ANO 25 - Nº 294 - MAIO/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

EDITORIAL

Pela definitiva extinção das casas dos horrores

Simão Bacamarte, o alienista do conto de Machado de Assis, voltou da Europa para a pequena Itaguaí após estudar psiquiatria, imaginando que a loucura fosse uma pequena ilha no oceano da razão. Com o tempo, descobriu tratar-se de um verdadeiro continente e, por isso, internou quatro quintos da população da cidade no asilo para loucos por ele inaugurado, chamado Casa Verde.

Bacamarte expressa, com rara precisão, o "Zeitgeist" do modelo psiquiátrico clássico em matéria de saúde mental no final do século XIX. No que diz com a loucura, a internação em instituições totais de modelo manicomial era a regra.

Hoje, em pleno século XXI, a ideia de que o paciente psiquiátrico é sujeito de direitos transformou o modelo de saúde mental a partir de novas possibilidades. A reestruturação da atenção psiquiátrica tem como pilares o atendimento comunitário, descentralizado, participativo, integral, contínuo e preventivo. Nesse contexto, a reforma psiquiátrica surgiu como resistência ao modo manicomial de tratar a loucura, contra a lógica hospitalocêntrica inocuizadora e excludente.

A etiologia da doença mental, antes focada no conceito de ausência de doença, hoje é enfrentada de forma mais ampla: saúde significa bem estar biológico, psicológico e social. O tratamento abrange equipe multiprofissional e envolve não apenas o paciente, mas as pessoas com quem se relaciona, dentro do objetivo de preservar sua manutenção em seu meio social. A regra é o tratamento ambulatorial, reservando-se a internação – sempre em hospitais gerais ou centros de atenção psicossociais (CAPS) – apenas quando os recursos menos violadores de direitos se mostrarem insuficientes e pelo menor período possível para estabilização do quadro.

Nesse sentido, a Lei 10.216/01 (Lei Antimanicomial), que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, representa importante passo rumo à construção de uma política pública respeitadora dos direitos humanos.

A lógica do confinamento e da exclusão ainda persiste. A desconstrução da política nacional de atendimento à saúde mental é um objetivo de setores com grande influência, que colocam a possibilidade de lucro ou expansão de sua própria incidência política acima do objetivo de promoção da inclusão social do paciente psiquiátrico.

Nesse sentido, a Resolução 01/2015, do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, que passou a permitir o repasse de recursos públicos às comunidades terapêuticas e religiosas (CTs), teve sua vigência suspensa pela Justiça Federal,[1] a pedido do MPF/SP, sob o fundamento de que as CTs que acolhem, em caráter voluntário, pessoas que fazem uso problemático de substâncias psicoativas, descumprem a regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS) para atendimento, como assistência integral, incluindo serviços médicos, de assistência social e psicológica. Segundo nota divulgada pelo MPF, a "*falta de fiscalização nestas entidades propicia a ocorrência de violações de direitos humanos, com casos já registrados de desrespeito à liberdade religiosa, trabalho forçado, bem como tortura e cárcere privado*".[2] Logo após a prolação de mencionada decisão judicial, a Secretaria de Atenção à Saúde, vinculada ao Ministério da Saúde, editou a Portaria 1.482, de 2016, por meio da qual as CTs foram consideradas elegíveis ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, como "*polo de prevenção de doenças e agravos e promoção da saúde*", o que tornou possível, novamente, o repasse de recursos públicos a referidas instituições.

Se as tentativas de retrocesso no que toca à política de atenção à saúde mental são normalmente alvo de intensa e eficiente mobilização social pelos defensores da luta antimanicomial, há um âmbito, contudo, no qual as políticas de atenção ao paciente psiquiátrico permanecem sob a égide da lógica de confinamento do século XIX, sem grande resistência: os manicômios judiciários.

O paciente psiquiátrico criminalizado, aquele que acessa o aparato público de tratamento por via da Justiça Criminal, não é entendido pelas instituições como sujeito dos direitos previstos na Lei 10.216/01, muito embora essa lei seja expressa em determinar que seus dispositivos são aplicáveis a todo e qualquer indivíduo submetido a tratamento no âmbito da saúde mental.

Os manicômios judiciários, assim, dada a resistência dos operadores do direito em aplicar a Lei Antimanicomial, permanecem sendo regidos pela Parte Geral do Código Penal e pela LEP, de 1984, de forma absurdamente dissociada de padrões mínimos de qualidade do atendimento. Como exemplo, cita-se o período mínimo de internação de um a três anos em manicômio como medida obrigatória, sempre que houver absolvição imprópria por fato análogo a crime punido com pena de reclusão, estando a desinternação condicionada à comprovação de "*cessação da periculosidade*". Assim, pela lógica do Código Penal, ainda que existam julgados relativizando essa previsão completamente desarrazoada, é obrigatória a internação em manicômio, por prazo mínimo de um ano, de alguém com transtorno mental que tenha praticado, por exemplo, um furto simples. Verifica-se, portanto, que a presença de transtorno mental, pela lógica da lei penal, agrava infinitamente a posição da pessoa criminalizada, impondo a obrigatoriedade de confinamento compulsório independentemente do quadro clínico do paciente, por período inaceitavelmente longo. A aferição de cessação de periculosidade, por sua vez, exigida pela lei, redunda na abertura de espaço para o subjetivismo do técnico, já que o conceito de "periculosidade" carece de cientificidade, sendo apenas uma palavra inventada para justificar o confinamento.[3] Nesse passo, a avaliação técnica passa a ser dominada pelos preconceitos sociais, raciais e econômicos que, no mais, embasam toda a seletividade do sistema penal.

É mais que urgente o fechamento dos Manicômios Judiciários e a reorientação das medidas de segurança para atendimento pelo SUS, ficando a internação adstrita às necessidades do caso clínico, mediante avaliação de equipe multiprofissional e laudo médico. Os Manicômios Judiciários, nomeados como Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico pela LEP e pelo Código Penal, são instituições asilares, proibidas pela Lei 10.216/2001, de vigência posterior.

| Caderno de Doutrina

Direito Penal perigoso ou, afinal, perigoso é mesmo o louco?
Haroldo Caetano ____ 3

A ADPF 442, dignidade das mulheres, democracia e o STF
Luciana Boiteux ____ 5

Lei de Drogas: uma proposta de avaliação
Luiz Guilherme Mendes de Paiva ____ 7

Restrições indevidas ao *habeas corpus* e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores
Lucas Andrey Battini e
Luiz Antonio Borri ____ 9

Critérios e limites para a responsabilização penal dos gestores empresariais
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa e
Leo Maciel Junqueira Ribeiro ____ 10

A inaplicabilidade da presunção de inocência nos crimes dolosos contra a vida
Fábio Rocha de Oliveira ____ 12

"Proibidões": um olhar da criminologia cultural sobre o funk no Brasil
Luísa Nami Godoy ____ 14

A insustentável criminalização das obscenidades
Francisco de Assis de França Júnior ____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça ____ 2021

Antecipação de prova testemunhal e a perspectiva do *RHC* 64.086: mais uma vez sobre a finalidade do processo
Aury Lopes Jr. e Vitor Paczek

Supremo Tribunal Federal ____ 2024

Decisões do Júri e prisão imediata do réu
Ronaldo Batista Pinto

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2025
Superior Tribunal de Justiça ____ 2026
Tribunais Regionais Federais ____ 2027
Tribunais de Justiça ____ 2028

Ou seja, são instituições ilegais, onde a medicalização desenfreada e a segregação não servem para nada além da completa destruição da dignidade do paciente.

Experiências como o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), implementado em Goiás, onde a lógica manicomial foi substituída pelo encaminhamento dos pacientes aos aparelhos do SUS, demonstram resultados impressionantes, com a redução do índice de reincidência a níveis impensáveis para os Estados que permanecem insistindo nas "casas dos horrores".

Em suas "16 medidas de combate ao encarceramento em massa", o IBCCRIM e instituições parceiras propuseram, nos moldes do PAILI, a alteração da legislação para promover o redirecionamento ao SUS das medidas de segurança, harmonizando sua disciplina e a Lei 10.216/01. Intencionamos, assim, poder contribuir com a Luta Antimanicomial, esperançosos de que, em não muito tempo, as casas da loucura e dos horrores tornem-se não mais que uma triste página da história do Brasil.

Notas

(1) Autos da Ação Civil Pública 0014992-18.2016.403.6100, que tramita na 20ª Vara Federal de São Paulo. A decisão de antecipação da tutela foi proferida em agosto de 2016.

(2) Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2016/agosto/justica-suspendenorma-do-conad-sobre-recursos-a-comunidades-terapeuticas/>, acesso em 18/4/17.

(3) Em pesquisa que teve como objeto o estudo de laudos de cessação de periculosidade de pacientes submetidos a medida de segurança, Cristina Rauter (Criminologia e subjetividade no Brasil, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97-98) conclui: "*O que podemos facilmente verificar é que também os exames de cessação de periculosidade compartilham da ideologia posta em ação desde a fase policial (no reconhecimento do crime e do criminoso) até a fase judicial: pune-se e julga-se muito mais um indivíduo em função de sua classe social do que em função de seu crime. Segundo tal concepção, quem é o criminoso? Alguém pobre, negro, favelado, analfabeto, rude e não tanto alguém que matou ou furtou, simplesmente*".

