ANO 25 - Nº 290 - JANEIRO/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

Alexandra Szafir: um exemplo de dedicação na luta pelo fortalecimento das garantias fundamentais

Conforme amplamente noticiado pelos meios de comunicação da área e também pelos veículos tradicionais, no último dia 4 de novembro a comunidade jurídica brasileira, profundamente entristecida, deparou-se com a notícia do falecimento da advogada criminalista e associada emérita do IBCCRIM, **Alexandra Szafir**, aos 50 anos de idade.

Diante da magnitude de tão irreparável perda, não se poderia deixar de prestar mais do que merecida homenagem a esta profissional que, com certeza absoluta, foi uma das maiores e mais importantes defensoras dos princípios basilares abraçados pelo **Instituto**. Daí o presente artigo, assinado com muito carinho por todos os membros da nossa Diretoria Executiva.

O caminho percorrido por **Alexandra** acaba se confundindo com o do próprio **IBCCRIM** à medida que ela era a personificação de vários predicados caros aos seus associados, como, por exemplo, o esforço por uma sociedade mais harmônica e menos violenta, a consolidação dos Direitos Humanos e dos instrumentos de limitação ao arbítrio estatal, além da defesa intransigente do sagrado direito de defesa e do devido processo legal.

A combatividade na atuação diária da advocacia criminal, o brilhantismo de suas peças e artigos jurídicos, a clareza de raciocínio nas sustentações orais e nos debates no Tribunal do Júri, a honestidade intelectual, o engajamento pela realização de justiça, a capacidade de provocar inconformismo com o estado de coisas, a participação em diversos espaços de cidadania (entre outros, o IDDD, de que foi sócia-fundadora), os incontáveis trabalhos voluntários (*v.g.*, organização de mutirões carcerários) e a busca pelo respeito aos direitos de minorias, principalmente das mulheres. Essas eram algumas de suas habilidades que ficarão como exemplo eterno a ser seguido por todos.

A propósito, era fato notório a sua invejável facilidade em despertar respeito e admiração, inclusive por "adversários" no mundo forense. Para aqueles que tiveram o privilégio de compartilhar o tempo e experiências com **Alexandra**, era comum observar elogios sinceros a respeito daquela defensora tecidos por Delegados de Polícia, Procuradores da República, Promotores de Justiça e Desembargadores conhecidos por seu rigor.

Em outras palavras, é verdadeiro afirmar que durante toda sua vida **Alê** (como ela gostava de ser chamada) conseguiu transcender o papel de mera advogada ou jurista, despertando nos outros uma autêntica vontade de enxergar a realidade de maneira mais humana e digna. Ela tratava a todos de modo igualmente generoso, pouco importando a posição social, o poderio econômico e/ou a capacidade intelectual dos sortudos que cruzavam o seu caminho. Mostra-se sintomático o fato de ela despender ainda mais energia para defender os diretos justamente dos menos favorecidos e mais pobres. Modelo de tratamento a ser imitado nesses tempos de egoísmo e individualismo.

Outro fator que justifica tamanha comoção com sua morte repousa na circunstância de ela ter lutado bravamente contra uma neuropatia degenerativa (*ELA* – Esclerose Lateral Amiotrófica) por mais de onze anos, dez deles com restrição total de movimentos. E o mais incrível: durante esse período, além de ser agraciada com diversos prêmios e homenagens (dentre as quais estão a linda cerimônia realizada no nosso 20º Seminário Internacional ou a premiação de Advocacia Solidária do TJSP), **Alexandra** conseguiu escrever e publicar dois livros com uma compilação de 'causos' de sua vasta experiência advocatícia *pro Bono*.[1] Ambos redigidos por meio de programas de computadores.

Ou seja, nem mesmo uma doença gravíssima e com tamanho grau de incapacitação foi suficiente para limitar a atuação ativa tanto no campo da literatura quanto no dia a dia forense, afinal ela continuava fazendo questão de se deslocar a todos os lugares para defender suas ideias e influenciar pessoas. Isso sem falar no trabalho de auxílio aos portadores da mesma enfermidade e conscientização da população em geral acerca das características da *ELA*.[2]

Não por acaso, era muito comum ouvir relatos de Professores e alunos de várias Faculdades de

Alexandra Szafir: um exemplo de dedicação na luta pelo fortalecimento das garantias fundamentais
DIRETORIA EXECUTIVA - Gestão 2015/2016
Andre Pires de Andrade Kehdi, Alberto Silva Franco, Cristiano Avila Maronna, Fábio Tofic Simantob, Eleonora Rangel Nacif, Fernanda Regina Vilares, Cecília de Souza Santos e Carlos Isa ____ 1

| Editorial ____ 2

Alexandra Szafir, com amor e saudades pra sempre!
Alberto Zacharias Toron ____ 3

Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender
Ana Elisa Liberatore S. Bechara ____ 5

STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes
André Nicolitt ____ 7

Criminologia e neuroimagem: uma reflexão crítica
Jamilla Monteiro Sarkis ____ 9

Colaboração premiada: a necessidade de controle dos atos de negociação
Alexandre José Garcia de Souza ____ 12

O grande encarceramento: só a descriminalização "salva"
Francisco de Assis de França Júnior ____ 14

O nó do sistema penal: classe, raça e gênero
Mariana Lins de Carli Silva ____ 17

Necessidade do Princípio da Intervenção Mínima em um Estado Democrático de Direito
Maria Augusta Oliveira de Souza ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ____ 1989

| JURISPRUDÊNCIA
Supremo Tribunal Federal ____ 1990
Superior Tribunal de Justiça ____ 1990
Tribunais Regionais Federais ____ 1991
Tribunais de Justiça ____ 1993

Direito que utilizavam seus livros como parte do programa didático e como inspiração para os que estavam iniciando sua caminhada profissional. É um alento saber que futuros atores jurídicos já terão tido acesso à sensibilidade social e à humanidade exaladas de suas obras.

A doação de **Alexandra** para as causas em que acreditava era tamanha que, nos últimos anos, ela se dedicou a colaborar com uma coluna mensal neste Boletim – chamada, como não poderia deixar de ser, *Descasos* – na qual narrava as situações de desrespeito à dignidade e às garantias processuais dos mais pobres. Sempre por meio do sistema de digitação num teclado virtual que captava o seu olhar. Que fibra, que vontade de viver e de ajudar as pessoas!

Assim, chega a ser curioso que **Alexandra** tenha nos deixado justo num ano em que todos assistimos estupefatos ao recrudescimento do sistema de penas e dos abusos e arbítrios praticados por agentes do Estado, em inegável detrimento das garantias fundamentais e do direito de defesa do cidadão. Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que a turba que clama por justiçamento a qualquer custo não agiria dessa forma se tivesse tido contato com a obra ou a *praxis* da **Alê**.

Então, com dor no coração e ainda chorando a privação do contato físico com ela, é que o **IBCCRIM** deseja que, durante o ano que se inicia, coloquemos em prática seu legado no propósito de colaborarmos para o fortalecimento do Estado Constitucional de Direito, além do viés humanista desse exemplo de ser humano. Que isso nos dê forças para seguirmos no caminho dos princípios encartados em nosso Estatuto. E fica o nosso recado: obrigado por tudo, **Alexa**!

Notas

(1) São as obras 'Descasos I e II – uma advogada às voltas com o direito dos excluídos', lançados pela editora Saraiva.

(2) A título de exemplo, cabe lembrar que a renda decorrente da venda dos livros e dos últimos aniversários foram destinadas à ABRELA (Associação Brasileira dos Portadores de ELA).

DIRETORIA EXECUTIVA
GESTÃO 2015/2016
Andre Pires de Andrade Kehdi
Alberto Silva Franco
Cristiano Avila Maronna
Fábio Tofic Simantob
Eleonora Rangel Nacif
Fernanda Regina Vilares
Cecília de Souza Santos
Carlos Isa

EDITORIAL

Violência real, legalidade simbólica e a longa noite

O Brasil é um dos países mais violentos do mundo. Matou-se aqui desde 2011 mais do que a guerra na Síria, que mobiliza as atenções internacionais como o conflito mais violento do presente. Segundo a pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2016), 76% dos brasileiros têm medo de morrer assassinados. A cada 9 minutos uma pessoa morre de forma violenta. E há desigualdade na experiência da violência: 54% das vítimas são jovens, 73% são pretas e pardas.

Segundo levantamento preparado para o Ministério da Justiça, a maioria das mortes está concentrada em 240 bairros do país. Apesar da magnitude dos números, desse ponto de vista, a situação também é passível da intervenção dos governos. A morte violenta tem endereço.

A participação das polícias nesse quadro tem sido mais a de fazer parte do problema do que da sua solução. Em 2015, foram contabilizadas oficialmente 3.320 mortes decorrentes de intervenção policial. Desde 2009 são 17.688 mortes resultantes de ação policial. No mesmo período, morreram duas vezes mais policiais brasileiros do que americanos; 358 policiais em 2015. Dois terços morreram fora de serviço, condição que apresenta tendência de crescimento.

O quadro é grave e demonstra que as instituições policiais, em vez de priorizarem a redução da violência, fazem largo uso dela em suas atividades, expondo a si e a população. 70% das pessoas ouvidas pela pesquisa do FBSP consideram que as polícias exageram no uso da violência. 59% têm medo de ser vítima da Polícia Militar, metade das pessoas não crê que a PM seja eficiente para trazer segurança à população. Em relação à Polícia Civil, 53% têm medo dela e 48% não acredita que ela seja eficiente para elucidar crimes.

Ao lado da tragédia da violência, há uma crise de confiança na capacidade das polícias em reverter o quadro da insegurança. Nunca se investiu tanto em segurança pública quanto na última década, mas o resultado de fazer mais do mesmo não reduziu a violência nem a desconfiança nas instituições da segurança. 1,38% do PIB brasileiro é hoje gasto em segurança pública, padrão compatível com os países de democracia consolidada e, mesmo assim, a imensa maioria acredita que a polícia abusa da violência.

Se fazer mais do mesmo não melhorou, mas agravou o quadro, é hora de discutir mudanças institucionais, de práticas e de conhecimentos para o enfrentamento da violência social e da violência do Estado.

Os movimentos sociais de juventude negra e de periferia iniciaram uma grande luta por reconhecimento de uma situação de genocídio, com a qual pretendem ações concretas e efetivas para que não haja mais mortes violentas. Pretendem responsabilizar ações do Estado que diretamente e indiretamente produzem o quadro de extermínio por ação, conivência ou omissão das instituições estatais. A reivindicação é por reconhecimento de que a situação de extermínio que existe no Brasil é da mesma natureza – perversa e abominável – de outros quadros de violência extremada que foram reconhecidos, repudiados e revertidos.

Movimentos de policiais também reivindicam mudanças

institucionais e atenção especial ao sofrimento e à vitimização policial. Especialmente, associações de praças pedem a desmilitarização dos corpos policiais, com o apoio majoritário das categorias (que chega a 70% segundo pesquisa do FBSP), por serem incompatíveis com os direitos humanos e trabalhistas, violados por códigos de condutas obsoletos e autoritários. Grupos organizados de praças procuram dar visibilidade ao lado sombrio de uma profissão que vive sob a pressão da guerra, oprimida por estruturas hierárquicas que dão vazão a práticas abusivas, sem direito a opinião, contestação, sugestão, dissidência.

Vários projetos de lei e de emendas constitucionais relativos a mudanças institucionais tramitam no Congresso Nacional. Alguns pretendem instituir o ciclo completo de policiamento, dando aos mesmos corpos policiais as atribuições de polícia ostensiva e investigativa. Esta discussão, que é da maior importância para a cidadania e diz respeito aos direitos fundamentais de todas e todos, está restrita a audiências parlamentares que têm ouvido apenas as demandas corporativas, sem uma discussão social mais ampla sobre quais seriam os objetivos do policiamento e as melhores formas organizacionais para atingi-los.

Todos esses movimentos, com orientações muito distintas, apontam para a urgência em discutir e implementar reformas, mudanças de atuação, produzir conhecimento qualificado para que o debate possa atingir o nível exigido pela magnitude do desafio imposto pela violência.

O **IBCCRIM** é uma entidade que pode e deve trabalhar para qualificar o debate e as ações públicas, corporativas, legislativas e judiciais sobre as reformas institucionais da segurança pública, incluindo as polícias, mas sobretudo considerando que todo grande desafio exige articulação entre muitas esferas, instituições e níveis.

Nosso instituto completa 25 anos tendo se constituído como um espaço de produção de conhecimento, reflexão, encontro e aperfeiçoamento técnico para profissionais, gestores, pesquisadores e ativistas envolvidos com a defesa de garantias fundamentais, preocupados com a expansão do Estado penal, contrários a abusos e arbitrariedades de todos os tipos envolvendo a criminalização e o tratamento dos desviantes. Sua criação sucedeu a indignação dos fundadores e primeiros associados com o episódio do Massacre do Carandiru, o qual fez convergir as perversidades da atuação policial abusiva com as do encarceramento crescente e em condições precárias. Nos 25 anos transcorridos, não houve punições individuais nem reformas organizacionais capazes de colocar freio às concepções equivocadas do uso da força policial, aos abusos ou aos dramas humanitários e condições abomináveis das cadeias pelo país afora.

Ainda vivemos a longa noite de 1992 e construir o **IBCCRIM** como instrumento dinamizador da produção e disseminação de saberes para a promoção dos direitos humanos, contra um Estado Penal-policial autoritário, desigual e abusivo ainda se faz necessário.

Alexandra Szafir, com amor e saudades pra sempre!

Alberto Zacharias Toron

A **Alê**, como muitos a chamavam, era animada, divertida, festeira e muito bonita. Era uma grande argumentadora e oradora; causava admiração tanto pela incomum inteligência, como pela cultura; lia muito não apenas sobre assuntos jurídicos, mas cultuava a literatura de maneira geral. Amava Machado de Assis. Falava francês e inglês fluentemente. Mas, de verdade, ela causava admiração em todos pela sua generosidade infinita, amor, garra e pelo empenho com que se dedicava às causas que abraçava.

