minorias ou grupos vulneráveis.

Mais pena; pior pena. É disso que se trata?

Podemos todos nos olvidar que o Direito Penal foi construído justamente como um dos principais instrumentos de controle e repressão aos grupos discriminados? O sistema sempre selecionou o pobre, o negro e os marginalizados de todas as formas (moradores de rua, usuários de droga, homossexuais e travestis, índios...) como seus destinatários. O Direito Penal é ferramenta de legitimação discursiva da perpetuação do ciclo de violência que atinge principalmente os grupos cujos direitos são rotineiramente violados nas relações sociais.

Como transformar um mecanismo de repressão em ferramenta emancipatória?

Se o Brasil vive um cenário de violência institucional muito acentuado e ele atinge sobretudo os grupos discriminados, como podem estes eleger o próprio sistema repressivo que os vitimiza de modo diferenciado como a sua “galinha dos ovos de ouro”?

Cada “grupo” querendo trazer as não-virtudes do sistema penal para a proteção de seu “espaço de violações”, contribuindo para a formação de um círculo vicioso. Para proteger as mulheres, prenderemos por mais tempo os homens pobres e negros, faremos isso também para proteger os homossexuais e, no final, com um milhão de pobres e pretos presos (estamos chegando lá!), criminalizaremos com maior rigor o racismo. E, no meio do processo, serão milhões de mulheres (crianças, adultas e idosas) que terão passado pelo estupro institucionalizado das revistas íntimas vexatórias para visitar seus filhos, namorados e pais nas prisões. Algumas delas serão presas como traficantes por levarem droga consigo para dentro dos presídios.

E assim se alimenta o ciclo de proteção dos grupos discriminados pelo Direito Penal.

Com isso o Estado lava as suas mãos em relação à responsabilidade de empreender políticas públicas eficientes no desenvolvimento humano do país e engrandece as garras de seu aparato repressivo contra o qual deveriam estar lutando os movimentos de defesa dos direitos humanos. Se nós vencêssemos a violência perpetrada pelo próprio Estado, pelo contrário, isso atingiria positivamente todos os grupos vulneráveis.

Não é à toa que a mesma Câmara dos Deputados que tipificou o feminicídio poucas semanas depois aprovou a inclusão de nova qualificadora para o homicídio praticado contra agentes de segurança pública em serviço; ou seus familiares, em razão de suas funções. Isso enquanto policiais promovem a matança da população jovem das periferias e morros. Os dois projetos de lei andaram de mãos dadas na guinada por que passou o Congresso neste semestre. E logo atrás vem nada menos do que redução da maioridade penal. Os movimentos de direitos humanos que fletam com o endurecimento punitivo precisam enxergar que, se jogamos na lógica das leis penais, não podemos apenas aplaudir o “nosso espaço de ilusória proteção”, sem abraçar o sistema.

Quem brinca com fogo está disposto a se queimar. E o Direito Penal queima sempre os mesmos.

Nota

- (1) Disponível em: <www.vozesdaigualdade.org.br>, link “feminicídio”, acesso em: 14 abr. 2015.

Juliana Garcia Belloque
Defensora Pública do Tribunal do Júri.
Membro do Núcleo de Situação Carcerária.

DIREITO PENAL EM DEBATE

4 Sobre o feminicídio

Ela Wiecko V. de Castilho

O texto da Lei 13.104, de 09.03.2015 difere do inicialmente proposto pela CPMI da Violência contra a Mulher, de 2012, que constituiu o PLS 292, de 2013. O projeto inicial incluía no art. 121 do CP um inciso no parágrafo relativo ao homicídio qualificado descrevendo o feminicídio como uma espécie destacada e diferenciada do motivo torpe, do motivo fútil etc. A pena proposta era igual a dos demais casos enquadrados como homicídio qualificado.

Não houve questionamento do feminicídio como violência de gênero exercida contra as mulheres, a qual, nos termos da Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada e aberta à assinatura em Istambul, em 11.05.2011, “*abrange toda a violência dirigida contra a mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as mulheres*”.

O que se discutiu no Senado foram as circunstâncias que deviam ser levadas em conta para declarar que a morte ocorreu por razões de gênero. Mas, inexplicavelmente, em uma emenda de Plenário, sem maior discussão, foram incluídas causas de aumento de pena.

Na Câmara dos Deputados a cláusula definidora do feminicídio: “razões de gênero” foi substituída por “razões de condição de sexo feminino”. A substituição foi qualificada como emenda de redação, para justificar a não devolução do projeto à Câmara. Mas bem sabemos que não se trata de mera emenda de redação, pois visou restringir a aplicabilidade do feminicídio a transexuais mulheres. Ademais, a palavra gênero é perigosa, pois subverte a ordem, dita da natureza, do binarismo sexual de machos e fêmeas.

O texto manteve as causas de aumento de pena, no que diz respeito à idade e deficiência da vítima, à condição de gravidez ou do período pós-parto, à presença de ascendente e descendente na cena do crime.

Temos, agora, um novo tipo qualificado de homicídio, saudado por uns, principalmente pela visibilidade que dá aos homicídios de mulheres, e criticado por outros, pelo agravamento da sanção penal.

Todavia, se a visibilidade poderia ter sido alcançada por lei de natureza não penal, há um exagero na leitura sobre o agravamento punitivo.

No feminicídio, tal como no homicídio, o Estado dá uma resposta à violação do direito à vida das pessoas. Utiliza do aparato penal com a finalidade de punir quem mata outrem. O direito à vida é, pois, o objeto jurídico do crime. A distinção entre homicídio e feminicídio advém do argumento do Direito Penal mínimo, na suficiência da tipificação existente do homicídio qualificado, na violação ao princípio da igualdade dos sexos e na ineficácia da lei penal com vistas a prevenção de tal conduta.

O direito à vida é um direito humano que deve ser protegido pela lei penal consoante se extrai do art. 5.º, XXXVIII, da Constituição da República de 1988 (competência do júri para os crimes dolosos contra a vida) e XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais). À luz do Texto Constitucional, são improcedentes as críticas à tipificação do feminicídio fundadas no argumento do Direito Penal mínimo, na suficiência da tipificação existente do homicídio qualificado, na violação ao princípio da igualdade dos sexos e na ineficácia da lei penal com vistas a prevenção de tal conduta.

Em primeiro lugar, o legislador ordinário está obrigado a prever a criminalização dos(as) autores(as) de atentados dolosos contra a vida. Em segundo, aplicáveis os mesmos argumentos que foram desenvolvidos para se declarar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Em debates anteriores acerca da reforma do Código Penal, sobre a proposta de incluir no § 2.º do art. 121 a qualificadora “*por preconceito de raça, cor, etnia, sexo ou orientação sexual, condição física ou social, religião ou origem*”, **Ney Moura Telles** refutou a crítica de que seriam todos motivos torpes, sendo desnecessária a sua explicitação na norma. Afirmou que a explicitação é uma exigência imposta pela necessidade de conferir melhor e maior proteção às minorias dentro da sociedade.

Não se trata de ampliação do Direito Penal e de recurso a efeito meramente simbólico, mas do aperfeiçoamento e atualização da norma penal para incidir em condutas que antes eram acolhidas ou justificadas pela sociedade, embora sempre causadoras de dano a bem jurídico tradicionalmente sob proteção da lei penal, isto é, o direito à vida. Por isso, pouco adequado o argumento da Senadora **Gleisi Hoffmann** de “*anseio pelo agravamento da punição penal*”.

O aperfeiçoamento visa destacar do conjunto de homicídios praticados no Brasil aqueles em que as vítimas são mulheres e a motivação decorre da condição feminina, de modo a permitir a produção de estatísticas e políticas de enfrentamento.

Elemento fundamental do tipo é a motivação da conduta, consistente em “razões da condição de sexo feminino”, expressão objeto de conceituação legal no § 2.º. A expressão substituiu, a título de emenda de redação, a anterior “razões de gênero”. Todavia, na aplicação da Lei 13.104 não se poderá fugir totalmente do conceito de gênero, uma vez que a “condição de sexo feminino” é uma construção social tal como o papel social atribuído às mulheres na sociedade e que constitui o chamado gênero feminino.

O aumento maior da pena no feminicídio (1/3 até metade), em relação aos demais homicídios qualificados (1/3), no que diz respeito à idade e deficiência da vítima, à condição de gravidez ou do período pós-parto e ainda à presença de ascendente e descendente na cena do crime enseja ao questionamento de sua constitucionalidade.

É justificável a maior causa de aumento relativa à condição de gravidez ou do período pós-parto, dada a maior reprovabilidade do injusto e porque próprias da condição biológica da mulher. O mesmo não se pode dizer das demais causas. Nesse aspecto, o dispositivo é inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade, porém prescindível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Basta conferir interpretação conforme à Constituição, ou seja limitar a causa de aumento a 1/3 quando a vítima for mulher menor de 14 ou maior de 60 anos ou deficiente. O problema só existe na causa de aumento pelo fato de o crime ser praticado na presença de ascendente ou descendente da vítima. A reprovação deveria ser a mesma sendo homem a vítima.

O objetivo de dar visibilidade ao grande número de mulheres mortas por serem mulheres pode não ser alcançado, a menos que alterações sejam

feitas também na lei processual penal. É que as qualificadoras se classificam por motivos, meios de execução e conexão teleológica ou consequential com outro crime. Inclui-se a qualificadora do feminicídio no primeiro grupo, junto ao homicídio por motivo torpe e por motivo fútil.

Se o homicídio de uma mulher não for enquadrado na qualificadora do feminicídio poderá sê-lo nas demais hipóteses. Também poderá ocorrer que o homicídio se enquadre concomitantemente na qualificadora do feminicídio e em alguma(s) das demais. Nesse caso uma das circunstâncias será utilizada para qualificar o crime e a(s) outra(s) será(ão) levada(s) em consideração como circunstância(s) agravante(s), na fixação da pena.

Essas possibilidades, bastante comuns, poderão enfraquecer o objetivo de evitar as desclassificações do homicídio qualificado para homicídio simples, em face do não reconhecimento da alegação de ciúmes como motivo fútil ou torpe ou mesmo para homicídio privilegiado e absolvição por legítima defesa da honra. É provável que polícia e ministério público prefiram enquadrar o fato de imediato nas demais hipóteses de homicídio qualificado por entenderem mais difícil demonstrar as “razões de condição de sexo feminino”.

Por fim, a inclusão do feminicídio no rol dos crimes hediondos. Não poderia ser diferente, tal como nas demais hipóteses de homicídio qualificado. Antes, os assassinatos de mulheres praticados por homens já eram considerados hediondos se enquadrados em uma das qualificadoras do art. 121. Assim, não é apropriado dizer que “agora, matar uma mulher é crime hediondo”.

A análise técnico-jurídica e da operacionalidade do sistema de justiça mostra que a Lei 13.104 não exacerba o poder punitivo. Identificar homicídios de mulheres decorrentes de violência doméstica e familiar ou de menosprezo e discriminação à condição das mulheres é importante para a implementação da política de enfrentamento à violência criada pela Lei Maria da Penha. A não identificação gera prejuízos para mulheres que sofreram tentativas de homicídio, para as quais se poderiam oferecer medidas protetivas e a assistência integral necessária para interromper a espiral de violência.

A resistência que se observa na aplicação e na implementação da Lei Maria da Penha tende a persistir no feminicídio. Para quebrá-la, medidas legislativas no âmbito do processo penal, por exemplo, e medidas administrativas devem ser pensadas, aliadas a uma contínua sensibilização do sistema de justiça para a desigualdade de gênero.

Ela Wiecko V. de Castilho

Vice-Procuradora Geral da República.

Coordenadora do Comitê Gestor de Raça e Gênero
no âmbito da Procuradoria-Geral da República.

Mestre e doutora em Direito e professora da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

DIREITO PENAL EM DEBATE

Um copo meio cheio

Marta Machado e Fernanda Matsuda

No dia 9 de março foi sancionada a lei que modifica o Código Penal brasileiro para incluir o feminicídio entre as hipóteses de homicídio qualificado. A proposta de tipificação do feminicídio resultou dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da violência doméstica contra a mulher, encerrada em julho de 2013. Ao longo de mais de um ano, a equipe da CPMI realizou audiências públicas, ouviu autoridades, especialistas e representantes dos movimentos de mulheres e conheceu os serviços públicos que compõem a rede de atendimento a mulheres em situação de violência em 15 Estados do País.⁽¹⁾ O texto legislativo recentemente aprovado é produto de um processo intenso

de discussão e negociação envolvendo grupos institucionais e não institucionais. Entretanto, o projeto recebeu duas alterações que não fizeram justiça à qualidade da discussão prévia. A primeira diz respeito à supressão, no momento da assinatura, da expressão “*gênero*” e sua substituição por “*condição de sexo feminino*”. A segunda consiste na inclusão da causa de aumento de pena. O projeto inicial e todo o debate subsequente se basearam na previsão do feminicídio como uma modalidade de homicídio qualificado. Empiricamente se constatam que os assassinatos de mulheres são enquadrados dessa forma, pela existência de uma ou mais qualificadoras, entre as quais prevalecem o

motivo torpe (inc. I), o motivo fútil (inc. II) e/ou o uso de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da ofendida (inc. IV). A proposta, por conseguinte, ao não trazer o aumento de pena, colocava mais ênfase na adequação da resposta do sistema de justiça criminal (com atenção para a desigualdade de gênero) do que na maior punição para os autores do crime de feminicídio.