16 MEDIDAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Propostas do bloco V: Código de Processo Penal

Se a situação carcerária brasileira já era dramática há muito tempo, o primeiro amanhecer de 2017 escancarou de maneira grotesca a bruta realidade de nossas prisões.

Atualmente com a quarta população carcerária do mundo, que cresce em percentuais preocupantes nas últimas décadas, o Brasil deveria se envergonhar não só por possuir essa massa de presos (e diz-se *massa* pois é assim que o sistema infelizmente os trata, como números e não como pessoas), mas também por ostentar quase metade de encarcerados presos a título provisório.

Nesse contexto, no intuito de propor soluções para a redução do encarceramento em massa, o IBCCRIM, em conjunto com a Pastoral Carcerária Nacional (CNBB), a Associação Juízes para a Democracia (AJD) e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília (CEDD/UNB), elaborou as *16 propostas contra o encarceramento em massa*.

Tais propostas foram formalmente apresentadas no último dia 12 de abril ao presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, Dep. Fed. Rodrigo Pacheco (PMDB-MG) e a presidenta da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (DDH) do Senado Federal, Sen. Regina Sousa. Daí se seguiram atos públicos de lançamentos ocorridos em Curitiba e em São Paulo e, em breve, serão realizados debates em outras cidades do país. Até o momento, 54 organizações subscrevem o Caderno de Propostas Legislativas e, o mais importante, seis propostas foram encampadas pelos Senadores Valdir Raupp e Antonio Carlos Valadares, que as apresentaram ao Senado Federal em forma de projetos de lei.(1)

Com o intuito de divulgar as medidas perante os associados do Instituto, faremos uma breve explanação delas em textos publicados no boletim – sem prejuízo do acesso à sua íntegra no *site* do IBCCRIM: https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017.

No "bloco V", propõem-se 9 medidas para melhor conformação do processo penal – principalmente tendo em vista que quase metade da população carcerária está presa a título provisório.

Nesse contexto, pela proposta nº 14 sugerem-se profundas alterações nos requisitos para a lavratura da prisão em flagrante, notadamente por se exigir a presença de duas testemunhas presenciais à infração, sob pena de, em sua ausência, o auto de prisão em flagrante ser considerado mera notícia do fato. Na mesma linha, *na hipótese das testemunhas presenciais serem os agentes públicos responsáveis pela prisão, o imputado não poderá permanecer preso*, devendo ser colocado em liberdade.

Também nessa proposta são sugeridas alterações para tornar mais rígidas as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e, também, de sua fundamentação. Outra inovação importante é a previsão do *prazo máximo de 60 dias de duração da prisão preventiva*, que somente poderá ser renovado "*com fundamento em fatos novos, devidamente demonstrados nos autos, com prévia oitiva do imputado que se encontre preso*", observado o limite total de 6 meses.

Por sua vez, a proposta nº 13 busca, por um lado, estabelecer a nulidade do flagrante preparado (isto é, provocado por terceiros) e, por outro, positivar em lei a obrigatoriedade da audiência de custódia, como instrumento necessário ao controle das prisões em flagrante delito e ao combate e prevenção à tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes que podem ser cometidos por agentes do Estado no momento da prisão.

No âmbito da investigação policial, destacam-se as propostas nºs 6, 8 e 9, que tratam, respectivamente, do juiz das garantias, da regulamentação do interrogatório policial e do prazo para investigação.

Pela proposta nº 6, sugere-se a inclusão de um capítulo no CPP para estabelecer e disciplinar a figura do *juiz de garantias*, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado. Com isso, separa-se a atuação de um juiz durante a fase de investigação e de outro juiz durante o julgamento de mérito do caso (na hipótese de haver ação penal), justamente para que esse segundo magistrado não se veja influenciado pelo prévio contato com os elementos de informação colhidos durante o inquérito policial.

A proposta nº 8 (que foi recentemente apresentada ao Senado por meio do PLS 113/2017) busca disciplinar o interrogatório realizado em sede policial, por meio da inserção dos arts. 14-A a 14-H no CPP. De toda a regulamentação sugerida, destacam-se: i) a expressa previsão de que *é direito do imputado ser ouvido antes de concluída a investigação, sempre na presença de seu defensor*; ii) a *imprescindibilidade de assistência de advogado ou defensor público no interrogatório colhido em caso de flagrante delito*, de modo que, em caso de ausência de defensor, o auto de prisão em flagrante será lavrado e encaminhado ao juiz sem o interrogatório do conduzido; iii) a *obrigatoriedade da autoridade policial informar o imputado de seus direitos antes do interrogatório* (dentre eles, do direito de permanecer em silêncio e de que o silêncio não importará confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa).

Já a proposta nº 9 fixa o *prazo máximo de 720 dias para a duração do inquérito policial*, ao fim do qual *os autos do inquérito serão encaminhados ao juiz para arquivamento*. Prevê-se a excepcional prorrogação do inquérito por 30 dias, mediante decisão judicial, em face da complexidade da investigação e se constatado o empenho da autoridade policial. Também essa proposta foi apresentada ao Senado Federal, por meio do PLS 119/2017.

Especificamente quanto à ação penal, tem-se a proposta nº 11 (transformada no PLS 12/2017), que inova no art. 155 do CPP ao estabelecer que "*não é válida a decisão proferida com fundamento exclusivo nas informações prestadas pelos responsáveis pela prisão, condução e custódia do imputado*".

No que tange aos meios de obtenção de prova, importante alteração é sugerida na proposta nº 7, que disciplina com maior rigidez o conteúdo do mandado de busca e apreensão, para que seja *expressamente motivado, com apresentação dos motivos concretos que tornaram a medida imprescindível*. Se o mandado não estiver suficientemente motivado, prevê-se a sanção processual de *invalidade* da fonte de prova eventualmente obtida com a diligência.

Ainda no contexto de provas, sugere-se, na proposta nº 12, que extingue a hipótese de condução coercitiva em desfavor do imputado. Pretende-se a modificação do art. 260 do CPP, para que se preveja, em primeiro lugar, que, em caso de não atendimento à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que não possa ser realizado sem o imputado, a autoridade o intimará, na pessoa de seu defensor, para que apresente os motivos de sua ausência. E, com ou sem a apresentação dos motivos, a autoridade determinará, se o caso, o regular seguimento da persecução penal – de modo que em hipótese nenhuma poderá determinar a condução coercitiva.

Por fim, pela proposta nº 10, altera-se o art. 20 do CPP, a fim de respeitar os direitos de imagem e de intimidade do investigado e, assim, impedir situações de vexatória exposição pública do imputado e dos demais envolvidos nos fatos investigados. Ademais, estabelece-se a responsabilidade pessoal da autoridade de polícia judiciária que, em desatenção ao comando legal, não impedir tal exposição aos meios de comunicação.

Nota

(1) As propostas foram apresentadas ao Senado Federal pelos Projetos de Lei do Senado (PLS) nºs 113, 114, 115, 118 (Sen. Valdir Raupp), 119 e 121 (Sen. Antonio Carlos Valadares), todos de 2017.

Renato Stanziola Vieira
Diretor do IBCCRIM.

ANO 25 - Nº 294 - MAIO/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim

Direito Penal perigoso ou, afinal, perigoso é mesmo o louco?

Haroldo Caetano

Mi vida va prohibida
Dice la autoridad
Manu Chao

Introdução

Na Escola Clássica, o poder do homem de tomar decisões segundo o próprio discernimento, o seu livre-arbítrio, dá fundamento ao Direito Penal, sendo a liberdade individual a base para o funcionamento de todo o sistema punitivo. O crime é um *ente jurídico* e a culpabilidade constitui o pressuposto para imposição da pena, que deve ser proporcional à gravidade da infração. Não é possível punir além da gravidade do delito praticado, sequer por motivações preventivas, porque a dignidade humana se opõe a que o indivíduo seja utilizado como instrumento voltado à consecução de fins sociais de prevenção a ele transcendentes.(1) É que por trás das formulações de Kant e Hegel, bases filosóficas do retribucionismo, a proporcionalidade entre a pena e a conduta ilícita revela uma garantia em favor do indivíduo.

Entretanto, a ideia de livre-arbítrio, essencial para a Escola Clássica, é negada radicalmente pelos positivistas. Para a Escola Positiva, de raiz determinista, o homem não governa suas próprias ações e não tem liberdade de agir, condicionado que é por diversos fatores, de tal sorte que a escolha, diante da opção aparentemente livre, seria resultante daqueles fatores.(2)

Para o positivismo criminológico, a infração penal é expressão sintomática de uma personalidade antissocial, anormal e perigosa. Reflexo de uma doença ou de uma anomalia, o crime não deve ter como resposta uma sanção de natureza retributiva. A pena ganha, pois, a companhia da medida de segurança, de caráter preventivo, capaz de alcançar os objetivos da correção, da educação, da inocuização e da cura, que irão proporcionar a readaptação do delinquente à vida em sociedade. Se, por um lado, a culpabilidade é premissa fundamental de aplicação da pena, será a *periculosidade*, por outro, o pressuposto para a imposição da medida de segurança.

