ANO 24 - Nº 287 - OUTUBRO/2016 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

"Esse tempo, felizmente, já passou"?

Desde as jornadas de junho de 2013, as cidades brasileiras – e especialmente a cidade de São Paulo – passaram a ter de lidar cotidianamente com as manifestações de rua. E, apesar de o direito de manifestação estar expresso na Constituição Federal desde 1988, ainda não pôde ser exercido de forma plena. Isso porque o que se tem visto em quase todas as manifestações recentes são tentativas autoritárias dos membros do Poder Executivo de frustrar o direito de manifestação exigindo condições, impondo limites e utilizando-se de recursos de fazer inveja à ditadura militar.

No Estado de São Paulo, à recorrente violência policial nas manifestações de rua foram adicionados alguns novos elementos à tradicional fórmula repressiva – inclusive de viés político-partidário –, concretizando uma verdadeira política pública de repressão a determinadas manifestações de acordo com sua pauta política e os atores sociais que dela participam. Nas últimas semanas, em virtude da finalização do processo de *impeachment*, houve várias manifestações em repúdio ao Presidente Michel Temer na cidade de São Paulo. Em praticamente todas, em algum momento, houve fechamento das estações de metrô e repressão violenta por parte da Polícia Militar com um verdadeiro festival de bombas de efeito moral, balas de elastômero (balas de borracha) e prisões arbitrárias. Porém, conforme amplamente noticiado, o tratamento dispensado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo aos manifestantes que foram às ruas apoiar o processo de *impeachment* foi absolutamente diferente, sem qualquer repressão, violência ou prisões. Quando houve o ilegal vazamento de áudios entre os ex-presidentes Dilma e Lula, por exemplo, não só os manifestantes pró-*impeachment* fecharam a av. Paulista sem aviso prévio por 48 horas, como as catracas dos metrôs foram liberadas para facilitar a circulação das pessoas pela cidade. Curiosamente, não houve qualquer repressão policial. Há, portanto, um viés político-partidário nítido que pauta a forma de atuação das forças policiais, a depender da sincronia entre o que os manifestantes defendem e com o que concorda o governo do Estado, situação inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Mas outra característica da atuação estatal impressiona e preocupa mais do que o endurecimento da repressão às manifestações conforme o viés ideológico-partidário que as oriente. Nos últimos episódios, outros elementos – tão ilegais e autoritários quanto os anteriores – que não faziam parte do pacote repressivo estatal vieram à tona.

Na manifestação contra o Governo Temer ocorrida em 4 de setembro, algumas pessoas combinaram um ponto de encontro pelas redes sociais e, antes mesmo que o ato acontecesse, foram surpreendidas pela Polícia Militar e levados para a Delegacia de Polícia. Entretanto, quando lá chegaram, os manifestantes presos perceberam que um dos que havia sido preso com eles jamais foi apresentado. O site Ponte Jornalismo investigou a história e descobriu que o referido manifestante era uma espécie de "Cabo Anselmo" da Ditadura Militar, mas dessa vez com a patente de Capitão do Exército e em plena democracia. A participação da Polícia Civil também foi dramática e demonstra uma articulação da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, que previamente havia decidido como deveriam as forças policiais agir com os manifestantes presos. Na mesma data, vários manifestantes, inclusive adolescentes, foram presos pela Polícia Militar "para averiguação" e sem qualquer justificativa foram levados para o DEIC (Departamento de Investigação Sobre o Crime Organizado), sendo mantidos por mais de 8 horas incomunicáveis, sem acesso a advogados ou defensores públicos e, ao final, presos em flagrante. Advogados, defensores públicos e familiares que se encaminharam para o DEIC foram impedidos pela Polícia Militar de ingressar na Delegacia e todos os presos foram ouvidos pela autoridade policial sem qualquer assistência técnico-jurídica. Em arremate a toda esta organizada repressão, um Ministério Público estadual absolutamente silente que olvida de seu dever constitucional de controlar as forças policiais civis e militares e zelar pelos direitos humanos de todos os cidadãos, e, portanto, de todos manifestantes. Em audiência de custódia no dia seguinte à prisão, os manifestantes foram colocados em liberdade por decisão que continha o seguinte trecho: "*O Brasil como Estado Democrático de Direito não pode legitimar a atuação policial de praticar verdadeira 'prisão para averiguação' sob o pretexto de que estudantes reunidos poderiam, eventualmente, praticar atos de violência e vandalismo em manifestação ideológica. **Esse tempo, felizmente, já passou***".

Será que esse tempo já passou? É óbvio que todos os agentes públicos envolvidos, tanto os da Polícia Civil quanto os da Polícia Militar, sabiam da ilegalidade grosseira dos atos que praticavam, mas mesmo assim o fizeram, certamente em virtude de ordens anteriores emanadas do Poder Executivo ou pelo menos contando com sua conivência. E isso fica evidente pelo tratamento dispensado aos manifestantes opositores à situação ou pelo elogio oficial à atuação policial. É igualmente óbvio que o Ministério Público estadual sabe de sua importância no regime democrático e muito mais de sua atribuição de controle externo da atividade policial que a todo tempo é lembrada para justificar a investigação de infrações penais, mas que curiosamente desaparece quando os entes dos Estados são os perpetradores destes mesmos crimes, a ponto de intentar medidas formais para evitar que o Ministério Público federal exerça sua própria função de zelar pela efetivação dos direitos fundamentais. Quem tem medo do MP? Aparentemente o próprio MP.

Parece que esse tempo já passou. Mas outro pior pode estar por vir. A tradicional violência da Polícia Militar na condução ideológico-partidária das manifestações, a utilização de agentes infiltrados das forças armadas, as articulações entre Polícia Civil e Militar com o intuito de impedir a assistência jurídica aos custodiados, nada disso é novo. O que é novo e preocupa é que agora tudo isso está sendo feito sob as cores de um regime democrático. E se a sociedade civil e os órgãos constitucionalmente designados para isso não tomarem alguma providência, jamais poderemos concretizar a democracia no país.

| Editorial

Os custos da prisionalização no Brasil
Cláudio do Prado Amaral e Patrícia de Paula Queiroz Bonato ____ 2

Fashion law: a nova moda entre o penal e o econômico
Eduardo Saad-Diniz e Juliana Oliveira Domingues ____ 3

Notas acerca da proposta de reforma do Direito Penal sexual alemão
José Danilo Tavares Lobato ____ 5

Jean Améry, Frei Tito e as consequências dos tormentos impostos pelo Estado
Eduardo Augusto Paglione ____ 7

A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ
Soraia da Rosa Mendes e Ana Carolina F. Longo ____ 9

Pelo necessário diálogo entre as criminologias e os feminismos
Luanna Tomaz de Souza ____ 10

O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias
Chiavelli Facenda Falavigno ____ 12

Guerra às drogas e mulheres latino-americanas: contribuições para uma criminologia feminista descolonizada
Bruna Stéfanni Soares de Araújo ____ 14

Elementos de investigação do terrorismo no âmbito do Direito Comparado: garantias x eficácia
Naiane Freire de Magalhães ____ 16

COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

O recrudescimento penal como arma das minorias: uma resposta ineficiente para um problema de fato
Bruna Lyrio Martins ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA
Superior Tribunal de Justiça

Prostituição e sistema de justiça: dois passos à frente, um atrás
Maíra Zapater ____ 1965

| O DIREITO POR QUEM FAZ
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ____ 1967

| JURISPRUDÊNCIA
Supremo Tribunal Federal ____ 1968
Superior Tribunal de Justiça ____ 1970
Tribunais Regionais Federais ____ 1970
Tribunais de Justiça ____ 1971

Os custos da prisionalização no Brasil

Cláudio do Prado Amaral e Patrícia de Paula Queiroz Bonato

As pesquisas em assuntos penitenciários permitem diferentes abordagens de estudo e proporcionam inúmeras experiências que, por revelarem as distorções presentes na dinâmica prisional, possibilitam melhorias na gestão pública dos cárceres que, em geral, visam à humanização da pena privativa de liberdade de modo a torná-la eficiente[1] e, assim, não dessocializadora.[2]

Atualmente, as informações disponíveis sobre a população carcerária no Brasil são em sua maioria quantitativas.[3] Mas a ausência ou desatualização dos dados são ainda o principal obstáculo enfrentado pelos pesquisadores da execução da pena privativa de liberdade no país. Quando o eixo da pesquisa se circunscreve aos gastos públicos com o aprisionamento, os empecilhos parecem ser ainda maiores.

Recentemente, foi publicada a última pesquisa realizada pelo Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo (GECAP/USP),[4] que teve como objetivo principal o levantamento dos custos mensais que a população masculina, encarcerada em regime fechado de privação de liberdade, representou aos cofres públicos em cada Unidade da Federação no ano de 2015.

Desenvolvida sob um recorte metodológico quanti-qualitativo, a pesquisa buscou, de forma reflexa, analisar o grau de adequação das informações solicitadas às previsões normativas contidas na Resolução 06/2012, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP,[5] e na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011). Os parâmetros do princípio da *transparency* e *accountability*, corolários da Nova Gestão Pública (NGP), foram o marco teórico escolhido.

Os dados foram obtidos mediante contatos eletrônicos junto ao Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e às Secretarias e/ou pastas estaduais e distrital, por meio dos quais foram solicitadas informações sobre o cumprimento do disposto na Resolução 06/2012 e, quando inexistente, solicitou-se a disponibilização dos custos prisionais totais. Os órgãos públicos tiveram o prazo de 30 (trinta) dias para atender às demandas.

No âmbito nacional, o Depen, que é o órgão executivo responsável pela fiscalização do cumprimento das diretrizes da Política Penitenciária Nacional e gestor do Fundo Penitenciário Nacional, justificou a ausência de informações quanto ao valor dos custos estaduais *per capita* em razão do pacto federativo.

No mesmo sentido, a pesquisa exploratória em cada Unidade Federativa foi exitosa apenas nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Rondônia. Os valores individuais de encarceramento são crescentes, respectivamente, e correspondem a R$ 1.799,89 (um mil, setecentos e noventa e nove reais e oitenta e nove centavos),[6] a R$ 2.393,00 (dois mil, trezentos e noventa e três reais)[7] e, por fim, a R$ 3.000,00 (três mil reais).[8]

No entanto, quando multiplicado o custo individual pelo número de custodiados à época, dado este informado pelos Estados, não se alcança o valor global dos gastos com todos os presos, o que permite concluir pela desconfiança na estatística apurada, que sequer foi acompanhada dos registros contábeis exigidos pela Resolução 06/2012 do CNPCP.

Ademais, a confiabilidade das fontes restou prejudicada também pela defasagem das informações. Diversos dados disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, quando acareados com aqueles constantes dos *sites* das Secretarias de cada Unidade Federativa, encontram-se desatualizados.

Ao cabo da pesquisa, constata-se que o panorama brasileiro de veiculação de informações carcerárias é de opacidade administrativa e patente ilegalidade. Dos 27 Estados provocados, apenas três responderam materialmente, porém de forma incompleta, à pesquisa. Os demais silenciaram, não foram contatados ou somente acusaram recebimento da correspondência.[9] Todos descumprem o disposto no art. 3.º da Resolução 06/2012 do CNPCP e a Lei de Acesso à Informação.

A falta de acesso a dados prisionais no Brasil é temerária não apenas por infringir os princípios constitucionais da administração pública (publicidade, probidade, legalidade), mas em especial pela debilidade estatal em face da realidade prisional, conhecidamente ofensiva aos direitos humanos diante do encarceramento massivo realizado no Brasil.[10]

O desafio de reduzir a superlotação carcerária, de melhorar as condições de saúde no cárcere, de equilibrar os gastos com um empreendimento que se encontra falido, enfim, de executar as finalidades (legais) da pena de prisão, foi lançado há tempos.

Mas o passo inicial, no entanto, parece não ter sido dado. A realidade carcerária brasileira clama por transparência em sua gestão, o que demanda auxílio de ferramentas de tecnologia da informação e disponibilização honesta dos dados prisionais a fim de se chegar a um conteúdo mínimo da realidade vivida pelos sentenciados.

O diagnóstico das deficiências do sistema prisional está em função de informações confiáveis, e somente por meio destas se poderá mudar a realidade e ouvir, talvez pela primeira vez, o "discurso subterrâneo dos cárceres" (Sá, 2010, p. 398).

Referência bibliográfica

Sá, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal*. 2010. 559f. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Notas

(1) O termo eficiência é empregado neste estudo com a mesma conotação do direito administrativo: alcance dos resultados, dentro dos padrões de desempenho estabelecidos, com o menor custo ao erário.

(2) Ideia ressignificadora do conteúdo da ressocialização, que reconhecer que a lógica da execução da pena privativa de liberdade consiste em não permitir que o sentenciado deixe a penitenciária em condições de sociabilidade mais negativas que aquelas de sua entrada na prisão. In: Amaral, Cláudio do Prado. Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade. Revista de Informação Legislativa, v. 53, n. 209, p. 53-71, jan.-mar, 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519998/001063180.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 jul. 2016.

(3) Informação obtida do sítio eletrônico do Departamento Penitenciário do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/transparencia_carceraria/transpcarceraria.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2016.

(4) O grupo de pesquisa funciona junto à Faculdade de Direito da USP em Ribeirão Preto – FDRP, sob a coordenação do Professor Associado Cláudio do Prado Amaral.

(5) O art. 3.º estabelece taxativamente a estrutura contábil, especificando as rubricas que os Estados e o Distrito Federal devem organizar para as despesas relacionadas aos encarcerados.

(6) Dados fornecidos pela Superintendência de Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul – Susepe-RS.

(7) Informação obtida diretamente pelo Departamento Penitenciário do Paraná (Depen- PR).

(8) Tais informações foram fornecidas pela Secretaria de Estado de Justiça de Rondônia – Sejus-RO.

(9) A relação de todos os Estados pode ser encontrada às p. 16-17 da Pesquisa do custo do recluso do país e da transparência da UF's, que se encontra publicada no endereço eletrônico: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/522-pesquisa-do-custo-do-recluso-do-pais-e-da-transparencia-da-uf-s>.

(10) A relatoria especial de Juan Mendéz no Conselho de Direitos Humanos da ONU, publicada este ano, denunciou as más condições sanitárias dos presídios brasileiros, decorrentes da superlotação, como uma das piores do mundo e recomendando medidas efetivas de combate à superlotação como passo inicial. O relatório (denominado *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment of punishment*) está disponível no sítio: <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/16/PDF/G1601416.pdf?OpenElement>.