Da última vez que a encontrei, ela estava excessivamente inchada e vinha acompanhada por duas cuidadoras. Surpreendi-me ao vê-la na Faculdade de Direito da GV participando de uma discussão sobre o PCC. Sim, ela estava lá e isso não mais do que duas semanas antes de falecer. Que pique; quanto interesse e comprometimento com os dramas da questão penitenciária.

Seu xodó, os dois volumes dos *Descasos*, bem demonstram sua luta como advogada por um sistema punitivo mais justo e humanizado. **Carnegundes**, ser real que constitui um de seus *achados*, estava preso sem que houvesse juiz com competência legal para apreciar seu caso. A despeito da discussão sobre a quem caberia decidir a sorte do processo (juiz estadual ou federal), nunca ninguém se lembrou de revogar a prisão imposta. Ela conseguiu sua soltura. Era um esquecido nos escaninhos da Justiça. **Luciano Capeta** é outro *achado*. Ele havia confessado de uma vez só, D'us sabe o porquê, oito homicídios. Um trabalho perfeito da polícia. Curioso é que, além de as vítimas serem de lugares diferentes e sem qualquer conexão entre si, as testemunhas das confissões, ao serem chamadas a depor diante do juiz, diziam que nada tinham ouvido... Como observou nossa saudosa amiga, o caso era um só: de tortura!

Ela lutou para que o IDDD não interrompesse o trabalho realizado nos mutirões em cadeias. De fato, o cheiro da cadeia é fétido, percebe-se à entrada. São muitas pessoas apinhadas em cubículos e tratadas como dejetos humanos. Poucos as olham. Há os que preferem trabalhar nas Cortes, onde o cheiro é sempre melhor, embora muitas vezes se possa suspeitar que sirva exatamente para esconder o outro. Os filhos e as mulheres dos presos também não escapam da degradação. Não é que sofram apenas por tabela. Sofrem nas longas filas de espera dos presídios, que nos dias de visita formam-se ainda de madrugada. Mulheres e crianças também sofrem com as revistas humilhantes. A Alexandra vivia na alma esse drama; era como se um parente seu estivesse preso. Não suportava o martírio alheio.

O IDDD não interrompeu os mutirões carcerários.

Em 13 de setembro de 2006 o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a presidência do queridíssimo Desembargador **Celso Limongi**, em ato que contou com a coordenação da não menos querida Desembargadora **Angélica de Almeida** e da grande advogada **Dora Cavalcanti**, então Presidente do IDDD, foi-lhe prestada uma magnífica homenagem. Recebeu o prêmio de **Advocacia Solidária**. Um prêmio inédito, concedido com inteira justiça. Todos os Desembargadores da Seção Criminal estiveram presentes, tão querida e admirada que ela era pelo

seu trabalho, carisma e amabilidade no trato. O grande orador da noite foi **Antonio Claudio Mariz de Oliveira**, que descreveu a importância de trabalhos como os que **Alexandra** realizava e o exemplo que dava para as novas gerações da advocacia. O Dr. **Nagashi Furukawa**, juiz de Direito inesquecível pela sabedoria e humanismo, antigo Secretário de Assuntos Penitenciários do Estado de São Paulo, por quem **Alexandra** tinha verdadeira adoração, estava presente. Sua filha, **Juliana**, nossa antiga companheira de trabalho no escritório, nunca se separou da "**Alê**" durante a doença. Ajudava-a no manejo dos processos e a na realização de alguns trabalhos. Tal pai, tal filha. Gente maravilhosa esses **Furukawa**!

E, por falar em escritório, **Alexandra** era fundadora do **Toron, Torihara e Szafir Advogados**. Ela era tão bacana e tão boa que ocupou o cargo certo: "Corregedora Geral" do escritório. Com ela todo mundo era perdoado e ela aceitava todas as justificativas e sempre tinha um sorriso servindo de amém... Eu bem que cheguei a dar umas "duras" nela, dizendo que o escritório tinha que andar nos trilhos e que, às vezes, era preciso chamar a atenção dos advogados e estagiários. Ela sempre respondia: pode deixar... E deixava mesmo. A verdade é que **todos a amavam**! Mesmo os advogados que vieram depois da manifestação da sua doença, como **Heloisa Estellita**, **Renato Martins**, **Claudia Bernasconi**, **Jessika de Oliveira Aguiar**, **Luiza Oliver** e **Luisa Moraes Abreu Ferreira**, e que não tiveram a oportunidade de trabalhar com ela, a admiravam. Todos sentimos, muito, a sua falta.

De fora do escritório ela, depois da morte, recebeu muitas homenagens. O Des. **Fabio Poças Leitão** do TJSP nos endereçou uma carinhosa mensagem de pêsames, falando do sentimento de perda pelo passamento da **Alexandra**. O rigoroso e combativo Promotor de Justiça **Arual Martins**, do III Tribunal do Júri da Capital (SP), inseriu na Ata da sessão de julgamento de um Júri uma belíssima oração: "*a Dra. Alexandra deixa uma lacuna impreenchível na advocacia e, sobretudo, na defesa dos direitos humanos. Combativa, dedicada, não media esforços para alcançar a plenitude de defesa de todos os réus que defendia. Arguta perspicaz, tinha nos seus* ex adversos *amigos e companheiros na busca da justiça e dos direitos humanos...*". No campo da advocacia, **Marcio Barandier**, renomado criminalista do Rio de Janeiro, escreveu: "*A minha tristeza é enorme nesse momento. Alexandra Szafir foi uma advogada extraordinária, uma pessoa incrível, uma amiga tão querida... Lembro do meu pai encantado com ela muito jovem lançando-se na defesa de réus pobres com a mesma garra, dedicação e competência com que brindava os clientes mais abastados, marca de toda a sua carreira, reconhecida inclusive pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Tenho muito orgulho de ter sido amigo dela e de termos trabalhado juntos em algumas causas. Jamais esquecerei o exemplo de luta, coragem e dignidade da Alê, seja na advocacia, seja na vida pessoal diante da doença que a atingiu*".

Embora respeitasse as outras carreiras jurídicas, ela tinha orgulho de ser advogada e, de longe, achava esta profissão a mais interessante de todas e não apenas por ser cheia de desafios (alguns ligados à própria sobrevivência econômica), mas por ser a que mais dá liberdade ao profissional. Dedicou-se, além da defesa a réus pobres, à defesa das prerrogativas profissionais do advogado e sempre com muita garra e brilho.

Não foi por acaso que todas as entidades de classe dos advogados prestaram-lhe uma homenagem póstuma. O Conselho Federal da OAB e a Seccional Paulista dedicaram espaços em suas sessões de trabalho para lamentar sua morte e saudá-la. Da mesma forma o fizeram o Instituto dos Advogados de São Paulo e a Associação dos Advogados de São Paulo. Os sites jurídicos, nossos companheiros diários, Conjur e Migalhas, deram destaque ao exemplo da nossa querida **Alexandra** como advogada. Em nota, o Conjur destacou que "*o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) afirmou que Alexandra — uma das sócias fundadoras da entidade — era um 'símbolo de combatividade e da defesa intransigente dos direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica*". Já o Migalhas realçou que "*um dos trabalhos desenvolvidos pela advogada foi a produção de parecer jurídico em defesa de um grupo de internos da Febem que seria transferido para uma unidade prisional de adultos. A Justiça acabou vetando a transferência*".

Talvez o que poucos conhecessem fosse sua faceta de mãe. Foi casada com o mergulhador profissional **Rafael de Nicola**. Ele, com frequência, por razões profissionais, tinha que se ausentar por períodos nem sempre curtos. Assim, ela praticamente cuidava da educação dos filhos **Pedro** e **Isabela** sozinha. Mãe dedicada, acompanhava-os nos deveres escolares, nas atividades esportivas e culturais, viajava com eles e, enfim, lhes dava todo o amor e carinho. Desdobrava-se para fazê-lo. Era uma mãe presente, devotada e preocupada com os caminhos dos filhos.

Em 2014, no XX Seminário Internacional, o IBCCRIM prestou-lhe uma memorável homenagem. Era presidente a querida **Mariângela Magalhães Gomes**, de quem a "**Alê**" tanto gostava. A "**Mari**" havia trabalhado no nosso escritório, ainda como estudante, e daí nasceu uma grande amizade entre elas. Almoçavam juntas mensalmente. A "**Alê**", com os olhos, por meio de um programa especial de computador, escrevia em cada *Boletim* uma crônica nos *causos* em que atuara. Sentia-se viva fazendo isso e grata por dividir com todos as angústias que cada caso apresentava. Com todas as dificuldades, ela ainda ajudava outros portadores da sua doença a adquirir equipamentos para sobreviver. Prisioneira do próprio corpo, nunca reclamou das próprias agruras.

Com seu exemplo, ela nos faz sentir mais humanos naquilo que há de melhor na humanidade: amor, afeto, altruísmo, crença nos outros, generosidade, persistência, solidariedade e, mais importante, a eterna celebração a alegria da vida!

Alberto Zacharias Toron
Sócio de Alexandra Szafir e ex-presidente do IBCCRIM.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente: Alexis Couto de Brito
2.ª Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanziola Vieira
2.º Secretário: Carlos Roberto Isa
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: André Adriano Nascimento e Silva

CONSELHO CONSULTIVO
Andre Pires de Andrade Kehdi
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDOR
Rogério Fernando Taffarello

Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Na primeira década do século XXI, assistia-se a um significativo avanço econômico-social do Brasil, que então se revelava no cenário internacional como uma das grandes promessas da economia mundial. A despeito de tal expansão econômica, e de forma paradoxal, chamavam ainda atenção as dificuldades do Estado brasileiro quanto à consolidação da transparência e da boa gestão no âmbito da Administração Pública, prejudicando a concretização de direitos e garantias fundamentais que caracterizam materialmente um Estado Democrático de Direito. Prevalecia, de todo modo, um quadro geral de otimismo, levando a crer que os problemas apontados poderiam ser gradativamente superados no âmbito de uma sociedade cada vez mais desenvolvida.

As esperanças sociais acerca do desenvolvimento democrático do Brasil e, assim, do abandono da condição permanente e intrinsecamente fracassada de "país do futuro" começaram, porém, a ruir ainda naquela primeira década de 2000, a partir da constatação de um quadro de corrupção sistêmica, levado a conhecimento público por meio do caso *Mensalão* (Ação Penal 470/STF). O denominado "julgamento do século", que tramitou perante a Suprema Corte, atraiu especial atenção, evidenciando o quão frágil era o sistema brasileiro, por permitir a prática de uma corrupção apta a trazer enormes prejuízos nos âmbitos social, econômico e político.

Naquele caso, de modo até então inédito na história nacional, pôde-se acompanhar de perto as discussões entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, transmitidas e comentadas em tempo real pelos meios de comunicação, o que abriu a possibilidade de uma maior compreensão sobre a forma, o conteúdo e os objetivos da aplicação do Direito Penal. Findo o julgamento e condenados os responsáveis pelos delitos apurados, com a aplicação das respectivas penas, a sociedade brasileira viu-se aliviada. Parecia que o caminho ao desenvolvimento democrático brasileiro havia sido retomado, agora de forma pretensamente mais sólida, em razão da demonstração de uma suposta capacidade do Estado de enfrentamento e controle da corrupção.

Ocorre que, após um curto período de tempo, o Brasil voltou a deparar-se com um escandaloso caso de corrupção institucional, desta vez praticada no âmbito de uma de suas principais empresas estatais e envolvendo, em tese, inúmeras empresas privadas e agentes públicos, dos mais diversos partidos políticos, dentre os quais se destacam altos representante e ex-representantes dos Poderes Legislativo e Executivo. Diante da excepcional gravidade dos fatos e da importância político-social dos supostos envolvidos, tal caso, batizado pela Polícia Federal de *Operação Lava Jato*, atingiu logo em seu início a esfera política nacional, levando a uma situação de não governabilidade generalizada e, assim, de crise. Paralelamente a tal crise política, ou em boa medida em razão dela, passou-se a enfrentar também uma grave crise econômica, inédita em suas proporções e desastrosa em seus efeitos, vinculando diretamente a imagem do Brasil à instabilidade democrática e à corrupção. No âmbito jurídico, operou-se a passagem da fase do "julgamento do século" à do "século dos grandes julgamentos", marcada por uma grave crise de legalidade.

Nos mesmos moldes do caso *Mensalão*, a *Operação Lava Jato*, que atualmente tramita perante a Justiça Federal, busca punir de forma exemplar os agentes supostamente responsáveis pelas práticas delitivas – alguns dos quais já haviam sido anteriormente condenados no primeiro caso mencionado, evidenciando o fracasso da finalidade preventiva da pena –, não só a fim de atingir a ideia de justiça, como também de transmitir à sociedade a necessidade da construção de uma cultura anticorrupção. Nesse sentido, porém, parece ter-se dado um passo além, recrudescendo-se agora sem rodeios a intervenção estatal punitiva, por meio de um processo que quer se mostrar, por si mesmo, um símbolo de combate à corrupção, ainda que o preço a pagar seja o sacrifício de direitos individuais, da separação de poderes e da própria democracia, vistos como meros obstáculos à eficácia penal. Da mesma forma, a mídia, que à época do *Mensalão* já tinha tido amplo acesso às informações processuais, agora passa a ser interlocutora direta dos operadores do Direito, que se dedicam a explicar, por meio de apresentações elaboradas, cada um dos passos da persecução penal, como estratégia de comunicação. Nessa linha, alega-se que a utilização da imprensa é socialmente útil e, por isso, justificada não apenas com o objetivo de transparência, para o fim de responder satisfatoriamente à demanda pelo efetivo controle da corrupção, e também como mecanismo de blindagem do processo penal contra eventuais tentativas escusas de seu comprometimento.