Dados do Mapa da Violência evidenciam um aumento desproporcional entre as mortes por causas violentas de homens e de mulheres. A taxa de assassinatos de mulheres cresceu 17,2% na última década, o dobro da elevação da taxa de homicídios masculinos que, no mesmo período, foi de 8,1%.⁽²⁾ Não obstante a eloquência desses números, muito pouco se sabe por que e em que circunstâncias essas mulheres estão morrendo – são vítimas da criminalidade “comum”? Ou o fato de serem mulheres é determinante para o desfecho trágico de suas vidas? A literatura internacional indica uma tendência de aumento da violência contra a mulher à medida que ganham mais autonomia, buscam romper situações de submissão ou quebrar papéis tradicionais que a sociedade patriarcal lhes impõe. Contudo, a falta de uma categoria que dê nome ao fenômeno o invisibiliza. Para atacar um problema com políticas públicas adequadas é preciso diagnosticá-lo e nomeá-lo e a criação de uma categoria jurídica própria pode ser um passo importante nesse sentido.

Distinguir o feminicídio do homicídio joga luz na questão de gênero presente não apenas nas circunstâncias do conflito, mas também no processamento dos casos pelos tribunais. Os resultados da pesquisa “A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil”⁽³⁾ mostram que o sistema de justiça criminal contribui para a persistência da desigualdade entre homens e mulheres no País. A dinâmica de funcionamento dos Tribunais do Júri é na maior parte dos casos pautada pelo machismo, sendo recorrentes argumentos que reforçam a naturalização da violência e a culpabilização da mulher. Identificou-se, nos discursos dos(as) profissionais do sistema, o recurso sistemático à construção arquetípica das figuras feminina e masculina, corroborando expectativas que recaem sobre os papéis desempenhados por homens e mulheres na sociedade. Constroem-se nos processos ora a imagem da boa mãe e esposa, que foi vítima da ação de um homem que é patologizado, agressivo e, não raro, faz uso abusivo de álcool ou drogas, ora a imagem da mulher indócil, cujo comportamento (em muitos dos casos a manifestação da vontade de terminar o relacionamento) provocou a agressão do bom marido e trabalhador. Não se pode afirmar que é regra o reconhecimento dos direitos das mulheres nos processos judiciais analisados: trata-se mormente da reprodução de posições tradicionais, que limita a liberdade da mulher, coloca em questão as formas de exercício de sua sexualidade e justifica a violência machista. O uso da categoria feminicídio, ao colocar o gênero em evidência, tem também o potencial de trazer a disputa feminista para o campo dos operadores do direito e problematizar a inércia machista da operação do sistema de justiça.

Mas diante desse cenário em que desponta a importância da disputa política no campo da aplicação das leis, cabe indagar se o Direito Penal é a ferramenta adequada para a visibilização e prevenção da violência de gênero. É próprio do Direito Penal a redução do problema a um ato, com posições definidas de autor e vítima. As narrativas produzidas nesse campo, dessa forma, tendem a enxergar o ato violento como um episódio isolado na trajetória do casal e, ainda, completamente apartado do contexto estrutural da violência de gênero. Nesse sentido, a própria forma de operar do Direito Penal não favorece a transformação dessa realidade, que exige uma abordagem à altura da complexidade do fenômeno. A aposta na pena (mais uma vez de prisão) ao agressor tampouco parece ser uma boa estratégia preventiva. Na maioria dos casos analisados pela pesquisa o sistema de justiça apenas interveio quando a mulher já estava morta. A prisão do agressor a essa altura é mais um capítulo da história de violência.

Ao considerar a eficácia da criminalização, a dimensão da dissuasão é facilmente posta em xeque. Há de admitir, todavia, que, em uma sociedade marcadamente punitivista como a brasileira, criar um crime se tornou uma das estratégias mais relevantes para comunicar a reprovabilidade da conduta, a valorização do direito ou a importância da causa. É a aposta nessa função simbólica que vem impulsionando demandas por tipificação e por agravamento de penas, inclusive por movimentos sociais. Se essa estratégia é compreensível nesse contexto de uma sociedade punitivista, parece-nos importante manter a crítica ao modelo punitivo como um todo. Não só considerar todo o conjunto dos

problemas sociais trazidos pela prisão e os déficits de funcionamento desse sistema já tão inflado, mas manter no campo de visão as limitações das respostas por ele oferecidas.

Nesse sentido, ainda que se considere importante a comunicação promovida pela tipificação do feminicídio, ela deve ser vista como um elemento no bojo de um conjunto de estratégias de ação. Não pode estar descolada do movimento mais amplo de reconhecimento social do problema da violência doméstica contra as mulheres, que ganhou forte impulso com a Lei Maria da Penha em 2006. Para além do conteúdo criminalizante, a lei traz um amplo e consistente programa de proteção às mulheres e de enfrentamento estrutural da violência, por meio de políticas públicas específicas e integrais. Profissionais do direito que atuam na área consideram as medidas protetivas de urgência previstas na lei o seu diferencial no que diz respeito ao rompimento do ciclo de violência e no potencial de prevenção do assassinato de mulheres. Permanecem até agora, entretanto, os desafios para sua implantação. Pesquisa recente do Ipea⁽⁴⁾ concluiu que a Lei Maria da Penha teve um impacto significativo sobre as estatísticas de assassinatos de mulheres dentro de residências, que tiveram um decréscimo de notáveis 10%. Aponta, ainda, as diferenças no grau de institucionalização dos serviços descritos na lei, inclusive com marcadores desiguais nas regiões no País. A ampliação e o aprimoramento da rede de atendimento às mulheres em situação de violência (em especial dos centros de referência), o estabelecimento de delegacias especializadas de atendimento à mulher com equipes adequadas e que funcionem também durante a noite e aos finais de semana, a aplicação e a fiscalização das medidas protetivas de urgência, a implantação dos Juizados de Violência Doméstica com competência criminal e cível e dotados de equipes multidisciplinares, a instalação das Casas da Mulher Brasileira, entre outras, são medidas que devem ser adotadas em direção à garantia dos direitos das mulheres.

Criar um tipo penal sem olhar para todas essas questões significa negligenciar o que há de mais promissor na política de enfrentamento à violência. De outro lado, parece-nos urgente unir esforços em torno da conscientização e sensibilização dos(as) operadores(as) do direito, cujas representações são moldadas dentro da lógica machista que envolve toda a sociedade. E nesse sentido, a intensa discussão suscitada pela aprovação da tipificação do feminicídio pode ter efeitos positivos na postura desses(as) profissionais.

Notas

- (1) O relatório final da CPMI encontra-se disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2015.
- (2) Mapa da Violência 2013.
- (3) A pesquisa, realizada pelas autoras do texto e equipe no âmbito do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena (FGV Direito SP) com financiamento da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), realizou o estudo qualitativo de processos judiciais referentes ao homicídio tentado e consumado de mulheres que tramitaram nos Tribunais do Júri de Bahia, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná e São Paulo.
- (4) Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610>. Acesso em: 9 mar. 2015.

Marta Machado

Professora da FGV Direito SP.

Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da mesma instituição.

Fernanda Matsuda

Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena.

Protesto de presos: a exculpação da reação em face da violação das garantias individuais

José Rafael Fonseca de Melo

Sendo o tratamento humano e o respeito à dignidade inerente à pessoa previsões do Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos, bem como a vedação a torturas, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, decorrem do *princípio da legalidade* as garantias que se estendem tanto aos presos que cumprem penas, como – e ainda mais – aos presos provisórios, no que tange às limitações advindas da privação da liberdade. O respeito ao homem em sua dignidade, de acordo com esta compreensão, também foi contemplado pela Constituição brasileira de 1988 quando esta o determina como um fundamento da República Federativa do Brasil.

A indicação feita a partir da psicanálise de que o processo punitivo realizado entre seres humanos humilha e degrada, porque se liga ao rebaixamento e é responsável por desencadear um ciclo retroalimentante entre vergonha e ira, contesta a obediência como virtude e utiliza a desobediência civil para escancarar a injustiça presente, por exemplo, nas condições desumanas do cárcere. No conflito entre o *ego* e o *superego*, este só poderá funcionar orientando a conduta conforme a norma penal e construindo motivações baseadas nessa expectativa se a força daquele for suficiente para controlar a sua influência, filtrar seus imperativos e relacionar os outros sistemas normativos com os impulsos instintivos e as paixões.

O argumento de exculpação aqui sustentado há de ser ressaltado ao lado de um ponto fulcral na análise da situação de desobediência civil: o protesto de preso consiste no exercício de um direito de resistência que não implica um direito de rebelião, devendo guardar proporcionalidade com as violações dos direitos humanos sofridas, bem como com as finalidades que se pretende alcançar – por exemplo, a satisfação de necessidades básicas e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e não a destruição ou a provocação de atos terroristas, devendo ainda respeitar outras leis não relacionadas diretamente ao problema contra o qual se reclama.⁽¹⁾

Interessante observar que a bela redação legislativa brasileira referente à execução penal não condiz com a realidade carcerária do País, sendo incoerente a partir da ilógica quantidade de vagas destinadas aos três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade⁽²⁾ previstos em lei, que é inversamente proporcional ao que se entende por racional, sobretudo aos fins da pena, bem como pela razão entre as vagas disponíveis e o número de reclusos. No entanto, tal *situação de exculpação* consiste em um problema de (má) execução penal e de administração da segurança pública, não sendo propriamente uma proposta de deslegitimação direta do Direito Penal como ciência que não consegue atingir os seus objetivos declarados.⁽³⁾

Ao se manifestarem contrários às precárias condições existentes nos estabelecimentos prisionais, os presos, quando realizam ações descritas no tipo legal, tais como promoções de fugas ou motins, devem estar mais interessados em dar publicidade ao ato, a fim de usar a conduta desobediente para chamar a atenção da opinião pública, despertando-a da letargia sobre a realidade oculta dos fatos,⁽⁴⁾ do que promover a desordem. É certo que a renúncia à violência é requisito fundamental para a legitimidade e, pretendendo a reivindicação adquirir publicidade favorável, o propósito deve prescindir de seriedade para que, ao invés de ser um instrumento de coação, torne-se um utensílio de persuasão proveitoso e capaz de pressionar o Estado a empregar soluções ao problema apresentado.

A negação das condições mínimas de dignidade e dos direitos descritos na própria Lei de Execução Penal é o ponto fundante das práticas desobedientes, sendo, portanto, essa forma de violência a

fonte das demais. Sendo o Estado Democrático de Direito brasileiro o espaço da liberdade, esculpido na Constituição de 1988 pelo seu declarado espírito libertário, a depender da insignificância ou significância mínima das lesões a bens jurídicos que não sejam contra a pessoa humana, deve este Estado suportar a insatisfação dos *clientes* do sistema penal e prisional – visto que as condições degradantes alcançam indistintamente tanto os que cumprem pena quanto os que aguardam reclusos, por força de medida cautelar constritiva de liberdade, pronunciamento acerca da acusação que recai em seu desfavor. É a tolerância estatal, nesse sentido, a anuência de (ir)responsabilidade diante do descumprimento de direitos constitucionais e infraconstitucionais por vezes mínimos que deve, necessariamente, gerar medidas de correição e não de mais punição.

A maneira violenta como se estabelece o diálogo entre presos e autoridades responsáveis pelo sistema prisional acaba produzindo furor e elevado grau de insatisfação naqueles pelo modo indigno e desumano como são tratados e, a depender da forma (meios), poderá desvirtuar os pleitos (fins), acabando por trazer mais reprovação social e antipatia do que propriamente atrair a opinião e mobilização pública em seu apoio, sobretudo pelo (pre)conceito existente em relação à situação temporária de condenado/acusado. Isso se dá pela falência do sistema carcerário que reproduz o colapso existente fora dos seus muros, com reflexos diretos nos altos índices de reincidência e no quadro crescente da violência, transferindo para o recrudescimento das penas uma falsa e equivocada impressão de solução desse problema.

Do maior rigor dos regimes de cumprimento da pena surgem as maiores violações às principais garantias e direitos humanos de dignidade: sendo o Estado desinteressado em assegurar o cumprimento legal da forma de execução das penas, seja pelo seu alto custo, seja pela não popularidade gerada pelos investimentos destinados a esse fim, não restam alternativas às vítimas dessa indiferença que não se insurgirem contra tal inadimplemento, fazendo-o por meio de movimentos desobedientes.