Cláudio do Prado Amaral
Professor Associado da FDRP/USP.
Coordenador do Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da USP.
Juiz de Direito.

Patrícia de Paula Queiroz Bonato
Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho – Unesp".
Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-FDRP/USP.
Advogada.

Fashion law: a nova moda entre o penal e o econômico

Eduardo Saad-Diniz e Juliana Oliveira Domingues

A indústria criativa do *fashion design* tem vivenciado mudanças significativas nos últimos anos. A sazonalidade intensa na incorporação da moda, o fácil acesso às tendências por meio das mídias sociais, os elevados custos sociais decorrentes do *low cost* e do *fast fashion*,(1) aliados às estratégias sofisticadas de criação e de afetação do comportamento do consumidor relacionados à persuasiva retórica da imagem, reanimam estudos sobre a teoria social da moda, ou ao menos recomendam uma revisitação aos cânones da "classe ociosa" de **Thorsten Veblen** ("*The theorie of the leisure class*", 1899).

Dificilmente se pode pensar a indústria *fashion* sem questionar os fundamentos da satisfação de desejos e necessidades humanas, explorando os domínios racionais e as percepções subjetivas do egoísmo como revisão crítica da moda nos dias atuais. A necessária revisão crítica parte do pressuposto de que a geração de *exclusividade* do comportamento *fashion* é o combustível que move a pirataria. O forte apelo de mercado e o recurso a novas tecnologias trivializam a contrafação,(2) fazendo surgir demandas por mecanismos diferenciados de regulação econômica da propriedade intelectual e do processo criativo vinculado à indústria *fashion* que sejam mais adequados às particularidades do mercado.

No entanto, precisamente aí reside o problema jurídico que envolve a proteção da indústria criativa do *fashion design*. Na falta de soluções inteligentes no âmbito econômico, o senso comum não tarda em recorrer ao reforço punitivo da sanção penal para recuperar a estabilidade institucional. Persistem no ordenamento jurídico-penal brasileiro teses tradicionais de proteção ao bem jurídico que pouco contribuem para a elaboração de respostas mais adequadas à apropriação parasitária da criatividade *fashion*. Na proteção penal da propriedade intelectual, interpreta-se como relevante o ataque ao patrimônio, como uma extensão da tutela dos direitos morais e patrimoniais preenchidos pela Lei de Direitos Autorais. Esta interpretação é orientada pela contrafação que afeta a capacidade de percepção do consumidor, que é induzido a adquirir uma ideia que afirma determinada identidade e autoria que na verdade não condizem com o que de fato é adquirido pelo consumidor. O juízo que reprova o contrafazer incide sobre o que é original e o que é verdadeiro, vulnerando a confiança na autenticidade do produto. Semelhante raciocínio poderia encontrar condições de legitimidade ou em condições de graves vulnerações à marca ou, para além de situações que afetam a capacidade de percepção do consumidor, ao resgatar a noção de autorresponsabilidade do consumidor (contexto em que poderia ser reconhecida uma dinâmica muito mais realista sobre a necessidade de devida diligência do consumidor frente ao que de fato está em jogo no negócio da contrafação). De uma ou de outra maneira, a interpretação penal quanto ao direito à veracidade do *fashion design* não se limita à mera imposição do dever de proteção da veracidade da marca.(3)

Alternativas mais inteligentes do que a via sancionadora deveriam estar disponíveis, até mesmo no sentido de apresentar uma "resposta econômica" aos problemas que não se resumem à via punitiva. Entender a dinâmica da indústria da moda passa a ser fundamental para que respostas jurídicas mais qualificadas possam ser desenhadas. Nesse sentido, não se pode deixar de pensar o problema dentro de um contexto multidisciplinar, atentando para a lógica industrial e para os hábitos de consumo. Temos situações mais refinadas relacionadas ao aproveitamento parasitário na indústria da moda, na qual o agente se vale das criações de um concorrente, ou até mesmo tira proveito do seu fundo de comércio, mas não chega a se passar pelo concorrente. Trata-se de forma indireta e sutil que não se enquadra na noção clássica e convencional de concorrência desleal. O que se denota, nesses casos, é um aproveitamento do trabalho e investimento alheio, contudo o agente "parasita" tem interesse real de que o outro – do qual se aproveita – permaneça forte no mercado. Referida situação ilustra a complexidade envolvida na análise do *fashion design*, uma vez que mesmo ausente

a possibilidade de confusão as ações de aproveitamento precisam de alguma regulação para que não seja desestimulado o ambiente criativo característico da indústria da moda. Estas situações serão cada vez mais recorrentes em um contexto internacional (a moda é global), especialmente em razão da disseminação de informações, praticamente instantâneas, por meio da internet e de redes sociais. Nesse sentido, o reforço punitivo do Direito Penal é bastante questionável.

A experiência internacional indica que o tema terá cada vez mais destaque jurídico. Nos EUA, por exemplo, é progressivo o número dos casos envolvendo cópias por empresas de *fast-fashion*. Há outros casos, menos triviais, sobre diluição da marca, com indicação de aproveitamento parasitário, a exemplo das "paródias".(4) A realidade do mercado de luxo ainda não é enfrentada de maneira uniforme, gerando posicionamentos distintos, como se observa no caso *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Hyundai Motor America, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 10-01611*, envolvendo a utilização de monogramas que remetiam à marca Louis Vuitton, aplicados em bola de basquete, em comercial da Hyundai veiculado na final do Super Bowl (evento de maior audiência nos EUA), assim como no caso *Louis Vuitton Malletier* S.A. *v. Haute Diggity Dog, 507 F.3d 252 (4th Cir. 2007).* O primeiro entendeu haver aproveitamento parasitário com diluição da marca, entretanto, o segundo considerou que "Chewy Vuiton" (bolsas e brinquedos para cães) não violava ou diluía as marcas registradas da Louis Vuitton.(5)

No contexto brasileiro há bons casos recentes de judicialização dessas questões em busca de respostas adequadas, tal como se observou no caso *Victoria Secret vs. Hypermarcas*,(6) no qual o TJRJ entendeu que a criação de ideias, independentemente de registro no órgão competente, deve ser protegida pelo ordenamento jurídico, já que não se pode permitir o locupletamento do *"esforço alheio"* e diluição da marca. No mesmo sentido, o caso brasileiro envolvendo a marca francesa Hermès e a Bolsa 284, que também se entendeu que, apesar de não ocorrer a "confusão", a 284 se beneficiou do *design* e dos investimentos feito pela Hermès, prejudicando sua reputação como fornecedora de produtos exclusivos em segmento de mercado altamente especializado.(7)

Nos EUA e na Europa recentemente surgiram centros de estudos jurídicos voltados ao chamado *fashion law*, a se pensar no impacto econômico gerado neste segmento de mercado. Na ausência de regulamentação específica, os principais estudos se concentram em propostas legislativas para a indústria de moda. O consumo também tem sido alvo de críticas por grupos em defesa da sustentabilidade, da mesma forma que a redução a situações análogas a de trabalho escravo (ou "à escravidão moderna"), além das práticas de *dumping social* em muitos processos produtivos envolvendo grandes marcas. Entretanto, no Brasil, nem todos os *fashion designers* podem ou conseguem judicializar as supostas violações. De fato, sequer teríamos estrutura para atender todas as demandas. Soma-se, ainda, o fator tempo, essencial no contexto da indústria da moda. É forçoso repetir que é desestimulante o tempo que se despende para se obter uma solução, pela via judicial, o que, na prática, dissuade muitos agentes econômicos a buscar essa via. Ao se avaliar o custo-benefício, alguns *fashion designers* simplesmente deixam de buscar uma resposta jurídica, fato que desestimula o processo criativo e, ao mesmo tempo, fomenta atividades parasitárias.

Pensado nesses termos, os déficits de *enforcement* prenunciam a insuficiência do reforço punitivo penal. Antes de mover a persecução penal, deve ser realizada avaliação mais realista e dinâmica sobre o próprio modelo regulatório. A contrafação pode atingir dimensões tão elevadas que ou chegam a ser irreversíveis ou, paradoxalmente,(8) forjam o hábito de consumo pela profusão do produto no mercado. Movido por este paradoxo, a contrafação não apenas incentiva a produção como também lhe dá o impulso necessário para o *push to innovation*. As justificações morais do "combate" à pirataria em regra veiculam uma falsa equivalência entre a pirataria e a pirataria moderna, etiquetando a contrafação da moda à generalização do "crime organizado". Do contrário, a redefinição dos modelos de *fashion law* inicia pela reflexão de que cada um de nós somos os consumidores que movemos a *fashion design industry*.

Notas

(1) Hoffmann, Maria Gorete. *Fast fashion*: risco ou oportunidade. Relatório de inteligência. Sistema de Inteligência Setorial, 2011. p. 2-5.

(2) Scadifi, Susan. *Intellectual property and fashion design*. Intellectual property and information wealth, 115/116 e ss., 2006.

(3) Hemphill, C. Scott; Suk, Jeannie. *The law, culture, and economics of fashion*. Stanford Law Review, 61/1175, 2009.

(4) Nos EUA, uma "paródia" é uma forma de entretenimento transmitida pela justaposição de uma representação irreverente de uma marca por outra marca, PETA v. Doughney, 263 F. 3d 359, 366 (4 Cir., 2001).

(5) Neste último caso, o Tribunal de Apelações chegou à conclusão de que a Louis Vuitton não havia demonstrado que o caráter distintivo das suas marcas poderia ser prejudicado pela "Chewy Vuiton" - Colman, Charles E. *Trademark Law and the Prickly Ambivalence of Post-Parodies* (September 1, 2014). 163 University of Pennsylvania Law Review, 2014, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14-45, p. 48-50.

(6) 14.ª Câmara Cível do TJRJ, Processo 0121544-64.2011.8.19.000.1.

(7) Processo 583.00.2010.187707-5.

(8) Raustiala, Kai; Springman, Christopher. *The Piracy Paradox*: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design. Virginia Law Review, 32/33, 2006.

Eduardo Saad-Diniz
Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Juliana Oliveira Domingues
Professora Doutora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
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

Notas acerca da proposta de reforma do Direito Penal sexual alemão

José Danilo Tavares Lobato

No início do mês de julho, o Parlamento alemão (*Bundestag*) aprovou, em votação expressiva, um projeto de reforma penal, recrudescendo as previsões típicas dos crimes sexuais. Sob o slogan "*nein heiβt nein*", que em uma tradução livre pode ser vertido como "não significa não", encampou-se o pleito do movimento feminista de endurecer a normativa penal da matéria.

Segundo a imprensa alemã, essa demanda visa a encorajar e a fortalecer as mulheres, já que a reforma volta o foco da tutela penal à garantia e ao fortalecimento do direito à autodeterminação sexual. É certo, contudo, que o direito de se autodeterminar sexualmente independe do gênero de seu titular. Como se trata de um bem jurídico titularizado por todas as pessoas, consequentemente sua tutela penal acaba assumindo a mesma abrangência na formulação do rol de sujeitos passivos. No entanto, por se tratar de uma questão que vitimiza, de modo preponderante, as mulheres, torna-se compreensível o porquê de se proclamar o recrudescimento do Direito Penal sexual como uma vitória do movimento feminista.

Na Alemanha, os pleitos em prol da reforma legal ganharam força após uma série de ataques a mulheres no último *réveillon*, com relevo aos fatos ocorridos na cidade de Colônia,[1] bem como à problemática que envolveu o tratamento dado, pelo sistema de justiça criminal, ao caso Gina-Lisa Lohnfink.[2] No que toca aos festejos da virada de ano, a imprensa alemã narrou que, na cidade de Colônia e em algumas outras, inúmeras mulheres teriam sido molestadas, assediadas e roubadas por grupos de homens jovens árabes e norte-africanos. O perfil dos autores dos distúrbios recebeu a atenção do Parlamento alemão nos debates do projeto de lei, tanto que a imprensa ressaltou a expectativa de que, com a mudança legal, haja reflexos na questão imigratória e, por conseguinte, ocorra um maior número de expulsão de estrangeiros.[3]

O projeto inicial[4] foi elaborado pelo Ministério da Justiça e proposto, pela chanceler Angela Merkel, ao Parlamento, com vistas a, não só aumentar penas, mas, principalmente, cerrar lacunas de punibilidade. Nesse sentido, interessa passar em revista algumas das razões expostas no projeto, a fim de que se verifique parte das questões levantadas pelo Ministério da Justiça alemão. Primeiramente, destaque-se a inexistência de um contexto final entre a violência ou ameaça e a prática do ato sexual. A negação desse vínculo ou nexo finalístico abre campo para que se reconheça que a violação do direito à autodeterminação sexual independe de que coação física ou moral esteja diretamente relacionada à realização das ações sexuais. Em segundo lugar, o projeto preocupou-se com o fato de que o agente pode valer-se do medo de prejuízos ou danos não relacionados a lesões corporais e nem a perda da vida, para violar a autodeterminação sexual da vítima. Um terceiro ponto suscitado voltou-se à repressão da conduta de quem explora uma posição de vulnerabilidade subjetiva vivida momentaneamente pela vítima, tal como o comportamento de quem age valendo-se do fator surpresa. Como essas situações reduzem a capacidade de a vítima afirmar sua autonomia sexual, a proposta legislativa procurou abrangê-las. Interessa notar que se foi além dos conceitos de ameaça implícita e violência indireta. De um modo geral, o objetivo do projeto de lei foi o de abarcar, no âmbito das condutas sexuais criminalmente puníveis, modalidades comportamentais que viciem ou limitem o consentimento da vítima. Por essa razão, o dilatamento conceitual do crime de violação sexual recebeu bastante atenção nos debates legislativos e na imprensa.[5]

A proposta original apresentada ao Parlamento foi alterada. Os parlamentares optaram por intensificar a carga repressiva do projeto. Decidiu-se, por exemplo, incluir, no raio de abrangência típica das violações sexuais, a conduta do agente que realiza atos sexuais passando por cima da "*vontade manifesta de outrem*".[6] Com essa inclusão, bastará que a vítima diga ou, de qualquer forma, exerça uma manifestação que deixe claro que a prática dos atos sexuais não fora desejada, para que se caracterize a prática de um crime de violação sexual.[7] A partir da reforma, seu espectro de incidência ganhará uma considerável amplitude, já que o tipo penal não ficará limitado a reprovar apenas quem constrange outrem a praticar sexo mediante violência ou ameaça.