Também os órgãos e agentes públicos envolvidos na persecução penal parecem distanciar-se do papel então desempenhado por seus pares no caso *Mensalão*, assumindo em um contexto atual, mais politizado, um nítido protagonismo na tentativa de controle da corrupção, inclusive na esfera legislativa, por meio da propositura de normas de conteúdo eminentemente penal. Tem-se, assim, a proposta formal pelo Ministério Público Federal das denominadas "Dez medidas contra a corrupção", que contaram com o apoio manifesto do julgador e de delegados responsáveis pela *Operação Lava Jato* e a adesão expressa de mais de 2 milhões de cidadãos brasileiros, embora grande parte destes últimos não tenha chegado a ler ou não esteja apta a compreender o conteúdo técnico do texto proposto.

Diante dos dois procedimentos penais mencionados – *Mensalão* e *Operação Lava Jato* –, não há dúvidas de que houve uma importante alteração da percepção social sobre as práticas relacionadas à corrupção, evidenciando-se a necessidade de pôr fim ao "jeitinho brasileiro", expressão que consolidou a corrupção como fenômeno cultural ínsito à nossa sociedade.[(1)] Independentemente de tal efeito positivo, cabe indagar, porém, que outras lições podem ser extraídas de ambos os casos e que, aparentemente, ainda não foram apreendidas pelo Brasil.

É possível identificar historicamente uma tolerância social da corrupção no Brasil, devida, em boa parte, à desigualdade e ao individualismo com o qual o Estado educou seus cidadãos

e conformou o próprio interesse público. Tais fatores levaram à justificação aparente de uma cultura de burla, no âmbito de uma sociedade em que o direito era visto como favor, resultando em uma atitude de aceitação e impotência que permitiu, durante muito tempo, a conveniente estabilização social nesses moldes.(2) Nesse sentido, o próprio sistema jurídico funcionou historicamente mais como meio de proteção do Estado contra o ataque de particulares do que como instrumento de regulação estatal a serviço destes. A partir da década de 1980, porém, a divulgação pela imprensa de inúmeros casos envolvendo crimes cometidos por agentes públicos fez com que a sociedade deixasse de lado o mero conformismo em relação a práticas ilícitas antes tidas como inevitáveis na esfera da Administração para refletir criticamente sobre o sentido de cidadania e de gestão pública no âmbito democrático.(3) Finalmente, começou-se a perceber a concreta gravidade das implicações da corrupção, apta a prejudicar o desenvolvimento dos cidadãos, no que concerne às possibilidades de participação social efetiva e, assim, à própria manutenção das bases democráticas do Estado.

Nesse sentido, observa-se que, nas duas últimas décadas, o Brasil buscou aprimorar-se no estabelecimento de mecanismos de controle da corrupção, o que se coaduna, aliás, com o destaque econômico e social que o país vem assumindo no cenário internacional. A despeito dos merecidos elogios à evolução da estratégia político-criminal brasileira, verifica-se ainda nessa matéria a prevalência do Direito Penal, sob o prisma de um ideal de repressão cada vez mais rigorosa e, assim, pretensamente eficaz. Na prática, porém, os resultados de tal política criminal se apresentam pouco frutíferos, principalmente em razão da falta de coordenação com as outras esferas formais envolvidas. De fato, a média geral de condenações criminais por corrupção em todo o mundo varia entre 4% a 10% dos processos julgados, o que representa um porcentual bastante reduzido, mormente se for também considerada a enorme quantidade de casos que sequer chegam ao conhecimento formal do Estado, permitindo afirmar que o Direito Penal não representa um mecanismo eficaz no controle de tais crimes. Assim, embora a divulgação dos casos *Mensalão* e *Operação Lava Jato* seja pedagogicamente importante, no sentido de conscientizar a sociedade quanto à intolerância da corrupção, a comunicação social do desvalor das condutas corruptas a partir da aplicação do Direito Penal revela-se em geral muito pouco eficiente. Extrai-se daí uma primeira lição: Não cabe pretender transformar a realidade social em matéria de corrupção por meio do Direito Penal. Tal objetivo promocional, além de ser irreal, conforme demonstram as estatísticas, é apto a levar a um perverso quadro de demagogia político-social.

Sob tal perspectiva, no âmbito dos casos *Mensalão* e *Operação Lava Jato* chama atenção a especial notoriedade conquistada pelos magistrados envolvidos, alguns inclusive convertidos em ídolos nacionais. Tal fenômeno deriva do desencanto social frente à política, que acaba por levar a uma politização do Poder Judiciário e, assim, à cobrança de uma responsabilidade excessiva do juiz de Direito, de quem se passam a exigir respostas eficazes a questões que na verdade deveriam ser debatidas e solucionadas, a partir da mobilização social, no âmbito da política. Evidentemente, a despeito de ostentarem uma imagem heroica na percepção social, os representantes do Poder Judiciário não conseguem atender, por meio da mera aplicação do Direito Penal, a demanda por um maior controle de crimes complexos – como já afirmou o próprio julgador da *Operação Lava Jato* –, já que estes advêm em grande medida dos graves problemas presentes na estrutura da Administração Pública. E a essa conclusão já tinha chegado de forma intuitiva a sociedade brasileira, que embora tenha sido atendida em seu imediato desejo punitivo no caso *Mensalão*, permaneceu frustrada em suas expectativas concretas, restando patente que a repressão dos envolvidos na esfera penal não implica, por si, mudanças sistêmicas que previnam a ocorrência de novos episódios de corrupção.

Embora a intervenção penal se afirme tradicionalmente como meio por excelência no combate à corrupção, justamente em razão de sua simbologia – aos olhos da sociedade, um indivíduo exposto pela imprensa algemado, sofrendo privação de sua liberdade, soa mais adequadamente punido do que se lhe fossem aplicadas sanções de outros ramos do Direito –, é importante ressaltar que sempre o Direito Penal chega de forma deficiente e tarde demais, lidando com o fracasso: o dano já causado pela conduta criminosa à sociedade. Por isso, a chave para o efetivo enfrentamento da corrupção não está na punição (embora esta deva também existir), mas sim na prevenção. Sob a perspectiva preventiva, há que se abandonar a análise da corrupção exclusivamente sob a perspectiva individual do agente corrupto, considerado a partir de um estereótipo moral, para percebê-la como rede de agentes e interesses político-econômicos relacionados e divididos em distintos momentos e esferas de atuação, ultrapassando, inclusive, as fronteiras nacionais. De outro lado, surge invariavelmente a necessidade de reflexão sobre a implementação de mecanismos que favoreçam a transparência e a fiscalização, diminuindo as zonas de arbitrariedade e de desvios no âmbito da Administração Pública.

O julgamento do caso *Mensalão* já havia evidenciado, porém, que não basta a existência abstrata de instrumentos de controle e códigos de conduta, se esses estiverem limitados ao nível ético, sem possibilidade de concretização. Isso porque os funcionários públicos brasileiros , em geral, estão inseridos em um sistema em que se privilegia a estabilidade em detrimento da excelência dos serviços prestados, favorecendo-se uma postura individual naturalmente acomodada em relação à produtividade e aos deveres e princípios inerentes ao cargo. A partir desse quadro de degradação incentivado pela própria Administração, projetada para servir a si mesma, soa ingênuo e ineficaz pretender impor eticamente o dever de probidade, por meio de "testes de integridade moral", como incentivo negativo (pretensamente intimidatório) ao funcionário público. O grande incentivo à boa gestão da Administração Pública deve, ao contrário, decorrer positivamente da exigência e reconhecimento material da produtividade e da capacitação. Não se trata de negar a estabilidade dos funcionários públicos, que representa, aliás, uma necessidade importante para evitar perseguições políticas, mas sim de reconhecer profissionalmente e valorizar o funcionário público não pelo seu cargo, mas, sim, pelas atividades exercidas com eficiência e probidade. Esse mecanismo consiste, portanto, em uma forma mais racional de controle preventivo da corrupção, propiciando uma cultura de intolerância à ilegalidade.

Tudo isso não significa que a apuração penal dos casos de corrupção seja inútil ou desnecessária. Da mesma forma, não há dúvida de que, em pleno século XXI, órgãos de persecução penal devam estruturar-se de forma mais coordenada e técnica, buscando mais eficiência na apuração de casos complexos, assim como também é justificável a preocupação com tentativas políticas de prejudicar a justa punição dos responsáveis. O que talvez o caso *Mensalão* já tenha ensinado, de forma ainda incompreendida, é

que a coordenação necessária no controle da corrupção deve ser mais ampla, envolvendo fundamentalmente a esfera preventiva, o que, aliás, também é papel do Ministério Público. Longe de um Direito Penal autoritário e demagógico, será somente por meio de uma reforma política e do questionamento direto do próprio modelo de gestão pública, tornando-o coerente com os princípios e necessidades de um Estado Democrático de Direito – ainda que isso signifique colocar o dedo na ferida e destruir tabus construídos pelo patrimonialismo –, que a sociedade brasileira poderá ver dissipada a cortina de fumaça que o espetáculo midiático da aplicação penal lhe impõe e ter sua frustração substituída pela esperança. Que tal reunirmos esforços para a elaboração de "Dez medidas preventivas de controle da corrupção"?

Notas

(1) Tal expressão, de difícil tradução a outros idiomas, foi identificada por Keith S. Rosenn como uma forma engenhosa de fazer o impossível, possível; o injusto, justo; e o ilegal, legal. Rosenn, Keith S. The jeito – Brazil's institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications. *Heinonline*, 19 AM, J. Comp. L., 1971, p. 515.

(2) Sobre a cultura patrimonialista no Brasil, bem como o processo de formação histórica que propiciou a difusão de práticas corruptas, v. Faoro, Raymundo. *Os donos do poder.* São Paulo: Globo, 1975; e Holanda, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 146 e ss.

(3) Conforme anotado por Schilling, Flávia. A luta contra a corrupção e a construção democrática: perspectivas de análise. *Revista do Instituto Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD*, n. 8, 1998, p. 30.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Professora Livre-Docente de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.
Membro do *Grupo de estudios contra la corrupción,* da Universidade de Salamanca (Espanha).
Coordenadora, em conjunto com o Professor Renato de Mello Jorge Silveira, do Grupo de Pesquisa *Criminalidade econômica e corrupção: análise à luz das iniciativas internacionais e dos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol*, da USP.

STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes

André Nicolitt

A partir de fevereiro de 2016 o STF iniciou sua tarefa, finalizada em outubro do mesmo ano, de demolição de um dos mais relevantes princípios do processo penal, a presunção de inocência. Por meio do *HC* 126.292, entendeu por introduzir na ordem jurídica, ao arrepio do art. 5.º, inc. LVII, da CF/1988 e do art. 283 do CPP, a execução provisória da pena, posição reiterada por 6x5 no julgamento das ADCs 43 e 44.

Duas notas iniciais devem ser feitas para a compreensão das conclusões que serão apresentadas neste ensaio.

1. A execução provisória da pena não se confunde com prisão preventiva (cautelar), cuja necessidade tenha advindo no segundo grau, o que poderia se justificar diante da compatibilidade das prisões cautelares com a presunção de inocência. A execução provisória da pena prescinde do *periculum libertatis,* requisito essencial às medidas cautelares penais. Trata-se, sim, de antecipar a execução da pena para o momento da condenação em segundo grau ainda pendente de recurso, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

2. A literalidade do dispositivo constitucional é cristalina ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (no mesmo sentido o art. 283 do CPP). Com igual clareza, não há dúvida de que nada ilustra mais a consideração de alguém como culpado do que a execução da pena, destacadamente a privativa de liberdade, cujos efeitos são irreversíveis.

Com efeito, nos parece evidente que há uma vedação constitucional à antecipação da pena – e o denotaria a qualquer estudante de direito que tenha se debruçado minimamente sobre os termos "preclusão", "coisa julgada" e "presunção de inocência".

Nesta quadra, não custa lembrar que coisa julgada é a qualidade que reveste a sentença tornando-a indiscutível, logo, imutável.(1) Portanto, por mais que os tribunais superiores só examinem direito e não fato, é evidente que tal aspecto não torna a decisão imutável, basta pensar, como exemplo, no reconhecimento de uma nulidade que, uma vez acolhida nas instâncias extraordinárias, pode remeter o feito ao primeiro grau para nova instrução e julgamento, ou mesmo redundar na absolvição.

Todavia, o STF, no exercício do "poder soberano", ou seja, tendo o poder de decidir quando a Constituição vale e quando não vale, resolveu permitir (a proibida) antecipação da pena, e o fez com fundamentos nas seguintes razões declaradas: 1. Há muita prescrição(2) e impunidade;(3) 2. É preciso ouvir a voz das ruas e dar nova interpretação à presunção de inocência.(4)

Para **Agamben**, o poder soberano é o que cria uma zona de indistinção entre violência e direito, entre lei e natureza, externo e interno, inclusão e exclusão. O soberano é aquele que mantém a possibilidade de decidir o que é violência e o que é direito e ao mesmo tempo confundi-los.(5) Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício.(6)

Todavia, o ponto de partida de nosso olhar sobre a consolidação dessa jurisprudência reside em um ensaio de **Giorgio Agamben** designado por "O que é o contemporâneo?".(7)

Sustenta o filósofo italiano que é "verdadeiramente contemporâneo" aquele que não coincide perfeitamente com seu tempo, que não cede às pretensões de seu tempo e que este anacronismo permite melhor compreender o seu tempo. Prossegue o filósofo dizendo que contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo para nele perceber não as luzes, mas o escuro. Afirma ainda que todos os

tempos são obscuros para quem experimenta a contemporaneidade.

Exatamente na obscuridade de nosso tempo e diante das pretensões autoritárias e punitivistas nos vemos desafiados a analisar a decisão do STF, não partindo do que está iluminado, mas sim a partir do obscuro, das trevas, das sombras, do que está oculto.