Nos casos em que castigos físicos são legalizados e estão institucionalizados – exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado – em uma equivalência às atrocidades cometidas primitivamente e que também consistiam em reação penal legitimada, existe um agravante: o fomento da arbitrariedade pelas permissões legais de quem institui tais recrudescimentos, abrindo caminho aos abusos de autoridade e excessos violentos e cruéis que ferem o próprio princípio da legalidade, responsável por limitar o Estado na imposição da pena para que essa não se sobreponha à dignidade da pessoa humana.⁽⁵⁾

A exculpação do *protesto de presos* baseada na luta por direitos humanos fundamentais constitui uma particular forma de, incluindo-a oficialmente no discurso jurídico-penal, ampliar a cidadania que em nada pode ser diminuída com a privação da liberdade.

A relação de dependência entre o capital e o trabalho assalariado é reproduzida pelo sistema jurídico-penal na concepção da pena como retribuição equivalente instituída sob a forma de privação da liberdade, sendo tal relação também estabelecida sob as mesmas bases que, de maneira análoga, compara cárcere e fábrica, em uma demonstração da *disciplina* do sistema penal como forma de controle social. Esse conceito é trazido pela teoria materialista/dialética da pena e tem como fundamento a diferença entre as funções reais e as funções ilusórias da ideologia penal existente nas sociedades capitalistas.⁽⁶⁾

A posição autoritária adotada por autores defensores da teoria da prevenção geral positiva se revela incoerente com os próprios fins do

Direito Penal, porque cede o lugar de protetor de bens jurídicos ao papel de garantidor da fidelidade do cidadão à vontade do poder, no instante em que define a pena como reação contra a violação da norma penal, reafirmando na punição o sentimento coletivo de confiança no direito que, em resposta, atende aos reclamos dos *impulsos punitivos da população*.⁽⁷⁾ Essa expressão revela o simbolismo presente na tentativa de desestimular a prática de condutas que reivindicam direitos, e que resulta na criminalização de condutas desobedientes – caso das reações impulsivas contra o tratamento desumano e cruel aos quais os presos são submetidos.

O descaso em matéria de execução penal se inicia quando, na intenção de racionalizar a punição, argumenta-se favoravelmente com base na teoria mais conveniente à casuística e nas supostas e pretensas funções que a pena cumpre – o que leva a uma diversidade de conjecturas que pretendem se legitimar, sendo estas, por vezes, *contraditórias* e até *reciprocamente excludentes*.⁽⁸⁾

A partir do vazio provocado pela ausência de sentido oriunda dos objetivos antitéticos das teorias da pena, o que corresponde ao limiar da crise, os efeitos são a amplificação das debilidades de um sistema que não consegue se operacionalizar atendendo aos princípios fundamentais e garantias constitucionais aos quais se submete, bem como a estigmatização de inutilidade e marginalização social dos sujeitos que, por não constituírem proveitosa força de trabalho e ocuparem a condição desfavorável na “*hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico*”,⁽⁹⁾ também acabam sem merecer o reconhecimento de quaisquer direitos – inclusive o de reivindicar suas ausências.

Das injustiças e precariedade das condições dos estabelecimentos prisionais decorrem as maiores insatisfações e conflitos que, não raramente, resultam em desvios criminosos em forma de rebeliões e motins. Superlotação e desarmonia da convivência com agentes e secretarias responsáveis pela ordem são a fonte da frustração de manutenção da disciplina e obediência às determinações, desencadeando um desrespeito mútuo: presos não acatam a autoridade das instituições e estas vilipendiam os direitos dos reclusos.

No seio deste problema há uma reprodução pelo cárcere da relação de subordinação estabelecida na sociedade que, historicamente, assimilou o modelo de *fábrica*, em que disciplina e obediência absolutas são virtudes imprescindíveis ao mérito da retribuição que constitui a contraprestação do salário como correspondente da força de trabalho. Prova disso é a gênese da instituição do cárcere, que nasce com a sociedade capitalista e se desenvolve paralelamente à sua história.⁽¹⁰⁾

A revelação da natureza da retribuição penal como equivalente, explicada como fenômeno socioestrutural específico das sociedades capitalistas, relaciona os fundamentos materiais e ideológicos da pena criminal com o *capital/trabalho assalariado*, e a correlação *sistema penal/mercado de trabalho* denuncia que a disciplinarização do sistema punitivo se equipara às políticas de reconhecimento do empregado que se adéqua às necessidades do capital e se subordina aos interesses do mercado capitalista – constituindo um coagido instrumento produtor de sujeitos *dóceis*, *inteligíveis* e *úteis* às submissões, utilizações, transformações e aperfeiçoamentos,⁽¹¹⁾ sendo consequentemente de fácil controle e manipulação.

Os atos de protesto de presos que se voltam contra a domesticidade que impõe aceitação de condições subumanas de existência dentro dos limites do cárcere adquirem contornos dissociativos idênticos aos existentes na luta contra a escravidão: assim como a exploração econômica afasta a força e o produto do trabalho, o não reconhecimento da dignidade humana é igualmente suficiente para a não aceitação da coerção disciplinar estabelecida ao preso.⁽¹²⁾

Os caminhos inversos trilhados pela difusão do terror e a disposição para a obediência e disciplina conduzem à conclusão de que não se encontra confirmação em qualquer ciência empírica de relação entre punição e comportamento futuro, o que rechaça o entendimento da relação empírica das teorias preventivas dos fins da pena.⁽¹³⁾ O processo complementar de aculturação ao qual são os presos submetidos impõe a absorção de valores próprios do cárcere a partir de modelos próprios de comportamento daquela subcultura, impondo ao encarcerado uma

encruzilhada: assumir o papel de *bom preso* e se conformar e se amoldar ao sistema; ou assumir o rótulo de criminoso a ele imposto e integrar a minoria dominante na comunidade prisional.⁽¹⁴⁾

Bibliografia

- AGUIAR, Fernando. *Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión*. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Anatomia de uma criminologia crítica*. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.
- _____. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007.
- COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 34. ed. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Ed. Vozes, 2007.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid (Espanha): Thomson Civitas, 2008.
- RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Notas

- (1) AGUIAR, Fernando. *Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión*, p. 52.
- (2) BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, p. 41.
- (3) BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*, p. 1-2.
- (4) COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*, p. 54.
- (5) BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*, p. 151.
- (6) O desenvolvimento dessa teoria foi promovido pela criminologia crítica e tem em autores como Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, E. B. Pasukanis, George Rusche, Otto Kirchheimer e Juarez Cirino dos Santos seus principais referenciais, cada um a seu tempo, mas com relevantes e notórias contribuições.
- (7) A crítica aos autores que adotam posições autoritárias e que são representados por Jakobs é feita por diversos motivos, entre os quais está, para além dessa citada “*contradição contra a contradição da norma, que afirma e estabiliza a validade da norma violada às custas do competente/responsável*”, a redução do crime como lesão da vontade do poder quando definido como *violação da norma* (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, p. 482-483).
- (8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, p. 114; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito, § 3, n. 35, p. 95; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, p. 486.
- (9) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 161.
- (10) *Idem, ibidem*, p. 166-167; RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, p. 43-82.
- (11) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 117-118.
- (12) *Idem, ibidem*, p. 119.
- (13) FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 38-39.
- (14) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Anatomia de uma criminologia crítica*, p. 17.

José Rafael Fonseca de Melo

Mestre em Direito – UFPE.

Professor da Faculdade Estácio Recife e da Faculdade do Recife.

Advogado.

Gargalos tampados

Maíra Zapater

Falar sobre a sensação de insegurança gerada pelo medo da violência urbana chega a ser um clichê: é cada vez mais raro se deparar com alguém que jamais tenha sido vítima ou ao menos presenciado de perto um crime violento.

O natural e legítimo sentimento de impotência e revolta das vítimas é respaldado por um não menos natural e legítimo sentimento de compaixão – e identificação – generalizado na população. Este sentimento, por sua vez, torna-se instrumento tão valioso quanto perigoso quando manipulado por instâncias de poder, tais como meios de comunicação e instituições do sistema de justiça que, a pretexto de transformar uma realidade violenta em um cenário de paz e harmonia, exercem tais poderes de forma arbitrária e abusiva, a perpetrar injustiças reprodutoras da mesma violência que pretendem combater.

É o que se depreende da política de encarceramento em massa atualmente vigente no País, e de maneira muito marcada no Estado de São Paulo. Aliás, também este tema transformou-se em clichê, pisado e repisado em diversos veículos, além das páginas deste *Boletim*, nos quais se repete à exaustão o mesmo debate dualista: de um lado, os “cidadãos de bem” que se sentem acuados e preteridos por “defensores de Direitos Humanos”, os quais, por sua vez, gritam por menos encarceramentos e menos violência por parte do Estado.

Debates tão duais dificilmente conseguem fornecer argumentos capazes de enriquecer uma discussão. Ao contrário, fomentam cisões sociais e empobrecem o necessário diálogo. E, para dialogar, é indispensável procurar compreender a magnitude dos fenômenos, tendo à mão todas as informações possíveis para somente então formular um juízo de valor.

Nestas breves linhas, pretendo apresentar dados e argumentos sobre a amplitude da máquina estatal que seleciona determinados grupos de indivíduos para ingressar no sistema penal, a pretexto de combater a violência, mas, na verdade, praticando ele mesmo formas de violência institucional e contribuindo para que esta se perpetue.

É importante notar que a violência nem sempre se exerce pela força física, mas por condutas institucionais que de tão burocratizadas se naturalizam e se tornam cada vez menos questionadas – e mais enraizadas culturalmente.

É o que parece ocorrer com o tratamento conferido à parcela da população que habitualmente “frequenta” os bancos da Justiça Criminal. Embora a Constituição Federal de 1988 tenha visado assegurar garantias individuais fundamentais, estendendo-as expressamente ao processo criminal, o sistema de justiça brasileiro na prática não vem sendo exitoso em assegurar que a defesa criminal seja eficaz. Símbolo maior disso é a explosão demográfica carcerária.

Ainda que se alegue que o aumento do número de presos corresponda a um aumento do número de crimes, é certo que esse aumento do encarceramento em nada contribuiu para reduzir estes números – e menos ainda a sensação de insegurança endêmica na população da maior parte das cidades brasileiras. Por outro lado, é possível identificar uma série de pontos nevrálgicos no sistema de justiça a demonstrar que a defesa criminal ineficaz figura como um dos principais fatores a contribuir para o aumento da população carcerária – e este aumento sim, sem dúvida, interfere nas estatísticas criminais, pois é notório e sabido que as condições das prisões, com forte dominação de facções e um Estado ausente são prolíferos em recolocar na sociedade indivíduos que não veem outra saída senão voltar a delinquir.⁽¹⁾

Mas há outro fator bastante influente nessa explosão demográfica da população prisional (que, vale lembrar, conta com elevadíssimo percentual de presos provisórios): é a força da cultura punitivista,

escorada na crença do poder pedagógico do castigo grave que flerta com a vingança, nem que seja às custas de decisões judiciais de legalidade questionável.

São Paulo é um caso paradigmático para ilustrar esta afirmação: o Estado responde por quase 37%⁽²⁾ da população prisional brasileira e conta com a maior estrutura de sistema de justiça da América Latina. E por isso mesmo é exemplar perfeito das muitas injustiças e distorções que levam à atual situação.

Há diversos pontos críticos a serem apontados para compreender o contexto aqui analisado, mas, para os fins pretendidos neste texto, quero focar no que denomino “gargalos de entrada e saída” do sistema, quais sejam: a fase de inquérito policial e a fase de execução.

O inquérito policial padece basicamente de dois graves problemas estruturais: a conhecida precariedade das condições de trabalho da polícia judiciária somada à falta de defesa técnica (que embora não seja vedada, não tem previsão legal, tornando-a praticamente inexistente) nesta etapa já produz um acúmulo de pessoas detidas em flagrante. A estrutura deficiente das polícias civis dificulta a realização de investigações mais aprofundadas, fazendo com que parte significativa dos inquéritos seja instaurada a partir do encarceramento de cidadãos. E, de outra parte, as deficiências do modelo de defesa técnica adotado no Brasil (tais como defensores públicos em número insuficiente para atender à demanda do Estado) dificultam que prisões ilegais ou irregulares sejam revertidas pelos meios jurídicos competentes.

Em relação à fase de execução da pena, praticamente todos aqueles que se encontram em cumprimento de pena são atendidos somente por defensores públicos, e não deixa de ser no mínimo peculiar a raridade em encontrar algum preso atendido por advogado particular. A superlotação endêmica dos estabelecimentos prisionais brasileiros e a escassez de defensores públicos atuando nesta etapa faz com que o trabalho destes profissionais seja excessivo, e a natureza mista (judicial e administrativa) desta fase acaba por criar impasses burocráticos que chegam a repercutir gravemente no trabalho da defesa (tal como as longas distâncias por muitas vezes existentes entre o local de cumprimento da pena e a cidade onde tramita o processo de execução).

Os cenários descritos destas duas etapas de “gargalos” já seria grave o suficiente para explicar em grande medida a explosão demográfica das prisões paulistas. Mas tudo isso se agrava em razão de determinadas políticas adotadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em relação aos juizes auxiliares, ainda não titulares de uma vara e que por esta razão atuam em uma espécie de rodízio em determinados postos de trabalho – tais como o Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária (Dipo)⁽³⁾ e o Departamento de Execução Penal.