Ao argumento de ser inconstitucional, o partido verde alemão se opôs a alguns pontos da reforma. Dentre esses, destaque-se a inovação de uma modalidade típica autônoma. Em detalhes, a reforma visa a introduzir, no Código Penal alemão, o § 184j – Crime (sexual) cometido em grupo. Contra esse novo parágrafo, a presidente da Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento alemão, deputada Renate Künast, recordou que "*ninguém pode ser condenado por um crime sexual que não o tenha cometido por si mesmo*".[8] De modo direto, expôs que a redação típica do § 184j não é clara e desconsidera o princípio da culpabilidade, uma vez que abre margem para que, em um roubo de telefone celular, todos respondam por estupro na eventualidade de que um dos agentes parta, individualmente, para a prática de atos sexuais contra a vítima.[9] Contra sua posição, alguns dos abonadores do projeto de § 184j concordam que haja punição independentemente de se ter de considerar o dolo individual de cada integrante do grupo.[10]

Diante do embate, há de se perguntar se, ao seguir essa via, a proposta desconsideraria um elemento básico da dogmática penal. A esse questionamento, responda-se negativamente. Ao que se denota do debate alemão, tal como no brasileiro, a política deixa, em segundo plano, os contributos da Ciência Penal. As discussões legislativas travadas não possuem propriamente relação com a (im)prescindibilidade ou a definição do conceito de dolo. Seu foco está na criação de um tipo penal destinado ao combate do chamado "*Antänzer-Masche*"[11] praticado contra mulheres. Apesar das boas intenções, percebe-se que o legislador parte da crença pueril de que, sem a existência de um tipo penal específico, o consórcio de dois ou mais agentes para o cometimento de crimes sexuais em conjugação a delitos patrimoniais produziria, diante de uma lacuna normativa, a impunidade do consorte que não praticasse qualquer ato sexual.

Em realidade, as regras do concurso de pessoas resolvem essa questão de modo satisfatório. O futuro § 184j do Código Penal alemão não trará qualquer inovação nessa seara. Nesse ponto, o debate legislativo vai mal. A proposta cumpriria melhor seus objetivos se se restringisse a modificar o Código Penal para, alterando o quantitativo de penas, punir com maior intensidade as violações sexuais perpetradas em

ANO 24 - Nº 287 - OUTUBRO/2016 - ISSN 1676-3661

grupo. No mais, a dogmática penal se encarrega de fornecer os nortes que identificam a decisão comum de agir. Em igual medida, a Ciência Penal concede os devidos *loci* analíticos à divisão de tarefas para o fato comum, à decisão de auxiliar o fato alheio e ao propósito de induzir ou instigar outrem à prática de um crime. **Monika Frommel**, professora emérita da Universidade de Kiel, em entrevista à *Deutschlandradio Kultur*, observa que a construção típica do § 184j assemelha-se a do crime de rixa,(12) estrutura na qual não há qualquer exceção à imperiosa presença da tipicidade penal subjetiva.(13)

A crítica de **Frommel** localiza-se em outra seara. Em sua opinião, a norma proposta seria "claramente inconstitucional" por não esclarecer qual é exatamente a ação do "partícipe" no grupo e nem onde se reside a diferença entre essa "participação", a coautoria e a participação propriamente dita na prática dos crimes sexuais. Ou seja, a verdadeira questão que cerca o futuro § 184j envolve a necessidade de definição taxativa dos comportamentos que conformam essa autoria em "participação necessária". No dia 23 de setembro, o projeto foi aprovado pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) alemão.(14) Apesar de a sanção e a promulgação ainda serem aguardadas, acredita-se que a lei entrará em vigor brevemente.

Ao que se sinaliza, a proposta não ruma para desconsiderar o conceito de dolo e nem por assumir uma responsabilidade penal objetiva, mas, sim, por entrar em estado de tensão com um dos pilares do princípio da legalidade: *lex* certa. Tornando-se lei, o Judiciário alemão terá a tarefa, com a ajuda da doutrina, de fechar as arestas deixadas pelo legislador. Para o Brasil, fica o interesse de acompanhar o desenrolar dos fatos, posto que, com a internacionalização das lutas dos movimentos feministas, brevemente nos depararemos com pleitos em favor de uma rediscussão dos atuais parâmetros do Título VI de nosso Código Penal. Se aprendermos algo com os desacertos legislativos da política germânica, nossa Ciência Penal terá melhores argumentos para tentar influenciar um futuro debate no Congresso Nacional.

Notas

(1) Spiegel. *Mehr als 1500 Straftaten: Die Ermittlungsergebnisse zur Kölner Silvesternacht*. Disponível em: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/koeln-silvesteruebergriffe-die-ermittlungsergebnisse-a-1085716.html>. Acesso em: 10 jul. 2016.

(2) Taz.de. *Der Fall Gina-Lisa Lohfink: Ein Opfer von Sexismus*. Disponível em: <http://www.taz.de/!5309033/>. Acesso em: 10 jul. 2016; Spiegel. Interview mit Gina-Lisa Lohfink: "*Muss ich erst umgebracht werden?*". Disponível em: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/fall-gina-lisa-lohfink-muss-ich-erst-umgebracht-werden-a-1097049.html>. Acesso em: 10 jul. 2016.

(3) Spiegel. Sexualstrafrecht: *So stimmten die Abgeordneten des Bundestags*. Disponível em: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/sexualstrafrecht-so-stimmten-die-abgeordneten-des-bundestages-a-1101843.html>. Acesso em: 10 jul. 2016.

(4) Bundestag. *Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines … Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung*. Disponível em: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/082/1808210.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

(5) Crime equivalente ao de estupro.

(6) No original: "*erkennbaren Willen einer anderen Person*".

(7) Redaktion Beck-Aktuell. *Rechtsausschuss beschliesst: "Nein heisst Nein" im Sexualstrafrecht*. Disponível em: <http://rsw.beck.de/aktuell/meldung/rechtsausschuss-beschliesst-nein-hei%C3%9Ft-nein-im-sexualstrafrecht>. Acesso em: 14 jul. 2016.

(8) Spiegel. *Neues Sexualstrafrecht: Nein heisst Nein. Und was bedeutet das jetzt?*. Disponível em: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/sexualstrafrecht-alles-was-sie-zu-nein-heisst-nein-wissen-muessen-a-1101658.html>.

(9) Tagesschau. DE. *Bundestag beschliesst neues Sexualstrafrecht: Heißt "Nein" jetzt wirklich "Nein"?*. Disponível em: <https://www.tagesschau.de/inland/fragen-antworten-sexualstrafrecht-101.html>. Acesso em: 14 jul. 2016.

(10) Redaktion Beck-Aktuell. Op. cit.

(11) De um modo geral, a expressão "*Antänzer-Masche*" pode ser entendida como a abordagem surpreendente praticada por duas ou mais pessoas que cercam a vítima, tocando-a na busca de subtrair bens móveis por ela portados. No caso em questão, o debate volta-se a facilitar a caracterização criminosa de todos que se envolvam em condutas similares às ocorridas no último réveillon alemão. Em outros termos, como "*Antänzer-Masche*" ou "*Antänzerei*" tem-se tratado da hipótese em que mulheres são cercadas por vários homens que as tocam para satisfação da lascívia, enquanto cúmplices subtraem suas bolsas ou pertences que estejam em seus bolsos. Nesse sentido, cf.: Taz.de. Belästigung auf dem Kiez - Sex-Übergriffe durch Antänzer. Disponível em: <http://www.taz.de/!5263182/>. Acesso em: 4 ago. 2016.

(12) Lijnden, Constantin Baron van. *Verschärftes Sexualstrafrecht passiert den Bundestag – Einstimmiges Ja zu "Nein heisst Nein"*. Disponível em: <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bundestag-reform-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein/>. Acesso em: 28 jul. 2016

(13) No Código Penal alemão, o crime de rixa encontra-se previsto no §231. Trata-se de posição jurisprudencial e doutrinária tranquila a de que, em relação ao tipo penal base do §231, o dolo simples é a regra. Em contrapartida, no que se refere à forma qualificada pelo resultado, prevalece o entendimento de se tratar uma hipótese de preterdolo. Cf.: Paeffgen, Hans-Ullrich. §231 Beteiligung an einer Schlägerei. In: Kindhäuser, Neumann e Paeffgen (orgs.). Nomos-Kommentar – Strafgesetzbuch. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005. p. 4081.

(14) Bundesrat. *Bundesrat billigt Reform des Sexualstrafrechts*. Disponível em: <http://www.bundesrat.de/DE/plenum/plenum-kompakt/16/948/948-pk.html#top-12>. Acesso em: 26 set. 2016.

José Danilo Tavares Lobato
Professor e Líder do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho
COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, André Felipe Pellegrino, 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, Beatriz Ferreira Jubilut, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecilia Tripodi, Cláudia Barrilari, Clara Masiero, 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, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, João Jacinto Anhê Andorfato, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Leonando Biagioni de Lima, Luan Nogués Moyano, Luís Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marina Ludovico Bruno, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael de Souza Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Renata Macedo Souza, Ricardo Caiado Lima, Roberto Portugal de Biazi, Rodrigo Nascimento Dall´Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Rodrigo de Castro Sardenberg, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Thiago Tezani, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinícius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Ludmila Bello, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thaís Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Girotto do Couto, Renato Watanabe de Morais e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

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

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.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

Jean Améry, Frei Tito e as consequências dos tormentos impostos pelo Estado

Eduardo Augusto Paglione

Existe um povo que a bandeira empresta
P'ra cobrir tanta infâmia e cobardia!...
(Castro Alves)

Jean Améry faleceu em Salzburgo, Áustria, em 1978; Frei Tito, em Éveux, França, em 1974. Não há notícia de que Améry e Tito tenham se conhecido. Mas ambos têm, na vida, uma semelhança muito forte que os conduziu à morte: tanto um como outro foram vítimas de tortura.

Améry, nascido Hans Maier, em Viena, em 1912, de ascendência judia, acabou sendo preso em decorrência de suas ligações com a resistência à ocupação nazista. Após torturado, foi levado (em 1943) para o campo de Auschwitz (Polônia) e depois o de Bergen-Belsen, na Alemanha, de onde foi libertado pelos ingleses, em 1945. Mudou-se para a Bélgica onde retoma o nome Jean Améry, que utilizava na resistência. Ingeriu um alta dose de barbitúricos em 1978, falecendo em virtude disso.

Frei Tito, nascido Tito de Alencar Lima, em Fortaleza, em 1945, ingressou na Ordem dos Dominicanos em 1965 e fez parte de movimentos ligados à Igreja e contra a ditadura militar. Preso algumas vezes, foi bastante torturado e chegou a tentar o suicídio na prisão. Em 1971, banido do país, acabou por refugiar-se na França. Enforcou-se em 10 de agosto de 1974.

Ambos, embora não mais estivessem presos, ainda sentiam a violência física e mental que lhes fora praticada. Neles perpetuava-se a selvageria dos agentes estatais. O sofrimento da tortura não cessa para o torturado, mesmo após ser interrompida a ação do torturador. O mais grave da tortura é, naturalmente, a violência, seja ela física ou moral. O que potencializa essa violência é ser praticada em nome e sob o patrocínio do Estado que tem o dever de proteger e defender todos aqueles que se encontram sob sua autoridade.

A partir do momento em que o Estado nega o respeito à dignidade a algum de seus membros, dá oportunidade ao afloramento de dois tipos de agentes: o sádico, que pratica a violência por mero prazer; e o "exemplar", que busca apenas demonstrar eficiência no seu trabalho e apresentar resultados ao seu superior. Do sádico não nos ocuparemos, por se tratar de uma psicopatologia (além de, certamente, tratar-se da minoria dos casos de torturadores, constituindo-se, muitas vezes, instrumentos eficazes – ao que se prestam sem nenhum sacrifício – para chefes covardes e inescrupulosos que desejam informações e resultados fáceis). Como define **Françoise Sironi**, "*não se nasce torturador, mas se torna isso, por iniciação*"; segundo ela, para que alguém se torne torturador, "*não é uma questão de 'natureza', mas de fabricação*" (Sironi, 2011, p. 20-21).

O servidor "exemplar" limita-se a cumprir sua parte no sistema implantado pelo Estado para a obtenção de informações. **Hannah Arendt** os explica em sua teoria do "*dente da engrenagem*", por meio do qual agentes do Estado buscam justificar seus crimes usando a metáfora do dente da engrenagem: "*se eu não tivesse feito isso, outra pessoa poderia ter feito e faria*" (Arendt, 2004, p. 92), ou seja, "*você não é um homem, mas função de alguma coisa e, por isso, é algo substituível em vez de alguém*" (Ibidem, p. 121):

"*Quando descrevemos um sistema político – seu funcionamento, as relações entre os vários ramos do governo, o funcionamento das imensas maquinarias burocráticas, das quais fazem parte os canais de comando e, como as forças civis, militares e policiais estão interligados, para mencionar apenas características notáveis – é inevitável falarmos de todas as pessoas usadas pelo sistema em termos de dentes da engrenagem e rodas que mantêm a administração em andamento. Cada dente da engrenagem, isto é, cada pessoa, deve ser descartável sem mudar o sistema, uma suposição subjacente a todas as burocracias, a todo o serviço público e a todas as funções propriamente ditas*" (Arendt, 2004, p. 91).

Mas qualquer agente do Estado é um ser humano e é nessa qualidade que atua, não como uma peça irracional e substituível por meio de um simples ajuste mecânico. Ou, na precisa argumentação de **Arendt**, reportando-se aos julgamentos de Nuremberg, "*se o réu é por acaso um funcionário, ele é acusado precisamente porque até um funcionário ainda é um ser humano, e é nessa qualidade que ele é julgado*" (Ibidem, p. 93).

A comparação entre a tortura executada pelo nacional-socialismo e aquela praticada pela ditadura brasileira pode, à primeira vista, parecer exagerada, para tanto socorrendo aos que não a aceitam o número das vítimas, as diferenças entre um sistema totalitário e uma ditadura, os objetivos de uma e de outra. Que há diferenças, não se discute. Mas que há semelhanças – e até mesmo identidade – tampouco se pode divergir.