Periculosidade: em busca de um conceito

Sebastián Soler evidencia as dificuldades conceituais enfrentadas nas várias formulações propostas para a periculosidade. Para **Filippo Grispigni**, periculosidade é *"a relevante capacidade de uma pessoa para cometer um crime"* ou *"a probabilidade de vir a se tornar autora do crime"*. Segundo **Jiménez de Asúa**, ela é o reflexo externo de um estado subjetivo, *"la inmanenza criminale"* que, por sua vez, expressa uma disposição orgânica tendente para o crime. Alfredo Rocco sustenta que a periculosidade não passa de um dos *efeitos psicológicos* do delito. Já o próprio **Soler** a conceitua como a *"potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas"*. Contudo, foi **Raffaele Garofalo** quem, em 1878, havia dado os contornos conceituais primitivos da periculosidade ao falar de certa *temibilidade* do agente, identificada na perversidade constante e ativa do delinquente e na quantidade de mal previsto que se deve temer por parte dele.(3)

Conceitos abertos que revelam a fragilidade da própria teoria, como também se revelaram frágeis outros mitos do positivismo criminológico. Quando apontam a periculosidade como potência, capacidade ou aptidão para causar danos, probabilidade de delinquir, tendência para o crime, ou, em sentido absolutamente diverso, como simples efeito psicológico do crime, os conceitos pouco ou quase nada dizem, pois levam à inafastável conclusão de que qualquer indivíduo carregaria consigo a periculosidade. Sob tais formulações conceituais, absolutamente precárias, todas as pessoas carregariam de forma latente os atributos característicos da periculosidade.

Foi sob tal perspectiva que **Enrico Ferri** propôs a *defesa social* como fundamento da resposta para o crime. Para ele, *"se cada delito, desde o mais leve ao mais cruel, é a expressão sintomática de uma personalidade antissocial, que é sempre mais ou menos anormal, mais ou menos perigosa, é inevitável a conclusão de que o ordenamento jurídico de defesa social repressiva não pode subordinar-se a uma pretensa normalidade ou intimibilidade ou dirigibilidade do delinquente"*.(4)

Segundo os partidários da teoria da defesa social, diante do homem determinado à prática do crime, a sociedade deve estar determinada em defender-se, não restando à pena qualquer caráter retributivo, sendo somente um meio de defesa.(5) Corolário desse entendimento, então, e diferentemente da culpabilidade, que resulta de um juízo sobre o passado e tem no próprio crime a sua razão de ser, a periculosidade remete a um olhar rumo ao porvir, para a probabilidade de o indivíduo praticar um delito no futuro.

O criminoso nato

A concepção periculosista que aponta para a necessidade de um Direito Penal destinado à prevenção em muito se sustenta na ideia do *criminoso nato*, cuja aparição aconteceu na década de 1870, com a publicação do livro *O homem delinquente*, de **Cesare Lombroso**, para quem o criminoso seria como uma variedade da espécie humana definida pela presença constante de certas características anatômicas e fisiopsicológicas,(6) uma série de estigmas que, na superfície do seu corpo, expressavam as disposições de sua alma, como indicadores de uma ferocidade original e não propriamente de uma anomalia orgânica.(7)

Depois que **Lombroso** colocou o problema do criminoso nato, não tardou para que os delinquentes fossem identificados com as pessoas com menos poder ou em situação de vulnerabilidade social, os hóspedes de sempre dos presídios que, não por acaso, constituíram o campo das pesquisas do psiquiatra italiano, as quais tiveram ampla repercussão político-criminal, rompendo com o princípio da legalidade e servindo de instrumental ideológico para a punição e controle penal dos indesejáveis.(8)

Reflexos do positivismo criminológico

Tal teoria teve desdobramentos terríveis nos campos social e político, desencadeando um verdadeiro escândalo ideológico e, ainda que **Lombroso** a tenha temperado prudentemente no decorrer de sua vida, sempre esteve circunscrita a um biologismo reacionário que culminou por servir de fundamento às teorias racistas, eugênicas e higienistas do nacional-socialismo, legitimando, assim, a perseguição das *raças inferiores*, particularmente os judeus durante a ascensão nazista na Europa. Triste fado ideológico de

ANO 25 - Nº 294 - MAIO/2017 - ISSN 1676-3661

um pensamento cuja mais difundida versão, por ironia do destino, foi proporcionada por **Lombroso**, que pertencia a uma família de judeus italianos.[9]

As doutrinas positivistas da defesa social partem dessa concepção periculosista do criminoso e levam o determinismo para o Direito Penal, que se afasta do livre-arbítrio e abraça a ideia oposta, embora também metafísica, do homem, visto como um animal desprovido de liberdade. Mais precisamente, como esclarece **Ferrajoli**, as doutrinas da defesa social representam a síntese de uma infeliz mistura das teorias de **Lombroso**, sobre o criminoso nato e sobre a natural desigualdade dos homens, com aquelas de **Spencer** acerca da sociedade enquanto organismo social e as ideias de **Darwin** a respeito da seleção e da luta pela existência, que *"se aplicadas a tal organismo, legitimam-no a defender-se das agressões externas e internas por meio de práticas socialmente profiláticas"*.[10] O delito é sintoma da personalidade antissocial do delinquente, ser antropologicamente inferior, o que autoriza a defesa social por meios que persigam a prevenção, em que penas e medidas de segurança assumem a dupla função de curar o condenado, visto como doente, e/ou neutralizá-lo em face da sua periculosidade.

A periculosidade, por seu fundamento racista, será identificada dentre os homens classificados como de pior qualidade, os degenerados, os biologicamente deficientes, que precisam ser controlados pelos que exercem o poder, pois se convertem em uma *classe social perigosa*. Essa ideologia brutal tomou conta da Europa e foi exportada para a América Latina, onde serviu para justificar o desprezo pelos índios, negros, mestiços e mulatos, os *habitantes naturais* de nossos cárceres.[11]

O positivismo criminológico frutificou com incrível intensidade. **Lombroso**, **Ferri** e **Garofalo** fizeram muitas cabeças, de forma que suas ideias continuam vivas na psiquiatria[12] e no meio jurídico,[13] como *"um fantasma que assombra não só as nossas faculdades de direito, mas também as conversas de botequim, as páginas policiais e os repórteres sensacionalistas, sem contar os políticos de extrema direita"*.[14]

O louco é perigoso apenas por ser louco?

No sistema de *duplo binário*, penas e medidas de segurança eram simultaneamente aplicáveis ao agente imputável. No Brasil, desde 1984, quando foi adotado o sistema *vicariante* pelo Código Penal, somente os indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis (CP, art. 26) passaram a ter a periculosidade presumida. É para essas duas categorias que hoje se reservam as medidas de segurança (CP, art. 97). A periculosidade é, nos termos da norma penal de agora, atributo exclusivo do louco.

Mas por que motivo o louco deve ser considerado perigoso? A construção jurídica do conceito de periculosidade, embora de frágil sustentação, é bastante refinada e exige, para sua configuração que, além de louco, o indivíduo tenha cometido uma infração penal. O indivíduo não é perigoso por ser louco, de forma que só a prática do crime pode demonstrar a sua periculosidade, esta condicionada àquela. O crime, por si só, não exprime a periculosidade, como acontecia nas revogadas disposições do *duplo binário*, da mesma forma que a loucura, unicamente, também não a determina. Para que a periculosidade seja reconhecida devem estar presentes os dois fatores: a loucura e o crime.

Afinal, o louco é perigoso?

Conforme demonstrado, a periculosidade é de conteúdo jurídico, resultante da junção de dois elementos que tentam conferir-lhe alguma sustentação conceitual: a loucura e a prática do crime. São muito frágeis os pilares dessa teoria em que a periculosidade não resulta da loucura em si, mas de uma abstração normativa que considera perigoso somente o louco que vier a cometer uma infração penal.

Originalmente o louco não era *"o"* indivíduo perigoso de que falava a Escola Positiva, de vez que a periculosidade era tida como inata ao criminoso, visto como um indivíduo que nascia fatalmente destinado à prática da infração penal, independentemente de eventual transtorno psíquico. Louco ou não, perigoso era o criminoso. Só mais tarde a periculosidade foi restringida ao louco, o que demonstra o quão flexível era – e ainda é – o conceito de periculosidade, cujo sentido pode ser modificado ao alvedrio do legislador.

Como observado, o conceito de periculosidade não é de natureza médica. É certo que **Lombroso** era médico e responsável pelos estudos que levaram à ideia do criminoso nato, o que mais tarde serviu de referência para a construção do conceito de periculosidade no campo do Direito Penal. Ocorre que suas conclusões careciam de fundamento científico (não há como indicar uma base biológica para o crime), embora tenham ganhado terreno com extrema facilidade no contexto socioeconômico da Europa do século XIX, abalada pelo aumento da pobreza e pelos temores de guerra, ambiente que exigia providências para o controle social e para a manutenção da ordem. A teoria da periculosidade surgia, então, como um estratagema, um disfarce, um embuste para o controle de populações vulneráveis.