São da competência do Dipo decisões judiciais que devam ser tomadas no curso de um inquérito policial, como, por exemplo, a decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva, a decisão que relaxa o flagrante ou concede liberdade provisória, entre outras. O Dipo é, assim, o órgão da justiça que exerce em São Paulo o principal controle judicial da entrada de pessoas no sistema prisional. Já os magistrados responsáveis pelos processos de execução penal têm a atribuição de decidir judicialmente pedidos de benefícios prisionais tais como progressão de regime e livramento condicional, além de verificar a extinção de penas pelo seu cumprimento.

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar 980/2005, em seu art. 8.º, § 1.º, estabelece que “*competem à Presidência do Tribunal de Justiça a disciplina das designações dos Juizes de Direito Auxiliares da Comarca da Capital ocupantes dos cargos numerados*”, sem,

todavia, estabelecer quaisquer critérios objetivos para seleção destes profissionais, levando a um questionamento de como se pautariam os magistrados responsáveis pela escolha dos colegas – especialmente aqueles que irão atuar em dois pontos tão sensíveis do sistema como o Dipo e o Departamento de Execução Penal.

É ilustrativo dos problemas que esta política pode acarretar o caso ocorrido em 2013 na capital paulista com o magistrado Roberto Luiz Corcioli Filho, juiz auxiliar da Comarca da Capital, que foi representado⁽⁴⁾ à Corregedoria Geral de Justiça por promotores de justiça que manifestaram descontentamento com seus posicionamentos jurisdicionais manifestados em suas decisões.

O magistrado, ainda atuando como auxiliar – e portanto sem designação de vara de sua titularidade – tornou-se conhecido em seus plantões no Fórum Criminal da Barra Funda por suas decisões de cunho nitidamente garantista, com interpretações progressistas do sistema de garantias processuais constitucionais. Ao que parece, a linha por ele adotada destoava do habitual, levando os membros do Ministério Público (17, no total) a apresentarem a referida representação, em suas próprias palavras “*ousando levar (...) o inconformismo com a atuação*” do referido juiz, cujas decisões teriam, na visão dos promotores, “*viabilizado a soltura maciça de indivíduos cujo encarceramento é imprescindível*”.

Nesse ínterim, a designação do magistrado para a 12.^a Vara Criminal do Foro Central foi alterada, tendo sido o magistrado afastado, por ato informal, sem motivação nem publicidade, e transferido para uma Vara Cível do Foro Central da Capital, sob o pretexto de preservar a ele e ao próprio Tribunal.

Não obstante a decisão e o arquivamento do procedimento disciplinar, o juiz Roberto Corcioli permanece até o presente momento⁽⁵⁾ designado para a mesma vara cível e impedido de atuar na área criminal ou na infância e juventude infracional. Diante dessa situação, o magistrado apresentou Pedido de Providências⁽⁶⁾ ao Conselho Nacional de Justiça, requerendo não só que cessasse a vedação de sua atuação na seara criminal, mas principalmente que se determinasse ao TJSP a regulamentação de critérios objetivos e impessoais para designação da atuação de juízes auxiliares.

O Pedido de Providências foi acolhido pelo CNJ, que em junho de 2014 estipulou prazo de 60 dias para que o órgão máximo do Judiciário paulista criasse norma nesse sentido. A decisão foi objeto de mandado de segurança impetrado no STF pelo TJSP, tendo sido liminarmente concedida a segurança, suspendendo-se todos os efeitos da decisão. E agora, enquanto se aguarda o julgamento do mérito do mandado, permanece o teratológico afastamento do magistrado de suas funções na área criminal.

Não se pretende neste texto discutir precisamente todo o trâmite administrativo que se seguiu à representação – muito embora seja digno de nota observar que se tratou, nitidamente, de procurar discutir no âmbito disciplinar os fundamentos jurídicos que embasam o livre convencimento inerente à atividade judicial. Mas é curioso que tenha chamado a atenção dos promotores de justiça decisões determinantes da soltura de acusados, absolvições, reduções de pena e outras de cunho garantista, e que estas tenham sido avaliadas como *contra legem* quando se têm aos borbotões decisões que decretam prisões preventivas com os mais variados fundamentos – tais como “*clamor público*” e

“*gravidade abstrata do delito*”, inexistentes entre os requisitos legais previstos nos arts. 312 e 313 do CPP – que não causam qualquer espanto à imensa maioria dos operadores do Direito – mormente quando estes se identificam como “combatentes do crime”.

O punitivismo como crença

Há indicativos de apoio popular a essa linha de posicionamento, especialmente no que diz respeito ao Ministério Público, conforme demonstrou pesquisa realizada pelo Ibope⁽⁷⁾ relativa à popularidade desta instituição.

No mesmo sentido, é razoável identificar a adoção de um discurso cada vez mais punitivista na população do Brasil e de São Paulo: pesquisa realizada em 2010 nas capitais brasileiras pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo comparou as respostas para perguntas que tinham por finalidade avaliar as atitudes, normas culturais e valores em relação a direitos humanos e à violência, repetindo questões utilizadas em pesquisa realizada em 1999. Uma das cifras que mais chamou atenção foi referente à afirmação “*Os tribunais podem aceitar provas obtidas através de tortura*”: em 1999, 72,6% dos entrevistados afirmaram “*discordar totalmente*”, já em 2010 o patamar caiu para 53,99%.⁽⁸⁾

Outra pesquisa, realizada pelo Senado Federal a respeito da proposta de reforma do Código Penal em trâmite legislativo atualmente, revelou que 89% dos entrevistados declararam ser favoráveis à redução da maioridade penal,⁽⁹⁾ sendo que 20% das pessoas que responderam a esta pergunta defendem que qualquer pessoa, independentemente da idade, deve ser julgada como adulto.⁽¹⁰⁾

Seria precipitado afirmar de forma conclusiva que predomina na população brasileira um arcabouço ideológico punitivista e refratário ao sistema penal garantista, mas há estudos importantes que chegam a conclusões nesse sentido, como as já mencionadas pesquisas realizadas pelo Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo, intitulada *Atitudes, Normas Culturais e Valores em relação à violência* e pelo Senado Federal sobre a Reforma do Código Penal.⁽¹¹⁾ Mas esta mentalidade manifestada pela população leiga parece reverberar no universo dos operadores do Direito, o que se verifica pela patente má interpretação do sistema de garantias processuais penais constitucionais, reiteradamente verificada, como, por exemplo, nos casos das já mencionadas decisões em que se decreta prisão preventiva de acusados em razão do “*clamor público causado pelo crime*” e da “*gravidade abstrata do delito*”, hipóteses sem previsão legal. Nesses casos, a prisão é decretada não em razão do cumprimento de uma das hipóteses acauteladoras da lei, mas, frequentemente, em razão do destaque midiático do fato ou da gravidade do delito imputado àquele indivíduo. O STF já proferiu inúmeras decisões desautorizando as prisões preventivas decretadas com base nesses motivos que não contam com respaldo legal. Dessa maneira, o indivíduo passa meses – às vezes, anos – preso ilegalmente até que o Supremo decida em seu favor.

Considerando o caso do afastamento do juiz Roberto Corcioli mencionado neste texto, é de perguntar: por que não há por parte do Ministério Público reações similares em relação às muitas decisões que decretam ilegalmente prisões preventivas? Por que um juiz abertamente garantista é removido informalmente de uma vara criminal e alocado em uma vara cível? Aliás, é patente a ausência de fundamento de tal remoção quando se verifica que os argumentos suscitados na representação – decisões padronizadas e proferidas *contra legem*, segundo o entendimento exarado na representação – deveriam ser impeditivos de exercer a magistratura em qualquer âmbito. Causa espécie que esta (suposta) forma de atuação não seja vista como um problema em uma vara cível, mas justifique apenas que um juiz com este perfil permaneça impedido de atuar na área criminal.

A ausência de critérios objetivos para que o TJSP designe os locais de trabalho dos juízes auxiliares inclui os juízes que atuam nas portas de entrada e saída do sistema de justiça; que são as mesmas etapas mais carentes de defesa técnica e infraestrutura. Somando-se este panorama de precariedade à possibilidade de remoção de juízes por posicionamentos garantistas destoantes da corrente punitivista dominante, têm-se que os gargalos de entrada e saída do sistema se tornam cada vez mais estreitos, e os resultados dessa pouca vazão de pessoas privadas de liberdade se fazem sentir cada vez mais.

Considerando o caso do afastamento do juiz Roberto Corcioli mencionado neste texto, é de perguntar: por que não há por parte do Ministério Público reações similares em relação às muitas decisões que decretam ilegalmente prisões preventivas? Por que um juiz abertamente garantista é removido informalmente de uma vara criminal e alocado em uma vara cível?

É imprescindível à comunidade jurídica pensar e debater seriamente o encarceramento em massa que hoje vivenciamos, antes que, mais do que uma tendência ideológica, torne-se, de fato, uma política institucional.

Notas

- (1) A pesquisa *Trajetórias de vida e justiça criminal* apurou que 49,9% das pessoas presas no Estado de São Paulo ostentam condenação anterior transitada em julgado. Íntegra do relatório disponível em: <http://www.fgv.br/dcm/mkt/mktg/2014/graduacao/presos_em_sp/imagens/version18.pdf>
- (2) Relatório completo do diagnóstico carcerário brasileiro de 2014 disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>.
- (3) Órgão responsável pela centralização de todos os autos de prisão em flagrante e inquéritos policiais da capital paulista (com exceção daqueles que apurem crimes dolosos contra a vida e das infrações de menor potencial ofensivo, que são remetidos diretamente ao Juizado Especial Criminal), distribuindo-os, quando encerradas as investigações, às varas criminais. Trata-se de uma especificidade do Estado de São Paulo, tendo sido criado pelo Conselho da Magistratura, com organização estabelecida por Provimento do Conselho Superior da Magistratura: <<http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/normas.nsf/bc5547d0805f893503256d09005f8ee8/f7ad2b3f48f76f7003256d740042ad4c?OpenDocument>>.

- (4) Processo 72.379/2013.
- (5) Os fatos aqui narrados correspondem à situação em janeiro de 2015, quando este artigo foi concluído.
- (6) Processo 0001527-26.2014.2.00.0000, em trâmite no Conselho Nacional de Justiça.
- (7) Disponível em: <[http://www2.ibope.com.br/calandrakbx/filesmng.nsf/Opinio%20Publica/Downloads/Opp074_fev_04.pdf/\\$File/Opp074_fev_04.pdf](http://www2.ibope.com.br/calandrakbx/filesmng.nsf/Opinio%20Publica/Downloads/Opp074_fev_04.pdf/$File/Opp074_fev_04.pdf)>. Acesso em: jul. 2013.
- (8) Percentuais referentes às entrevistas realizadas na cidade de São Paulo.
- (9) A maioridade penal no Brasil se dá aos 18 anos.
- (10) Íntegra da pesquisa disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/Reforma_do_C%C3%B3digo_Penal1.pdf>.
- (11) Disponíveis em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=64&Itemid=55>. e <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/Reforma_do_C%C3%B3digo_Penal1.pdf>. Acesso em: out. 2012.

Maíra Zapater
Professora.

Pesquisadora de Direito Penal,
Processual Penal e Direitos Humanos.

O prenúncio de um Direito Penal de empresa no Brasil

Victor Augusto Estevam Valente

Originariamente, o Direito Penal societário teve como nascedouro a segunda metade do século XIX, época em que a empresa passou a usufruir de autonomia e liberdade econômica perante o Estado.⁽¹⁾

Na França, a Lei de 24.07.1867 despontou como marco inaugural do Direito Penal societário. Já no Brasil, a Lei 3.150, de 04.11.1882, foi pioneira em regulamentar as normas penais endereçadas às sociedades por ações.⁽²⁾

Nessa senda, **Hungria** já prenunciava o advento do Direito Penal das sociedades por ações no cenário brasileiro, enquanto **Pereira dos Santos** identificou essa manifestação delitiva como objeto do Direito Penal comercial.⁽³⁾ De igual arte, **Pedrazzi** e **Costa Júnior** conferiram dinâmica às engrenagens do Direito Penal societário, definindo-o como o conjunto de normas penais destinado ao tratamento dos delitos no contexto das sociedades anônimas.⁽⁴⁾

...urgem reflexões sobre o delineamento de uma parcela do Direito Penal econômico como Direito Penal de empresa no Brasil, necessariamente de arquétipo garantista, em *pari passu* com um Direito Administrativo Sancionador, a fim de que se estabeleçam as linhas limítrofes desses ramos jurídicos, por força dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Recentemente, na constelação da criminalidade econômica organizada, a distinção entre criminalidade de empresa (*corporate crime*) e criminalidade na empresa foi cunhada por **Schünemann** sob o prisma do direito penal alemão.⁽⁵⁾ Também exsurgiram as empresas ilícitas, que atualmente ganham evidentes coloridos no direito pátrio com a Lei 12.850, de 02.08.2013 (“Nova Lei de Organização Criminosa”).