As semelhanças referem-se à impotência do torturado ante o torturador, o qual conta com recursos financeiros, legais e judiciais para realizar sua violência. A igualdade entre ambas – e, certamente, o ponto mais relevante na comparação – refere-se à negação do dever de respeito, pelo Estado, à dignidade da pessoa humana, independentemente da origem, da ideologia ou das ações dos torturados. Em texto de 1973, **Primo Levi** adverte:

"*Não, hoje em nenhum lugar existem câmaras de gás nem fornos crematórios, mas há campos de concentração na Grécia, na União Soviética, no Vietnã, no Brasil. Em quase todos os países, existem prisões, instituições para menores, hospitais psiquiátricos onde, como em Auschwitz, o ser humano perde nome e rosto, dignidade e esperança*" (2016, p. 51).

No ano seguinte, o pensador italiano afirma "*ver as sementes do fascismo germinar até nos países (não nos povos) aos quais o mundo deve a derrota do nazifascismo*". Assim, invoca os campos de trabalho forçado da União Soviética e "*os bombardeios indiscriminados no Vietnã*" e mais: "*pratica-se a tortura em todos os países da América do Sul onde há governos convenientemente apoiados pelos Estados Unidos*" (Ibidem, p. 56).

Se o Brasil da ditadura militar e a Alemanha totalitária houvessem considerado como seres humanos em sua plenitude aqueles contra os quais voltaram suas forças policiais e militares, não teríamos motivo ainda hoje para lembrar Jean Améry e Frei Tito. Ou melhor, teríamos, mas em virtude da produção intelectual de ambos. Mas a lembrança que se destaca é o fato de a violência da qual foram vítimas apenas ter encontrado limite no fim da vida. Contrariando o dito popular, para eles,

ANO 24 - Nº 287 - OUTUBRO/2016 - ISSN 1676-3661

enquanto houve vida houve desespero. Ambos, com a tortura prolongada, ampliada, aumentada, não resistiram aos ecos dos gritos, às repetições dos golpes, à violência perpetuada.

Para **Freud**, a questão do suicídio apenas pode ser melhor compreendida a partir do momento em que se dedicou ao estudo da melancolia. De acordo com o pensador, em regra, uma pessoa reage à perda de uma abstração ("como a pátria, liberdade, ideal etc.") por meio do luto, mas "*em muitas pessoas se observa em lugar do luto uma melancolia*" (2011, p. 47). **Freud** diz que a melancolia é demonstrada por meio de um "*um desânimo profundamente doloroso, uma suspensão do interesse pelo mundo externo, perda da capacidade de amar*", surgindo um "*rebaixamento da autoestima, que se expressa em autorrecriminações e autoinsultos, chegando até a expectativa delirante de punição*" (Ibidem). Após compreender o que são luto e melancolia, conclui:

"*Agora a análise da melancolia nos ensina que o ego só pode matar a si próprio se puder, por meio do retorno do investimento de objeto, tratar-se como um objeto, se puder dirigir contra si a hostilidade que vale para o objeto e que representa a reação primordial do ego contra os objetos do mundo externo*" (Freud, 2011, p. 69).

Após **Freud**, diversos psicanalistas dedicaram-se ao estudo do suicídio e sua associação à angústia decorrente de um trauma. Frei Tito não escondia as perseguições reais (para ele) que atormentavam sua mente em território francês. Delas nos dá conta o *Batismo de sangue*, de **Frei Betto** (2006). Améry chegou a teorizar a respeito do direito ao suicídio em uma obra ainda não traduzida no Brasil (*Hand an sich Legen. Diskurs über den Freitod*, de 1976, cuja versão espanhola recebeu o título *Levantar la mano sobre uno mismo: discurso sobre la muerte voluntaria*, e a versão francesa, *Porter la main sur soi: du suicide*).

Améry produziu textos bastante importantes para a compreensão de seu tormento. Em *Além do crime e castigo* (cuja primeira edição é de 1963) denuncia o ceticismo no sistema político. Invocando o ano em que foram promulgadas as leis raciais de Nuremberg (para ele, sua "sentença de morte"), desabafa: "*Não confio nessa paz. Declarações de Direitos Humanos, constituições democráticas, o mundo livre e a imprensa livre. Nada é capaz de me adormecer novamente no sono tranquilo do qual fui despertado em 1935*" (2013, p. 149). A sociedade é apontada por ele como a responsável pela sua desgraça: "*pois ela, somente ela, foi a causa do meu desequilíbrio existencial, em consequência do qual luto para me manter equilibrado e caminhar. Foi ela, somente ela, que me roubou a confiança no mundo*" (Idem, p. 157). Nesse ponto, não diverge de **Primo Levi**, para quem apenas com a "*loucura de poucos, com o consentimento estúpido e covarde de muitos, é que os fatos de Auschwitz podem ser interpretados*" (2016, p. 9).

Mais do que a dor física, o que o torturador grava no corpo e na alma do torturado é o temor, a desconfiança, a insegurança: medo de ser novamente vilipendiado por aqueles que deveriam protegê-lo; incerteza sobre até que ponto sua privacidade está resguardada; dúvida a respeito de quais pessoas podem merecer suas confidências. O Estado injeta na vítima de tortura um veneno que a vai contaminando, corroendo, enfraquecendo. A tortura, quando não mata no momento em que é praticada (e as técnicas de tortura são desenvolvidas justamente para preservar a vida do torturado), conduz a uma morte lenta e sem data prevista. À falta da mão do carrasco, ante a ausência do cavalete ou da asfixia pela água, Frei Tito foi esganado por uma corda e Jean Améry sufocou-se com medicamentos.

Alguns sobrevivem e domesticam seus fantasmas, convertendo-se em arautos de verdades que a sociedade, no mais das vezes, recusa-se a ouvir; em narradores de histórias que as pessoas querem negar.

Como adverte **Primo Levi**, "*o homem é e deve ser sagrado para o homem, em qualquer lugar e sempre*" (2016, p. 10). Se o Estado ignora e violenta essa sacralidade, é como se provocasse fissuras no templo em que o torturado habita e essas fissuras vão sendo alargadas até que todo o edifício desmorone. Esse processo é mais ou menos lento, a depender da estrutura psíquica de cada um e pode até não se consumar se outro evento antecipa o final. Talvez a morte por infarto, em 1987, de **Luiz Roberto Salinas Fortes**, autor do pungente *Retrato calado* (1988), tenha evitado o desmoronamento do edifício ou talvez o infarto tenha sido causado justamente pelas fissuras. Ainda se discute se a morte de **Primo Levi**, em 1987, foi acidental ou voluntária, mas sua obra é a demonstração de que a crueldade a que foi submetido em Auschwitz o marcou de forma permanente.

A morte não pode, entretanto, fazer-nos esquecer do sofrimento que a antecedeu. O torturado, uma vez atormentado pelo "*inferno nel corpo o nell'anima*" (Cassese, 2008, p. 42), necessita ser exorcizado para que se reconheça novamente como sagrado. Esse exorcismo só pode ser realizado com sucesso se toda a sociedade se der conta de que a tortura é uma violência que jamais poderia existir e, uma vez tendo existido, deve ser repelida, condenada e severamente punida. A mesma sociedade que tolera ou incentiva a tortura é quem deve entender que ela é um cão raivoso controlado e preso apenas por um barbante: pode soltar-se a qualquer momento e não irá deixar de atacar alguém porque o açulava; todos poderemos ser vítimas dele.

A ação eficiente do Estado é fundamental para estabelecer a cultura de respeito aos direitos humanos e pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Assim é que **Améry** afirma: "*para sermos algo, precisamos do assentimento da sociedade. Quando ela contesta o que fomos um dia, jamais o teremos sido*" (2013, p. 105). Se a sociedade não reconhecer todos como humanos (nem uns mais, nem outros menos), continuará permitindo que sob sua bandeira se cometam as infâmias e covardias que a História insiste em nos mostrar, mas que nós insistimos em querer acreditar que são práticas do passado, negando as evidências de que continuam a ocorrer ainda hoje.

Referências

Améry, Jean. *Além do crime e castigo*: tentativas de superação. Tradução Marijane Lisboa. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.

Arendt, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Betto, Frei. *Batismo de sangue*: guerrilha e morte de Carlos Marighella. 14. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

Cassese, Antonio. *Il sogno dei diritti umani*. Milano: Feltrinelli, 2008.

Freud, Sigmund. *Luto e melancolia*. Tradução Marilene Carone. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

Levi, Primo. *A assimetria e a vida*: artigos e ensaios 1955-1987. Tradução Ivone Benedetti. São Paulo: Ed. Unesp, 2016.

Salinas Fortes, Luiz Roberto. *Retrato calado*. São Paulo: Marco Zero, 1988.

Sironi, Françoise. *Carrascos e vítimas*: psicologia da tortura. Tradução de Sérgio Salvia Coelho. São Paulo: Terceira Margem, 2011.

Eduardo Augusto Paglione
Mestre em Letras (área de concentração: Literatura e Vida Social – Unesp/Assis).
Doutor em Direito (área de concentração: Direitos Humanos – USP).
Delegado de Polícia.

ANO 24 - Nº 287 - OUTUBRO/2016 - ISSN 1676-3661

A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ

Soraia da Rosa Mendes e Ana Carolina F. Longo

Na pretensão de fornecer uma prestação jurisdicional adequada, e considerando o quadro de um elevado número de presos provisórios, o julgamento da medida cautelar da ADPF 374 determinou que passassem a ser realizadas, em até 90 dias, audiências de custódia, mediante as quais deverá ser viabilizado o comparecimento do/a preso/a[1] perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Com tal decisão, a chamada audiência de custódia é compreendida como uma garantia de todo/a cidadão/ã preso/a ser conduzido/a celeremente à presença de um/a juiz/íza no intuito de que, com isso, seja possível verificar a existência de eventuais atos de maus tratos ou de tortura, assim como para que se possa discutir acerca da legalidade e da necessidade da própria prisão.

A decisão de nossa Suprema Corte levou em consideração as normas já internalizadas ao ordenamento jurídico brasileiro, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ambas determinando que *"toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais"*. Sendo também plausível pensar que, com o acordão, avança-se no desejo de concretizar garantias infraconstitucionais como, ao fim e ao cabo, a disposta no art. 282, § 3.º, do CPP, na medida em que, ao possibilitar o contato direto entre magistrado/a e detido/a, sublinha-se a necessidade de decisões que apliquem mais medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) e em menor número sejam decretadas prisões preventivas.

Com a implementação da audiência de custódia no Brasil, como anotam **Lopes Jr.** e **Paiva**,[2] não só se busca ajustar o Processo Penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**,** mas também cumprir a tarefa de diminuir o encarceramento em massa, vez que, com o *"encontro"* do juiz com o/a preso/a, supera-se a *"fronteira do papel"* estabelecida no art. 306, § 1.º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o/a magistrado/a.

A obrigação internacional assumida por nosso País decorre da necessidade de que o/a acusado/a tenha a oportunidade de, assim que preso/a, ser apresentado ao(à) magistrado/a, em audiência da qual também farão parte membros do Ministério Público, o/a seu/ua advogado/a, ou a Defensoria Pública, quando não puder custear a defesa técnica.

Nesta assentada, *"o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares"*, sem embargo de verificar a ocorrência de tortura ou qualquer outra irregularidade no ato da prisão, na esteira do programa Audiência de Custódia implementado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Pretende-se, portanto, com esta medida, diminuir as prisões cautelares indevidas por ausência de fundamentação idônea, viabilizando que a situação do/a preso/a seja, desde logo, apreciada pelo Poder Judiciário. Trata-se, consequentemente, de medida imprescindível para *"dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados"*, conforme o voto do Min. Fachin, na citada ADPF.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se manifestar acerca de prisões preventivas, vem consignando que *"a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal"* (*HC* 346.300/GO, 5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, j. 07.06.2016, *DJe* 13.06.2016).[3]

A interpretação da legislação infraconstitucional, todavia, dizemos nós, não pode conduzir a uma conclusão contrária ao disposto no Texto Constitucional, e aos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Muito especialmente, quando reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e, neste cenário, constatado um número alarmante de prisões provisórias sem o devido fundamento legal.

A audiência de custódia configura instrumento de proteção ao preso/a. Uma verdadeira garantia fundamental voltada à preservação de sua dignidade, viabilizando a discussão de sua situação penal imediatamente, com o fim de evitar a manutenção de uma prisão ilegítima[4] e desnecessária.

Ora, se a audiência de custódia pode evitar o encarceramento sem necessidade, existindo como uma garantia em favor da pessoa presa cabe ao Estado viabilizar os meios necessários para sua realização não só de natureza estrutural, mas também por uma hermenêutica vinculada ao que reza o Texto Constitucional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sobre pessoas presas.

A conclusão assentada na jurisprudência do STJ, desconsiderando a ilegalidade da prisão sem a realização de audiência de custódia, converte-se em proteção insuficiente à pessoa presa, pois com o enfraquecimento da força cogente da ordem emanada da decisão do STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, representada por estas decisões flexiblizadoras, debilita-se a própria garantia protetiva fundamental.

Note-se que, ao consignar ainda o STJ, que *"operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante"* (*HC* 346.300/GO, 5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.06.2016, *DJe* 13.06.2016). O Tribunal está afirmando, pois, que a inexistência da audiência de custódia justificaria a nulidade tão somente da prisão em flagrante, não havendo reflexos para a prisão preventiva, daí a possibilidade de análise dos pressupostos do art. 312 do CPP, para autorizar a manutenção do cerceamento de liberdade.

Como lembram **Lopes Jr.** e **Paiva**[5] em diversos precedentes, a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais – em flagrante ou provisórias –, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador *"garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência"*.

ANO 24 - Nº 287 - OUTUBRO/2016 - ISSN 1676-3661

Em síntese, se, de um lado, a Corte Constitucional brasileira, ante um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário, por suposto violador de direitos e garantias fundamentais dos/as que se encontram com a liberdade cerceada, provisória ou definitivamente, impulsionou a necessidade de um compromisso maior do Judiciário com os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos mediante, por exemplo, a realização das audiências de custódia, por outro lado, em diversos precedentes o Superior Tribunal de Justiça tem prolatado decisões capazes de sufocar o instituto ainda no berço.

Notas

(1) Para que seja compreendido o uso da barra para designar o gênero de atores e atrizes que integram diferentes lugares no processo penal (p. ex: juiz/a, preso/a etc.) convém explicar que a linguagem por si só não é sexista, mas o uso que fazemos dela pode ser na medida em que oculta o feminino (algo muito comum no mundo jurídico). Nesse sentido, o uso da barra é o reconhecendo que língua é um reflexo da sociedade, e que ela é capaz de transmitir e reforçar os estereótipos que ainda persistem pelo século XXI.