A periculosidade tem, nos frágeis argumentos de **Lombroso**, apenas uma explicação artificial, embora sedutora para tantos. A sua difícil conceituação como predicado humano, resultante que é de uma fórmula legal, acaba por expressar, pelas suas próprias deficiências teóricas, o sofisma que representa. De fato, não há como se atribuir a um ser humano a condição de perigoso. Para ser rotulado como perigoso, o homem foi reduzido a um animal aprisionado às suas necessidades naturais e somente com base nas teorias lombrosianas é que se fez possível vincular loucura e perigo.

Vale lembrar que nem sempre o termo *periculosidade* se prestou a designar a qualidade de uma pessoa. Antes, *"podia-se usar o adjetivo perigoso como uma qualidade igual a qualquer outra, um modo de predicar situações e coisas; muito dificilmente encontraremos, nos registros anteriores ao século XIX, essa palavra usada como qualidade para predicação de pessoas"*.[15] Até então, certas situações poderiam ser rotuladas de perigosas, mas tal adjetivo não se projetava para vincular a pessoa em si, com a conotação patológica que passou a carregar na linguagem jurídica.

Direito Penal perigoso

A experiência de cem anos em que o Direito Penal tem se orientado pelo mito da periculosidade do criminoso, louco ou não, mostrou-se catastrófica e permitiu que o autoritarismo penal tomasse o lugar da legalidade no sistema punitivo. No Brasil, desde o Código Penal de 1940, com suas medidas de segurança aplicadas de forma generalizada para indivíduos imputáveis ou não, o Direito Penal perigoso causou estragos que ainda hoje se fazem presentes para além das medidas de segurança. São corriqueiras expressões como *bandido perigoso* ou *preso de alta periculosidade* tanto no sistema de justiça criminal quanto fora dele, com destaque para os meios de comunicação social, o que acaba por naturalizar no imaginário da população a ideia de que a periculosidade é, de fato, um predicado humano.

Além de dar o embasamento essencial para as medidas de segurança, a periculosidade está também embutida em outros dispositivos legais, em institutos de nítido fundamento nas teorias lombrosianas, com destaque para o *exame criminológico*

(LEP, art. 8.º) e para a análise da *personalidade do agente* no ato de fixação da pena pelo juiz (CP, art. 59). Não é difícil perceber as raízes profundas fincadas pela periculosidade, teoria que dificilmente será algum dia extirpada por completo do Direito Penal.

Conclusão

A periculosidade é herança lombrosiana maldita que ainda seduz. É injustificável a acomodação dos juristas, salvo honrosas exceções, diante de uma bizarrice que vem do século XIX e que passa distante de qualquer problematização mesmo depois da Constituição de 1988 e, o que expõe um pouco mais a omissão acadêmica, também em face dos avançados dispositivos da Lei Antimanicomial, que veio romper definitivamente com o mito da periculosidade para estabelecer uma nova ordem no plano da atenção em saúde mental, pautada na liberdade e no respeito à dignidade humana.

O homem deve ser respeitado em sua dignidade e jamais poderia ter sido rotulado de perigoso por qualquer motivo. Perigosa, como demonstrou o nazifascismo europeu da primeira metade do século XX, é a própria doutrina da periculosidade. Perigoso tornou-se o Direito Penal ao acolher as ideias de **Cesare Lombroso**.

De sua parte, os manicômios judiciários estão em pleno funcionamento na maioria dos Estados brasileiros, assegurando a perpetuação do sofrimento de milhares de mulheres e homens a pretexto de um conceito que jamais se sustentou cientificamente, uma vez que, e aqui respondendo à indagação inicialmente proposta, não! Definitivamente, o louco não é perigoso!

Notas

(1) Santiago, Mir Puig. *Direito penal:* fundamentos e teoria do delito. São Paulo: RT, 2007. p. 60.

(2) Cernicchiaro, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972. p. 94.

(3) Soler, Sebastián. *Exposición* y crítica de *la teoria del estado peligroso*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929. p. 16.

(4) Apud Cernicchiaro, op. cit., p. 95.

(5) Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora, 1992. p. 383.

(6) Bruno, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. 1, p. 62.

(7) Carrara, Sérgio. *Crime e loucura:* o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. p. 105.

(8) Santos, Bartira Macedo de Miranda. *Defesa social:* uma visão crítica. São Paulo: Estúdio, 2015. p. 48.

(9) Zaffaroni, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997. p. 298.

(10) Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2006. p. 249.

(11) Zaffaroni; Pierangeli, op. cit., p. 297.

(12) Como, por exemplo, Guido Arturo Palomba, para quem *"os alienados mentais criminosos são, salvo raras exceções, biocriminosos puros (o biológico determina a psicopatologia que leva ao crime)"* (Palomba, Guido. *Tratado de psiquiatria forense civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 188).

(13) No direito, embora não sejam poucos os autores que problematizam o assunto, especialmente na criminologia crítica (Ferrajoli, Zaffaroni, Nilo Batista, Salo de Carvalho, Sérgio Salomão Shecaira), prevalece na academia e nas instituições do sistema de justiça criminal o entendimento segundo o qual a periculosidade do louco é pressuposto apto a legitimar a imposição de medidas de segurança. Tal quadro se explica pela relativamente recente Lei Antimanicomial e pela não assimilada elevação da culpabilidade à condição de princípio constitucional (CF, art. 5º, incisos XLV e LVII). São incontáveis os autores que dão sustentação à teoria da periculosidade, com forte penetração nas faculdades de direito e que, por isso mesmo, se faz hegemônica. A título de ilustração, podemos mencionar Damásio Evangelista de Jesus, René Ariel Dotti, André Estefam, Rogério Greco, Guilherme Nucci, dentre muitos.

(14) Jacobina, Paulo. *Direito penal da loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 79-80.

(15) Barros-Brisset, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*. Belo Horizonte: TJMG, 2010, p. 18.

Haroldo Caetano
Doutorando em Psicologia pela UFF e mestre em Ciências Penais pela UFG. Promotor de Justiça do Estado de Goiás. Vencedor do VI Prêmio Innovare com o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI).

A ADPF 442, dignidade das mulheres, democracia e o STF

Luciana Boiteux

A criminalização do aborto é uma política de controle social da mulher que tem por objetivo retirar dela o controle e a autonomia sobre seu próprio corpo, e que traz consequências nefastas para a saúde pública das mulheres.

Tal conduta encontra-se tipificada no Brasil desde 1830, havendo atualmente três hipóteses de excludentes, duas delas previstas no Código Penal de 1940: "*se não há outro meio de salvar a vida da gestante*" (art. 128, I do CP); "*se a gravidez resulta de estupro...*" (art. 128, II do CP) e, ainda, no caso de feto anencéfalo, esta última fruto de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 54.

Contudo, na contramão dos direitos das mulheres, movimentos conservadores tentam dificultar ainda mais as já restritas hipóteses de aborto legal[1] e frear avanços nesse campo. Mesmo as poucas hipóteses de interrupção da gravidez autorizadas pela lei ainda hoje são de difícil acesso, em virtude de preconceitos e do temor da lei penal,[2] sendo, além disso, insuficiente o número de serviços de aborto legal em todo o país.[3]

Falando especificamente do aborto hoje ilegal, na prática, o seletivo sistema penal tem poucas estatísticas de mulheres processadas por tal crime, mas as mulheres praticam aborto mesmo assim. Tal criminalização, portanto, impõe sério risco (especialmente às mulheres mais pobres) quando estas se submetem a intervenções corporais arriscadas, ilegais e pouco higiênicas em clínicas clandestinas, na forma de um antidemocrático controle do nosso corpo pelo Estado, violando nossa autonomia, dignidade e liberdade. Ao mesmo tempo, mulheres das classes mais altas conseguem ter acesso a clínicas em melhores condições, ainda que ilegais, pagando caro por isso.

As estatísticas são alarmantes. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 demonstra que mais de meio milhão de mulheres realizaram um aborto em 2015, bem como estudos recentes apontam que decorrem de abortos inseguros entre 8 e 18% de mortes maternas, as quais estão concentradas em países pobres.[4] Em nosso país, sabe-se que metade das mulheres que fez um aborto ilegal no país

precisou ser internada,[5] bem como complicações decorrentes de abortos inseguros já figuram entre as principais causas de mortes maternas.[6]

Alguns tabus precisam ser desmistificados. O aborto não é método contraceptivo, é necessário investir em direitos reprodutivos: educação, prevenção, informação e fornecimento de anticoncepcionais pelo sistema público de saúde. A criminalização não impede que mulheres realizem abortos. Mulheres têm dignidade, autonomia, história e precisam ser respeitadas como seres humanos adultos e pensantes. Julgar que mulheres não se importam em abortar e que banalizam o aborto é desconhecer totalmente a realidade e o sofrimento por que passam tantas mulheres nessas condições. Ela é, em regra, compelida a esse procedimento por situações de vida. Se ocorrer a descriminalização, nenhuma mulher será obrigada a abortar, mas aquelas que se decidirem por isso, poderão realizar o procedimento com o devido cuidado e assistência humanitária no serviço público.