Seguindo essa tendência, insígnies penalistas também perfilham dessas classificações, tais como **Faria Costa** e **Inês Fernandes Godinho** (Portugal), **Foffani** e **Venafro** (Itália), **Heloisa Estellita** (Brasil), dentre outros.

A partir dessa proposta, urgem reflexões sobre o delineamento de uma parcela do Direito Penal econômico como Direito Penal de empresa no Brasil, necessariamente de arquétipo garantista, em *pari passu* com um Direito Administrativo Sancionador, a fim de que se estabeleçam as linhas limítrofes desses ramos jurídicos, por força dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Essa discussão revela-se salutar à luz do direito brasileiro, mormente com a edição da Lei 12.846, de 01.08.2013 (“Nova Lei Anticorrupção”), em que se optou pelo enfrentamento da corrupção por meio do Direito Administrativo Sancionador, a ponto de incidir a responsabilidade empresarial, bem como o fomento de *compliance programs* e de acordos de leniência, rechaçando-se qualquer resposta simbólica do direito penal neste viés.

No Direito Penal econômico europeu, **Gracia Martín** tem enfatizado a importância da categorização da criminalidade empresarial para o robustecimento dos estudos criminológicos, concebendo o Direito Penal de empresa como o conjunto de regulações penais relativas aos delitos perpetrados no exercício de uma atividade empresarial.⁽⁶⁾

Assevera **Reyna Alfaro** que o Direito Penal de empresa tem sido equivocadamente reputado como sinônimo de Direito Penal econômico. Nada obstante, o Direito Penal empresarial é corolário do Direito Penal econômico, eis que existem apenas alguns elementos comuns entre ambas as categorias, dentre os quais a natureza universal ou coletiva dos bens jurídicos correlatos.

Assim, seria inapropriado afirmar que o Direito Penal de empresa possui as seguintes nuances: (i) que é ramo reconhecido a partir de fatores criminológicos vinculados à personalidade do agente; e (ii) que consistiria no conjunto de normas penais que disciplina a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.⁽⁷⁾

Para **Raúl Cervini**, o Direito Penal de empresa, a despeito de sua especialidade, submete-se aos condicionamentos sociais, normativos e metodológicos de sua categoria maior, qual seja, o Direito Penal econômico. Logo, o Direito Penal econômico é gênero, do qual o Direito Penal de empresa é espécie.⁽⁸⁾

Vale dizer, o Direito Penal empresarial deve ter o mesmo alcance e natureza do Direito Penal econômico, cujo sincronismo é indispensável à luz do Estado Democrático de Direito, pois ambos os ramos tutelam bens jurídicos de projeção macrosocial e, concomitantemente, podem afetar bens jurídicos individuais no contexto corporativo, seja em seu ambiente interno, seja externo.⁽⁹⁾

E, consoante **Anderson de Souza**, o Direito Penal econômico não possui exclusivamente um talhe empresarial, quer dizer, não se cinge unicamente ao Direito Penal de empresa.⁽¹⁰⁾

Dessa forma, reconhece-se que, sob a égide do Estado de Direito, o Direito Penal empresarial é parte integrante do Direito Penal econômico e nuclear, de jaez liberal, a ponto de possuir meramente autonomia didática e metodológica, constituindo-se no conjunto de normas jurídicas-penais destinado ao tratamento da criminalidade de empresa.

Obtempera **Terradillos Basoco** que o Direito Penal econômico e empresarial devem adotar novos mecanismos de imputação, mas sem desvanecer dos direitos e garantias constitucionalmente consagrados.⁽¹¹⁾ Dessarte, a intervenção penal não pode se valer de uma desenfreada expansão punitiva em sua plenitude, tampouco de uma nova disciplina empírica desvinculada do direito penal garantista.⁽¹²⁾

Na concepção de **Zuñiga Rodríguez**, o Direito Penal empresarial deve encontrar fundamentos materiais, ou seja, nos fins da norma penal e na prevenção geral de condutas para a tutela de determinados bens jurídicos imprescindíveis para a vida social (v.g., o meio ambiente, a Fazenda Pública, a liberdade de concorrência no mercado, a segurança e os direitos dos trabalhadores).⁽¹³⁾

De se ver, pois, que o âmbito de intervenção do Direito Penal de empresa é a criminalidade de empresa. Segundo **Schünemann**, a criminalidade corporativa se insere no campo dos delitos econômicos, em que, por meio de atuação em prol da empresa, gera-se lesão a bens jurídicos e a interesses externos e, também, a bens jurídicos e a interesses próprios dos colaboradores da organização societária. Esse conceito tem o fito de distinguir aquela manifestação delitiva da criminalidade na empresa e das empresas ilícitas, despertando um novo pensar sobre a imputação penal, especialmente da responsabilidade e da ação.⁽¹⁴⁾

Para **Godinho**, a criminalidade de empresa é a soma dos crimes econômicos cometidos a partir de uma empresa ou por meio da atuação da empresa. É dizer, designa todos os crimes econômicos nos quais, por meio de uma atuação em benefício de uma empresa, são lesados bens jurídicos e interesses externos, incluindo os bens jurídicos e interesses próprios dos colaboradores da empresa, no âmbito das atividades do negócio jurídico e econômico da corporação.⁽¹⁵⁾

Segundo **Martínez-Buján Pérez**, consiste na prática de delitos, geralmente crimes econômicos, por meio ou em benefício de uma empresa regularmente constituída.⁽¹⁶⁾ A rigor, sua existência depende de uma reunião lícita dos sócios, porquanto devem eles constituir

regularmente a sociedade empresária.⁽¹⁷⁾

Para **Cervini**, devem ser incluídos em tal conceito os delitos praticados pelos colaboradores da empresa contra o próprio ente societário, pois repercutem efetivamente sobre o patrimônio social e, por vezes, sobre bens jurídicos supraindividuais.⁽¹⁸⁾

Assevera **Gracia Martín** que, para restar configurada a criminalidade de empresa, devem ser levados em conta dois critérios: (i) a natureza do bem jurídico protegido, podendo incluir bens individuais; e (ii) que o delito seja cometido no exercício de uma atividade econômico-empresarial.

Para **Gracia**, o âmbito do Direito Penal econômico deve estender-se também aos delitos que, ainda que relacionados à salvaguarda de bens jurídicos essencialmente individuais, são praticados em conexão com uma atividade econômica (v.g., os crimes de falsidade documental, homicídio e os vícios por responsabilidade pelo produto).⁽¹⁹⁾

Sem prejuízo, adverte **Martínez-Buján Pérez** que o critério de **Gracia** merece ser analisado detidamente, vez que expande consideravelmente o conceito da criminalidade empresarial, tornando-a também associada a delitos que não apresentam as mesmas características dos delitos econômicos (v.g., crimes patrimoniais clássicos).

Noutro viés, **Yacobucci** sustenta que o Direito Penal de empresa demanda a ruptura com os critérios tradicionais de imputação, perfazendo um novo molde da teoria do delito diante da organização societária.⁽²⁰⁾

Para **Gómez-Jara Díez**, há de se erigir uma teoria do delito empresarial, alicerçada no modelo construtivista de culpabilidade empresarial, a fim de viabilizar dois pontos fulcrais do Direito Penal de empresa: (i) o reconhecimento da autonomia da responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação às pessoas físicas que integram seu quadro (autorresponsabilidade empresarial); e (ii) a liberdade de (auto-)organização da empresa, a partir da qual se estabelece o fundamento da competência da pessoa jurídica sobre o seu próprio âmbito organizacional, possibilitando o desenvolvimento de *compliance programs* como forma de profusão de uma cultura ética e de prevenção de riscos.⁽²¹⁾

E, segundo **Fernando Torráo**, a criminalidade de empresa abrange tanto a punição das pessoas físicas como da pessoa jurídica, conquanto esta deva incidir apenas em caráter residual, a ponto de restar suplantado o critério da dupla imputação.⁽²²⁾

Nesse contexto, entende-se que o Direito Penal de empresa é marcado por duas facetas: (i) predominantemente por mecanismos tradicionais de imputação penal, destinando-se à responsabilidade individual no âmbito societário, contanto que observados os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade; e (ii) pela responsabilidade autônoma e residual da organização societária e de *compliance programs*, mas sem se desguarnecer do cerne material e antropocêntrico do direito penal clássico.

Também traz à baila a reflexão sobre a cegueira deliberada, consubstanciada em um conceito cognitivo-normativo de dolo, assim como as ações neutras dos dirigentes e assessores no quadro corporativo, no que ganha expressão a Lei 9.613, de 03.03.1998 (“Lei de Lavagem de Capitais”), em que se exclui a responsabilidade penal dos advogados por seus deveres genéricos.⁽²³⁾

Em síntese, a noção conceitual de Direito Penal de empresa ainda encontra-se em fase de lapidação dogmática, embora já tenha contornos minimamente delineados, pois prevalece que a intervenção penal empresarial se insere no universo do Direito Penal econômico. De toda sorte, a legitimidade do Direito Penal empresarial deve incidir apenas em *ultima ratio*, com baluarte na função instrumental do Direito Penal de cariz liberal, evitando-se um expansionismo meramente simbólico e ineficaz neste âmago. Eis o prenúncio de um Direito Penal de empresa no Brasil.⁽²⁴⁾

Notas

- (1) PEDRAZZI, Cesare; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico: direito penal das sociedades anônimas*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 4.
- (2) Idem, p. 4 e 24.
- (3) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal (arts. 155 a 196)*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. VII, p. 274; SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 128-129.
- (4) PEDRAZZI, Cesare; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Tratado de direito penal econômico: direito penal das sociedades anônimas* cit., p. 3-4.
- (5) Sobre os motivos de tradução de “criminalidade de empresa” do alemão para o espanhol, cf.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Madrid: Iustel, 2012. p. 86.
- (6) GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 83-86.
- (7) Segundo Reyna Alfaro, a empresa, enquanto objeto do Direito Penal empresarial, não deve ser entendida como sinônimo de pessoa jurídica, mas como atividade desenvolvida no contexto empresarial, ou seja, a organização de capital e de trabalho destinada à produção ou à mediação de bens e serviços para o mercado (REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delimitación conceptual del objeto de estudio del derecho penal económico y de la empresa. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara, 2010. p. 270-271).
- (8) CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2005. p. 103-104; CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theodomi (coord.). *Derecho penal económico: análisis contemporánea*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4-5.
- (9) Para Cervini, os diversos desafios por que passa o Direito Penal econômico, também passa o Direito Penal empresarial. Contudo, para um setor da doutrina, o Direito Penal econômico e o Direito Penal de empresa não são um mesmo ramo do Direito Penal, embora apresentem íntima relação entre si (CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social* cit., p. 103-104; CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theodomi (coord.). *Derecho penal económico: análisis contemporánea* cit., p. 4-5).
- (10) SOUZA, Luciano Anderson de. *Derecho penal económico: fundamentos, límites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 46.
- (11) TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Cuestiones actuales de derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2010. p. 18.
- (12) Idem, p. 19.
- (13) ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, p. 961-996, Lima, 1999, p. 990.
- (14) Essa definição afasta da criminalidade de empresa os delitos cometidos pelos colaboradores da empresa contra ela própria (SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 41, n. 2, p. 529-558, Madrid, maio-ago. 1988, p. 529-531; SCHÜNEMANN, p. 531 apud CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social* cit., p. 105; ROJAS SALAS, Manuel. La criminalidad empresarial. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, v. 10, n. 15, p. 83-90, San José, dez. 1998, p. 83).
- (15) GODINHO, Inês Fernandes. A atuação em nome de outrem em direito penal econômico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria (coord.). *Temas de derecho penal económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 210; FOFANI, Luigi. Criminalidad organizada e criminalidad económica: la experiencia italiana. *Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Mendoza, 2001.
- (16) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico* cit., p. 84.
- (17) Cf. ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 293.
- (18) CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social* cit., p. 105.
- (19) GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad* cit., p. 82-88; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico* cit., p. 88-89.
- (20) YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal al interno de la empresa. *Pensamiento penal e criminológico: Revista de Derecho Penal Integrado*, v. 4, n. 7, p. 201-259, Córdoba, 2003, p. 210-224.
- (21) Cf. GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, p. 416-451, São Paulo, jan.-fev. 2013.
- (22) TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere potest?: da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 133.
- (23) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo: B de F, 2013. p. 22-27.
- (24) Cf. obra a ser publicada: VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Dereito penal de empresa e criminalidade econômica organizada: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos*. Curitiba: Juruá, 2015.

Victor Augusto Estevam Valente

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP.

Professor assistente do Curso de Pós-Graduação

Lato sensu em Direito Penal e

Direito Processual Penal da PUC-SP (Cogeae).

Advogado.



DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

OUVIDOR

Yuri Felix

O art. 265 do CPP e o exagero na sua utilização

Euro Bento Maciel Filho

Adotando aqui a magistral lição de **Carnelutti**, quem abraça a advocacia como profissão, necessariamente, deve estar ciente de que “o maior dos advogados sabe não poder nada frente ao menor dos juízes; entretanto, o menor dos juízes é aquele que o humilha mais”.⁽¹⁾

E basta sair por aí, pelos fóruns e tribunais daqui e de fora, para se notar, com encantadora simplicidade, que a advocacia, de fato, é, dentre as carreiras jurídicas, a mais difícil e incompreendida.

Infelizmente, o advogado, muitas vezes, é visto como um “entrave”, verdadeiro estorvo à aplicação daquilo que seria a “justiça ideal”. Muitos devem acreditar, piamente, que a justiça seria muito rápida e eficiente sem a presença do advogado, que sempre aparece para “atrapalhar” o bom desenvolvimento do Poder Judiciário, com seus diversos recursos ou petições longas e enfadonhas.

Aqui, porém, é preciso lembrar que, como regra, o advogado não postula em causa própria. Ele defende, com todas as suas forças, direitos de terceiros, os quais lhe emprestaram confiança para representá-los em juízo. Voltando a citar **Carnelutti**, “o conceito de aliança é a raiz da advocacia”.⁽²⁾ E, seguramente, até mesmo em virtude dos bens jurídicos envolvidos, é na advocacia criminal que se percebe essa aliança no seu estado mais puro e evidente.

Sendo assim, um advogado que simplesmente deixa de fazer tudo, absolutamente tudo, o que está ao seu alcance para defender o seu cliente, acaba traindo e quebrando essa “aliança”.

Até bem por isso, então, é que convém aqui lembrar, em primeiro lugar, que o advogado é “indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão” (cf. art. 133 da CF), e, em segundo, que “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos” (cf. art. 6.º da Lei 8.906/1994). Seguramente, daqueles preceitos podem ser extraídas algumas premissas básicas da profissão, quais sejam: (a) inviolabilidade, (b) indispensabilidade e (c) relação de igualdade perante juízes e promotores de Justiça.

Todavia, não raro, magistrados e/ou membros do Ministério Público acabam se esquecendo da relevância que o advogado representa na estrutura do devido processo legal e, infelizmente, põem-se a violar as prerrogativas profissionais do advogado, sem qualquer pudor.

Com efeito, seja o magistrado/desembargador/Ministro que se recusa a receber advogados em seu gabinete, seja a imposição de dificuldades para que o advogado possa acompanhar um procedimento investigativo qualquer (o qual, normalmente, é conduzido em parceria pela Polícia e pelo Ministério Público), seja a prática indevida de alguns

membros do Ministério Público, que insistem em fazer investigações privadas e sigilosas no interior dos seus gabinetes – por intermédio dos tais PICs (Procedimentos Investigativos Criminais), de duvidosa constitucionalidade –, fica mesmo fácil perceber que o advogado, por vezes, não é “bem-vindo” (sobretudo na esfera criminal).

Porém, dentre tantas práticas atentatórias à advocacia que são rotineiramente praticadas neste País, recentemente, uma nova forma de desmoralizar o advogado criminalista virou “mania” e, infelizmente, está se alastrando com rápida e assustadora velocidade.

Refro-me à absurda disposição prevista no *caput* do art. 265 do CPP, cuja (nova) redação decorre da Lei 11.719/2008. Pois bem, de acordo com o predito artigo, o juiz de direito, do dia para a noite, passou a ter o “poder” de punir o advogado com uma multa de 10 a 100 salários mínimos se e quando o causídico “abandonar” o processo, sem um motivo relevante e sem prévia comunicação ao Juízo.

Notem bem: trata-se de punição de caráter *administrativo*, que é aplicada “de cima para baixo”, isto é, embasada apenas na opinião do magistrado e sem que seja dada ao advogado qualquer oportunidade de defesa.

Trata-se, seguramente, de violência inominável à advocacia.

Ora, se é certo que, conforme expressamente dispõe o art. 70 da Lei federal 8.906/1994, “o poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração” (cf. art. 70 do EAOAB), como, então, pôde o legislador conferir ao juiz tal direito?

Em última análise, o art. 265 do CPP dá ao Juiz o “poder” de se intrometer em seara que não lhe pertence, o que cria uma indevida hierarquia entre as partes que formam o tripé da jurisdição.

Inclusive, recentemente, o egrégio TRF-3.^a Reg., ao se deparar com o tema, deixou assentado o seguinte entendimento:

“Mandado de segurança. Legitimidade da OAB/SP. Multa. Art. 265 do CPP.

– Alegação de ilegitimidade ativa que se rejeita.

– Imposição de multa aos advogados com fulcro no art. 265 do CPP que não se sustenta, haja vista que a fiscalização do desempenho profissional dos advogados é incumbência da Ordem dos Advogados do Brasil.

– Referida multa não tem raiz jurisdicional, caso contrário, estaríamos diante da disparatada possibilidade de o advogado ser listado como litisconsorte passivo em ação penal em que não é parte.

– Luzes epistemológicas realçam a sua natureza administrativa.

– Admitir a aplicação de multa administrativa pelo juiz ao advogado seria reconhecer a existência de uma hierarquia que é afrontosa à ordem jurídica.

– Eventuais infrações éticas deverão ser comunicadas pelo juiz por ofício reservado à OAB, que é a única entidade habilitada para conhecer e, eventualmente punir na ordem administrativa os profissionais da advocacia.

– Ordem concedida. Agravo regimental prejudicado” (TRF-3.^a Reg., MS 0018902-25.2013.4.03.0000/SP, rel. Juiz Federal convocado Batista Gonçalves, publicado em 15.09.2014).

...não há mesmo como se compreender por qual razão, ao cabo de contas, o legislador, equivocadamente e ao arrepio da Lei 8.906/1994, entendeu por bem atribuir aos magistrados o “poder” de aplicar punições aos advogados, como se pudessem eles, a seu talante, atuar como censores da advocacia.

Não há a menor dúvida de que o art. 265 do CPP é absolutamente desnecessário, até porque, como bem se sabe, a Lei 8.906/1994 é expressa ao regradar, no inc. XI do art. 34, que “*constitui infração disciplinar: (...) XI – abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia*”. Nota-se, pois, que o EAOAB – que é lei especial em relação ao CPP – já está aparelhado para punir o profissional da advocacia que “abandona a causa sem justo motivo”. Não era preciso, como de fato não é, atribuir tal tarefa ao magistrado.

Realmente, não há mesmo como se compreender por qual razão, ao cabo de contas, o legislador, equivocadamente e ao arrepio da Lei 8.906/1994, entendeu por bem atribuir aos magistrados o “poder” de aplicar punições aos advogados, como se pudessem eles, a seu talante, atuar como censores da advocacia.

Por esse motivo, **Damásio E. de Jesus**, ao analisar o art. 265 do CPP, foi enfático ao dizer que, “*de acordo com o dispositivo, cuja redação foi dada pela Lei 11.719/2008, o juiz poderá impor ao advogado do réu, que abandonar o processo sem motivo justificável (imperioso), o pagamento de multa, de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis (de natureza disciplinar, impostas somente pela Ordem dos Advogados do Brasil, ou penal, que devem ser apuradas em procedimento autônomo). Muito embora seja salutar a preocupação do legislador, que visa a assegurar o princípio da ampla defesa, entendemos que o juiz não tem atribuição constitucional para impor sanções aos membros da advocacia. Cabe ao magistrado representar à Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da respectiva seccional, para que se instaure o competente processo disciplinar, com a possibilidade de aplicação, pelo órgão competente, da sanção pecuniária referida no dispositivo legal*”.⁽³⁾

Inclusive, é bom que se diga que a OAB, justamente por não concordar com tamanha intromissão na advocacia, ajuizou a competente ação direta de inconstitucionalidade perante o Egrégio STF, que, autuada sob o n.º 4.398 e distribuída à relatoria do eminente Min. Dias Toffoli, presentemente, aguarda julgamento.

Contudo, enquanto aquela ação não é julgada, diversos têm sido os juízes que passaram a adotar a prática de “punir” advogados com a multa estabelecida no art. 265 do CPP, por suposto “abandono do processo”. Vale frisar, por relevante, que os motivos apresentados para justificar tal punição têm sido os mais variados.

Efetivamente, a ideia que cada magistrado vem desenvolvendo sobre o conceito de “abandono injustificado da causa” tem causado muitos problemas aos advogados criminalistas. Lamentavelmente, desde advogados que deixaram de comparecer a um único ato do processo (independentemente do motivo) ou, então, aqueles que abandonaram um Plenário do Júri, em meio ao julgamento, no exercício da defesa do cliente, até mesmo aqueles que levaram mais tempo do que o legalmente previsto para ofertar qualquer peça obrigatória no processo – mesmo em causas complexas –, vêm sendo punidos com a malfadada multa do art. 265 do CPP.

Vale frisar que a punição imposta ao advogado não lhe acarreta apenas problemas de ordem patrimonial, mas sim, e principalmente, traz ao profissional sérios abalos morais, seja porque pode alterar a sua relação com o cliente, seja porque lhe é atribuída a pecha de “desidioso”, “descuidado”, quando nem sempre é essa a realidade dos fatos.

É preciso esclarecer, contudo, que o “abandono de causa” apto a justificar a punição ao advogado não pode ser compreendido nem como a ausência a um único ato do processo, nem, muito menos, como a simples demora em ofertar uma determinada petição no feito.

De fato, o “abandono” a que alude o art. 265 do CPP (tal qual se dá com o art. 34, XI, do EAOAB) é aquele *definitivo*, vale dizer, uma situação em que o advogado, sem prestar qualquer satisfação ao Juízo, simplesmente “some”, “desaparece”, largando tanto o processo quanto

o cliente para trás, assim demonstrando, *de forma definitiva*, que não pretende mais atuar naquele feito.

Nesse sentido, no dizer de **Flavio Olímpio de Azevedo**, “*caracteriza-se o abandono da causa quando, em nome de seu constituinte, deixa o advogado injustificadamente de promover atos e diligências que lhe competiam durante o curso processual de maneira reiterada, que se expressa na forma definitiva pela absoluta ausência nos autos, demonstrando o ânimo de não atuar. Não ocorre abandono de causa quando o advogado, por negligência ou desídia, perde prazo para arrolar testemunha ou não comparece em audiência previamente aprazada etc. e, em seguida, volta a dar o impulso processual cabível*”.⁽⁴⁾ Enfim, o “abandono da causa” ocorre quando o advogado quebra, definitivamente, aquela “aliança” de que falava **Carnelutti**.

Em nossas Cortes de Justiça, ainda bem, é esse o entendimento que vem prevalecendo, de tal forma que incontáveis são as decisões proferidas pelo País afora no sentido de cassar a multa equivocadamente aplicada ao advogado.

Para ilustrar apenas, eis o que restou decidido pelo egrégio TJRJ, a saber:

“*Mandado de segurança. Aplicação da multa do art. 265 do CPP. A ausência de prática de determinado ato processual não importa em abandono do processo e aplicação da multa do art. 265 do CPP. O abandono ocorre quando o advogado regularmente constituído deixa de promover os atos que lhe competem, de maneira reiterada e definitiva, expressa pela ausência absoluta nos autos. Ausência de intimação do causídico, que tomou conhecimento da multa através da OAB/RJ. Violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Ordem concedida*” (TJRJ, MS 0065950-97.2013.8.19.0000, 1.ª Câmara, rel. Des. Katya Monnerat, j. 18.03.2014).⁽⁵⁾

Também no âmbito interno do colendo STJ, já é pacífico o entendimento de que não cabe aplicar qualquer sanção ao advogado sem o devido processo legal e sem que lhe seja conferido o direito de defesa.⁽⁶⁾

De qualquer forma, ainda que a questão venha merecendo a devida atenção dos nossos tribunais, é preciso conferir agilidade ao julgamento da ADIn 4.398, tudo para que sejam coibidos, de uma vez por todas, os exageros que vêm sendo praticados tanto na interpretação quanto no uso daquele artigo.

Notas

- (1) Cf. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas/SP: ed. Conan, 1995, p. 27.
- (2) Idem, p. 26.
- (3) Cf. JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2012 p. 247.
- (4) Cf. AZEVEDO, Flavio Olímpio de. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2006, p. 174-175.
- (5) No mesmo sentido, vale conferir, ainda, mais os seguintes julgados: a) TJSP, MS 2103251-15.2014.8.26.0000, 6.ª Câmara, rel. Des. Ricardo Tucunduva; b) TJSP, MS 2140841-26.2014.8.26.0000, 7.ª Câmara, rel. Des. Fernando Simão; c) TJSP, MS 2166676-16.2014.8.26.0000, 12.ª Câmara, rel. Des. Angélica de Almeida.
- (6) STJ, Recurso em MS 32.742-MG, 5.ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15.02.2011.

Euro Bento Maciel Filho
Mestre em Direito Penal pela PUC-SP.
Professor de Direito Penal na UNIP/SP.
Advogado.