(2) Lopes Jr., Aury; Paiva, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, São Paulo: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 17, set.-dez. 2014.

(3) No mesmo sentido, ainda, AgRg no *HC* 353.887/SP (6.ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19.05.2016, *DJe* 07.06.2016), R*HC* 66.034/RJ (5.ª T., rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 03.05.2016, *DJe* 11.05.2016), *HC* 344.989/RJ (5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.04.2016, *DJe* 28.04.2016), dentre vários outros precedentes recentes.

(4) Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006. p. 511.

(5) Lopes Jr., Aury; Paiva, Caio. Audiência de custódia... cit.

Soraia da Rosa Mendes
Doutora em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.
Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.
Professora permanente do Programa de Mestrado em Direito do Instituto de Direito Público – IDP.

Ana Carolina F. Longo
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Professora do Centro Unificado de Brasília – UniCEUB.
Servidora pública.

Pelo necessário diálogo entre as criminologias e os feminismos

Luanna Tomaz de Souza

No mês de maio de 2016, o país se chocou com a notícia de um estupro coletivo cometido por 33 homens contra uma adolescente no Rio de Janeiro.(1) Imediatamente, as redes sociais foram tomadas por campanhas contra o estupro, denunciando os altos índices desse crime no país.(2) Alguns internautas exigem penas mais rígidas e defendem projetos de lei como a castração química ou a pena de morte para estupradores, o que despertou o questionamento de muitas pessoas e colocou novamente em tensão as teorias feministas e criminológicas.

Isso ocorre porque essas teorias seguiram distantes durante muito tempo. Defende-se, contudo, a importância desse diálogo. De um lado temos uma perspectiva feminista, preocupada com o respeito e a promoção dos direitos das mulheres, e, de outro lado, uma perspectiva criminológica, em especial aquela crítica à atuação do sistema de justiça criminal, que reconhece que a pena não tem cumprido as funções propostas pelas grandes teorias, promovendo, muitas vezes, apenas mais dor e violência.

Diálogos entre criminologias e feminismos

Segundo **Salomão Shecaira** (2011) criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados, mas diversos, como o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes e o perfil do autor desses fatos desviantes. Para **Salo de Carvalho** (2012), não há uma padronização sobre a criminologia. Existe, de fato, uma pluralidade de discursos sobre o que é crime, criminoso, sistema penal, não se podendo aferir aspectos de unidade, coerência metodológica, definição de objeto. Por isso, no presente artigo, buscar-se-á reconhecer esta pluralidade de discursos pela utilização do termo "criminologias".

Durante muito tempo, em busca de narrativas e soluções universais, essas teorias ignoraram a realidade das mulheres e a sua relação com o sistema punitivo. Segundo **Loraine Gelsthorpe** (2002), as criminologias se desenvolveram como um estudo de homens, sobre homens, mas se dizendo universal. Desde o *Malleus Maleficarum* até o século XIX, as teorias criminológicas, salvo parcas referências, não se ocuparam das mulheres.

Carol Smart (1976) foi uma das primeiras críticas feministas à criminologia e chamou atenção para a ausência de consideração acerca das experiências femininas. Para a autora, os únicos discursos criminológicos acerca da questão se pautavam em uma perspectiva naturalizadora sobre a delinquência feminina, presumindo uma distinção natural e inerente entre os temperamentos e aptidões de homens e mulheres ou perpetuando o mito da mulher naturalmente ligada ao mal.

Com o passar do tempo, a criminologia abandona as concepções positivistas, adotando uma série de teorias sociológicas sobre crime e desvio, mas deixa as mulheres de lado. A criminologia crítica volta-se à estrutura de classes, mas ignora as desigualdades de gênero.

Em realidade, identifica-se uma série de estratégias ou mecanismos de invisibilização da investigação feminista, apontadas por **Silvina Alvarez** (2008) que vão desde a usurpação dos saberes até a desvalorização do conteúdo científico. Ao longo do tempo, contudo, os movimentos feministas souberam dar visibilidade e trazer ao debate criminológico o modelo patriarcal que estrutura a sociedade ocidental, objetivando desconstruir os discursos sexistas que culpabilizam, punem ou vitimizam

as mulheres, seja na qualidade de autoras ou vítimas de crimes. Segundo **Elena Larrauri** (2007) os movimentos feministas foram os que mais conseguiram influenciar a criminologia crítica, auxiliando a ampliar seu objeto e a transformar as práticas da justiça criminal.

Deve-se ressaltar que a teoria feminista pode se somar a outras teorias, em um concerto de saberes; o que se pretende é pôr de relevo as tensões e contradições nos enfoques teóricos supostamente universalistas e ao mesmo tempo capazes de distorcer a percepção do que diz respeito à metade da população. As teorias feministas são capazes de perceber as armadilhas de certos discursos e, nesse sentido, não são uma alternativa teórica, mas atuam como uma consciência crítica ressaltando as tensões e contradições que encerram certos discursos.

Claro que também não podemos limitar o pensamento feminista a um único feminismo ou determinar sua origem a uma linha de tempo evolutiva. Em regra, pode-se observar, contudo, que as diversas abordagens, apontadas por autoras como **Harding** (1986), rompem com a visão do sujeito mítico cognoscente universal e permitem perceber como as teorias criminológicas não incluíram as mulheres.

Para **Carol Smart** (1995), entretanto, as perspectivas feministas precisam desafiar as concepções na raiz da criminologia para não arriscar uma existência marginalizada em ambos os segmentos.

Gerlinda Smaus (1999) entende que o que falta a algumas criminólogas feministas é o questionamento do Direito Penal em si. Somente uma consistente teoria sociológica do Direito Penal, como a desenvolvida pela criminologia crítica, associada a um uso correto do paradigma de gênero, pode compreender as vantagens e desvantagens das mulheres como objeto de proteção e controle por parte do sistema de justiça criminal.

Para a autora, uma criminologia feminista pode se desenvolver, de modo cientificamente oportuno, somente na perspectiva epistemológica da criminologia crítica. Estudar a situação da mulher no sistema de justiça exige afrontar ao mesmo tempo a questão feminina e a questão criminal, ambas em um contexto de reflexões sobre a sociedade.

Para **Carla Alimena** (2010), se o objetivo fosse buscar definir contornos de uma criminologia feminista, seria preciso escolher, dentre uma infinidade de perspectivas diferentes, apenas uma criminologia e um feminismo específicos e compatíveis. Isso implica deixar de fora do conceito tudo que com ele não se parecer. Portanto, torna-se impossível discorrer sobre "a" criminologia feminista, mas apenas observar como ambos saberes se encontram, num relacionamento muitas vezes conflituoso. A impossibilidade de relação entre as criminologias e os feminismos, todavia, não pode ser taxativa enquanto houver movimento nesses saberes, sendo sempre novos discursos criados e remodelados.

Para **Soraia Mendes** (2014) é possível "uma" criminologia feminista, que não será "a" criminologia feminista em respeito à diversidade de feminismos e suas epistemologias. É possível assim a construção de um referencial epistemológico que, sem abrir mão da crítica ao Direito Penal, perceba, reconheça e trabalhe os processos de criminalização e vitimização das mulheres sob a perspectiva de gênero.

É importante ressaltar que essa preocupação com os contornos críticos ocorre porque, muitas vezes, o encontro dos movimentos feministas com o Direito Penal levou à proliferação de estudos sobre vitimologia e ao reforço acerca do seu uso do simbólico, sendo ele abordado como o único ou mais competente para o tratamento de questões como a violência contra as mulheres. Tais posturas ignoram que o exercício do poder punitivo historicamente vigiou, perseguiu e reprimiu as mulheres. De forma incoerente, ao mesmo tempo em que se acusa o Direito Penal de favorecer os homens, e não resolver os conflitos, se recorre a ele (Larrauri, 2008).

Segundo **Cecília Santos** (2010), não se pode, todavia, resumir as lutas feministas à criminalização, sendo este em alguns casos apenas o enfoque "traduzido"[3] pelo Estado de suas demandas. Em São Paulo, por exemplo, há coletivos que desenvolvem um trabalho de mediação de conflitos intrafamiliares a partir de uma abordagem terapêutica e não criminal (Pró-Mulher, Família e Sociedade) ou que têm se focado na perspectiva da saúde pública (Coletivo Feminista, Sexualidade e Saúde). Há também lutas históricas de descriminalização de tipos como o aborto, a sedução e o adultério. Para a autora, muitas vezes o movimento segue este caminho como um recurso discursivo simbólico de ameaça e de conscientização social para evitar a trivialização de um problema que só recentemente foi reconhecido.

Na verdade, durante muitos anos esses movimentos resistiram ao uso do Direito por entendê-lo voltado aos interesses hegemônicos, sendo instável, ambíguo e manipulável. Mesmo as teóricas jurídicas feministas se dividiam entre aquelas que viam o Direito como sexista, masculino ou sexuado (Smart, 1995). Há hoje, todavia, amplos setores que reconhecem o Direito oficial como muito diverso, e, por vezes, contraditório, existindo espaço para lutas contra hegemônicas (Duarte, 2011).

A criminologia, entretanto, não pode mais se afastar de um dos movimentos políticos e teóricos mais importantes das últimas décadas valorizando ou legitimando posições de alguns grupos, sem considerar sua diversidade. Isso ignora, por exemplo, que as teóricas criminológicas feministas incorporaram de maneira significativa as contribuições da criminologia crítica, inclusive avançando no debate sobre os riscos da utilização do sistema penal por parte das mulheres (Smart, 1995; Gelsthorpe, 2002; Larrauri, 2007).

Considerações finais

O estupro coletivo de 33 homens contra uma adolescente no Rio de Janeiro, somado aos altos índices de casos de abuso sexual no país, apontam para uma realidade de tremendas desigualdades de gênero e violências. Não se pode, contudo, apostar no acirramento do sistema punitivo.

Exige-se, para uma análise mais ampla do problema, um referencial teórico as contribuições feministas e criminológicas. Algumas autoras têm defendido inclusive a possibilidade de construção de uma criminologia feminista como forma de superação das dificuldades apresentadas.

Não se pode, todavia, esperar pela elaboração de um sistema absolutamente coerente, sem contradições ou lacunas, pois, segundo **Carmen Campos**, **Salo de Carvalho** (2011) e **Sandra Harding** (1993), esta forma de pensamento não é possível no contexto hodierno. A sociedade contemporânea requer categorias analíticas instáveis e incoerentes, uma vez que teorias com pretensão de coerência não apenas são inadequadas ao mundo instável e incoerente do século XXI, como criam empecilhos intransponíveis ao conhecimento e às práticas sociais.

Desta feita, para conjugar uma perspectiva feminista e crítica, é preciso nos submeter à complexidade e à fragmentariedade da contemporaneidade, por mais que isso gere tensões, instabilidades e desconfortos. Não podemos, contudo, nos furtar desse esforço, diante de uma sociedade punitivista que provoca o avançar do encarceramento feminino e de mecanismo de punição em defesa das mulheres.

De forma alguma, contudo, busca-se por meio de abordagens criminológicas feministas alcançar todos os fenômenos relativos a intervenção punitiva, sendo importante conjugar outros discursos como

da criminologia *queer* no que concerne às questões relativas à sexualidade ou da criminologia negra, nas questões raciais. O mais importante é complexificar nosso olhar para os múltiplos alcances da intervenção penal, alargando os campos de interseção para sofisticar as investigações e compreensão das violências e processos de criminalização.

Referências

Alimena, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível:* feminismos e criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Alvarez, Silvina; Beltran, Elena; Maquiera, Virgina; Sanchez, Cristina. *Feminismos:* debates teóricos contemporâneos. Madrid: Alianza, 2008.

Campos, Carmen Hein de; Carvalho, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. IN: Campos, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Carvalho, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Duarte, Madalena. *Movimentos na justiça:* o direito e o movimento ambientalista em Portugal. Coimbra: Almedina, 2011.

Gelsthorpe, Loraine. *Feminism and Criminology.* In: Maguire, Mike; Morgan, Rod.; Reiner, Robert (Ed.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 3. ed. Oxford, 2002.

Harding, S. *The science question in feminism*. Ithaca: Cornell University, 1986.

Harding, S. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. *Revista Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-32, 1993.

Larrauri, Elena. *Criminología crítica y violencia de gênero.* Madrid: Trotta, 2007.

_____. *Mujeres y sistema penal:* violência doméstica. Euros Editores, 2008.

Mendes, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

Santos, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Critica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 89, p. 153-170, jun. 2010.

Shecaira, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Smart, Carol. *Feminism and the power of law*. London/New York: Routledge, 1995.

_____. *Women, Crime and criminology:* a feminist critique. London/New York: Routledge, 1976.

Smaus, Gerlinda. Teoria del conocimiento feminista y criminologia de la mujer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a.7, n. 27, p. 235-249, jul-set. 1999.

Notas

(1) Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/05/policia-investiga-estupro-coletivo-de-adolescente-em-comunidade-no-rio.html>. Acesso em: 28 maio 2016.

(2) De acordo com o *Anuário Brasileiro da Segurança Pública*, em 2014, o Brasil tinha um caso de estupro notificado a cada 11 minutos. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>. Acesso em: 28 maio 2016.

(3) Cecília Santos (2010) evidencia como as demandas feministas sobre violência contra mulheres nas duas últimas décadas foram absorvidas/traduzidas e silenciadas, ganhando hegemonia apenas alguns enfoques no âmbito das instituições jurídico-políticas.

Luanna Tomaz de Souza
Doutora pela Universidade de Coimbra.
Professora do curso de Direito da Universidade Federal do Pará.
Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia.

O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias

Chiavelli Facenda Falavigno

Introdução

A relação problemática entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador vem sendo apontada pela doutrina como causadora de efeitos nocivos, principalmente no que tange ao desrespeito a garantias ínsitas do Direito Penal pós iluminista. A chamada independência das esferas é repetida como verdadeiro "mantra" pelos tribunais brasileiros,(1) sem qualquer questionamento sobre sua origem e embasamento jurídico.