Em sua obra "*Homo Sacer*", indispensável à compreensão do poder na contemporaneidade, **Agamben** afirma que o "campo de concentração", ou seja, que as práticas totalitárias ainda atuam nas democracias contemporâneas e é necessário reconhecer tais práticas em suas formas travestidas e metamorfoseadas.(8)

O que está subjacente à decisão do Supremo de eliminar uma importante dimensão da presunção de inocência é a incapacidade dos tribunais superiores de julgar em tempo razoável. Trata-se de uma forma encontrada para, violando a presunção de inocência, se camuflar (ou levar para o obscuro) a violação de outra garantia fundamental, a saber: a duração razoável do processo. Vejamos.

Do ponto de vista prático, a toda evidência, a execução provisória da pena com expedição de mandado de prisão após a condenação pelo tribunal de apelação só faz sentido quando diante de condenação à pena privativa de liberdade superior a quatro anos, ou seja, no mínimo quatro anos e um dia. Menos que isso a discussão é infértil, vez que as condenação iguais ou inferiores a quatro anos se resolvem por inúmeros mecanismos que impedem o cárcere, tais como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995), a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP), a suspensão da pena (*sursis*, art. 77 do CP) e mesmo a fixação do regime aberto, que importa audiência admonitória para ingresso em casa de albergado ou regime domiciliar (arts. 33 do CP e 93 da Lei 7.210/1984 – LEP).

A condenação no segundo grau é um novo termo inicial de contagem para a prescrição, que tem nela um marco interruptivo (art. 117, IV, do CP). Partindo desses pressupostos, uma condenação de quatro anos e um dia gera um prazo prescricional a partir dessa pena em concreto (art. 110 do CP) de 12 anos (art. 109, III, do CP).

Com efeito, quando o STF afirma que é preciso antecipar a pena para o momento da condenação pela Corte de Apelação para evitar a prescrição, na verdade, um olhar que experimenta a contemporaneidade, deve ver nisso o reconhecimento – do STF – da incapacidade das cortes superiores julgarem os recursos extraordinários em sentido amplo, no prazo de 12 anos. Na verdade, diz o STF que 12 anos (e em muitos casos 16 anos – art. 109, II, do CP) serão pouco para que as cortes ponham termo ao julgamento e façam surgir o trânsito em julgado.

Assim, fica evidente que a incapacidade das cortes superiores de dar conta do princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5.º, inc. LXXVIII) conduz à interpretação capaz de vulnerar princípio ainda mais relevante que é a presunção de inocência.

É fato que o índice de reversão pelos tribunais superiores, destacadamente pelo STJ, é significativo, como demonstra pesquisa da FGV,(9) o que revela o descompasso entre os Tribunais de segundo grau e as cortes superiores. O resultado da aplicação de tal entendimento será, inevitavelmente, o injusto cumprimento de pena por seres humanos que terão sua condenação modificada pelas citadas cortes.

Ora, é sabido que num modelo democrático de processo, a absolvição de culpados é tolerada e revela-se como custo decorrente do cuidado que se deve ter para não se compelir inocentes ao cumprimento de pena injustamente. Nas democracias, as condenações de inocentes são intoleráveis e devem ser evitadas ainda que se pague elevado preço.

Talvez por estas premissas decorrentes das reflexões historicamente consolidadas a partir da escola clássica que teve seu grande expoente em **Carrara**, é que o Min. Celso de Mello, em seu voto vencido no *HC* 126.292, destacou que o ataque à presunção de inocência revela afinidade com a escola técnico-jurídica que deu substrato teórico ao fascismo italiano. Em outras palavras, a opção por correr o risco de submeter inocentes a penas injustas para evitar que culpados sejam beneficiados pela prescrição revela um conteúdo fascista e incompatível com a Constituição de 1988.

Porém, a decisão apresenta coerência com o contexto de ruptura democrática que o Brasil vem experimentando, no qual se constata um verdadeiro estado de exceção, que, aliás, é permanente.(10) A sintonia entre a jurisprudência processual penal, a produção legislativa processual penal e o cenário político nacional revelam exatamente as constatações de **Carnelutti**, para quem o *processo penal é o termômetro da civilidade*(11) e também de **Goldschmidt** que afirma que *a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais*, revelando-se como verdadeiro termômetro da democracia.(12)

A conclusão a que se chega é que olhando em nosso tempo as luzes postas sobre essa decisão, veremos talvez o "louvável" desejo de evitar prescrições e combater a "impunidade", mas mergulhando o olhar no obscuro, o que veremos é a incapacidade operacional ou estrutural dos tribunais superiores que se tenta suplantar através do sacrifício da presunção de inocência.

Notas

(1) Nicolitt, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 901.

(2) Esta preocupação está expressa no voto do Min. Teori Zavascki, relator do *HC* 126.292. O Min. Fux em seu voto vê a prescrição como uma "disfunção" da presunção de inocência.

(3) No voto do Min. Luís Roberto Barroso (*HC* 126.292), fala-se em quebra do paradigma da impunidade e razões do ordem pública.

(4) Nos debates do *HC* 126.292, chamou-se atenção para "ouvir a voz das ruas". O Min. Fux afirma em seu voto que "*a sociedade não aceita mais essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer*". De igual maneira o Min. Barroso preocupou-se com os anseios da sociedade.

(5) Agamben, Giorgio. *Homo sacer*. *O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p.72.

(6) Idem, p. 91.

(7) Agamben, Giorgio. *O que é o contemporâneo e outros ensaios*. Trad. Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009. p. 55-73.

(8) Agamben, *Homo*...op. cit., p. 129 e 182.

(9) Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf>.

(10) Benjamin, Walter. *Sobre o conceito da história*, 1940. tese VIII. in Obras escolhidas. Vol. 1. *Magia e técnica, arte e política*. Ensaios sobre literatura e história da cultura. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 222-232.

(11) Carnelutti, Francesco. *As misérias do processo*. Campinas: Servanda, 2016.

(12) Goldschmidt, James. *Princípios generales del Proceso II*. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJEA, 1936. p. 109.

André Nicolitt
Juiz de Direito do TJRJ.
Professor Permanente do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi – BA.
Professor Doutor em Processo Penal da Faculdade de Direito da UFF.

ANO 25 - Nº 290 - JANEIRO/2017 - ISSN 1676-3661

Criminologia e neuroimagem: uma reflexão crítica

Jamilla Monteiro Sarkis

1. Introdução

As origens e motivações do delito são, há séculos, questões que intrigam os pesquisadores não apenas de ramos afetos ao Direito, mas também os estudiosos das Ciências Médicas e Biológicas.

O exemplo mais clássico da aproximação entre crime e biologia deu origem à Escola Positiva da Criminologia, desenvolvida por **Cesare Lombroso** no século XIX, caracterizada pelo apego científico aos fatos para a justificação das teorias.(1) Dessa forma, o criminoso seria geneticamente determinado pelo mal, e teria características peculiares em relação aos outros indivíduos (por exemplo, o tamanho da mandíbula e a estrutura óssea).

Após a superação do positivismo criminológico e as inúmeras críticas ao determinismo biológico e à ideia de delinquente nato, surge no século XXI uma nova onda de pesquisas científicas voltadas para a identificação, a partir de exames de neuroimagem, do cérebro criminoso.

Neste trabalho, objetiva-se apresentar alguns estudos recentes no campo da neurociência, de modo a entender como os avanços nessa área do conhecimento podem influenciar a criminologia para, em seguida, analisar essa relação entre delito e biologia cerebral a partir de um viés crítico.

2. Os avanços da neurociência e neuroimagem e sua incidência na criminologia

Em agosto de 1966, um massacre que deixou 14 mortos e 32 feridos na cidade de Austin, Texas, virou notícia em todo o mundo. O responsável pelo atentado era Charles Whitman, um ex-fuzileiro naval, que após matar sua mãe e esposa, subiu na torre da Universidade do Texas e atirou por cerca de 90 minutos, ocasionando o massacre mencionado. O ataque só teve fim quando Whitman foi morto por um policial.

Após o ocorrido, foram encontrados diários do atirador, nos quais era possível detectar uma clara mudança em seu comportamento. Whitman, que nunca havia demonstrado nenhuma inclinação a qualquer desvio de conduta, sentia-se cada dia mais agressivo e nervoso, com dificuldades de controlar sua raiva. Foi encontrada, também, uma nota onde Whitman pedia que, após sua morte, fosse realizada uma autópsia em seu corpo, para que os médicos pudessem descobrir o que havia de errado com ele.(2)

Nos exames *post mortem* de Charles Whitman,(3) foi encontrado um tumor em seu cérebro, próximo à região da amigdala:

"*É uma massa esferoide de substância cinzenta de cerca de 2 cm de diâmetro, situada no polo temporal do hemisfério cerebral, em relação com a cauda do núcleo caudado. Faz uma discreta saliência no teto da parte terminal do corno inferior do ventrículo lateral e pode ser vista em secções frontais do cérebro.* ***Tem importante função relacionada com as emoções, em especial com o medo***" (Machado; Haertel, 2006, p. 69).

Fato é que o cérebro tem grande influência nas decisões, comportamentos e atitudes – sejam elas boas ou ruins – tomadas por cada indivíduo diariamente. E, nas últimas décadas, a ciência tem desenvolvido métodos cada vez mais eficazes de definição e controle das funções cerebrais, tais como a tomografia computadorizada, a ressonância magnética e o eletroencefalograma.

A partir do desenvolvimento de métodos modernos de pesquisa neurofisiológica, foi desencadeada uma série de investigações científicas que buscam traçar paralelos entre determinadas irregularidades ou disfunções cerebrais e as condutas delituosas perpetradas pelo ser humano. Alguns estudos se limitam à leitura e interpretação dos resultados de exames de neuroimagem,(4) enquanto outros tratam de confirmar os resultados obtidos com testes psicológicos.(5)

Recentemente, uma das pesquisas envolvendo a neurociência e criminologia de maior repercussão foi desenvolvida pelo neurocientista **James Fallon**, da *University of Irvine*. O projeto consistia em examinar, por meio de tomografias por emissão de pósitrons, o cérebro de *serial killers*, na busca por padrões anatômicos cerebrais que pudessem ser correlatos com as tendências psicopáticas.

Em seus estudos, descobriu-se a associação entre psicopatologias violentas e os danos estruturais e funcionais no córtex orbital, fortemente interconectado com outras estruturas, inclusive a amígdala. Os exames realizados em *serial killers* mostravam também baixa atividade em certas áreas dos lobos frontal e temporal, que estão associadas à empatia, moralidade e ao autocontrole (Fallon, 2006, p. 346).

O pesquisador, ao examinar as imagens de sua própria tomografia, descobriu que seu cérebro apresentava claros padrões de psicopatia.(6) Ao comparar as imagens de seu cérebro com a tomografia de uma pessoa que não apresenta danos cerebrais, o cientista constatou a baixa atividade cerebral nas regiões dos lobos frontal e temporal, assim como acontece com os portadores de transtorno psicopático. Ele, no entanto, nunca cometeu nenhum crime.

Eis, aqui, o exemplo perfeito para ilustrar a ideia central deste trabalho: por mais precisos que sejam os exames de neuroimagem, seria o mero diagnóstico de uma patologia, combinado com o perigo abstrato de uma possível conduta delituosa, indício suficiente para a punição de um indivíduo portador de má-formação ou disfunção cerebral que pode vir a resultar em episódios de violência? Poderia o Estado, por exemplo, obrigar um indivíduo diagnosticado com transtorno psicopático a fazer uso de medicamentos capazes de estimular a atividade cerebral?

As implicações éticas desse tipo de exame e, consequentemente, de seus resultados, devem, nesse sentido, ser questionadas. Como destaca **Roskies** (2015, p. 660), o uso dos exames de neuroimagem com o propósito de pesquisas pode revelar anormalidades cerebrais ou outras descobertas com consequências potencialmente graves ao sujeito submetido aos estudos. Desse modo, os pesquisadores

ANO 25 - Nº 290 - JANEIRO/2017 - ISSN 1676-3661

devem estar cientes acerca da base estatística para interpretarem com exatidão as descobertas realizadas, assim como se utilizarem dos melhores procedimentos possíveis para informar os resultados dos exames aos pacientes, em atenção ao seu bem-estar físico e psicológico.

Especificamente em casos nos quais exames de neuroimagem são postos em compasso com problemáticas da criminologia, o conflito ético torna-se ainda mais relevante. E isso porque, como coloca **Maíllo** (2003, p. 2012), os próprios partidários da aproximação entre as ciências biológicas e criminais já reconheceram a controversa implicação dessa relação e os abusos originados por ela em determinados momentos históricos.

O autor se refere, nesse ponto, à busca desenfreada pela caracterização biológica do criminoso que caracteriza o positivismo criminológico. Publicado em 1876, o livro *O homem delinquente*, de **Cesare Lombroso**, é o grande marco desse período (Anitua, 2008, p. 304).

De acordo com as conclusões de **Lombroso**, o delinquente padeceria de uma série de "*estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais*" (Gomes e Molina, 2010, p. 179), como, por exemplo, assimetria craniana, orelhas em forma de asa, uso frequente de tatuagem e instabilidade afetiva.

Apesar de representar um notável avanço científico para a época, os estudos de **Lombroso** padeciam de um grave problema metodológico,[7] que acabou por viciar suas conclusões. Como bem assinala **Baratta** (2002, p. 40), os indivíduos que o médico italiano observava clinicamente para basear sua teoria acerca dos motivos da criminalidade eram sujeitos caídos na engrenagem do sistema judiciário, principalmente os clientes do cárcere e dos manicômios judiciários, e que já tinham sido submetidos ao complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal.

Assim, ao sobrepor um rigoroso modelo de defesa da ordem social em face dos direitos individuais, a escola positivista cuidava de diagnosticar o mal do delito com simples elementos patológicos que absolvem, de antemão, a sociedade. Para **Gomes** e **Molina** (2010, p. 178), a escola do positivismo criminológico "*professa uma concepção classista e discriminatória da ordem social, imbuída de preconceitos e de acordo com o mito da 'diversidade' do delinquente*".