Drogas e catástrofe: a política criminal da guerra permanente no Brasil

Thiago Fabres de Carvalho

I. Introdução

Como nomear a atual política de drogas no Brasil? Guerra, terrorismo de Estado, massacres cotidianos, genocídio, barbárie, ignorância, irracionalidade, seriam suficientes? Há duas décadas, o genial **Nilo Batista**, ao debruçar-se sobre o tema, em texto já clássico, decidiu batizá-la de “política criminal com derramamento de sangue”. O autor destacava, com precisão, que a expressão política criminal deveria não apenas se referir, “como no conceito de Zipf, à ‘obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal’”, mas sim incluir “o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretivos enunciados no nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação”.⁽¹⁾

Nesse sentido, seguindo os passos de seu mestre **Heleno Fragoso**, o autor defendia a tese de que “a política criminal é parte da política social”, e tal conexão consistiria em “um importante expediente metodológico para o esclarecimento de seus programas e objetivos”. No dizer de **Batista**, “assim, por exemplo, quando a polícia mensalmente executa (valendo-se dos expedientes os mais diversos, da simulação de confronto ao chamamento à autoria de gangues rivais) um número constante de pessoas, verificando-se que essas pessoas têm a mesma extração social, faixa etária e etnia, não se pode deixar de reconhecer que a política criminal formulada para e por essa polícia contempla o extermínio como tática de aterroização e controle do grupo social vitimizado – mesmo que a Constituição proclame coisa diferente”.⁽²⁾

Em época mais recente, foi **Salo de Carvalho** quem, em obra paradigmática sobre o tema, expôs todas as feridas abertas pela política criminal de drogas no Brasil, com seu arsenal sistêmico de morticínio e encarceramento em massa, impulsionado pelos equívocos ideológicos sobre as próprias substâncias psicoativas, pelos resquícios da ditadura civil-militar e de sua nefasta ideologia de segurança nacional, e, no plano normativo, pelas inúmeras “dobras de legalidade”, que legitimam o reino do arbítrio e do estado de exceção permanente no interior de nosso recente Estado Democrático de Direito formal.⁽³⁾

Diante das evidências do fracasso do proibicionismo, de seu desmascaramento científico, político e ideológico, resultante de incontáveis pesquisas acadêmicas sobre o tema, produzidas pelas mais diversas áreas do conhecimento (história, medicina, sociologia, teoria política, antropologia, direito, criminologia, psicanálise etc.), resta uma indagação: por quais razões as agências responsáveis pelo exercício do poder punitivo, em especial a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário, ainda permanecem mergulhadas no vício dogmático e autoritário do proibicionismo, contribuindo de maneira decisiva para a reprodução da barbárie cotidiana protagonizada por essa política criminal? O que sustenta, efetivamente, o imaginário do sistema penal no âmbito das drogas? A ignorância e o obscurantismo, ou a má-fé encoberta ou declarada?

II. Os objetivos declarados: os equivocados “critérios diretivos”

Segundo a programação normativa, os objetivos declarados pela atual Lei 11.343/2006 inserem-se de forma contraditória entre o paradigma da “guerra às drogas”, caracterizado por uma ideologia autoritária de erradicação de determinadas substâncias elencadas como perigosas, algumas inclusive de uso milenar por diversas culturas, e de pessoas a elas associadas, sobretudo a juventude negra e pobre, e uma emergente política de “redução de danos”. Os arts. 1.º, 2.º, 3.º e 4.º combinam declarações de guerra ao tráfico ilícito de entorpecentes – expressão para lá de equivocada por equiparar substâncias as mais variadas – e de

“respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade” (art. 4.º, I).

De forma evidente, a absoluta incompatibilidade entre, de um lado, guerra e proibição e, de outro lado, autonomia e liberdade, denota os equívocos dos critérios diretivos, na medida em que o exercício da autonomia, na esfera da teoria política liberal e democrática, implica a possibilidade do exercício livre das escolhas pessoais para alterações químicas e psíquicas do próprio corpo. O Estado, do ponto de vista dos pressupostos democráticos, não possui qualquer legitimidade para intervir nessas escolhas que não causem qualquer dano a terceiros. Argumento para lá de banal, porém ainda não devidamente recepcionado pelo sistema jurídico brasileiro, que, no âmbito político-criminal, se traduz nos critérios de lesividade a direitos fundamentais (bens jurídicos) aptos a sustentar os fundamentos democráticos e constitucionais de criminalização.

Ademais, argumentos de ordem ideológica sobre as principais drogas consideradas ilícitas (maconha, cocaína, LSD, ecstasy etc.) desprezam a ampla produção científica que desqualifica e fulmina os alicerces dessa seleção arbitrária. A maconha, por exemplo, além de seu amplamente comprovado uso terapêutico, apresenta níveis de danosidade à saúde individual e coletiva muito inferiores a práticas consideradas lícitas, como o álcool e o tabaco. Como aponta **Henrique Carneiro**, “os dados oficiais da Organização Mundial de Saúde – OMS demonstram que o maior dano à saúde pública mundial no século XX foi causado pelo tabaco, seguido do álcool. O tabaco sozinho seria o maior vilão da história da humanidade, tendo matado mais do que todas as guerras, numa cifra de cinco milhões de mortos por ano, o que totalizaria meio bilhão em todo o século!”.⁽⁴⁾ O álcool também se apresenta como um problema crônico de saúde pública, em especial pela sua capacidade de potencializar a agressividade e os delitos de trânsito. E nenhum parlamentar, policial, promotor ou magistrado ousaria defender uma guerra contra essas substâncias, em especial pelo fato de que o Brasil é o maior exportador de tabaco do mundo e a Ambev, a empresa brasileira mais lucrativa.

Mesmo o *crack*, um problema social que afeta diretamente a realidade brasileira atual, é também um “filho legítimo do proibicionismo”,⁽⁵⁾ pois o seu surgimento está diretamente associado ao fato da ausência de regulação da produção e do consumo da cocaína. Foram justamente a produção e a comercialização clandestinas da cocaína, geradoras da expansão de um mercado anárquico e desregulado, que permitiram o surgimento do *crack*, a partir das sobras do processo de refino.

Nesse sentido, somente o obscurantismo mais assombroso ou a má-fé, que patrocina vultuosos interesses econômicos com a lógica da guerra, do encarceramento e das internações compulsórias, justifica a manutenção do proibicionismo. Mas até quando os operadores do sistema penal serão coniventes, omissos ou orquestradores diretos desse genocídio continuado?

III. Os objetivos latentes (reais): catástrofe e o eterno retorno da barbárie

No âmbito da operacionalidade real do sistema penal, no entanto, os objetivos declarados da erradicação das drogas e seus usos cedem espaço ao genocídio continuado, ao encarceramento em massa, ao extermínio compulsivo da juventude negra e pobre, enfim, ao ciclo louco do terrorismo de estado. E segue uma lógica implacável.

Segundo **Roberto Bergalli** e **Iñaki Riveira Beiras**, “es indudable que la guerra, así, entendida, há venido a convertirse en una forma de ejercicio muy particular de la política criminal”. A incorporação sistêmica da guerra pelo capitalismo atual assume uma dimensão inusitada e constitutiva das relações políticas e econômicas, uma vez

que a sua perpetuidade alimenta as tramas da expansão do capital em escala global. Assim, “*la guerra, emprendida por potencias poseedoras de vastos ejércitos, y pertrechados estos con una elevada capacidad bélica y destructora, desconocida hasta ahora, se ha convertido en una actividad permanente. En el tiempo que vivimos, el mundo presencia un tiempo de guerra. Vivimos en guerra*”.⁽⁶⁾

No entanto, as justificações políticas, econômicas e ideológicas das guerras permanentes contemporâneas não escondem suas fragilidades conceituais, sempre encarregadas de legitimar o exercício de um poder bélico que se manifesta como pura dominação. Com efeito, os arranjos semânticos que buscam a todo custo sustentar o uso permanente da força militar (guerra humanitária, preventiva etc.) servem apenas para acomodar os campos de pertencimento, definir o rosto do inimigo a ser combatido e eliminado, em um mundo no qual a política se transformou no exercício da força, em que alguns jogam bombas em nome da democracia e dos direitos humanos e outros assassinam em nome da religião e da emancipação.⁽⁷⁾

No Brasil, a guerra cotidiana, permanente, é declarada em nome de uma luta contra o tráfico de drogas, essa entidade mítica, a verdadeira encarnação do mal, que justifica absolutamente tudo. Trata-se, pois, do “*triunfo do obstinado propósito de eliminar um suposto inimigo que, justamente por ser suposto, jamais se esgota*”.⁽⁸⁾ Mas há algo mais profundo a justificar a guerra permanente. Há, sobretudo, além da guerra como o novo capital, fundamentalismos morais e religiosos a pregar e naturalizar incessantemente o extermínio. A droga é, efetivamente, o último resquício da heresia no âmbito dos estados democráticos da atualidade. Com efeito, “*certo sistema penal internacionalizado já enfrentou um inimigo que ‘jamais se esgota’, e passou alguns séculos neste enfrentamento. O inimigo era o diabo, o sistema penal era a inquisição*”.⁽⁹⁾

Na guerra cotidiana detonada pela política de drogas, para cada pena perdida soma-se um “auto de resistência”, essa atrocidade jurídica que fomenta a perpetuação do Estado de polícia, as ocupações militares dos territórios da pobreza, o estado de guerra permanente que autoriza, com o aval do Judiciário e do Ministério Público, as invasões de domicílio, as execuções sumárias e os desaparecimentos de seus moradores, “*sem contar as vantagens hauridas com a rapinagem de bens, armas, munições e drogas, além dos valores do arrego para o livre comércio*”.⁽¹⁰⁾ Penas perdidas, corpos amontoados.

No cenário nebuloso e perverso do sistema penal das drogas, a despeito das contraditórias funções declaradas, a legalidade é manipulada continuamente a fim de legitimar tanto os processos de extermínio, quanto a caça aos hereges, uma vez que tudo, absolutamente tudo, é tráfico, diante do arbítrio que alimenta a construção dos flagrantes. Usuários são convertidos em traficantes, traficantes convertidos em demônios, ao sabor dos evangelhos policial, ministerial e judicial. Quando escapam da morte ou da tortura, a conversão dos flagrantes em prisões preventivas se realiza de modo automático nas imputações de tráfico, assumindo as faces de um novo expediente biopolítico de controle das vidas nuas, dos matáveis, e contrariando a tese de **Giorgio Agamben**, também sacrificáveis, que ocupam os espaços geográficos militarmente ocupados. É o sacrifício expiatório cotidiano, que já não ousa tentar diferenciar a violência impura da violência purificadora.

Heresia e inquisição pós-modernas. O eterno retorno da barbárie e sua biopolítica da catástrofe. Mais um holocausto brasileiro.

Notas

- (1) BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (20), São Paulo: RT, p. 129, 1997.
- (2) Idem, ibidem.
- (3) CARVALHO, Salo de. *Política criminal de drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- (4) CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3. Sobre o tema, fundamental ver: NUTT, David; KING, Leslie A.; SAULSBURY, William; BLAKEMORE, Colin. Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse. *Lancet*, vol. 369, p. 1.047-1.053. Disponível em: [http://dobrochan.ru/src/pdf/1109/lancetnorway.pdf]. Acesso em: 05.02.2015.
- (5) BATISTA, Nilo. Prefácio. In: LOPES, Lucília Elias; BATISTA, Vera Malaguti. *Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o “crack”*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 13. Nos termos de Carneiro (*Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas* cit., p. 157), “*seu surgimento remonta a meados da década de 1980, quando o alto preço da cocaína estimulou alternativas para barateá-la, mantendo os seus efeitos. Diferentemente do glamour ligado à cocaína pura, como droga de altos e sofisticados estratos sociais, típica do ambiente yuppie daquela década, o crack ocupou um nicho mercadológico junto aos setores mais pobres e marginalizados, que a usavam em quadros de extrema dependência e consumo autodestrutivo. Tal padrão repete-se em escala mundial, no qual os crackeiros ocupam os últimos patamares da escala social dos consumidores de drogas, fumando compulsivamente subprodutos da cocaína adulterada com diversas consequências nocivas ao organismo*”.
- (6) BERGALLI, Roberto; RIVEIRA BEIRAS, Iñaki (coords.). *Política criminal de la guerra*. Madrid: Anprophos, 2005. p. 12-13.
- (7) Idem, p. 14.
- (8) DUMANS, Alexandre Moura. Nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue. In: LOPES, Lucília Elias; BATISTA, Vera Malaguti. *Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o “crack”*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 229-30.
- (9) BATISTA, Nilo. Prefácio cit., p. 17.
- (10) DUMANS, Alexandre Moura. *Nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue*. cit., p. 231.

Thiago Fabres de Carvalho

Mestre e Doutor em Direito pela Unisinos, com estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES).