Ademais, a atual tendência expansionista do Direito Penal, principalmente no que tange a delitos econômicos, dá origem a diversos campos de sobreposição normativa, gerando claro desrespeito a princípios como o *ne bis in idem*,(2) a fragmentariedade e a subsidiariedade da proteção penal, a proporcionalidade, a ideia de dignidade da pessoa humana etc. Por fim, a dupla persecução acarreta intolerável gasto público, com investigações duplicadas em áreas com recursos escassos, bem como prementes injustiças em casos concretos pela irracionalidade do sistema.(3)

1. A duplicidade do sancionamento: questionamentos atuais

A tese de que a sanção administrativa e a sanção penal, quando aplicadas à mesma pessoa, em razão do mesmo fato e em decorrência de ataque ao mesmo bem jurídico, acarreta nocivo duplo sancionamento, já encontra, ao menos, três fundamentações distintas na doutrina. A primeira delas diz respeito à dignidade da pessoa humana, que vem a servir como uma barreira para que o Estado não possa impor sanções de forma ilimitada. A segunda, embasada no Direito Penal espanhol, centra-se na questão de serem, o Direito Penal e o Direito Administrativo, braços do mesmo poder punitivo Estatal, o qual estaria então se manifestando de forma duplicada. Por fim, há a corrente defendida pela professora **Helena Lobo da Costa**, que apregoa tratar-se de flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, que determina, por meio de sua tríplice caracterização,(4) a escolha da via sancionatória mais eficaz e menos onerosa ao cidadão e também ao Estado no controle de condutas.(5)

Idealmente, essa discussão diz respeito, sobremaneira, à postura adotada pelo legislador, em um primeiro momento, que deveria se abster de sancionar a mesma conduta por ambas as vias. Ainda que apenas em um plano ideal tal legislador poderia evitar, na totalidade dos casos, dita regulação indevida, cabe à doutrina um importante papel na definição de questão que subjaz a presente discussão, qual seja, o de traçar as diferenças, caso estas de fato existam, entre o ilícito de natureza penal e o ilícito de natureza administrativa.

2. As diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo

Na doutrina tradicional, há diversos autores que trabalharam a ideia de diferenciações possíveis entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Pode-se citar, por exemplo, **José Cretella Júnior**, que argumenta existir diferenças de natureza quantitativa ou qualitativa entre os referidos ilícitos, a depender da modalidade do ilícito administrativo: "*Depende da modalidade de ilícito administrativo. Porque, se o ilícito administrativo for ilícito puro, exaurindo-se na própria esfera do Poder Executivo, a diferença entre ele e o ilícito penal é 'ontológica' ou 'de substância', objeto que é do 'direito administrativo disciplinar'; se se tratar, porém, de ilícito administrativo que transcende o próprio campo do Poder Executivo, para inserir-se no campo do direito penal, então, nesse caso, a diferença entre ambas as figuras é apenas de grau, diferença quantitativa, sendo o ilícito penal administrativo um* minus*, um grau a menos, em relação ao ilícito penal*".[6]

Já para **Nelson Hungria**, não haveria diferença de natureza ontológica, mas sim quantitativa ou de grau. Ainda, ambos representariam lesões efetivas ou potenciais a bem jurídico, o que é fundamental para justificar a existência de um Direito Penal administrativo.[7]

Contudo, atualmente, desenvolve-se na doutrina uma terceira corrente, que abre mão de diferenciações ligadas à natureza do fato sancionado, seja pela via penal, seja pela via administrativa, e que será a seguir explicitada.

3. Normatividade e discricionariedade do legislador: política sancionadora

Para a terceira corrente, defendida atualmente por autores como **Helena Lobo da Costa** e **Miguel Reale Júnior**, a diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo residiria na concepção normativa, que está, por sua vez, intrinsecamente ligada a escolhas de política criminal feitas pelo legislador. Tais escolhas, aliás, não são totalmente discricionárias, devendo obedecer, sim, a limites atinentes a regras e princípios orientadores dessa função. Conforme a referida autora:

"*A reflexão sobre as ideias descritas brevemente acima leva já a algumas conclusões. A primeira delas é que o debate sobre distinção ou identidade entre ilícito administrativo e penal é uma questão normativa e não ontológica. Crime e ilícito administrativo são produtos normativos, não existindo na realidade como tais. Portanto, não há que se falar em condutas concretas que necessariamente tenham de ser crimes, tampouco que tenham de ser ilícitos administrativos em razão de estruturas ontológicas*".[8]

Assim, o sancionamento de condutas, com sua classificação como ilícito penal ou ilícito administrativo, não deveria ser pensado como uma divisão entre comportamentos de maior ou menor importância, ou que lesionem de forma mais ou menos veemente o bem jurídico que se almeja proteger: "*Os processos de despenalização ocorridos na Itália e na França bem demonstram como a escolha da via penal ou da via administrativa nada tem a ver com a importância do bem jurídico, tratando-se antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a melhor alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único*".[9]

Portanto, as atenções dos estudiosos da matéria parecem se voltar cada vez mais ao processo legislativo, sendo o legislador, sem dúvida, o maior responsável pela irracionalidade da política sancionadora hoje existente. Ademais, a demanda social e o clamor público, quando vêm a servir de fundamento para condutas relacionadas a controle social e que, portanto, deveriam primar pela técnica, acabam por dar origem a uma proliferação de comportamentos sancionados pela via penal:

"*A preocupação com o delito ou com a delinquência encontra-se bastante vinculada ao que se costuma chamar de atitudes punitivas presentes em uma determinada sociedade, as quais expressam os pontos de vista dos membros dessa sociedade sobre os contornos e o grau de intervenção penal que consideram necessários.* (...) *Essa preocupação ou atitude constitui um reconhecido parâmetro das opiniões político-criminais de uma sociedade, e se configura como um juízo de valor, apoiado predominantemente em componentes cognitivos embora não deixem de estar presentes, ainda que secundariamente, aspectos emocionais*".[10]

Assim, tendo em vista a política criminal que hoje vige no Brasil, o raciocínio exposto nesse título parece explicar, ainda que parcialmente, a multiplicidade de leis penais extravagantes, bem como a existência de duplo e triplo sancionamento de condutas em várias esferas, principalmente em matérias ligadas a bens jurídicos com pouca concretude, como o meio ambiente e a economia.

Considerações finais

Por fim, com essa breve análise, pode-se concluir que a complexidade do tema apontado exige cuidadoso estudo, sob pena de se buscar diferenciações irrealizáveis na prática, as quais ofuscam o real problema, qual seja, a falta de técnica e de racionalidade nos procedimentos legislativos penais no Brasil. A ideia de uma política sancionadora integrada, que respeite as garantias processuais do acusado, pode ser uma solução promissora para que se reestabeleçam princípios tão caros em matéria de punição, principalmente o *ne bis in idem*.

Para tanto, é importante que se busque legislar com base em uma política criminal fundamentada, que não siga apenas os reclames do famigerado clamor público em sua estruturação. Em que pese esta ainda seja uma realidade distante na prática, é papel da doutrina e da academia salientar os erros e os pontos problemáticos dessa questão, visando a tornar cada vez mais clara a premente necessidade de um repensar na política nacional de sancionamento de condutas, seja pela via administrativa e seja, principalmente, pela via penal.

Referência bibliográfica

Costa, Helena Regina Lobo da. Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: Blazeck, Luiz Mauricio Souza; Marzagão Jr., Laerte I. (Coord.); Alckmin, Geraldo (Apres.). *Direito administrativo sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Notas

(1) "PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO.

PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO NO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA.

INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS INSUFICIENTES. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. (...) 3. *Não impede a persecução criminal decisão do Tribunal de Contas Estadual, no âmbito do julgamento de processo administrativo, que reconhece não ter o paciente participado diretamente da irregularidade material apurada, pela independência entre as esferas penal e administrativa.* (...)" (*HC* 269.452/RN, 6.ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17.03.2016, *DJe* 05.04.2016).

(2) Salienta-se aqui a Lei 12.846/2013, chamada anticorrupção. A ausência de definições e limites nessa seara atualmente pode ocasionar um sem-número de sancionamentos para atos de corrupção, uma vez que este encontra guarida no Código Penal, na Lei de Improbidade Administrativa e na nova lei mencionada. A opção pela punição como única forma de regulação de condutas fica evidente nessa seara.

(3) Prova disso é a que foi parcialmente solucionada pela Súmula vinculante n. 24, que possui a seguinte redação: "*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*". Embora deixando pendentes importantes questões conceituais, referida súmula visou a impedir que fosse prejudicado pela instauração do processo penal o contribuinte que decidisse discutir o débito na esfera fiscal, uma vez que apenas o pagamento imediato do tributo acarretava a extinção do procedimento na esfera criminal.

(4) Sobre o detalhamento dos critérios que compõem o referido princípio, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, cite-se Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 116 e ss.

(5) Conforme aula ministrada no "Curso de Verão: Desafios para o Direito Penal do presente", em 17 de fevereiro de 2016, na Universidade de São Paulo.

(6) Cretella Junior, José. *Ilícito penal e ilícito administrativo*. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/10z3ab.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

(7) Hungria, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302/7076>. Acesso em: 22 maio 2016.

(8) Costa, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judialização e a administração. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; Magrini, Rachel de Paula (Coord.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009. p. 566.

(9) Reale Júnior, Miguel. Ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral. In: Prado, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo:* estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

(10) Díez Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais:* teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 24-25.

Chiavelli Facenda Falavigno
Doutoranda em Direito Penal pela USP.
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Advogada.

Guerra às drogas e mulheres latino-americanas: contribuições para uma criminologia feminista descolonizada

Bruna Stéfanni Soares de Araújo

A Guerra às Drogas segue como a maior causa de encarceramento e criminalização de mulheres no Brasil e América Latina. De acordo com dados do Infopen (2014), as mulheres submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pelo sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. No país, em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição subalterna no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno varejo, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico em meio a essa realidade.(1)

O Direito Penal nesse quadro de proliferação de riscos, longe de atuar como instrumento de proteção da sociedade contra possíveis eventos catastróficos, continua mantendo a sua histórica função de gestão dos excedentes.(2) Assim, o Direito Penal não é e não pode ser considerado um instrumento eficaz para a proteção das mulheres, posto que transporta e reproduz os valores da sociedade, marcada pelo patriarcalismo, que as discrimina e as trata como objeto pertencente aos homens.(3) A criminologia feminista irrompe dentro de uma perspectiva já crítica e de viés emancipatório para denunciar a marginalização que a categoria gênero sofre mesmo nos espaços pretensamente contra-hegemônicos. Torna-se necessária a análise desse fenômeno sob a ótica de um feminismo que discuta as peculiaridades das mulheres latino-americanas que são selecionadas pelo Sistema de Justiça Criminal.

As teorias pós-coloniais e descoloniais vêm exercendo uma grande influência na produção de conhecimento, nesse diapasão, a discussão acerca do feminismo tem sido fortemente impactada visto que nesses processos de transculturação e reconfiguração de fronteiras tem sido criada abertura para revisar o lugar e a prática das mulheres envolvidas nesses processos. A partir do reconhecimento da incompletude de qualquer perspectiva analítica teórica focada no eixo dicotômico, países colonizadores-centro e países colonizados-perifeira, que vise a abordagem dos processos e fenômenos sociais latino-americanos, surge a necessidade de uma reformulação epistemológica que leve em conta os elementos constitutivos da nossa realidade global. **Anibal Quijano** identifica tal comportamento de colocar a Europa e os demais "Países do Norte" como centrais na formação da modernidade e padrão de civilização *como la colonialidad del Poder*,(4) que impactou e influenciou as teorias feministas, assim como vários outros campos do conhecimento, desde então. Nesse sentido, para a análise da relação entre gênero e política criminal na América Latina, conceitos como colonização, capitalismo, classe, raça e etnia devem ser revisitados e elevados a categoriais fundamentais de estudo.

Nas palavras de **Vera Regina Pereira de Andrade**, a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a essas duas formas de desigualdade.(5) A imagem da mulher como mãe, esposa, frágil e restrita apenas ao âmbito privado não é uma caracterização que se conforme com a realidade da mulher criminalizada na América Latina e especialmente no Brasil, visto que

as mulheres encarceradas e alvos da seletividade penal, são em sua grande maioria as mulheres negras e moradoras das grandes periferias, e que possuem uma imagem e possibilidades de vida históricas diversas da mulher branca e europeizada que possuía os papéis sociais atribuídos de fragilidade, castidade e destinada para a vida familiar somente. É preciso descolonizar as visões criminológicas feministas portanto, visto que elas trazem em seu arcabouço teórico uma nítida referência eurocêntrica e que não se alia à realidade da mulher considerada criminosa na América Latina.

É importante notar que as críticas advindas da criminologia feminista se baseiam na aplicação universalizante para todas as mulheres da dicotomia espaço público e espaço privado para organizar as desigualdades entre os gêneros. No entanto, as mulheres latino americanas, em especial, as mulheres negras e não-brancas exploradas historicamente nos processos de colonização, tiveram uma outra relação com a dicotomia estabelecida nas teorias feministas originárias da Europa e América do Norte a saber, gênero feminino – esfera privada e gênero masculino – esfera pública, visto que historicamente, mesmo ainda sendo responsáveis pelas atividades domésticas e de cuidado dos seus lares familiares, ainda tinham que atuar no espaço público devido à necessidade de saírem de suas casas para trabalhar fora em funções precárias e informais, como domésticas, prostitutas, vendedoras etc. Elas não usufruíam do espaço público de uma forma reconhecida e legitimada, com participação política anulada e totalmente invisibilizadas como sujeitas de direitos.