O Brasil se situa entre os países mais retrógados e conservadores ao ainda criminalizar mulheres que praticam aborto. Por outro lado, em grande parte do mundo dito "desenvolvido",[7] essa conduta foi descriminalizada, sendo garantidos os direitos reprodutivos das mulheres e o amplo acesso a métodos contraceptivos, além de amplas políticas sociais de assistência às mulheres que desejam ser mães. O resultado da proibição é o pior possível, enquanto o número de mulheres que abortam diminuiu nos países ricos, nos quais tal conduta não é criminalizada, esse número aumentou consideravelmente nos países em desenvolvimento (como, por exemplo, no Brasil).[8]

Por outro lado, do ponto de vista jurídico, verificam-se alguns avanços ainda tímidos, mas extremamente importantes. No STF, tanto a já citada ADPF 54[9] como também a importante decisão no *HC* 124.306 trazem para a Corte Suprema alguma esperança de um debate racional, constitucional e humanitário. Neste último, que teve como relator para acórdão o Min. Roberto Barroso, temos o preciso reconhecimento de que:

> *"é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade".*

Em seu voto, considerou acertadamente o douto Min. Barroso que a criminalização é incompatível com:

> *"os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria."*

Diante disso, por reconhecer no STF o espaço legítimo para o debate e a urgente necessidade de tutela de direito das mulheres, em parceria com a Anis - Instituto de Bioética, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ingressou com a mais ampla ação pela descriminalização do aborto no STF:[10] a Arguição de Violação a Preceito Fundamental 442, distribuída à Min. Rosa Weber, na qual solicita que o tribunal analise a criminalização do procedimento de interrupção de gravidez até as 12 semanas à luz da Constituição, independentemente do motivo que leve a mulher a realizá-lo.

A expectativa é de que se reconheça à mulher o direito de decidir sobre a maternidade, como corolário de sua dignidade, cabendo somente a ela escolher se quer, ou não, ter filhos, em que momento e com quem fazê-lo. Optamos, no pedido, por limitar o prazo ao período de 12 semanas levando em conta a proporcionalidade e a experiência de legislações internacionais, como é o caso da Espanha, França, Uruguai, Alemanha e Cidade do México, bem como as evidências que demonstram a segurança do procedimento até esse limite, com pouco risco de complicações que exijam atenção hospitalar.

Verifica-se a necessária e urgente intervenção do Supremo para fazer cessar a violação de direitos de tantas mulheres, que são minoria em direitos, mas maioria na população. Nesse sentido, vale a pena mencionar que pressões de ordem religiosa e moral têm levado a debates no Parlamento extremamente misóginos, repressivos e autoritários, que envolvem somente homens, sem que sequer as mulheres sejam ouvidas, desrespeitando-as totalmente e a seus corpos, como se estas não tivessem direito nenhum, independente do tempo de gestação. É necessário que se avalie a proporcionalidade dessa medida.

E são esses mesmos grupos que têm questionado o papel do Supremo Tribunal Federal, alegando que este estaria "interferindo" em outros poderes, especialmente no Legislativo, bem como estaria "legislando", em vez de "julgar". Porém, justamente em tempos em que boa parte dos parlamentares brasileiros se apresenta como conservadora e se posiciona publicamente, sem censura, contra os direitos das mulheres e das minorias sexuais, dentre outros grupos de menor representação política institucional, é que mais se necessita que a Suprema Corte exerça seu papel contramajoritário para proteger essas pessoas que têm seus direitos cerceados.

No caso específico em debate, da criminalização da interrupção voluntária da gravidez, inclusive, trata-se de tema constitucional típico, já julgado por diversas Cortes em todo o mundo, ou seja, não se está pretendendo que o STF atue fora de suas atribuições, pelo contrário, o que se sustenta é que a Corte cumpra seu papel constitucional numa democracia: o de proteger direitos humanos de minorias.

O julgamento abordará a criminalização de mulheres que não participam (e não são ouvidas) nos debates no Parlamento, além de não estarem proporcionalmente ali representadas.[11] No crime de aborto, as mulheres são, ao mesmo tempo, criminalizadas e vítimas da criminalização, eis que milhares delas morrem todos os anos em decorrência de abortos clandestinos. Assim, mais do que necessário que o Judiciário se pronuncie sobre o tema e reconheça as mulheres como pessoas constitucionais, com histórias de vida, expectativas, sofrimentos e realizações, em resumo, seres dotados de dignidade. Espera-se que tal ação seja debatida a partir de princípios e da interpretação da Constituição, e não com base em argumentos morais, misóginos e populistas. Sobre o papel contramajoritário a ser exercido pelo Juiz numa democracia, o jurista italiano **Luigi Ferrajoli** diz ser necessária a "*sujeição do juiz à Constituição*":

> *"no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos [é] que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei,*

da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes".*

Nesse momento em que são tão nefastos os efeitos dessa criminalização sobre a vida de mulheres, temos que falar em mecanismos de acesso à justiça e garantia da democracia para as mulheres. A criminalização do aborto, baseada no Código de 1940, precisa ser questionada à luz da Constituição Democrática de 1988, arduamente conquistada, a fim de que se reconheça a total ausência de legitimidade na repressão a mulheres, em 2017, por tal prática. A pauta histórica feminista da legalização do aborto tem a ver com democracia, com direitos, com justiça e com igualdade. E, nas palavras de **Ferrajoli**:

> *"Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos 'democracia substancial'".* (12)

Numa democracia substancial, e não apenas formal, os direitos das mulheres são reconhecidos e efetivados, e é isso que se espera: que avancemos no reconhecimento e na efetivação dos direitos reprodutivos das mulheres e no direito delas ao próprio corpo por meio da descriminalização do aborto. E para isso é preciso que se escutem as ruas: "*Legaliza. O corpo é nosso. É, pela vida, das mulheres*".

Notas

(1) Podemos citar aqui o caso do PL 5.069/13, de autoria do Deputado cassado Eduardo Cunha, que tem por meta dificultar ainda mais o acesso das mulheres aos procedimentos abortivos, inclusive aos que já estão legalizados; e o PL 478/07, chamado de "Estatuto do Nascituro", que, dentre outras medidas, pretende proibir o aborto em todos os casos e propõe um benefício mensal de "bolsa estupro" a essas mulheres violentadas as quais serão obrigadas a gestar um filho de seu estuprador.

(2) No Rio de Janeiro, por exemplo, há apenas um hospital que atende esses casos (Maternidade Fernando de Magalhães). Recentemente, a Prefeitura do Rio de Janeiro foi condenada por não ter garantido o atendimento a uma mulher grávida de anencéfalo, que foi injustamente obrigada a levar a gravidez até o fim. Cf. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-04/prefeitura-do-rio-tera-deindenizar-gravida-de-anencefalo-que-teve-aborto>.

(3) Vide Madeiro, Alberto Pereira; Diniz, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência e Saúde Coletiva*. 21 (2) 563-572, 2016. DOI: 10.1590/1413-81232015212.10352015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf >. Acesso em: 16 abr. 2017.

(4) Singh, Susheela; Darroch, Jacqueline E.; Ashford, Lori S. *Adding it up:* the costs and benefits of investing in sexual and reproductive health 2014. New York: Guttmacher Institute, 2014. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/report/adding-it-costs-and-benefits-investing-sexual-and-reproductive-health- 2014>. Acesso em: 26 fev. 2017; Kassebaum, Nicholas J. *et al*. Global, regional, and national levels and causes of maternal mortality during 1990–2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013. *The Lancet*, v. 384, n. 9947, p. 980-1004, 2014. Disponível em: <http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(14)60696-6/abstract>. Acesso em: 26 fev. 2017; Say, Lale *et al*. Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis. *The Lancet Global Health*, v. 2, n. 6, p. e323–e333, 2014. Disponível em: <http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214- 109X(14)70227-X/abstract>. Acesso em: 26 fev. 2017.

(5) Diniz, Debora; Medeiros, Marcelo; Madeiro, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413- 81232017222.23812016>. Acesso em: 25 fev. 2017.

(6) Dados da Organização Mundial de Saúde de 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2014/05/oms-brasil-reduz-mortalidade-materna-em-43-de-1990-a-2013>. Acesso em: 17 abr. 2017.

(7) Na América do Norte, Europa e Oceania, atualmente, apenas Irlanda, Andorra, Malta e San Marino ainda proíbem que mulheres realizem aborto voluntário em até 12 semanas. Por outro lado, na América Latina, a descriminalização do aborto só é admitida na Colômbia, nas Guianas e no Uruguai.

(8) Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/indice-de-abortoscresce-na-america-latina-cai-nos-paises-ricos-19295873.> Acesso em 17 abr. 2017.