Feito o necessário apanhado histórico, questiona-se: até que ponto os avanços da neurociência e as descobertas a partir da neuroimagem, quando aplicadas à criminologia, aproximam-se da trágica experiência lombrosiana? Quais os limites da incidência desses avanços científicos na esfera individual, principalmente quando aparelhados ao Direito Penal?

3. Uma reflexão crítica necessária

Ao tratar das implicações éticas dos exames de neuroimagem, **Adina L. Roskies**, professora de Filosofia e Neurociências do *Dartmouth College*, adverte que apesar dos resultados promissores obtidos em laboratório, o uso dos exames de neuroimagem no mundo real e suas aplicações ao contexto das ciências forenses parece prematuro (2015, p. 661). Sua conclusão, apesar de parecer pessimista à primeira vista, decorre de um raciocínio lógico. Se os exames de neuroimagem conseguem diagnosticar certas patologias, inclusive relacionadas ao fenômeno da criminalidade, como devemos lidar com essas informações?

Se, a partir de um exame clínico, é possível detectar uma má formação ou disfunção no cérebro de determinado indivíduo, que o torna portador de uma doença como transtorno psicopático, deve esse sujeito passar a ser controlado pela sociedade, de modo que sua patologia não ponha em risco a segurança de outrem?

Para **Roskies** (2015, p. 661-662), dada a relevância das informações obtidas a partir dos exames de neuroimagem, seus resultados devem ser manejados com muita cautela. Nas mãos erradas, como aponta a autora, as informações sobre diagnósticos poderiam ser usadas como forma de discriminação ou, ainda pior, poderiam incitar ações relacionadas a previsões futurológicas sobre possíveis manifestações de periculosidade, mesmo em casos nos quais o indivíduo jamais tenha apresentado qualquer comportamento violento.

Como aponta a autora, o risco é de que, a partir do acesso às informações resultantes de exames de neuroimagem, a sociedade passe a viver à sombra do modelo "Minority Report". Trata-se de uma referência ao filme homônimo, que se passa no ano de 2054, quando os crimes de homicídio deixam de existir em razão de uma divisão pré-crime, em que o futuro é visualizado de forma que os criminosos são punidos antes mesmo de terem cometido qualquer conduta delituosa.

Na mesma linha, posiciona-se **Reinhard Merkel**, professor emérito da *Universität Hamburg*, que aponta a problemática envolvida no fato de que, prevendo comportamentos violentos por parte de determinados sujeitos, poderia o Estado impor sanções a indivíduos que sequer chegaram a cometer alguma ilicitude, apenas com base no temor do que eles poderiam vir a fazer no futuro (2015, p. 1356).

A punição do indivíduo pelo que é, e não pelo que fez, também remonta ao pensamento zaffaroniano das teorias do Direito Penal de autor e Direito Penal do ato. Explica o autor argentino que, para alguns doutrinadores, o delito constitui uma lesão ou infração jurídica, enquanto para outros o crime representa o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica (Zaffaroni et al., 2011, p. 131).

Na atualidade, o chamado "novo direito penal do autor" (Idem, p. 133) consiste, tão somente, em um conjunto de presunções sob a forma de Direito Penal do risco, que antecipa a tipicidade na direção dos atos de tentativa, de preparação ou cogitação. Nesse modelo, não seria necessário o cometimento do crime em si, uma vez que apenas o fato de pensar em cometê-lo já seria punível.

Deve-se combater, pois, a ideia de que os avanços neurocientíficos e o aprimoramento dos exames de neuroimagem são suficientes para a identificação do criminoso e, consequentemente, para avalizar a punição antes mesmo do cometimento do delito, seja ela por meio da pena em sentido estrito, ou pela neutralização do indivíduo.

As características neurofísicas do indivíduo, mesmo quando representam uma tendência à periculosidade, não são hábeis a determinar nenhuma medida tratativa de caráter punitivo, haja vista a incidência de uma clara discriminação a um grupo de indivíduos em razão de suas condições, que se tornariam inimigos da sociedade unicamente por atitudes danosas que poderiam vir a realizar (Zaffaroni, 2006, p. 5).

Além disso, há de se considerar também que, como qualquer tecnologia ou avanço científico, os exames de neuroimagem estão sujeitos a produzir resultados equivocados que, em última instância – e considerando a ideia de punição pré-delitual –

poderiam levar à neutralização de indivíduos que não representam qualquer risco à sociedade.

Portanto, reconhecida a importância e o desenvolvimento da neurociência e dos exames de neuroimagem como ciências complementares à criminologia, imperioso se faz o estabelecimento de limites éticos ao uso das informações médicas resultantes desse tipo de análise clínica, sob pena de um retrocesso de quase três séculos no Direito Penal.

4. Conclusão

Diante de todo exposto, conclui-se que, apesar de todos os benefícios resultantes do desenvolvimento cada vez mais técnico e apurado dos estudos neurofisiológicos, principalmente a partir dos exames de neuroimagem, sua relação com a criminologia deve ser tratada com máxima cautela.

Este estudo, em síntese, buscou apresentar algumas dessas pesquisas, desenvolvidas principalmente a partir de exames de neuroimagem, utilizando uma linguagem mais acessível e menos técnica. Além disso, preocupou-se em explicar a conturbada relação entre a criminologia e os estudos médicos, analisando as atuais produções científicas em contraponto com as pesquisas desenvolvidas à época da Escola Positivista.

Por fim, elaborou-se uma análise crítica da já consolidada relação entre criminologia e os avanços da neurociência, em especial os exames de neuroimagem, destacando a importância e necessidade da consideração dos limites éticos do uso das informações resultantes desse tipo de exame clínico na prevenção de crimes.

Não se pode permitir que os resultados de exames de neuroimagem ensejem a neutralização dos indivíduos portadores de anomalias ou disfunções cerebrais unicamente pelo fato de que estes sujeitos podem vir a cometer alguma espécie de crime ou violência. A uma, porque os mencionados testes são passíveis de erros, a duas, pois ninguém pode ser suscetível de punição antes do cometimento do crime, apenas por ser quem é.

Referências bibliográficas

Anitua, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

Gomes, Luiz Flávio; Molina, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Fallon, James H. Neuroanatomical Background to Understanding the Brain of the Young Psychopath. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 3, p. 341-367, 2005-2006.

Machado, Angelo B. M.; Haertel, Lúcia Machado. *Neuroanatomia funcional*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2006.

Maíllo, Alfonso Serrano. *Introducción a la criminología*. Madrid: Dykinson, 2003.

Merkel, Reinhard. Neuroimaging and Criminal Law. In: Clausen, Jean; Levy, Neil. (Eds.). *Handbook of Neuroethics*. London: Springer, 2015. p. 1.335-1.362.

Roskies, Adina L. Neuroimaging Neuroethics: introduccion. In: Clausen, Jean; Levy, Neil. (Eds.). *Handbook of Neuroethics*. London: Springer, 2015. p. 659-663.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito penal brasileiro* – primeiro volume – *Teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

Notas

(1) Nesse sentido, as palavras do mestre Alessandro Baratta: "*Esta orientação de pensamento buscava, de fato, a explicação da criminalidade na "diversidade" ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados* " (2002, p. 39).

(2) Essa narrativa está presente no documentário "*The Nature of Things: my brain made me do it*", produzido pela emissora de televisão canadense CBC. Disponível em: <http://www.cbc.ca/natureofthings/episodes/my-brain-made-me-do-it>. Acesso em: 4 jul. 2016.

(3) Documento original da autópsia disponível em: <http://www.autopsyfiles.org/reports/Other/whitman,%20charles_report.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2016.

(5) A título de exemplo, cita-se a Escala de Robert Hare, teste desenvolvido pelo psicólogo canadense de mesmo nome e que auxilia no diagnóstico de psicopatia.

(6) Em entrevista à BBC, o neurocientista explicou como descobriu ser portador de psicopatia. Ver em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131223_psychopath_inside_mv>. Acesso em: 4 jul. 2016.

(7) O referido problema metodológico continua presente nas pesquisas mais recentes. Como apontam Gomes e Molina: "*as investigações realizadas até hoje, circunscritas sempre ao âmbito das psicopatias, versaram, de modo exclusivo, sobre a população reclusa, o que constitui uma limitação metodológica que tem sensíveis implicações*" (2011, p. 216).

Jamilla Monteiro Sarkis
Mestranda em Direito pela UFMG.
Bacharel em Direito pela UFMG.
Advogada Penalista.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias
COORDENADOR ADJUNTO: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo

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, Cecilia 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, Daniel Nicory do Prado, 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, Luis 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:
Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Diamante, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Luiz de Oliveira Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Fernando Fernandes, Frederico Brusamolin, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Karen Regina Amorim Carmo, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Lima, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Fernandes, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Sâmia Zattar, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thaís Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, 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

Colaboração premiada: a necessidade de controle dos atos de negociação

Alexandre José Garcia de Souza

A colaboração premiada, também usualmente chamada de "delação premiada", apesar de estar prevista já há algum tempo no ordenamento jurídico brasileiro por meio de dispositivos constantes em legislações esparsas, ganhou maior embasamento jurídico a partir do advento da Lei 12.850/2013, que dispõe acerca das organizações criminosas e das formas e instrumentos para o seu combate.

Apesar de não se tratar de um instituto novo, tendo a Lei 12.850/2013 apenas melhor definido a sua formatação, o emprego da colaboração premiada na atividade de persecução penal é relativamente novo, tendo ganhado maior destaque por sua utilização em recentes investigações deflagradas pelas autoridades policiais e Ministério Público, das quais, certamente, a chamada Operação Lava Jato é a que apresenta maior evidência.

Tanto as novidades normativas introduzidas pela Lei 12.850/2013, como a sua larga utilização pelos órgãos incumbidos da persecução penal (para não dizer pródiga, pois apenas na Operação Lava Jato já são contabilizados, atualmente, mais de uma centena de "colaboradores"), motivaram a produção de inúmeras manifestações doutrinárias acerca da colaboração premiada, assim como possibilitaram as primeiras decisões judiciais, em especial das Cortes Superiores, sobre o tema.

A despeito da abundância de análises, judiciais ou doutrinárias, pouco se tem debruçado no exame acerca dos atos preparatórios à formalização e homologação do acordo de colaboração premiada, os quais são realizados na fase de negociação entre o possível colaborador e o membro do Ministério Público e/ou o delegado de polícia.[(1)]

A Lei 12.850/2013 estabelece, em síntese, o seguinte procedimento para a implementação da colaboração premiada: (i) o investigado e o membro do Ministério Público, e/ou o delegado de polícia, negociam a forma em que se dará a colaboração, estabelecendo os fatos a ser relatados, os seus possíveis resultados, as condições impostas e os benefícios a serem concedidos; (ii) formalização do termo de acordo, com a assinatura do representante do Ministério Público e/ou delegado de polícia, do colaborador e do seu defensor; (iii) apresentação de pedido de homologação, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e seu objeto, para distribuição junto ao foro competente; (iv) apresentação de informações pormenorizadas da colaboração ao Juízo para o qual for distribuído o pedido.

Como se pode observar, a intervenção judicial somente passa a existir a partir da homologação do acordo, não participando o juiz dos atos relativos à negociação dos termos em que se dará a colaboração. Aliás, é nesse sentido a redação do art. 4.º, § 6.º, da Lei 12.850/2013: "*O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração*".

A despeito da previsão de não intervenção judicial, e pelo que se verifica de decisões recentes em processos nos quais foram celebrados acordos de colaboração premiada, alguns juízes têm utilizado o referido dispositivo para não somente negar acesso aos termos do acordo (amparados também, equivocadamente, no sigilo imposto pelo art. 7.º, § 3.º), mas, ainda, para refutar qualquer possibilidade de acesso da defesa aos detalhes da negociação que resultou na sua celebração.

Mas a pergunta que fica é a seguinte: as previsões de não participação judicial nas negociações do acordo de colaboração (art. 4.º, § 6.º), bem como de sigilo dos seus termos (art. 7.º, § 3.º), ambas previstas na Lei 12.850/2013, estabelecem uma zona de atuação dos órgãos de persecução penal imune ao acesso da defesa e ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário? Em outras palavras: os atos praticados durante a fase de negociação da colaboração não estão submetidos ao escrutínio, ainda que posterior, das partes envolvidas no inquérito e do próprio Juízo, visando à verificação e controle de sua legalidade?

A resposta é, por óbvio, terminantemente negativa.

Durante a fase de negociação, colaborador e agentes estatais encarregados da persecução penal externam o seu possível interesse – ainda não concretizado – na celebração de um acordo que vise (i) identificar os coautores e partícipes dos delitos investigados; (ii) revelar a estrutura da organização criminosa; (iii) prevenir a prática de novas infrações; (iv) recuperar o produto do crime; ou (v) indicar a localização de eventual vítima.

Apesar de não haver previsão legal específica acerca do rito procedimental a ser seguido na negociação, tem-se observado, nas investigações desenvolvidas atualmente, a realização de reuniões prévias à formalização do termo de colaboração, com a presença do potencial colaborador – que deve (ou deveria) estar acompanhado do seu defensor – e os delegados e/ou representantes do Ministério Público.

Nessas reuniões são apresentadas as possíveis contribuições a ser fornecidas e os benefícios que o colaborador pode ou deseja auferir. Durante este momento, cabe ao delegado de polícia e ao membro do Ministério Público valorar a relevância das informações para as investigações; se estas são confiáveis e possuem credibilidade; se não há a possibilidade de o colaborador estar omitindo informações para acobertar coautores e partícipes, ou ainda as forjando, com o objetivo de, por exemplo, incriminar indevidamente eventuais desafetos seus ou até mesmo de algum dos próprios investigadores.

Como pode ser facilmente observado, tais tratativas, que muitas vezes são objeto de inúmeras reuniões entre investigados, advogados, delegados e promotores, tem papel absolutamente fundamental no direcionamento e destino das investigações, sendo inegável, assim, o interesse – jurídico – tanto do Juízo, como das defesas dos demais acusados e eventuais delatados, acerca da forma como foram realizadas.