Como ilustrativo dessa diversidade, **Djamila Ribeiro** aponta que as "*mulheres negras não foram aquelas que ficavam em casa enquanto o marido trabalhava: desde o pós-abolição, em sua maioria, são aquelas responsáveis por suas famílias. Por conta das violências pelas quais passam, criou-se o mito da mulher negra forte, guerreira, que enfrenta tudo. Mulheres negras precisam ser fortes porque o Estado é omisso*".[6] Nesse sentido, de acordo com o Relatório da Comissão Externa de Feminização da Pobreza da Câmara dos Deputados, no caso das mulheres negras é de 71% a proporção entre elas das que trabalham em ocupações precárias e 41% delas se concentram nas ocupações mais precárias e desprotegidas do mercado de trabalho (OIT).[7]

Em meio a esse panorama, no século XXI, na América Latina, observa-se o incremento de mulheres presas por delitos relacionados às drogas, como visto, em concomitância ao progressivo endurecimento de leis a estes delitos. De acordo com **Giacomello**; "*entre os anos de 2003-2004, as mulheres presas por crimes relacionados às drogas representavam 47% da população penitenciária total na Colômbia; 66% na Costa Rica; 46% em El Salvador, 26% na Guatemala, 59% em Honduras, 89% na Nicarágua, 72% no Panamá (Núnez, 2009: 232). Na Venezuela, a partir dos anos 90, mais de 70% das mulheres privadas de liberdade estão relacionadas a delitos de drogas*".[8]

A análise da situação das mulheres criminalizadas pelo delito de tráfico de drogas, que possuem uma participação ainda mais subalterna, conforme diversos estudos indicam, demonstra não só uma marginalização social, mas também de gênero. **Alba Carosio** afima que "*a pobreza foi adquirindo o rosto da mulher latinoamericana, em sua tripla discriminação de gênero, classe e etnia*".[9]

O Estado, que vem adotando medidas de austeridade e reajuste dos direitos sociais, junto das medidas neoliberais e neodesenvolvimentistas implantadas em vários países da América Latina, acaba por expandir o trabalho invisível feito pelas mulheres no espaço privado, pois por promover a retirada das garantias e direitos sociais, acaba por sobrecarregar as mulheres com tarefas domésticas que poderiam ser supridas por serviços públicos de qualidade, como saneamento básico, saúde e educação, resultando no aumento do trabalho gratuito da mulher em casa, ampliando o seu nível de precarização e vulnerabilidade social.

De acordo com a feminista latino-americana **Alba Carosio**, a feminização da pobreza tem dado lugar a feminização da sobrevivência. A necessidade de simplesmente sobreviver fez surgir o modelo das trabalhadoras "genéricas" (flexíveis, com capacidade de adaptação a horários e a distintas tarefas, substituíveis por outras que aceitem a mesmas condições de superexploração). Migração laboral, tráfico de drogas e prostituição são, cada vez mais, saídas forçadas para a sobrevivência de milhões de mulheres.[10] O mercado clandestino de entorpecentes, retroalimentado pelo proibicionismo, se aproveita do papel social que a mulher carrega (em sua grande maioria, não branca, chefe de família, moradora da periferia) e agrava sua situação de vulnerabilidade.

Dessa forma, analisa-se a necessidade de um deslocamento epistemológico acerca do feminismo que fundamenta as reflexões em torno da criminologia feminista e seus estudos em sede de América Latina, como essencial para a compreensão dos fenômenos sociais aqui presentes. Assim, com o objetivo de inteferir nas estruturas das desigualdades, é fundamental subverter as lógicas ocidentais mantenedoras das relações de poder, bem como discutir a colonialidade de gênero e redefinir linguagens epistêmicas e a produção de novos saberes e formas de produção de conhecimentos, fazendo ecoar as práticas descoloniais para que a partir desse coro de vozes coletivas, negras, latino-americanas e marginalizadas, possamos construir um feminismo próprio, que descolonize os discursos e que possa ser essencial e emancipatório na análise criminológica feminista na América Latina.

Notas

(1) Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: *Infopen mulheres*, jun. 2014, 41 p.

(2) Carvalho, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194.

(3) Silva, Lillian Ponchio e. Sistema Penal: campo eficaz para a proteção das mulheres. In: Borges, Paulo César Corrêa (org.). *Sistema penal e gênero:* tópicos para emancipação feminina. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 11-27.

(4) Quijano, Anibal. 2000. Colonialidad del Poder, Eurocentrsismo y América latina. En: *La Colonialidad del Saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales*. E. Lander Comp. Clacso, Unesco.

(5) Andrade, Vera Regina Pereira de. A soberania patrarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n 48, p. 260-290, maio-jun. 2004.

(6) Disponível em: <http://www.geledes.org.br/feminismo-negro-violencias-historicas-e-simbolicas/#ixzz3kbMBABE7>. Acesso em: 2 set. 2015.

(7) Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/52962.html>. Acesso em: 5 jan. 2016.

(8) Giacomello, Corina. Women, drug offenses and penitentiary systems in Latin America. *IDPC Briefing Paper*. October 2013. p. 9.

(9) Carosio, Alba. *Feminismo latinoamericano: imperativo ético para la emancipación* <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/grupos/giron/11caro.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2015. p. 236.

(10) Ibidem, p. 238-239.

Bruna Stéfanni Soares de Araújo
Mestranda em Gênero e Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Piauí.

Elementos de investigação do terrorismo no âmbito do Direito Comparado: garantias x eficácia

Naiane Freire de Magalhães

1. Introdução

Em 1964, com a intenção de analisar e explicar os fenômenos dos meios de comunicação e sua relação com a sociedade, o filósofo **Marshall McLuhan**, em uma das suas principais obras (*Understanding Media: the extensions of man)*, criou a expressão "*o meio é a mensagem*" como metáfora para a sociedade contemporânea. Ele defendia que "a mensagem é o próprio meio" e que o conteúdo nela veiculado são as mudanças comportamentais e sociais provocadas nos indivíduos. Direcionando sua atenção aos veículos de comunicação utilizados para difundir determinada mensagem, seu objetivo era analisar a capacidade de disseminação e os efeitos causados na vida das pessoas. Para **McLuhan**, independentemente do "*conteúdo*" que os meios veiculam, a preocupação deve ser com as suas consequências.[(1)]

As considerações trazidas pelo filósofo canadense, ainda àquela época, são muito bem ilustradas por meio da atual conjuntura social, cujo principal meio de disseminação de mensagens é a internet. Ao mesmo tempo em que representa uma revolução no desenvolvimento da sociedade moderna, haja vista a facilidade, rapidez e alcance que proporciona, também apresenta riscos, sejam eles de menor intensidade e amplitude, ou de maior seguimento, tendo o condão de desestabilizar, inclusive, a ordem e segurança social. É o caso, atualmente, do terrorismo.

Líderes radicais vêm se utilizando de meios digitais sem precedentes para recrutar "soldados", divulgar amplamente propagandas do grupo e articular ataques. Tudo em tempo real. Foi o que levou os Estados Unidos a chamarem suas ações de "terrorismo viral".

A partir do avanço da tecnologia e intensificação do acesso à internet, que vem sendo o principal – e mais eficaz – meio de recrutamento de membros ligados aos grupos extremistas pelo mundo todo, as consequências previstas pelos chefes de estado são sobremaneira preocupantes, pois o *modus operandi* de determinados grupos proporciona-lhes a capacidade de agir quando e onde desejam, "*realizando ataques complexos e muito bem coordenados*", segundo o relatório recentemente elaborado pela Europol.

É assim que, em meio aos ataques terroristas vivenciados pela França em novembro de 2015 e diante da realização, cada vez em maior número, de eventos de grande extensão - como foi o caso dos Jogos Olímpicos de 2016, no Brasil - a discussão acerca do terrorismo tornou a ganhar ênfase em todos os cenários. Considerando a facilidade com que vêm se propagando as ideias de cunho extremista, medidas protetivas continuam sendo adotadas por diversos países, a fim de se evitar novos ataques.

A pergunta que se faz, então, é se tais medidas, para alcançar a eficácia desejada, não esbarram em garantias e direitos fundamentais que deveriam se sobrepor a qualquer ato de investigação levado a efeito pelo Estado.

2. Meios de combate ao terrorismo instituídos pelo governo norte-americano

Nos Estados Unidos, desde os atentados ocorridos em setembro de 2001, foram implementadas políticas públicas com a cristalina intenção de prevenir novos incidentes desta natureza. Uma delas foi o conjunto de normas denominado *Patriot Act (*"Lei Patriota*")*, recebido pelo Estado Americano como o "*ato de unir e fortalecer a América, providenciando ferramentas apropriadas e necessárias a interceptar e obstruir o terrorismo*".

Instituído por decreto assinado pelo, à época, Presidente da República, George W. Bush, referido instrumento carregava consigo inúmeras disposições que deveriam ser seguidas pela administração pública a fim de garantir maior segurança no território americano.

A *Patriot Act* permitia, por exemplo, que órgãos de segurança e de inteligência dos EUA interceptassem *e-mails* de organizações e pessoas supostamente envolvidas com o terrorismo, sem necessidade de qualquer autorização da Justiça, fossem elas estrangeiras ou americanas.[(2)] Um de seus dispositivos (seção 218), por sua vez, ampliava os poderes do governo para interceptar comunicações com fundamento na existência de uma causa provável, alargando hipóteses em que seria possível escapar dos tradicionais *standards* de investigação penal. Era, em uma visão simplista, "legislação de emergência".

Após várias prorrogações durante os mandatos de George Bush e Barak Obama, quando finalmente muitas das provisões expiraram, o Congresso Americano aprovou, em junho de 2015, o *USA Freedom Act.* Na prática, a vigilância continua permitida, mas não de maneira ostensiva ou em massa. Pela regra ora vigente, as empresas privadas devem reter as informações dos usuários e, para ter acesso aos dados, órgãos do governo terão de obter autorização judicial, com base nas regras penais processuais ordinárias, limitando a investigações de maneira indiscriminada neste ponto.

A aprovação da referida lei durante a administração de Barack Obama, favorável à mudança na vigilância em massa, sobreveio após momentos de pressão e críticas da sociedade civil e da comunidade internacional, desde as revelações do ex-agente da Agência, Edward Snowden, em 2013, justamente pelo fato de que as medidas adotadas até então, para proteger a segurança nacional, estariam ferindo direitos e garantias constitucionalmente previstas.

Entretanto, em que pesem as inovações trazidas no manuseio de

dados e modificações na custódia das informações obtidas, foram mantidas disposições da antiga lei, como o monitoramento e controle de suspeitos de terrorismo – "lobos solitários" – pelos órgãos de inteligência, sem autorização judicial. Desde 2001, procedimentos como esses são alvos de críticas por parte de juristas, entidades de direitos humanos e acadêmicos, dentro e fora dos EUA, sob a justificativa de restringirem uma série de direitos constitucionais, expandindo o poder do Estado sem a intervenção do Poder Judiciário, sob a alegação de combate ao terrorismo.

3. Exemplos de instrumentos de combate adotados pelo Direito inglês

No caso da Inglaterra, mesmo antes dos atentados de 11 se setembro de 2001, a legislação nacional já apresentava grande experiência no combate ao terrorismo, em razão do ataque realizado pelo IRA (*Provisional Irish Republican Army*), em 1998, na Irlanda do Norte. Criou-se, à época, uma concepção de "supressão" de direitos e garantias individuais dos criminosos envolvidos em ações terroristas, medidas essas diferentes daquelas aplicadas aos crimes comuns.

Após os atentados a Londres, em 2005, foram estabelecidas regras ainda mais rígidas por meio do diploma legal denominado *Terrorism Act 2006*, no qual se admitia, por exemplo, a punição de manifestações capazes de serem entendidas como defesa ao terrorismo, por simples cognição administrativa.

A Câmara dos Lordes, órgão interno de alta corte do parlamento do Reino Unido, ao analisar as disposições instituídas pela referida lei, apontou algumas recomendações, das quais se verificam duas de maior importância: (i) a discricionariedade investida nas autoridades em usar ou não os poderes especiais de investigação é um real e significativo elemento de proteção contra os abusos de direitos e (ii) o exercício de poderes especiais de investigação requer cuidados especiais por parte daqueles que detêm a discricionariedade de usá-los.

Entretanto, em vez de seguir na linha de equilíbrio, a cada possível ameaça que se mostrava presente, a legislação inglesa, no tocante ao terrorismo, restringia ainda mais direitos e garantias fundamentais. Houve um período em que se permitia, inclusive, a prisão, por tempo indeterminado, de estrangeiros classificados como suspeitos de serem terroristas internacionais, independentemente de julgamento ou acusação.

Fato é que não demorou muito para que se declarasse a incompatibilidade de tal previsão com o disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, haja vista completa inobservância ao princípio da proporcionalidade e afronta ao direito da liberdade. Isso sem falar nos demais postulados do Direito Processual Penal, como devido processo legal, dignidade da pessoa humana e a premissa de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nas palavras do Professor Doutor **Luis Flávio Gomes**:

"(...) *a Corte inglesa, ao invalidar a citada medida antiterror, nada mais fez que se ajustar à consolidada jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que não aceita qualquer tipo de abuso legislativo em matéria de prisão, muito menos quando se trata de texto legal que, além de excessivo, é discriminatório (contra estrangeiros)*".(3)

4. O equilíbrio entre os direitos fundamentais e o combate ao terrorismo

O buscado equilíbrio entre a eficiência no combate ao terrorismo e o respeito aos direitos fundamentais não é tarefa simples, a julgar pelas inúmeras controvérsias que surgem nos países diretamente afetados por ações terroristas, como os citados *supra*.

Existe uma verdadeira cultura de emergência, como observa **Fauzi Hassan Choukr**,(4) que invade o Direito Penal e o Direito Processual, por intermédio da qual se justificam as mais variadas violações aos direitos e garantias individuais. Tal fenômeno é acompanhado por reformas apressadas nas legislações penais, sem a necessária reflexão por parte da sociedade, distorcendo-se o sistema e suprimindo premissas básicas que tanto custaram a serem conquistadas.

Nesse sentido, os princípios constitucionais funcionam como verdadeiros instrumentos na busca pelo equilíbrio desejado. Só será admitida a restrição aos direitos fundamentais se cristalizado o interesse público ou social na norma interventora ou restritiva, valendo-se sempre do princípio da proporcionalidade, que se mostra imprescindível para a realização de tal análise ponderativa.(5)

5. Conclusões

Em plano internacional, é certo que o equilíbrio entre a repressão ao terrorismo e a garantia de direitos fundamentais está longe de ser alcançado, conforme se observa das disposições trazidas anteriormente. Tal fato ocorre, sobretudo, em razão das graves consequências ocorridas a cada novo ataque, realizado de maneira imprevisível.

O que se tem visto é a crescente transformação do Processo Penal em um instrumento eminentemente inquisitório, bem como a criação de legislações emergenciais que, em vez de carregar consigo o caráter temporário, passam a ser perenes.

A mensagem que fica, portanto, é a de que a luta contra o terrorismo deve ser sempre balizada pelos valores do Estado de Direito Democrático, pelo respeito dos direitos fundamentais, que muito demandou para que pudessem, hoje, ser reconhecidos internacionalmente.