(9) A ADPF 54, relatada pelo Min. Marco Aurélio do STF, foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para garantir o aborto legal no caso de fetos anencéfalos, e julgada procedente oito anos depois, em abril de 2012, com 8 votos a favor e 2 contra.

(10) A petição inicial foi assinada por mim e por Luciana Genro, pelo PSOL, e por Sinara Gumieri e Gabriela Rondon da ANIS, às quais presto o devido reconhecimento.

(11) O Brasil ocupava, em 2015, o 123º. lugar no *ranking* da presença de mulheres no Congresso, uma das últimas posições no mundo. Atualmente, no Parlamento brasileiro temos 51 deputadas federais (9,94% do total) e cinco senadoras (13,58%), apesar de as mulheres representarem mais de 51% da população, segundo o IBGE. Disponível em:<http://www.cartacapital.com.br/politica/sub-representacaofeminina-no-congresso-afeta-direitos-sociais-da-mulher-4112.html>.

(12) Ferrajoli, Luigi. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 101-102

Luciana Boiteux
Feminista.
Doutora em Direito Penal pela USP e mestre pela UERJ.
Professora Associada de Direito Penal e
Criminologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Lei de Drogas: uma proposta de avaliação

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

A Lei 11.343/06, conhecida simplesmente como Lei de Drogas, completou recentemente 10 anos de vigência. Durante esse período, poucos atos normativos foram tão avaliados, questionados e contestados judicialmente. O que ainda se pode falar sobre ela hoje em dia?

De fato, a promulgação da nova lei trouxe para a legislação penal brasileira da época uma série de novidades no campo material e processual. A primeira delas, evidentemente, foi a "despenalização" do porte de drogas para uso pessoal. A fórmula legislativa inovadora(1) de conduta sem a previsão de pena privativa de liberdade gerou ampla controvérsia no meio jurídico, que, por algum tempo, debateu se o país havia efetivamente descriminalizado aquela conduta.

Ainda no campo do direito material, o aparente progresso no tratamento dos usuários pelo art. 28 teve, como contrapartida, rigor total no combate ao tráfico de drogas, agora previsto no art. 33. O legislador reservou à figura do *traficante* a força do aparato jurídico penal em seu grau mais elevado: aumento generalizado

das penas, sem possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos; vedação à liberdade provisória; proibição de *sursis*, graça, anistia e indulto; aumento do prazo para a concessão de livramento condicional e impedimento para apelação em liberdade.

A lei também apresentou um novo procedimento relativo aos processos criminais por crimes de drogas. A ideia foi a de que era necessário um processo mais rápido, quase sumário, para que o sistema de justiça pudesse cumprir sua tarefa com efetividade. Técnicas especiais de investigação – inicialmente previstas na antiga Lei 9.034/95 – também foram incluídas, como a infiltração de agentes e o flagrante diferido.

Todos os aspectos supradescritos foram amplamente discutidos pela doutrina brasileira. Livros inteiros foram dedicados a esquadrinhar o novo diploma legal – quase sempre com foco exclusivo no capítulo das disposições penais e processuais penais. Algumas dessas medidas foram contestadas e, posteriormente, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, uma análise consequente do legado dessa lei tão emblemática precisa dar alguns passos atrás e recuperar quais foram os motivos a justificar sua edição em primeiro lugar.

A Lei de Drogas, como toda regulação,[2] foi editada com o objetivo de direcionar o comportamento da população a partir de algumas premissas, expressas ou latentes: (i) a legislação penal é um meio idôneo e efetivo para impedir ou reduzir o uso de drogas pelas pessoas a ela submetidas; (ii) a legislação penal é a única forma idônea de regulação do uso de drogas; (iii) o aumento da pena de prisão atribuída ao tráfico de drogas será capaz de reduzir na mesma proporção a incidência desse comportamento.

Na verdade, quando tomadas em sua forma genérica, tais premissas são as que sustentam a enorme maioria dos projetos de lei penal, aqui e alhures. É a crença quase esotérica nas propriedades regulatórias do aparato jurídico criminal e da prisão o que sustenta, nos últimos 300 anos, a persistência do encarceramento como resposta preferencial do sistema de justiça penal, mesmo com sua história de fracasso.[3] Mas se confrontar tais premissas é uma tarefa hercúlea, não podemos nos eximir de apresentar dados e questionamentos que permitam, ao menos, discutir os efeitos *não intencionais* (ou *não declarados*) dessa estratégia de regulação de comportamentos.

A consequência mais evidente da opção legislativa de 2006 foi a explosão do número de pessoas presas por crimes relacionados a drogas no Brasil. Como ressaltado no editorial deste Boletim em setembro de 2016, "*a proporção de pessoas presas por tráfico de drogas em relação ao total de presos aumentou de 14% em 2005 para 26% em 2013. Entre as mulheres, em um cenário de aumento de 567% no número absoluto de mulheres presas nos últimos 15 anos, a proporção de condenadas por crimes de drogas saltou de 49% em 2005 para 61% em 2013*".[4]

O legislador de 2006 poderia argumentar que essa consequência era esperada e desejável, diante da imperiosa demanda por segurança e pela proteção da saúde pública. Mas o que dizer do perfil da imensa maioria das pessoas presas por tráfico no Brasil? Presos em flagrante, desarmados, sozinhos, com pouca quantidade de droga, compõem o elo mais fraco – descartável e facilmente substituível – da economia da droga. Mesmo para as almas mais sedentas por punição, fica difícil sustentar que tais prisões têm qualquer efeito no mercado multibilionário do tráfico ilícito de entorpecentes.

Também se sustenta que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal – mesmo sem previsão de pena privativa de liberdade – é fundamental para inibir o consumo de drogas. Mas como sustentar tal afirmação, se inúmeras pesquisas em diversos países do mundo não puderam comprovar qualquer relação entre criminalização e taxas de consumo? E como conviver com o fato de que existem múltiplas formas de regulação não criminal de comportamentos de risco – basta pensarmos nas leis de trânsito – e que, mesmo no campo de substâncias que causam dependência, a experiência mais exitosa de redução de consumo se deu com o tabaco, cujo uso não é criminalizado no Brasil?

A Lei de Drogas pode ser analisada por sua técnica legislativa, pelas suas inovações processuais ou pelos aspectos dogmáticos. Muitas pessoas o fizeram muito bem nos últimos 10 anos. Porém, se quisermos efetivamente compreender qual foi o seu papel na sociedade brasileira, temos que olhar para os presídios, para as organizações criminosas, para os autos de resistência, para os índices de consumo. Temos que reconhecer que a lei se propôs a alcançar determinados resultados e que, se eles não chegaram, já é hora de buscar alternativas.

Notas

(1) Sobre a "inovação acidental" representada pelo art. 28 da Lei 11.343/2006, ver Pires, A.; Cauchie, J. Um caso de inovação "acidental" em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. *Revista Direito GV*, São Paulo: FGV, n. 7, v. 1, 2011, p. 299-330.

(2) Paula, F., Legislação e regulação: uma reaproximação necessária [online]. Disponível na internet: <https://jota.info/colunas/coluna-do-levy-salomao/legislacao-e-regulacao-uma-reaproximacao-necessaria-30032017>. Acesso em: 19.4.2017.

(3) Sobre as premissas que sustentam historicamente a pena de prisão e os testes empíricos que as questionam, recomendo enfaticamente a leitura do clássico Prison on Trial, de Thomas Mathiesen (*O julgamento da prisão*, em tradução livre), infelizmente ainda sem tradução para o português.

(4) Editorial, Boletim IBCCrim n. 286, set/2016, p. 1.

Luiz Guilherme Mendes de Paiva
Doutor e mestre em Direito Penal pela USP.
Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pelo Ministério do Planejamento.
Ex-secretário Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça.

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
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto

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

Restrições indevidas ao *habeas corpus* e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores

Lucas Andrey Battini e Luiz Antonio Borri

Inicialmente, cumpre esclarecer que o *habeas corpus* recebeu amparo legal em território brasileiro com o Código de Processo Criminal de 1832, tendo figurado ainda na Constituição de 1891, com redação a possibilitar interpretação bastante ampla das hipóteses de concessão, sendo cabível a sua utilização até mesmo para anular ato administrativo que determinara cancelamento de matrícula de aluno em escola pública (Mendes; Branco, 2013, p. 412).

Com efeito, a formulação ampla do Texto Constitucional teria dado azo à denominada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", subsistindo ao menos três teses sobre o conteúdo passível de discussão no bojo da ação constitucional, com prevalecimento daquela capitaneada por **Pedro Lessa**, fundamentada na concepção inglesa do *writ*, ou seja, a missão do *habeas corpus* seria única e exclusivamente de garantia da liberdade individual em sentido restrito.