Assim, para ser possível verificar se as informações prestadas

na fase de negociação foram integral e fidedignamente retratadas no termo de acordo, a fim de não influenciarem indevidamente a correta apuração dos crimes, seja incluindo informações eventualmente não condizentes com a realidade, seja sonegando fatos que auxiliariam a defesa dos delatados, mostra-se absolutamente necessário que estes atos preparatórios sejam registrados e encartados aos autos do inquérito ou processo.

A obrigação de registro de todas as tratativas de negociação decorre tanto em razão do que determina o art. 9.º do CPP,[(2)] como também em obediência ao 4.º, § 13, da própria Lei 12.850/2013, que dispõe que "*sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações*."

Cabe destacar que a obrigação de se registrar todos os atos de colaboração, incluídos aqueles praticados na fase de negociação, não se restringe apenas aos realizados no âmbito do inquérito policial, mas também – e aí diríamos até, principalmente – aos implementados no âmbito de procedimento investigatório instaurado exclusivamente pelo Ministério Público.

Aliás, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir, ao julgar o RE 593.727/MG, (que reconheceu dispor o Ministério Público de competência para instaurar, de autoridade própria, investigações de natureza penal), "*que, à semelhança do que se registra no inquérito policial, o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos e laudos periciais que tenham sido coligidos e realizados no curso da investigação, não podendo, o representante do 'Parquet', sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, qualquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível à pessoa sob investigação*".

Além da expressa obrigação legal, o registro das tratativas realizadas na fase de negociação do acordo é absolutamente necessário para verificar a observância de certos requisitos de validade estabelecidos na Lei 12.850/2013.

Conforme prescreve o art. 4.º da Lei 12.850/2013, a colaboração deverá ser prestada de forma voluntária. A voluntariedade, contudo, só pode ser aferida pela análise das condutas praticadas *antes* de celebrado o acordo. É nas negociações que o colaborador exterioriza essa vontade – que deve ser autêntica, genuína e incondicional – de ajudar nas investigações. O termo de colaboração é, tão somente, a formalização dessa vontade.

A simples menção no termo de acordo, ou ainda em depoimento realizado posteriormente, que o colaborador prestou a sua contribuição de forma voluntária, não é suficiente para atestar que esta se deu de forma livre e autônoma.

A voluntariedade somente poderá ser efetivamente comprovada pela análise de todo o processo de negociação, mediante a verificação, por exemplo: (i) do histórico das tratativas, com o registro da data, local, forma e para quem foi exteriorizada a manifestação inicial do colaborador de contribuir com as investigações; (ii) dos termos de declarações e dos registros em vídeo das reuniões que se sucederam a esse primeiro contato; (iii) das minutas dos termos de acordo que foram trocados entre as partes e que resultaram na versão final do termo de acordo. Enfim, somente o exame apurado de todo processo de negociação poderá atestar ou não a voluntariedade da colaboração.

Vale destacar que não estão sendo raras, no âmbito da chamada Operação Lava Jato, as suspeitas de que alguns dos colaboradores – dentre as dezenas que já formalizaram acordo com o Ministério Público – estão sendo movidos por interesses que não o de exclusivamente esclarecer a verdade. As mudanças radicais de versões, as repentinas "lembranças" de fatos não relatados inicialmente, as constantes divergências entre dois delatores acerca de um mesmo fato, são apenas alguns exemplos que vêm corroborar essas suspeitas.

A Lei 12.850/2013 estabelece, ainda, que na fase de negociação o colaborador deverá estar sempre assistido por seu advogado. Ocorre que essa verificação, por óbvio, somente pode ser aferida se houver o registro de todas as tratativas realizadas durante a negociação.

Quanto a este ponto também não faltam rumores, igualmente na Operação Lava Jato, de assédio a investigados que estão encarcerados preventivamente, portanto em situação de fragilidade emocional e sem contato livre e constante com os seus defensores, para que firmem acordos de colaboração.

As constantes substituições dos advogados originalmente constituídos por outros "*especializados em delação premiada*", alguns dos quais perto de atingir a marca de uma dezena de delatores – muitos desses com interesses diametralmente opostos, defendendo o mesmo advogado tanto o "*delator*" como o "*delatado*" – apenas atesta a necessidade de mecanismos que permitam um controle apurado, tanto pelas defesas como pelo próprio Poder Judiciário, das tratativas que resultam na celebração do acordo de colaboração. O registro detalhado de todos os atos preparatórios ao acordo é o mínimo para que sejam asseguradas as garantias aos direitos fundamentais dos demais investigados e, inclusive, dos próprios colaboradores.

Vale destacar que no direito comparado, em especial no processo penal norte-americano – que há muito tempo se utiliza de réus colaboradores e no qual o legislador pátrio buscou inspiração – não há dúvidas quanto à obrigatoriedade de compartilhamento, com a defesa dos acusados, das informações obtidas na fase de negociação.

Na fase processual de *discovery*, a promotoria tem o dever de apresentar à defesa todos os elementos informativos e probatórios do qual se valeu para formar a acusação, dentre eles os registros detalhados de todas as tratativas feitas com os seus colaboradores. Para se ter ideia da amplitude das informações que devem ser compartilhadas, basta destacar que o Judiciário norte-americano tem assegurado às defesas o acesso, inclusive, às anotações pessoais dos promotores feitas nas reuniões com os colaboradores. Enfim, algo muito diferente – e distante – do que vem sendo garantido aos acusados e suas defesas no âmbito dos processos criminais que tramitam na justiça brasileira.

Infelizmente, na nossa realidade judicial os termos de colaboração não vêm instruídos com qualquer registro das tratativas prévias à sua formalização. Tal conduta, como demonstrado *supra*, viola o devido processo legal, pois impede o exercício efetivo da ampla defesa e do contraditório. Por tal razão, faz-se necessário e urgente que no momento da homologação dos acordos de colaboração, os juízes passem a exigir dos órgãos de

acusação a apresentação de todo material produzido durante a fase de negociação, providência esta que além de assegurar o respeito aos direitos dos acusados, permitirá, inclusive, que os magistrados profiram suas decisões, pela homologação ou não do acordo, de forma melhor embasada.

Notas

(1) O Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508, rel. Min. Marco Aurélio Mello, questionando a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 12.850/2013 que autorizam a celebração de acordo de colaboração pela autoridade policial, sem a participação do Ministério Público.

(2) "*Art. 9.º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.*"

Alexandre José Garcia de Souza
Bacharel em Direito pelo UniCEUB, em Brasília – DF.
Associado ao IBCCRIM.
Advogado criminalista.

O grande encarceramento: só a descriminalização "salva"

Francisco de Assis de França Júnior

O desenvolvimento da história humana é marcado por todo tipo de conflitos, muitos dos quais se transformaram em guerras sangrentas e emblemáticas.(1) Não cabe enumerá-las aqui, mas a dinâmica social moderna acabou moldada na direção da tentativa de pacificação. Longe de, neste exato momento, usufruirmos de um ambiente livre de conflitos, muito menos, livre de guerras, mas haveremos de reconhecer que a frequência e a natureza agora são outras, embora seja amplificada pelos nossos mecanismos de captação de informações, dando-se especial destaque ao papel da mídia nesse processo.(2) O fato é que a industrialização e, por consequência, os avanços tecnológicos, acabaram por intensificar as críticas e as inconveniências da utilização de formas rudimentares (e usuais) de administração dos conflitos. O foco voltava-se ao lucro, na manutenção de melhores condições de vida, na disseminação da sensação de segurança, ou seja, num ambiente que permitisse, àquela altura (meados do séc. XVIII), o sólido desenvolvimento do mercado.

As novas circunstâncias exigiam uma postura mais proativa, a estruturação de um ambiente mais civilizado e vocacionado, sobretudo, para a *prevenção*. Um daqueles conselhos reverberados pelo *senso comum*(3) nos dirá que é "melhor prevenir do que remediar". Daí que, era preciso saber lidar com os *riscos*(4) que se avolumavam com as novas descobertas. Com a contemporaneidade, dirá **Susana Aires de Sousa**,(5) "*o risco ganha novos contornos e surge agora como uma ameaça à qualidade de vida e à subsistência da própria vida humana*". Antecipar-se e dissipá-los, tanto quanto possível, não era mera opção, mas uma necessidade. Assim, ainda com a já mencionada autora portuguesa, "*a aceitação do desafio interposto pelo risco constitui desde sempre uma condição necessária ao progresso da humanidade*". É, portanto, nesse contexto que, *grosso modo*, o Direito Penal, por seu potencial de *chamar à atenção*, pela *ameaça* direta à liberdade ambulatorial, acabou ganhando cada vez mais espaço entre os instrumentos formais de controle social.

A ideia de que o uso do Direito Penal e, dentro dele, da privação da liberdade, seriam eficazes na tentativa de se antecipar às consequências da concretização dos *riscos* se disseminou em praticamente todos os países do globo, mas se deu com especial intensidade naqueles marginalizados socioeconomicamente, mais suscetíveis, por exemplo, aos postulados norte-americanos da "tolerância zero". Arvoraram-se nossas autoridades constituídas contemporâneas na construção de um verdadeiro "Estado da prevenção".(6) Diante do medo generalizado de vitimização e das naturais frustrações por conta das promessas de justiça social não cumpridas, alguns *sacrifícios* eram (e ainda são) anunciados (e aceitos) como necessários. Alargam-se, para sermos bem sucintos, as portas de entrada dos cárceres,(7) enrijece-se o trato com o preso,(8) obstaculiza-se o acesso a instrumentos democráticos de defesa e manutenção da liberdade,(9) amplificam-se os estigmas durante o contato com o sistema criminal.(10) São estas, portanto, algumas das fórmulas "inovadoras" mais (cobradas e) disseminadas contemporaneamente pelos prestigiados programas policiais, principais porta-vozes do senso comum agressivo.

Essa ideologia beligerante e encarceradora encontrou, desde o início, terreno fértil em *terrae brasilis*. A coroa portuguesa, durante séculos, utilizou-se dos "indesejáveis" para *povoar* as terras "descobertas". O banimento ou degredo para o Brasil, lembra-nos **Geraldo Pieroni**,(11) "*era uma das penalidades mais severas da época, só não era mais grave que a pena de morte e a condenação às galés*". Nesse passo, a fervorosa crença de que é o Direito Penal, bem como o cárcere, a solução para o fenômeno da criminalidade é, antes de tudo, um sintoma claro de nossa formação sócio-político-cultural. Os que se atrevem a tentar demonstrar que o incremento da repressão não têm arrefecido a sensação de insegurança, nem diminuído a quantidade de conflitos, acabam de alguma forma *marginalizados* pelas instituições oficias de controle.(12) Hereges, portanto – para que não percamos de vista a influência dos postulados judaico-cristãos na construção desse ideário de culpa e de punição ainda pujante –, são os que não professam a fé no grande encarceramento.

O argumento simplório do cárcere como panaceia para todos os problemas da criminalidade, tão disseminado e acreditado quanto o eficiente *marketing* da indústria de medicamentos para dores de cabeça (como, por exemplo, no bordão "tomou doril a dor sumiu"), contrasta com a natureza dos conflitos *hipercomplexos* de nossa atual sociedade. Não há, diga-se agora o óbvio, *uma* causa única

para a incidência da criminalidade (não é, por exemplo, a falta de cárcere), tampouco uma espécie de pílula milagrosa que possa dela dar conta. Logo, o *fenômeno* multifacetado da criminalidade há de ser trabalhado respeitando-se suas características, sem tentarmos, portanto, subvertê-las, ou seja, com a ideia de que somente a observação e a articulação das múltiplas variáveis que a compõem nos permitirá encontrar alternativas verdadeiramente eficazes, além de menos invasivas e, portanto, mais condizentes com um ambiente substancialmente democrático que intencionamos implantar.

No entanto, esse caldo cultural autoritário no Brasil, apesar do marco teórico constitucional e convencional dito essencialmente "cidadão", tem resistido aos postulados de mudança de viés libertário, estes, aliás, atribuídos geralmente aos "esquerdistas", dirão alguns dos *iluminados* mais entusiasmados. Quando expostos às contradições, os empreendedores desse expansivo e incoerente sistema punitivo, constrangidos publicamente pela absoluta falta de comprovação empírica do que professam (não seria essa justamente a ideia de *fé*?), quando ameaçados, articulam-se no sentido de camuflar (as mesmas) fórmulas – não raramente sob o rótulo da "novidade", da "mudança", da "renovação" –, para que se possibilite, parafraseando **Sartre**,[13] que as coisas continuem exatamente como estão. Daí nos ser permitido começar a compreender uma das razões da não diminuição da população carcerária brasileira, apesar das medidas (anunciadas como desencarceradoras) instituídas ao longo das últimas décadas.

Algumas dessas iniciativas mais *emblemáticas* levadas a efeito com o intuito de tentar arrefecer o apetite encarcerador estatal (segundo o relatório do Departamento Penitenciário Nacional – Depen, entre 1995 e 2010, "*o Brasil registrou, entre os cinquenta países com maior população prisional, a segunda maior variação na taxa de aprisionamento, com um crescimento na ordem de 136%. Apenas na Indonésia o ritmo de crescimento relativo da população prisional foi maior do que no Brasil*"),[14] tais como, por exemplo, os *Juizados Especiais Criminais* (Lei 9.099/1995), as *penas alternativas* (Lei 9.714/1998), as *medidas cautelares* (Lei 12.403/2011) e as *audiências de custódia* (Resolução do CNJ 213/2015), além das decisões do Supremo Tribunal Federal (*HC* 97.256/RS; *HC* 104.339/SP; *HC* 118.533/MS), sequer tiveram algum impacto significativo na curva carcerária histórica e acentuadamente ascendente.