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho

COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:

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

Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Suguimori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanoni Gonçalves Leone Louveira, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Mathews Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinicius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greycy Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanoni

Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

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

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

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto. Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

A funcionalização do Direito Penal a partir de critérios de política criminal

Carlo Velho Masi

Ganha cada vez mais aceitação, no âmbito científico, um Direito Penal não só orientado, mas verdadeiramente definido por critérios teleológicos de Política Criminal.⁽¹⁾ Os grandes debates se travam entre finalidades políticas diversas que pretendam modelar o instrumento jurídico, ou seja, entre políticas criminais diversas.⁽²⁾

As valorações político-criminais não se subordinam mais às condições históricas e pressupostos dogmáticos. Hoje, considerando os malefícios da criminalidade moderna, é a Política Criminal que orienta a Dogmática.⁽³⁾ Sendo assim, não apenas o legislador, mas o intérprete do Direito Penal passa a observar as decisões políticas para, em função delas, adotar determinados posicionamentos. Esta é a razão de **Zaffaroni** atribuir à Política Criminal contemporânea o forte componente de política institucional, uma vez que ela passaria a “*abarcar em seu campo a valoração da estrutura do sistema penal e das propostas formuladas a seu respeito*”.⁽⁴⁾

É possível afirmar, portanto, que vivemos um período de particular proeminência da Política Criminal no âmbito da “Ciência Conjunta do Direito Penal”.⁽⁵⁾ Na prática, isso significa atribuir aos agentes políticos do Estado o poder de definir o que é o Direito Penal de acordo com os seus projetos (que teoricamente deveriam visar ao interesse público). Considerando-se que essa influência de decisões valorativas político-criminais no sistema de Direito Penal, entre outras críticas, poderia dar azo a uma insegurança muito grande quanto aos critérios que permitirão essa aproximação, certo é que este parece ser um movimento irreversível.

Coube a **Roxin**, um dos maiores defensores deste modelo de orientação entre vinculação jurídica e finalidade político-criminal, sugerir que a atuação do legislador na tomada de decisões político-criminais teria um papel decisivo de influência sobre a ciência do Direito Penal.⁽⁶⁾

A eficiência na prevenção e no alcance de objetivos político-criminais não apenas deveria integrar o objeto de estudo do Direito Penal, como a própria construção das suas categorias dogmáticas deveria servir à promoção desses fins.⁽⁷⁾ Como bem pondera **Muñoz Conde**, o Direito não deve estar alheio a questões político-sociais e nem seria capaz de fazê-lo, pois “[...] *desde el momento en que el Derecho Penal es un instrumento de configuración política y social, es necesario que también se tengan en cuenta en su elaboración sistemática los fines y funciones que se pretenden conseguir con él*”.⁽⁸⁾

A submissão ao Direito e a adequação a fins político-criminais são atributos que, hoje, se complementam. A importância que os direitos fundamentais adquiriram na sociedade hodierna faz com que a Dogmática deva atuar no estudo conceitual dos institutos antes mesmo da sua entrada em vigor.⁽⁹⁾ As categorias e os conceitos básicos da Dogmática jurídico-penal “*deven ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema*”.⁽¹⁰⁾

A Política Criminal ganhou então uma função inteiramente nova e muito mais relevante. De ciência à qual cabia a propositura de reformas penais, que interessavam apenas ao legislador, e não ao jurista, ela passa a definir os próprios limites da punibilidade. **Figueiredo Dias** observa que esta atribuição acaba tornando o Direito Penal “*a forma por intermédio da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no modus da validade jurídica*”,⁽¹¹⁾ razão pela qual novamente as bases da legitimação penal deverão ser buscadas nos princípios clássicos.

A própria expressão “Política Criminal”, como setor da Política (das decisões sobre a vida na *Polis*),⁽¹²⁾ pode designar a mera prática dos órgãos do Estado e, em algumas ocasiões, de particulares; ou pode

referenciar uma disciplina normativa (“Política Criminal científica”), cuja missão será proporcionar uma fundamentação racional à prática político-criminal do Estado e dos particulares que possam colaborar com este. Fazer Política Criminal adquire, neste sentido, a função de “*decidir legitimamente sobre a prevenção de condutas relacionadas com o delito*”.⁽¹³⁾

O aumento de criminalizações decorre do avanço tecnológico, que traz consigo novos riscos à sociedade.⁽¹⁴⁾ Por isso, o novo objeto da Política Criminal do século XXI é orientado pela globalização à prevenção das ações humanas tipificadas como delituosas, o que toma em consideração não só as decisões legislativas, mas também outras instâncias do poder (Ministério Público, Polícia, Judiciário, Administração Penitenciária etc.) e até mesmo a própria população, ou seja, todos os agentes da política.⁽¹⁵⁾

As categorias e os conceitos da Dogmática Jurídico-penal agora se apresentam funcionalmente determinados pelas finalidades eleitas pela Política Criminal (unidade funcional).⁽¹⁶⁾ Há quem já chegue a afirmar que é o Direito Penal que está a cargo da Política Criminal, como um de seus instrumentos de prevenção de condutas ilícitas, convivendo com o Direito Administrativo, o Direito Processual, o Direito Civil, entre outros setores. Como assenta **Pablo Sánchez-Ostiz**, “*Se percibe ya que la Política dirigida a la prevención de delitos cuenta con un instrumental jurídico amplio*”,⁽¹⁷⁾ sem descartar outros meios não jurídicos.

“*Sin embargo, hay no pocos instrumentos, menos clamorosos, más a largo plazo, que afectan a la configuración de conductas en sociedad, y por tanto pueden influir en la evitación de delitos. Me refiero a medios como la educación – no solo moral y cívica, sino también profesional –, la religión, el ejercicio de empleos retribuidos, la configuración y calidad de las ciudades, parques, o hasta de los transportes públicos. [...] La Política criminal en un Estado de Derecho aspira a regirse por principios que constituyen a su vez límites del ejercicio del poder y garantía de derechos y libertades.*”⁽¹⁸⁾

A Política Criminal surge, neste contexto, como uma ciência “transpositiva”, “transdogmática” e “trans-sistemática” em face do Direito Penal positivo. Sua função última consiste em servir de padrão crítico e em oferecer um critério de determinação dos limites da punibilidade. Daí falar-se que constitui a pedra angular de todo o discurso legal-social de criminalização ou descriminalização.

Roxin aponta que o benefício de estruturar categorias basilares do Direito Penal a partir do ponto de vista político-criminal “*permite transformar não só postulados sociopolíticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos em elementos fecundos para a Dogmática jurídica*”. Isso possibilita que o sistema jurídico-penal perca sua validade geral e torne-se permeável ao desenvolvimento social.⁽¹⁹⁾

Figueiredo Dias alerta, contudo, que, ainda que teoricamente prevaleça sobre a Dogmática, a Política Criminal está invariavelmente condicionada ao sistema jurídico-constitucional vigente e deve se guiar pelos fundamentos constitucionais da concepção do Estado de Direito. Sendo assim, não pode reportar-se diretamente ao sistema social para estabelecer suas finalidades, sem antes passar pelo crivo da Constituição. Ou seja, as finalidades e as proposições político-criminais devem ser procuradas e estabelecidas no âmbito dos valores e dos interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição. Dessa forma, a Política Criminal deverá conceder especial atenção à proteção dos direitos, das liberdades e das garantias de toda e qualquer pessoa.⁽²⁰⁾

Por outro lado, há autores que sustentam o absoluto equívoco de

o Direito Penal buscar referenciais axiológicos na Política Criminal. Esta linha sustenta que isso desproveria a Dogmática de referenciais valorativos e a restringiria a um sistema silógico-formal. Direito Penal e Política Criminal corresponderiam a campos diversos, com autonomia suficiente para, em alguns momentos, admitir até mesmo a ocorrência de conflitos entre eles. No Estado Democrático de Direito, a conveniência político-crime não poderia se sobrepor à análise de legitimidade/validade no âmbito do próprio Direito Penal, com a principiologia e os fundamentos que lhe são inerentes. Assim, para D'Avila “a legitimidade do ilícito deve ser buscada na sua dimensão material, no fragmento de realidade que lhe confere concretude”.⁽²¹⁾

Acreditamos que, a despeito de o risco da funcionalização da disciplina a partir de critérios de Política Criminal ser a “politização do Direito Penal”⁽²²⁾ para a promoção de campanhas eleitorais, certo é que a influência desses critérios pode ser desejável, desde que limitada pelos princípios de garantia e regras que regem o Estado Democrático de Direito e pelas disposições constitucionais.

Isso implica dizer que não se pode simplesmente tentar impedir que os valores sociais repercutam sobre o Direito Penal, mas antes é preciso prevenir que esses valores estejam em conformidade com o modelo de sociedade almejado. Um Direito Penal democrático só é possível em uma sociedade com valores verdadeiramente democráticos, em que os líderes políticos atuem a serviço da verdadeira democracia. Do contrário, toda e qualquer Política Criminal está fadada a atuar como instrumento simbólico de atendimento paliativo dos reclames sociais emergentes.

Referências bibliográficas

- ARENDR, Hannah. *O que é política?* 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 71, p. 44-53, dez.-jan. 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1.
- _____. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. LXXV, volume comemorativo, p. 45-58, 2003.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 7, p. 97-123, maio.-ago. 2011.
- MASI, Carlo Velho. A proeminência da política criminal no âmbito da ciência conjunta do direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 22, n. 261, p. 8-9, ago. 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, n. 27, ano VII, p. 9-41, out.-dez. 2007.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Editora Iustel, 2007.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*: um retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Prólogo. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*: um retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- especialmente p. 47. Segundo GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 7, p. 97-123, maio.-ago. 2011, especialmente p. 107, “Para Roxin, não é possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos, de modo que a teoria do delito tem de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do direito penal, isto é, a política criminal. ‘O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-crimeais introduzirem-se no sistema do direito penal (...)’”. Com isso, Roxin delinea as bases de sua concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito, que obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha e encontrou, em seu posterior Tratado, sua versão mais elaborada.”
- (2) BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 36.
- (3) DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. LXXV, volume comemorativo, p. 45-58, 2003, especialmente p. 56.
- (4) ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 274-275.
- (5) MASI, Carlo Velho. A proeminência da política criminal no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 22, n. 261, p. 8-9, ago. 2014.
- (6) ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.
- (7) Idem, ibidem.
- (8) MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, n. 27, ano VII, p. 9-41, out.-dez. 2007, especialmente p. 12.
- (9) ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 66 e ss.
- (10) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1. p. 34.
- (11) Idem, ibidem.
- (12) Para ARENDR, Hannah. *O que é política?* 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 7-18, a política se baseia na pluralidade dos homens e na convivência entre os diferentes. A política organiza as diversidades absolutas de todos os homens entre si de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas. O sentido da coisa política é os homens terem relações entre si em liberdade, entendida tanto negativamente quanto positivamente.
- (13) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Prólogo. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*: um retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 13.
- (14) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Editora Iustel, 2007. p. 309.
- (15) SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*... cit., p. 25.
- (16) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral cit., p. 34.
- (17) SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*... cit., p. 34.
- (18) Idem, ibidem, p. 35.
- (19) ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77 e ss.
- (20) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral cit., p. 35.
- (21) D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 71, p. 44-53, dez.-jan. 2012, especialmente p. 51-52.
- (22) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 51.

Notas

- (1) D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 71, p. 44-53, dez.-jan. 2012,

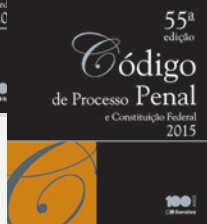
Carlo Velho Masi
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS.
Advogado criminalista.



**DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL
COM A ASSINATURA QUE VOCÊ CONFIA:**

Saraiva

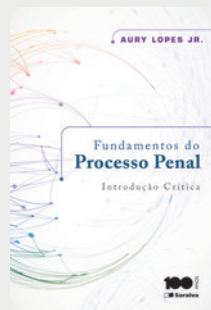
CÓDIGO PENAL
E CONSTITUIÇÃO
FEDERAL 2015



CÓDIGOS SARAIVA

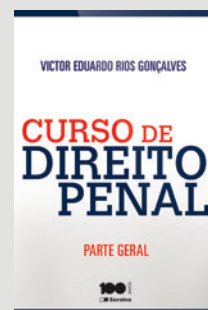
CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL
E CONSTITUIÇÃO
FEDERAL 2015

AURY LOPES JR.



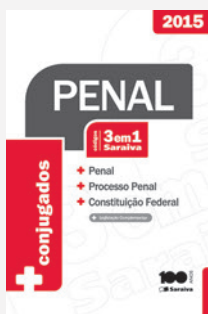
FUNDAMENTOS DO
PROCESSO PENAL

VICTOR EDUARDO
RIOS GONÇALVES



CURSO DE DIREITO PENAL
PARTE GERAL

MÍNÍ CÓDIGO SARAIVA PENAL E
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 2015



CÓDIGOS 3 EM 1 CONJUGADOS
PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO FEDERAL



MÍNÍ CÓDIGO SARAIVA
PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 2015

FERNANDO CAPEZ



CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL COMENTADO

ANDRÉ ESTEFAM



DIREITO PENAL – 4 VOLUMES

WWW.SARAIVA.COM.BR

Mantenha-se informado
sobre as novidades da Saraiva:



/editorasaraiva



@editorasaraiva

100 ANOS
 **Saraiva**