Nesse contexto, em 1926 o *habeas corpus* teve seu âmbito de proteção restrito, vedando-se o seu manejo para tutelar direitos distintos à liberdade de ir e vir. Por conseguinte, todas as demais Constituições brasileiras incorporaram a garantia do *habeas corpus* (atualmente com previsão no art. 5º, LXVIII, CF/88 e art. 647 e seguintes do CPP), sofrendo restrição apenas com o Ato Institucional 5 de 1968, em relação aos crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Não obstante, o tema volta à pauta atualmente em face da jurisprudência restritiva dos tribunais superiores quanto à admissão da ação constitucional, mormente no que concerne aos aspectos de cunho formal, valendo destacar ao menos quatro óbices indicados nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto específico, vislumbra-se a tentativa de formação de um legado jurisprudencial *"consistente na criação de pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos"* (Toron, 2014, p. 5), com edições e reedições de súmulas que procuram barrar a utilização do *writ* com fundamento na lógica do sistema recursal.

Insta salientar que o Excelso Pretório editou, nos idos de 2003, o Enunciado Sumular 691, adotado da mesma forma no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, impedindo o manejo de *habeas corpus* em face da decisão proferida pelo relator que indefere o pedido liminar no *writ.* Contudo, há inúmeros precedentes mitigando os rigores da indigitada súmula desde que caracterizada situação de flagrante ilegalidade, teratologia ou contrariedade a princípios constitucionais ou legais na decisão questionada (STF – *HC* 120274/ES; *HC* 115.048/SP; *HC* 115.051/SP; STJ – *HC* 282842/SP; *HC* 285250/SP).

Como observa **Alberto Zacharias Toron**, *"pode-se dizer que o STF tem superado a Súmula em exame nos seguintes casos: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF"* (2014, p. 19).

Por consequência não é difícil constatar que as hipóteses de concessão do *writ* estão condicionadas ao prévio juízo do mérito do *habeas corpus*, fato que pode inserir o jurisdicionado em uma espécie de loteria e, até mesmo, submetê-lo a casos de flagrante supressão de garantias constitucionais como a liberdade e o princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

Não bastasse o embaraço ao manejo do remédio constitucional, o *Informativo* 729 do STF reportou alteração na jurisprudência do Excelso Pretório, que adotou a seguinte orientação acerca da ação constitucional: "*Não se conhece de* habeas corpus *ou de recurso ordinário em* habeas corpus *perante o STF quando, da decisão monocrática de Ministro do STJ que não conhece ou denega o* habeas corpus, *não se interpõe agravo regimental*". Noutras palavras, além dos óbices à superação da Súmula 691, acrescenta-se a exigência de interposição de agravo regimental como forma de viabilizar a discussão da matéria pelo Colegiado da instância inferior.

A situação agora é diversa: sob outra perspectiva, condiciona-se o paciente ao exaurimento de todas as vias recursais possíveis – e isso como forma de "*buscar novos e/ou acentuar os mecanismos de filtragem de recursos e ações de impugnação existentes*" (Toron, 2014, p. 33), submetendo o indivíduo, que teve sua liberdade restringida, à mercê de arbitrariedades sob o fundamento de viabilizar a lógica do sistema recursal.

Outro impeditivo identificado na Suprema Corte diz respeito à inviabilidade de interposição do remédio heroico em substituição ao recurso ordinário em *habeas corpus*, originados do julgamento dos *HCs* 109.956 e 111.909.

Em verdade, o Min. Marco Aurélio, ao verificar a radicalidade e o extremismo da orientação, permitiu um contrabalanceamento à solução jurídica delineada nos precedentes indicados, oportunidade em que deixou clara a possibilidade de flexibilizar o entendimento para admitir o cabimento do *writ* em substituição ao recurso ordinário nas hipóteses em que a ação constitucional tenha por objeto diretamente a preservação da liberdade de ir e vir (mandado de prisão expedido ou cumprido), pois como salienta: "*sensibiliza a comunidade jurídica e acadêmica a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo"* (STF – *HC* 110.328/RS).

Mas não é só. Em agosto de 2015, ao examinar o *HC* 127.483, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por empate, evoluiu a jurisprudência então predominante e superou o adágio *"the king can do no wrong"* admitindo a impetração de *habeas corpus* contra decisão monocrática proferida por Ministro da Corte. No entanto, em 17 de fevereiro de 2016, o posicionamento foi revisto no julgamento do *HC* 105.959, no qual, por maioria de seis votos a cinco, com base na Súmula 606 do Excelso Pretório, o plenário restabeleceu o entendimento outrora vigente.

Tem-se, portanto, um formalismo exacerbado que os Tribunais Superiores pretendem impor ao manejo do *habeas corpus*, traçando caminho totalmente oposto em relação à sua natureza.

ANO 25 - Nº 294 - MAIO/2017 - ISSN 1676-3661

Isto porque é sabido que a ação constitucional se presta ao serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, adiante da persecução criminal por parte do Estado, advindo daí posição doutrinária que sustenta ser "*censurável o formalismo às avessas apregoado por muitos juízes e tribunais para cercear a eficácia e o alcance do* habeas corpus, *quando deveria ser todo o oposto*" (Lopes Jr., 2014, p. 1366).

Nesse contexto, importante realçar que o Texto Constitucional não contempla quaisquer condições, óbices ou restrições ao *habeas corpus*, corroborando que os argumentos veiculados pelos Tribunais Superiores baseiam-se, notadamente, na gestão judiciária, ou seja, na necessidade de reduzir o número de processos, olvidando-se do necessário debate acerca do aumento de ilegalidades nas instâncias inferiores do Poder Judiciário.

Exatamente por essa razão verifica-se uma crise de dualidade entre a aplicação e o cancelamento dos entendimentos impeditivos no manejo do *habeas corpus* pelos tribunais pátrios, a qual se estampa na proposta das Cortes de Justiça consistente na imposição de requisitos de admissibilidade que não devem existir, passando, muitas vezes, a impressão de que se presta "*um desserviço à causa da liberdade em homenagem à diminuição dos feitos em tramitação naquele órgão jurisdicional*". (Fonseca; Mendonça, 2013, p. 11).

Ademais, como prerrogativa do cidadão deve-se considerar que o *habeas corpus* também diz respeito ao enfrentamento de uma forma peculiar de criminalidade: o combate à arbitrariedade estatal e a restrição ilegal da liberdade, motivo pelo qual sua supressão, baseada na teleologia de extirpar eventos criminosos, também soa descompassada com qualquer finalidade preventiva social.

Finalmente, é cediço que a restrição à liberdade do indivíduo constitui uma das formas mais contundentes do resultado de atuação do Estado em matéria penal, de modo que não se podem impor peias ao *writ*, particularmente quando se observa que a restrição permite a perpetuação de um sem-número de arbitrariedades e ilegalidades, o que não parece coerente, ao menos sob os auspícios do Texto Constitucional.

Referências bibliográficas

Fonseca, Tiago Abud da; Mendonça, Henrique Guelber de. O Supremo Tribunal Federal, a restrição ao *habeas corpus* e o marido traído. *Boletim IBCCRIM*, n. 244, p. 11-12, São Paulo, mar. 2013.

Lopes Jr, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Toron, Alberto Zacharias. *A inconstitucionalidade das restrições ao* habeas corpus. Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 3-34.

Lucas Andrey Battini
Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.
Advogado.

Luiz Antonio Borri
Professor de Direito Penal.
Advogado.

Critérios e limites para a responsabilização penal dos gestores empresariais

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa e Leo Maciel Junqueira Ribeiro

Em recente entrevista, **Luís Greco** afirmou que há um relativo esgotamento das discussões acerca da teoria do delito na Alemanha. Para **Greco**, os grandes problemas sistemáticos postos em meados do século XX já estão resolvidos, havendo certa escassez de novas abordagens. Veja-se, por exemplo, as superadas discussões sobre o conceito de autor nos delitos comuns. Os novos problemas, portanto, estariam no âmbito do Direito Penal Econômico e Empresarial e do Direito Penal Médico. É a estes âmbitos que devem se dedicar os acadêmicos preocupados com o futuro da teoria do delito.(1)

Como bem lembra **Klaus Volk**, o Direito Penal Econômico tem colocado novas questões à temática e revivido velhos problemas à luz deste novo paradigma autorregulatório. Como indica o autor, a problemática da responsabilidade penal dos empresários está na ordem do dia, sendo necessário questionarmos sobre o seu dever de vigilância, a sua obrigação de interferir, por meio do conselho de administração, em delitos executados pela diretoria, bem como sobre a posição do *Compliance-Officer* como garante acerca do cumprimento de regras empresariais, mesmo não assumindo diretamente os riscos da atividade econômica.(2)

Tais questionamentos são também cabíveis no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que uma série de decisões judiciais traz à tona graves problemas de compatibilidade dos delitos empresariais em relação às estruturas clássicas de Direito Penal, implicando muitas vezes a violação de princípios como o da proibição da responsabilidade penal objetiva e solidária. Nesse contexto, nota-se que os processos de criminalização deixam de se estender tão somente ao âmbito dos crimes de ação, para alargar-se também na seara da transgressão de comandos. Como indica **Jesús-María Silva Sánchez**, a reconstrução técnico-jurídica do Direito Penal na sociedade de risco importa na cólera punitiva dos delitos comissivos por omissão.(3)