A respeito dos *Juizados Especiais Criminais*, **Hugo Leonardo**[15] diz-nos que "*o número de processos criminais nas varas comuns acabou não diminuindo*", concluindo que "*a adoção do consensualismo não resultou em uma retração do* Jus puniendi". Pior, para o autor, professor da Universidade Federal de Alagoas, "*é possível perceber a expansão da justiça penal, mesmo após a instituição dos juizados*", na verdade, "*houve a revalorização de alguns tipos penais referentes a crimes de menor danosidade social*". Ademais, **Salo de Carvalho**, em prefácio à obra de **Daniel Achutti**,[16] revela-nos que as *penas alternativas*, na prática, serviram-nos de "penas aditivas", ampliando o número de pessoas controladas; já as *medidas cautelares*, diz o autor, logo no seu primeiro ano de vigência, viram um acréscimo de 6,3% em prisões provisórias. No que toca às *audiências de custódia*, apesar de considerarmos cedo um diagnóstico seguro, um relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD,[17] sobre tais audiências realizadas em São Paulo, concluiu que "*o acompanhamento diário das audiências de custódia nos permitiu perceber que os profissionais passaram a atuar de forma automática, tornando a audiência cada vez mais célere e menos personificada, deixando de lado a necessária atenção às diferentes situações apresentadas e esquecendo que o protagonismo do ato é do custodiado*".

São entregues instrumentos rotulados como "novos" às mãos de uma sociedade (e autoridades) que mantém estruturas (ideológico-repressivas)[18] que se destinam a preservar *mentalidades velhas*. Uma retórica democrática que convive com uma camuflada prática autoritária. Assim, expandem-se sub-repticiamente os tradicionais mecanismos oficiais de punição e de controle. O resultado não poderia ser outro senão aquele que a própria história tem nos tornado evidente: os conflitos urbanos,[19] bem como a sensação de insegurança, não arrefecem significativamente. Para **Maria Lúcia Karam**,[20] "*a realidade claramente indica que o surgimento de conflitos ou de condutas negativas ou indesejáveis pouco tem a ver com o número de pessoas punidas ou com a intensidade das penas impostas*", razão pela qual – a partir de nossa perspectiva abolicionista –, sempre receberemos com aguda desconfiança os anúncios de medidas *desencarceradoras* que não passem necessariamente pela *descriminalização*.

Há, em curso, uma movimentação, sobretudo no Judiciário, anunciada como prioritariamente desencarceradora, mas que na realidade tem servido apenas para diminuir as tensões nos cárceres brasileiros já superpovoados. Nesse contexto, além dos altos índices de encarceramento físico, crescem exponencialmente aqueles de cunho eminentemente psicológico (vide o monitoramento eletrônico), "*nitidamente sinalizando a aproximação dos muitos olhos do Grande Irmão*".[21] **Maria Lúcia Karam**[22] sintetiza-nos da seguinte forma: "*Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da 'sociedade do risco', os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem-intencionados reformadores do sistema penal, não percebem os contornos da nova disciplina social, não percebem as sombrias perspectivas do controle na era digital, não percebem a nítida expansão do poder punitivo*".

De nada adianta criar *válvulas de escape* cuja porta de saída continue apontando para o campo de atuação e de influência direta do Direito Penal. Nesse sentido, qualquer que seja a alternativa criada ao desencarceramento no âmbito do próprio sistema criminal, sua utilização prática tenderá a ser colonizada (ou subvertida) pelo ideal marcadamente punitivista já sedimentado. Daí que as medidas legislativas que passamos em revista alhures, apesar da retórica democrática, não surtiram os efeitos *anunciados* (pensamos em utilizar "desejados", depois concluímos que seria ingenuidade demais de nossa parte). Para conter o gigantismo do Direito Penal, e, por consequência, o fluxo do grande encarceramento/monitoramento/controle, só um agudo processo de encurtamento (até a definitiva amputação) de seus braços. Um necessário "sinal de pare",[23] uma barreira protegendo a individualidade e a autonomia das pessoas contra a interferência estatal indevida deverá ser erigida por meio de seu verdadeiro limite: a *descriminalização*, a começar pelos crimes de perigo abstrato.

Não obstante a "boa vontade" na elaboração de medidas anunciadas como desencarceradoras, quando avaliamos, ainda que

superficialmente, o trabalho de nosso legislativo de um modo geral, é flagrante sua falta de unidade e de coerência, vez que as iniciativas que expandem o alcance do sistema criminal são consideravelmente superiores a quaisquer outras. Veja-se, como sucinto exemplo, o Projeto de Lei do Senado da República 236/2012, que trata do novo Código Penal, prevendo o fim do *livramento condicional*, o fim da *suspensão condicional da pena*, bem como regras mais rígidas para a *progressão de regime*. Por fim, mas não por último, o Projeto de Lei do Senado da República 513/2013, que altera a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), traz exigência grave à ampliação de prestação jurisdicional, condicionando a criação de novas comarcas à construção de cadeias públicas. Imaginar, portanto, que por meio do próprio Direito Penal há de se reverter esse fluxo de encarceramento/monitoramento/controle, é de uma ingenuidade ímpar. Utilizá-lo para tal, na perspectiva abolicionista, é lhe dar certa legitimidade.

O discurso (ainda) hegemônico da "necessidade" do Direito Penal e, por consequência, do cárcere, mesmo com todas as experiências traumáticas dos *anos de chumbo* no Brasil, também nos parece ter capturado a Constituição Federal de 1988. A mentalidade punitiva esteve, portanto, marcadamente presente nos trabalhos da constituinte. Segundo **Luciano Feldens**,[24] nossa Constituição, *"por quase uma centena de vezes utiliza-se de expressões que dizem diretamente com o Direito Penal, a saber: a) em quarenta e sete vezes lança mão da expressão* ***crime(s);*** *b) em dez vezes, dos termos* ***infrações*** *ou* ***infrações penais;*** *c) em duas vezes, da terminologia* ***punir*** *ou* ***punição;*** *d) em nove vezes, da palavra* ***prisão;*** *e) em outras nove, da expressão* ***preso;*** *f) em onze oportunidades cogita das expressões* ***penal*** *ou* ***penalmente,*** *e g) em oito situações exterioriza o termo* ***criminal.*** *Afora isso, expressões como* ***acusado, processado*** *e* ***sentenciado,*** *alguma ou outra vez aplicável também ao processo administrativo, igualmente permeia o texto constitucional"*.

O cenário brasileiro, portanto, em todos os níveis (Executivo, Legislativo e Judiciário), está envolto numa cultura marcadamente punitivista, como não nos permite esquecer a análise de **Salo de Carvalho**[25] em obra dedicada ao grande encarceramento. O que quer que seja proposto como instrumento desencarcerador, tenderá a ser subvertido para atender aos postulados punitivistas. Justamente por isso que não vislumbramos alternativa à reversão desse acentuado movimento senão por intermédio da *descriminalização*.

Por fim, é possível dizer que não há qualquer progresso significativo nas últimas décadas com as anunciadas iniciativas ditas de desencarceradoras. Curiosamente, são os espasmódicos mutirões do Judiciário – flagrante demonstração de sua própria ineficiência na guarda dos direitos e garantias fundamentais –, que têm nos servido de maneira mais eficiente nesse sentido. De todo modo, não é tentando impor determinadas medidas ao sistema criminal que o conseguiremos deter, mas lhe retirando completamente a possibilidade de incidir sobre os conflitos. **Malcom X**, por exemplo, citado por **Carl Hart** no 21.º Congresso Internacional de Ciências Criminais, organizado pelo IBCCRIM em 2015, deixa-nos, para concluirmos, uma lição esclarecedora: "*Se cravarem vinte centímetros de uma faca nas minhas costas e depois puxarem quinze centímetros, não houve progresso... progresso significa curar a ferida*", o que só se conseguirá com sua retirada completa.

Notas

(1) White, Matthew. *O grande livro das coisas horríveis* – a crônica definitiva da história das 100 piores atrocidades. Trad. Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

(2) Pinker, Steven. *Os anjos bons de nossa natureza* – por que a violência diminuiu. Trad. Bernardo Joffily e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

(3) Sobre a necessidade de não se ojerizar os ensinamentos do senso comum: Santos, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

(4) Beck, Ulrich. *Sociedade de risco* – rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

(5) Sousa, Susana Aires de. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal* – contributo para uma protecção penal de interesse do consumidor. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 51-52.

(6) Sánchez, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal* – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira. São Paulo: RT, 2013. p. 165.

(7) Veja-se a curva histórica e acentuadamente ascendente da população carcerária brasileira.

(8) Vejam-se, por exemplo, o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, instituído pela Lei 10.792/2003, bem como os procedimentos levados a cabo pelos inúmeros Centros de Detenção Provisória – CDPs espalhados pelo país. Devo esta última citação ao advogado capixaba Gilvan Vitorino.

(9) Vejam-se as recentes manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *HC* 126.292, originário do Estado de São Paulo, permitindo cumprimento de sentença penal antes do trânsito em julgado.

(10) Vejam-se, por exemplo, o uso desmedido das algemas, apesar da Súmula Vinculante 11, e as famigeradas apresentações de presos à imprensa.

(11) Pieroni, Geraldo. *Os excluídos do reino:* a inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil Colônia. 2. ed. Brasília: UnB, 2006. p. 47.

(12) Veja-se o caso emblemático de Pedro Abramovay, que deixou o Governo Federal depois de conceder uma entrevista defendendo menos repressão na problemática das drogas, o que desagradou seus superiores. Disponível em: <http://www.fenapef.org.br/31677/>. Acesso em: 31 jul. 2016.

(13) Sartre, Jean-Paul. *Crítica da razão dialética*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. 904p.

(14) Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. Levantamento Nacional de informações penitenciárias – Infopen 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2016.

(15) Santos, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 115-116.

(16) Achutti, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal* – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19.

(17) Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. *Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo*. São Paulo: IDDD, 2016. p. 79. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2016.

(18) Althusser, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado:* notas sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE). 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

(19) Apesar de, como dissemos no início, não convivermos mais com um número de guerras outrora frequente na história humana, a dinâmica social moderna, dada a competitividade imposta pelo ambiente capitalista, é rica em conflitos locais, que aqui denominados *urbanos*.

(20) Karam, Maria Lúcia. *A privação da liberdade*: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 7, p. 3.

(21) Karam, Maria Lúcia. Dispositivos legais desencarceradores. In: Abramovay, Pedro Vieira; Batista, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 346.

(22) Idem, p. 347.

(23) A expressão é de Sarlet, Ingo Wolfgang: *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.

(24) Feldens, Luciano. *A Constituição Penal* – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61.

(25) Carvalho, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: Abramovay, Pedro Vieira; Batista, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento.* Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 357 ss.

Francisco de Assis de França Júnior
Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal.
Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL).
Professor assistente do Laboratório do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM em Alagoas.

O nó do sistema penal: classe, raça e gênero

Mariana Lins de Carli Silva

Cada vez mais difundida, a crítica ao sistema penal e a seus efeitos nefastos ainda apresenta aspectos centrais ao debate que são de difíceis composições, como é o caso da rotulação de esquerda punitiva.[1] Que há uma contradição desenhada por demandas que se valem do incremento do poder punitivo para reconhecimento e garantia de direitos de grupos historicamente oprimidos não há dúvidas. No entanto, a dificuldade em estabelecer esse diálogo parece ter origens anteriores. A negligência de abordagem de determinadas pautas no bojo de elaborações de políticas criminais sugere que, por diversas vezes, o debate crítico sobre o sistema penal secundariza a centralidade de determinadas opressões.

A clareza sobre o desempenho articulado do racismo, do patriarcado e do neoliberalismo nas estruturas do sistema penal brasileiro parece ser a chave para começar uma construção propositiva que considere de modo não hierárquico as relações de conflitos sociais em questão. É o que ensina **Angela Davis**: *"As organizações de esquerda têm argumentado dentro de uma visão marxista e ortodoxa que a classe é a coisa mais importante. Claro que classe é importante. É preciso compreender que classe informa a raça. Mas raça, também, informa a classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas. Ninguém pode assumir a primazia de uma categoria sobre as outras"*.[2]

Uma premissa fundamental precisa ser estabelecida: as relações sociais de gênero, raça e classe são todas disputas que envolvem as relações de produção. Isso significa que a divisão social do trabalho, ainda na contemporaneidade, apresenta uma tripla dimensão – de classe, de gênero e de origem/raça. Em sua materialidade, é possível compreender uma unidade de substância das categorias socialmente construídas e historicamente imbricadas. Mesmo que para uma análise sociológica seja possível separá-las, o compromisso político de enfrentamento coerente e contra-hegemônico clama por abordagens concatenadas dessas demandas.

Danièle Kergoat desenvolve o conceito de *consubstancialidade das relações sociais*, que visualiza um nó nessas relações que não pode ser desatado no âmbito das práticas sociais. Trata-se de um *"entrecruzamento dinâmico e complexo do conjunto de relações sociais, cada uma imprimindo sua marca nas outras, ajustando-se às outras e construindo-se de maneira recíproca"*.[3] Para a autora, a multiplicidade isolada de categorias, ainda que reformuladas em intersecções pontuais, pode invisibilizar aspectos de dominação específicos da interação, e dificultar a construção de estratégias de resistência e transformação. Nesse sentido, **Heleieth Saffioti**[4] esclarece que o nó possui certa mobilidade, que neste entrelaçamento passam a apresentar uma dinâmica especial, própria do nó. As contradições que formam o nó apresentam-se de modo específico conforme as circunstâncias históricas. E é a compreensão da totalidade formada pelas três relações sociais elementares da sociedade contemporânea que pode provocar uma forma de atuação política indispensável também no âmbito da crítica ao sistema penal.