Notas

(1) Disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/cadernos/mcluhan/estudo_mcl_olga.pdf>. Pombo, Olga. O meio é a mensagem. In: _____ (org.) *McLuhan, a escola e os media*. 1.º Caderno de História e Filosofia da Educação. Lisboa: Ed. Departamento de Educação da Faculdade de Ciências de Lisboa, p. 40-50.

(2) Essado, Thiago Cintra. *Terrorismo conforme o direito americano*. São Paulo: Fórum, 2014. p. 143.

(3) Disponível em: <http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/legislacao_inglesa_antiterror_nao_vale.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2016.

(4) Choukr, F. Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.4.

(5) Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales:* el derecho e justiça. Madrid, 2008.

Naiane Freire de Magalhães
Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Servidora Pública Federal/TRF-3ª Região.

COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

O recrudescimento penal como arma das minorias: uma resposta ineficiente para um problema de fato

Bruna Lyrio Martins

Com a ascensão do regime constitucional democrático, materializado na Constituição de 1988, a noção meramente formal de liberdade cedeu espaço à busca por condições efetivas de realização da autonomia, o que implica esforços em direção a uma igualdade em sentido material (art. 3.º, III, da CF/88). O Estado, então, assume o papel interventor de criar, no corpo social, a igualdade que ele naturalmente não produz.(1) Isso significa que a proteção de camadas minoritárias em situação de vulnerabilidade é um dever constitucional objetivamente atribuído a todos os poderes estatais, posto que o cumprimento dessa obrigação pode ser contrário aos interesses da maioria.

Embora pareça contraditório que, em uma democracia, a vontade da maioria nem sempre prevaleça, tal constatação é uma premissa cardial à continuidade e à harmonia da ordem jurídica estabelecida. Enquanto a democracia representa a soberania popular, a Constituição responde pelos direitos fundamentais e pela limitação do poder estatal.(2) Esses direitos são pressupostos da existência da democracia, na medida em que a vontade da maioria só deve ser considerada legítima quando todas as pessoas, de modo livre e igualitário, puderem participar de sua formação.(3)

É notório que a defesa das minorias faz parte da atuação estatal, em todas as suas instâncias. Logo, o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, deve assegurar a máxima eficácia dos direitos fundamentais e a efetiva proteção das minorias. Normas que contrariem esses postulados são inconstitucionais, bem como a inércia ilegítima do legislador.(4) Todavia, por mais nefasta que uma conduta discriminatória possa parecer, o recrudescimento da resposta penal não se revela uma saída adequada a apagar as chagas históricas do preconceito e do patriarcalismo.

A experiência demonstra que a prisão é o método mais infecundo de resolução de conflitos,(5) visto ser uma inflição de sofrimento autorizada e medida, que afeta não somente o preso, mas toda sua família.(6) As penitenciárias jamais serão capazes de reconstruir uma vida ou cumprir o ideal de "ressocialização". Pelo contrário, são responsáveis por causar uma angústia desnecessária à pessoa do infrator e, muitas vezes, por impulsioná-la a continuar delinquindo. Dessarte, apenas em situações extremas em que bens jurídicos penalmente relevantes estejam em grande risco, o Direito Penal deve ser chamado a agir, consoante o princípio da *ultima ratio*.(7)

Para que o discurso acadêmico permaneça minimamente coerente, essa mesma lógica precisa ser aplicada no exame dos crimes cometidos contra minorias. A crítica garantista(8) não deve se ater apenas a determinados tipos penais, mas abranger a totalidade do poder punitivo. Afinal, o alijamento de garantias e o alargamento do *ius puniendi*, futuramente, podem ser utilizados como ferramentas para oprimir as próprias minorias. Assim, a legislação penal deve ser mínima, mesmo que o criminoso seja o opressor.

Essa percepção provém do fato de que, apesar de a conjuntura pós-moderna ser marcada pela fluidez e volubilidade da convivência social,(9) o discurso emanado pelo Estado precisa manter um mínimo de coerência. No âmbito da política criminal, essa demanda se torna ainda mais intensa, por envolver a participação direta do Estado. A legislação penal é uma das principais emanações do poder político, pois que, além de representar expressão máxima da soberania estatal, preserva os bens jurídicos considerados mais relevantes para o corpo social.(10) Dessa maneira, a única forma de harmonizar as premissas do Direito Penal mínimo com a exigência de maior proteção para as minorias é a busca de métodos alternativos e eficientes de afirmação da igualdade, que não acarretem mais encarceramentos.

Outrossim, a relevância da seletividade penal não pode ser olvidada, dado que "[...] *as agências de criminalização secundária, tendo em vista sua escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou pela seleção*".(11) Basta uma simples análise empírica para perceber que as classes vulneráveis são, justamente, as que mais sofrem em decorrência do poder punitivo. Portanto, como imaginar que um sistema tradicionalmente usado contra as minorias poderia mudar a mentalidade social sobre sua suposta inferioridade?

É compreensível que grupos minoritários procurem amparo no Direito Penal, devido à convicção popular de que normas são capazes de solucionar quaisquer problemas fáticos. Porém, esse mesmo raciocínio justificaria o discurso obtuso da corrente "lei e ordem" de que quanto maior a criminalização, menores os índices de criminalidade.(12) A concepção de que as leis são meios necessários para alcançar a mudança social é bastante simplista,(13) visto que muitas delas não surtem qualquer efeito concreto. Entretanto, a inépcia da função instrumental de certas legislações não deve ser vista apenas como um problema de eficácia: a prevalência da dimensão simbólica é uma questão política.(14)

No caso da edição de normas que visem à tutela das minorias, a função social latente se apresenta com maior intensidade em dois tipos distintos: (i) na confirmação de valores sociais e (ii) na demonstração da capacidade de ação do Estado.(15) Na primeira hipótese, há a consagração da "vitória legislativa" das minorias, como forma de reconhecer os valores por elas defendidos, sem que transformações reais ocorram na sociedade. Na segunda, a legislação é um meio de aliviar pressões populares e produzir confiança na ordem vigente.(16) Nesse sentido, a criação de novos tipos penais ou o aumento de penas, mesmo que para proteger classes vulneráveis, nada mais é do que uma "válvula de escape" legislativa, abrandando tensões políticas sem a superação dos impasses sociais, econômicos e psicoafetivos.

O grande obstáculo da legislação simbólica(17) é que, além de não resolver os problemas a que se propôs, dificulta o surgimento de novas respostas, graças à crença na instrumentalidade das normas.(18) De fato, como a sociedade é alimentada pela ideia de que medidas legislativas são capazes de enfrentar quaisquer dificuldades, não há razão para que o Poder Público ou a população se empenhe na busca de métodos alternativos, geralmente muito mais custosos do ponto de vista financeiro.(19)

O recrudescimento penal, empregado como mecanismo de defesa de grupos minoritários, serve somente a propósitos políticos, cumprindo

ANO 24 - Nº 287 - OUTUBRO/2016 - ISSN 1676-3661

a função ideológica de legitimar o *status quo*. Ademais, acarreta efeitos contraproducentes, já que cria barreiras à elaboração de soluções eficazes fora do âmbito jurídico-normativo. O simbolismo do Direito Penal é, pois, uma "*hipócrita dissimulação da efetividade legal e da instrumentalidade*",[20] que tende a agravar o quadro de desigualdade enfrentado cotidianamente pelas camadas vulneráveis.

Sem embargo, é imprescindível maior complacência quando o discurso punitivista provier das minorias. Como esses grupos são constantemente negligenciados pela ordem político-econômica, o sentimento de revolta e de vingança são implicações naturais. Todavia, embora seja compreensível que as minorias clamem por maior proteção penal, isso não significa que tal posição deva ser seguida pelo Poder Público. O mundo político, inclusive o mundo jurídico, deve se pautar em critérios guiados pela lógica. Racionalmente, justificar o punitivismo não é uma atitude adequada, independentemente de quem sofrerá os efeitos do alargamento do poder punitivo.

Ademais, ao contrário do que dispõe a crença popular, as leis, por si só, não são capazes de mudar a realidade. A superação dos problemas sociais depende de diversos outros fatores além dos jurídico-normativos. Desse modo, a edição de normas penais tão somente com o cunho de cumprir funções políticas representa uma hipertrofia simbólica que tanto se opõe ao ideal de um Direito Penal mínimo, quanto prejudica a luta por igualdade social.

Além da questão do simbolismo, a ilusória sensação de "dever cumprido" decorrente de medidas legislativas deriva do contexto em que estas são efetuadas. Afinal, se vivemos um momento em que velocidade e praticidade são palavras de ordem, é normal que desejemos encontrar soluções imediatas para problemas urgentes. Contudo, a exigência de rapidez e eficiência, típica da pós-modernidade, precisa ser substituída por um planejamento em longo prazo. Tal determinação é mandatória quando se trata da desconstrução da imagem prejudicial de certos grupos, já que a discriminação é um problema histórico que não pode ser liquidado por um ato instantâneo do Poder Público.

Caso houvesse interesse político, inúmeros programas poderiam ser concretizados para reduzir, ou até mesmo eliminar, a nuvem de preconceitos que paira sobre a sociedade. Algumas dessas medidas seriam: (i) a construção de museus que valorizassem as influências culturais de grupos minoritários; (ii) a divulgação de espetáculos cujos temas estivessem relacionados às lutas das minorias; (iii) o subsídio a produções artísticas e intelectuais de autores pertencentes a camadas mais vulneráveis e (iv) o estabelecimento de uma educação inclusiva, com a realização de projetos escolares, envolvendo todas as faixas etárias, que expusessem a beleza da diversidade social.

O rol apresentado é meramente exemplificativo e tem como objetivo oferecer alternativas viáveis ao aumento da autoconfiança e da estima social das minorias. Por certo, são opções mais caras e demoradas do que a edição de um simples ato normativo, mas que, dentro de alguns anos, apresentariam resultados concretos em direção ao reconhecimento da igual dignidade de todos os seres humanos.

"E esta luta somente tem sentido quando os oprimidos, ao buscar recuperar sua humanidade, que é uma forma de criá-la, não se sentem idealistamente opressores, nem se tornam, de fato, opressores dos opressores, mas restauradores da humanidade de ambos. E aí está a grande tarefa humanista e histórica dos oprimidos – libertar-se a si e aos opressores."[21]

Notas

(1) "*E a isonomia prometida pela Constituição de 88 não é apenas formal. Ela não representa só um limite, mas configura também verdadeira meta para o Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade, presentes na sociedade brasileira, bem como a proteção dos mais débeis, diante da opressão exercida pelos mais fortes no cenário sócio-econômico*" (Sarmento, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: Camargo, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional:* Direitos humanos e direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: *Jus*Podivm, 2007. p. 190).

(2) Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.110-116.

(3) Conforme Luís Roberto Barroso, "*A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios*" (Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81).

(4) Ibidem, p. 53-56.

(5) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

(6) Nas palavras de Nilo Batista, "*A reincidência carcerária, cujas oscilações históricas nunca se afastam muito dos 70%, é a melhor demonstração de que a verdadeira obra da sociabilidade carcerária reside na reprodução da identidade infratora*" (Batista, Nilo. *Discurso de agradecimento pela medalha Teixeira Freitas, concedida pelo Instituto dos Advogados Brasileiros ao advogado Nilo Batista*. 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-7020.pdf>. Acesso em: 31 out. 2015, p. 15).

(7) "[...] *o Direito Penal deve ser a* ultima ratio *do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade*" (Biterncourt, Cezar Robert. *Tratado de direito penal*. Parte Geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

(8) A corrente garantista ou do Direito Penal mínimo defende o estabelecimento de uma barreira de garantias contra a expansão do poder punitivo dentro da perspectiva da lei e da ordem. Como coloca Anitua, "*o minimalismo seria a trincheira a partir da qual os que trabalhavam com a justiça enquanto poder defenderiam seu acionamento*" (Anitua, Gabriel Inacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos.* Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 724).

(9) "*Graças a sua flexibilidade e expansividade recentemente adquiridas, o tempo moderno se tornou, antes e acima de tudo, a arma na conquista do espaço. Na moderna luta entre tempo e espaço, o espaço era o lado sólido e impassível, pesado e inerte, capaz apenas de uma guerra defensiva, de trincheiras – um obstáculo aos avanços do tempo. O tempo era lado dinâmico e ativo na batalha, o lado sempre na ofensiva: a força invasora, conquistadora e colonizadora. A velocidade do movimento e o acesso a meios mais rápidos de mobilidade chegaram nos tempos modernos à posição de principal ferramenta do poder de dominação*" (Bauman, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001).

(10) Souza, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 64.

(11) Batista, Nilo; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 44.

(12) Wilson, James Q.; Kelling, George L. Broken windows: the police and neighborhood safety. *Atlantic Monthly*, mar. 1982. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em: 8 nov. 2015.

(13) Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 31.

(14) "[...] *pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico*" (Ibidem, p. 32).

(15) De acordo com Marcelo Neves (ibidem, p. 34), Kindermann estabeleceu um modelo tricotômico para as tipologias de legislação simbólica, qual seja: (a) confirmar valores sociais; (b) demonstrar a capacidade de ação do Estado; e (c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

(16) Ibidem, p. 34-38.

(17) "[...] *'simbólico', em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma*" (Hassemer, Winfried. *Direito penal:* fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlo Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 221).

(18) Neves, Marcelo, op. cit., p. 39.

(19) Callegari, André Luis; Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi. "Deu no jornal": notas sobre a contribuição da mídia para a (ir) racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. *Revista Liberdades*, IBCCrim, n. 2, p. 56-78, set.-dez. 2009, especialmente p. 68.

(20) Hassemer, Winfried, op. cit., p. 220.

(21) Freire, Paulo. *Pedagogia do oprimido.* 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 5.

Bruna Lyrio Martins
Graduanda do 5.º período na Faculdade de Direito da UERJ.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

24 ANOS IBCCRIM

Para mudar o mundo, é preciso sonhar acordado. Apenas os que desistiram guardam o sonho para o tempo de dormir.

Valter Hugo Mãe

De 1992 para cá parece que passou muito tempo e, dependendo do ponto de vista, é realmente bastante. Muito tempo quando olhamos para trás e percebemos todas as conquistas alcançadas. Tempo razoável quando é possível olhar para a história e relembrar o resultado contínuo do trabalho de todas e todos. Mas, por outro lado, esse tempo ainda é pouco. Pouco para o que ainda se tem por fazer, e muito, mas muito pouco, para alcançar a utopia que nos move.

Agradecemos a quem faz esta caminhada ao lado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais!

IBCCRIM