A partir da concepção de **Alessandro Baratta**, compreende-se que o sistema penal é uma conjugação de agências estatais que operam o controle social punitivo de determinados grupos da população. Seu funcionamento, notoriamente seletivo, funda-se em uma diferenciação entre imunes e criminalizados conforme a dinâmica das desigualdades de propriedade e poder.[5] A ação dos sistemas penais está localizada no momento histórico-econômico que se pretende compreender. Desse modo, com os olhos voltados ao Brasil, no contexto latino-americano, é precisa a afirmação de **Lélia Gonzalez** ao dizer que o *"racismo latino-americano é suficientemente sofisticado para manter negros e índios na condição de segmentos subordinados no interior das classes mais exploradas"*.[6] Com a memória da história escravocrata brasileira, o racismo – e o mito da democracia racial – deve ser assumido e enfrentado enquanto política de Estado para o controle e extermínio da população negra e indígena. Isso significa que a crítica ao sistema penal não pode se valer do negro como um mero personagem, mas deve conceber o racismo como seu fundamento, como afirma **Ana Luiza Pinheiro Flauzina**.[7]

Neste ponto, é interessante examinar algumas questões que permitem demonstrar a concretude do nó, tendo como central a conexão do poder punitivo e o controle das mulheres. São elas: a dupla criminalização das mulheres presas, os tipos penais de gênero e os efeitos colaterais do cárcere para as familiares de presos.

Com um aumento de 567,4% entre 2000 e 2014, a população carcerária feminina tem um crescimento superior à média referente aos homens, que, no mesmo período, foi de 220%.[8] Majoritariamente pobres e pretas, essas mulheres são consideradas duplamente violadoras, pois desobedeceram à ordem penal, no cometimento do crime, e à ordem patriarcal, já que a transgressão não faz parte do ideal feminino da passividade, docilidade, submissão. Essa é uma premissa que frequentemente guia práticas institucionais, inclusive do Poder Judiciário, que por vezes impedem a opção pela maternidade, tendo como base uma suposta incapacidade de ser uma "boa mãe" por conta da transgressão de seu papel de mulher ao ter cometido um crime.

Embora a criminalização do tráfico de drogas seja a grande responsável pelo encarceramento das mulheres, há de se ressaltar outros institutos penais centrados no controle da mulher, como os tipos penais de gênero. Com base nos papéis sociais atribuídos à mulher, principalmente enquanto mãe, o Código Penal modula crimes diretamente relacionados à fiscalização da reprodução e do exercício da maternidade. Todos são verdadeiras traduções de como o Estado busca, por meio do poder punitivo, controlar e formatar o corpo e a sexualidade das mulheres. Atualmente, são previstos como crimes próprios cujo sujeito ativo é exclusivamente uma mulher, o infanticídio[9] e o auto-abortamento.[10] A criminalização do aborto, especificamente, atinge de modo fatal cotidianamente *as* mulheres pobres e negras, pois a tipificação transfere a prática para a clandestinidade, o que gera um alto índice de morte de mulheres por procedimentos inseguros.[11]

Não suficiente, há graves efeitos colaterais do cárcere para as familiares de presos. A transcendência da pena de um familiar aprisionado é encarnada precipuamente na figura da mulher. Basta observar as filas de visitas das unidades prisionais espalhadas pelo

ANO 25 - Nº 290 - JANEIRO/2017 - ISSN 1676-3661

Brasil. São mães, companheiras, avós, irmãs, tias, trabalhadoras, negras, pobres e moradoras de regiões periféricas que, em nome da manutenção do vínculo familiar, buscam atendimento jurídico para o preso, enfrentam a distância e os procedimentos das visitas, como a humilhante revista vexatória, e gastam parte expressiva de seus salários para levar o "jumbo", produtos de higiene, roupas e comida que tenta suprir a ausência do fornecimento desses itens pela unidade prisional.

Diante desse cenário, percebe-se que o patriarcado, "*sistema com sua própria lógica, que é ao mesmo tempo maleável a mudanças históricas, em uma relação de continuidade com o capitalismo*",(12) como estabelece **Cinzia Arruza**, não é um componente acidental, mas está implicado na estrutura do sistema penal, assim como o racismo e a questão de classe. Quando mulheres familiares de presos enfrentam as dificuldades das visitas, tais como a revista vexatória e o ônus financeiro do jumbo, atuam – ao mesmo tempo – enquanto mulheres, enquanto trabalhadoras, enquanto pobres, enquanto negras, e enquanto familiares de presos. Não há como separar ou hierarquizar as categorias que compõem a materialidade.

Um ponto sensível desse nó se refere a demandas punitivas pelos grupos identitários marginalizados. De fato, as apostas punitivistas devem ser problematizadas e desvendadas. Segundo Pesquisa do Ministério da Justiça, 80% das mulheres agredidas não querem que o autor da violência seja punido com prisão.(13) Ou seja, há indícios concretos de disposição das mulheres que sofrem esse tipo de violência para construir alternativas que enfrentem essa opressão sem recorrer à ilusória proteção punitivista. É interessante notar que ao falar de violência doméstica, criminalização do aborto, familiares de presos e mulheres presas, frequentemente são as mesmas mulheres que estão em jogo – as pobres e negras. Como assevera **Vera Regina Pereira de Andrade**, "*É óbvio que somos vitimadas, mas até que ponto é produtivo, é progressista para o movimento, a reprodução dessa imagem da mulher como vítima recorrendo ao sistema penal?*".(14) Acredita-se que a consideração da palavra, da história e da centralidade das pautas dos conflitos sociais estruturantes da sociedade contemporânea, inclusive no bojo da crítica do sistema penal, sejam passos fundamentais para trilhar novos caminhos de transformação social que acabem com esse perverso nó.

Notas

(1) Karam, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, n. 1, ano 1, 1.º semestre, p. 79-92, 1996.

(2) Davis, Angela. *As mulheres negras na construção de uma nova utopia*. Artigo publicado no portal Geledés – Instituto da Mulher Negra. Disponível em:< http://www.geledes.org.br/as-mulheres-negras-na-construcao-de-uma-nova-utopia-angela-davis/ >

(3) Kergoat, Danièle. Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais. Trad. de Antonia Malta Campos. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 86, p. 100, mar. 2010.

(4) Saffioti, Heleieth Iara Bongiovani. Ontogênese e filogênese do gênero: ordem patriarcal de gênero e a violência masculina contra mulheres. Série Estudos e Ensaios. *Ciências Sociais*, p. 25-26, FLACSO – Brasil, jun. 2009.

(5) Baratta, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Trad. de Ana Lúcia Sabadell. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 6, v. 6, 1993.

(6) Gonzalez, Lélia. A categoria político-cultural da amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 93/93 p. 73, jan.-jun. 1988.

(7) Flauzina, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Brasília, 2006. p. 41.

(8) Dados do Infopen Mulheres – Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

(9) Infanticídio: "*Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos*" (CP).

(10) Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: "*Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos*" (CP).

(11) Conforme dados do Serviço de Informações Hospitalares do SUS, no ano de 2005, ocorreram 1.054.242 abortos induzidos no Brasil.

(12) Arruzza, Cinzia. Considerações sobre gênero: reabrindo o debate sobre patriarcado e/ou capitalismo. Publicado originalmente na revista *Viewpoint* e republicado com a permissão da autora. Trad. de Camila Massaro de Góes. Sem ano, p. 39.

(13) Disponível em: < http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-80-das-mulheres-nao-querem-a-prisao-do-agressor-ultimo-segundo-03052015/>. Acesso em: 27 jan. 2016.

(14) Andrade, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo X cidadania mínima – códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 122.

Mariana Lins de Carli Silva
Advogada formada pela Pontifícia Universidade de São Paulo – PUC-SP.
Pesquisadora do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC.

Necessidade do Princípio da Intervenção Mínima em um Estado Democrático de Direito

Maria Augusta Oliveira de Souza

O Direito (*lato sensu*) no Estado Liberal surgiu sob o cenário da Revolução Francesa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Diante da oposição do absolutismo reinante na época, suscitaram ideais que privilegiavam a defesa da liberdade individual, a supremacia da lei, a separação dos poderes.(1)

Muitos foram os juristas influenciadores de tais ideais. Dentre eles, destaca-se **Beccaria**, que defendia um sistema penal mais humanizado, devendo o cidadão ser protegido em face do poderio estatal.

Nessa perspectiva, restou caracterizado *o Estado Liberal de Direito*, o qual tinha como objetivos o afastamento dos

ideais transpessoais privilegiando a "coisa pública" a fim de atender aos interesses dos indivíduos (burguesia), a proteção da liberdade e propriedade individual, a regulamentação dos direitos individuais, assim como a independência dos juízes e responsabilidade estatal, a preponderância da soberania da lei (legalidade), surgindo, assim, um conceito individualista de cidadania.(2)

Reinava a concepção de que a intervenção penal era a forma mais prejudicial ao indivíduo, devendo tal interferência ser limitada, respeitando as garantias individuais de cada cidadão.

Com o passar do tempo, sob a influência dos ideais proclamados na Revolução Industrial, surgiu a necessidade de se tutelar os interesses sociais e não apenas os interesses individuais do Estado Liberal.

Diante desse quadro, o Estado passou a interferir na vida social, buscando encontrar a ideal "justiça social". O ente estatal deixou de ser alheio à sociedade, passando a se comportar como responsável em amenizar as desigualdades sociais.(3)

Acerca dessa mudança de panorama, **Salo de Carvalho** leciona: "(...) *com a alteração na estrutura do Estado liberal e sua gradual transmutação em Estado social, a perspectiva repressiva absenteísta é substituída pela intervencionalista*".(4)

Ainda, o autor destaca que para que o "Estado-providência" consiga atingir seus objetivos de segurança social foram criados novos ramos do Direito e, com isso, novos valores sociais tutelando interesses coletivos.(5) Diante disso, têm-se hoje novas matérias protegidas pelo Direito Penal, tais como: crimes econômicos, crimes ambientes, crimes falimentares, dentre outros.

Como forma de exasperar a tensão entre Estado Liberal e Estado de Direito e o conflito entre direito e política, surge o Estado Democrático de Direito, privilegiando a soberania popular.

Importante destacar que o Estado Democrático de Direito não é um rompimento com nenhuma forma de Estado anteriormente abordada. Objetiva-se o exercício democrático do poder.

A Constituição Federal brasileira de 1988 legitimou o Estado Democrático de Direito ao estabelecer valores como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político.

A intervenção penal em um Estado Democrático de Direito deve valorizar a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana, sem excluir os direitos coletivos.

Ocorre que, ao se tentar conciliar valores defendidos tanto pelo Estado Liberal como pelo Estado Social, o Estado Democrático de Direito se encontra em uma posição de indefinição. Tenta-se proteger a liberdade de todo indivíduo levando em conta os direitos sociais/coletivos, valorizando, sempre, a soberania popular. Mas na prática, qual é esta medida?

Sabe-se que a sociedade vem clamando por uma "justiça" mais tenra, forte e que aplique medidas autoritárias para combater qualquer ato de outrem que atente contra a liberdade (em sentido amplo) dos "cidadãos de bem". Ou seja, o sentido de liberdade idealizado pela própria Revolução Francesa encontra entraves para ser aplicado em toda sua extensão no atual nível de sociedade que estamos.

O sentido de liberdade é amplo e deve ser aplicado a todo e qualquer indivíduo. É verdade que não se espera que toda uma população tenha ideais abolicionistas, entretanto, para se tentar conciliar o Estado Liberal com o Estado Social, os interesses de uma sociedade devem ser considerados diante de uma corrente de interferência estatal punitiva minimalista no que tange à liberdade dos indivíduos; por outro lado, deve-se valorizar a interferência estatal de forma abrangente em toda situação que haja degradação ou prejuízo da dignidade da pessoa humana, sem excluir qualquer indivíduo.

O controle social penal é exercido conforme os valores e interesses considerados em face da realidade social. Em que pese a dificuldade encontrada em muitos países (sobremaneira nos países latino-americanos) de se ver o respeito pelos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Intervenção Mínima deve ser um dos pilares do Direito Penal.

Assim, apenas uma política criminal que priorize a intervenção mínima punitiva do Estado é capaz de fazer jus à real integração entre os ideais anteriormente preconizados. A defesa pelos valores consagrados no Estado Democrático constitui a razão de se buscar a intervenção mínima.

"*A liberdade individual, estampada sob variadas formas* (...), *é o paradigma da sociedade democrática, regrada por leis. Destarte, as infrações às normas postas merecem ser coibidas por inúmeros instrumentos jurídicos extrapenais, antes que se possa lançar mão da* ultima ratio *(última hipótese), identificada no Direito Penal.* ***O equilíbrio entre liberdade e punição penal, modelado pela razoabilidade e pela proporcionalidade, constitui o demonstrativo eficaz de que se cultua e respeita o Estado Democrático de Direito, nos parâmetros delineados pelo art. 1.º da Constituição Federal***" (destaquei).(6)

Ressalta-se que o aludido princípio tem como efeito de sua aplicação a não criminalização de condutas, diversamente do que muitos entendem como não penalização.

O Estado Democrático de Direito pode sobreviver em um universo que clama por autoritarismos. Basta um Estado que clame por seus ideais e fundamentos.

Notas

(1) Milanese, *Pablo. Postulados do liberalismo no direito penal de hoje: a atualidade do pensamento de Beccaria.* Disponível em: <http://www.milanesesebastiao.com.br/Public/pdf/Artigos/Pablo/artigo2.pdf>. Acesso em: maio 2014.

(2) Copetti, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 53-54.

(3) Abraão, Eduardo Pião Ortiz. *Bem jurídico penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social.* Disponível em: <http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos10.pdf>. Acesso em: maio 2014.

(4) Carvalho, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

(5) Idem, p. 180.

(6) Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral: parte especial. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188-189.

Maria Augusta Oliveira de Souza
Mestranda em Direito Econômico
e Desenvolvimento (PUCPR).
Professora de Processo Penal (FACEAR).
Advogada Criminal.


Feliz
2017
O IBCCRIM agradece seu prestígio e deseja a todos os associados, amigos e parceiros, um ano novo repleto de realizações e conquistas!
IBCCRIM