Torna-se necessário, diante desse contexto, um novo pensamento na doutrina e jurisprudência que seja capaz de reorganizar as teses sobre a responsabilização penal, de forma a limitar o excessivo âmbito de intervenção repressiva do Estado. Afinal, em meio à crescente ânsia social pela punição dos delitos empresariais,(4) podemos notar a existência de decisões que oferecem novos horizontes em termos de convergência às normas constitucionais de Direito Penal. Um claro exemplo a ser citado é a decisão colegiada proferida durante o *HC* 4745935 PR, de relatoria do Des. Telmo Cherem.(5)

Como breve resumo do caso, foi concedida a ordem para o trancamento da ação penal em favor de sócios das empresas envolvidas na subcontratação da obra em que ocorreu um acidente de trabalho, causando a morte de um trabalhador, tendo sido os sócios de ambas as empresas (contratante e contratada) denunciados por homicídio culposo. Os dois principais aspectos analisados na decisão, ambos

referentes à responsabilidade penal dos sócios das empresas, foram: a exigência de que haja uma incontroversa posição de garantidor quanto à evitação do acidente de trabalho para a configuração da coautoria em homicídio culposo (dever de vigilância sobre uma fonte de perigo); a incidência dos princípios do risco permitido, da confiança e da proibição de regresso, a inviabilizar a responsabilização penal retrospectiva dos sócios da empresa que ocasionou a subcontratação, por outra pessoa jurídica, da empregadora da vítima (aplicação da teoria da imputação objetiva do resultado).

Nesse sentido, o voto do Des. Telmo Cherem mostra-se coerente, sobretudo quando descreve que "*mesmo à luz da moderna teoria da imputação objetiva, na qual o papel do nexo de causalidade não tem caráter decisivo ao juízo de tipificação penal, máxime nos crimes omissivos impróprios, o resultado que consuma o delito só pode ser imputado a quem criou ou incrementou o risco juridicamente proibido*".

E o voto continua por descrever que "*ainda que o risco desencadeado por essas subcontratações fosse juridicamente defeso, os princípios da confiança* (*Vertrauensgrundsatz*) *e da proibição de regresso* (*Regressverbot*) *interromperiam a cadeia retrospectiva de imputação do resultado quando esta remontasse à empresa que subcontratou autonomamente a empregadora da Vítima*".

Nesses termos, deve-se analisar com reservas um sistema de responsabilização penal *top-down*, em que a simples posição hierárquica na empresa poderia criar responsabilidade penal do gestor empresarial, até mesmo em detrimento, muitas vezes, da análise sobre punição dos funcionários de menor hierarquia.(6)

Conforme indica **Cezar Bitencourt**, é "*indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando* ***determinou*** a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples 'posição hierárquica superior', sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva".(7)

Não pode ser exigível um dever ilimitado de vigilância dos sócios ou do setor de *compliance* pelos delitos cometidos por funcionários. Portanto, é necessária a análise em vários âmbitos de incidência da imputação objetiva, nos termos do que indica **Feijoo Sánchez**, quais sejam: como critério de exclusão, a possibilidade de imputação do resultado em relação à empresa e à coletividade dos sócios (se não for possível a imputação da empresa, também não será dos sócios); a imputação do resultado em relação aos sócios que de fato foram responsáveis por ele; determinar de forma adequada os deveres e as competências individuais de cada sócio, para a individualização da responsabilidade penal.(8)

Voltando ao exemplo do *HC* 4745935/PR, supracitado, fica claro que a subcontratação com empresas obrigadas a observar a lei trabalhista e prevenir acidentes que possam ferir seus próprios empregados não constitui criação ou incremento de risco juridicamente proibido. Constitui, isso sim, atividade empresarial de comum exercício da função social, tendo no máximo gerado risco tolerado pelo ordenamento jurídico, o que retira a responsabilidade penal no âmbito da imputação objetiva. Do mesmo modo, deve-se ter em vista o princípio da autorresponsabilidade, caso em que se deve verificar, nas circunstâncias, se a própria vítima não se colocou em risco.

Sendo assim, é necessária a visualização de critérios e limites para a responsabilização penal dos sócios nas empresas para sobrepujar a tendência de atribuição dos deveres de vigilância para posições hierarquicamente superiores. Não se pode, com base em fatos abstratos que dificilmente são individualizados nos extratos inferiores das empresas, atribuir-se a responsabilidade aos sócios, por meio da flexibilização ou distorção de ferramentas dogmáticas que limitam a intervenção penal.(9)

Permitir esse tipo de responsabilização configura não só responsabilidade penal objetiva, mas também a clássica ideia de Direito Penal do autor. Conforme ensina **Nivaldo Brunoni**, a característica básica desse formato de sistema criminal é a punição do agente pela personalidade, não pela conduta, dando como exemplo a tipologia de estereótipos como "*vagabundos, jogadores, ébrios, etc*.".(10) A diferença é que, no caso dos delitos econômicos, o estereótipo seria do "criminoso de colarinho branco".

A responsabilização penal objetiva dá ainda substrato para a responsabilização penal solidária, afinal não são considerados os aspectos subjetivos e individuais (dentre os quais se enquadra também o dever de vigilância) para a determinação da responsabilidade penal. Sobre o assunto, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora no julgamento do *HC* 71493/PE, lembrou que a responsabilidade penal solidária é inadmissível em nosso ordenamento jurídico, concedendo a liminar e a ordem de *habeas corpus* para anular o processo a partir do recebimento da denúncia.(11)

É também o que indica a lição de **Alberto Silva Franco**, quando lembra que "*O inc. XLV do art. 5.º da Constituição Federal de 1988 consagrou, entre os princípios constitucionais, em matéria penal, o princípio pessoal da responsabilidade penal*",(12) em que pese a necessária individualidade da análise sobre a responsabilidade por um fato juridicamente relevante.(13)

A questão da individualização da culpabilidade deve ser analisada, assim como a criação do risco proibido por parte de um ou alguns dos sócios, separadamente, bem como no momento de distinção dos diferentes deveres de vigilância e de capacidade de atuação para impedir o resultado.(14) É necessário, ainda, que seja analisada a complexidade do ambiente empresarial contemporâneo, pois há uma distância muito maior entre o fato típico e a constatação da responsabilidade penal, impedindo a atribuição de qualquer traço fenomenológico direto ao agente que deu a ordem ilícita.(15)

A doutrina e a jurisprudência citadas mostram que, ao se tratar de Direito Penal Empresarial, alguns aspectos devem ser observados: a possibilidade de imputação do resultado à estrutura organizacional da empresa e também a cada um dos sócios; a verificação dos deveres e competências individuais de acordo com o princípio da autorresponsabilidade.

Não obstante, juntamente a essa sequência analítica, deve-se realizar um juízo de aplicação de alguns conceitos doutrinários e principiológicos que são capazes de efetivar o necessário dimensionamento do *ius puniendi* do Estado, quais sejam: a teoria da imputação objetiva, como forma de restringir a proibição jurídica do risco imputado ao agente;(16) a vedação constitucional às responsabilidades penais objetiva e solidária; a inaceitável ideia de Direito Penal do autor etc.

A estrita observância a esses conceitos torna possível uma maior racionalidade na fundamentação da decisão cujo objeto de análise seja delitos empresariais. É recomendável, portanto, que na construção de uma defesa técnica de mérito seja também realizada minuciosamente a análise descritiva, provocando o juiz a acolher possíveis incompatibilidades da tese acusatória para com os critérios e limites apresentados.

Notas

(1) Greco, Luís. *En Alemania, el finalismo está muerto*. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>. Acesso em: 1º out. 2016.

(2) Volk, Klaus. Criminalidad económica. In. Ambos, Kai et al. *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Göttingen: CEDPAL, 2016. p. 143.

(3) Silva Sánchez, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 39.

(4) Vide, por exemplo, a *equivocada* aplicação da teoria do domínio do fato na

APn 470, conhecida como "Mensalão". A teoria desenvolvida por Claus Roxin foi utilizada nos seguintes termos pela Ministra Rosa Weber: "*No crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito*". Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n. 470*, Voto da Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno, j. 17.12.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso em: 21 nov. 2016.

(5) Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. *Acórdão no Habeas Corpus 4745935 PR 0474593-5*. Rel. Telmo Cherem, j. 03.04.2008, 1.ª Câm. Crim., *DJ* 7597 18.04.2008.

(6) Kuhlen, Lothar. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. In: Puig, Mir; Peña, Luzon (Coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: J. M. Bosch, 1996. p. 238.

(7) Bitencourt, Cezar Roberto. A teoria do domínio do fato e a autoria colateral. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em: 21 jun. 2016.

(8) Feijoo Sánchez, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, n. 9, jan.-abr. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/114-ARTIGO>. Acesso em: 23 nov. 2016.

(9) Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial*: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 5. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 250.

(10) Brunoni, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acessado em: 9 nov. 2016.

(11) Brasil. STJ, 6ª T., *HC* 71493 PE 2006/0265398-7, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.04.2009, *DJe* 03.08.2009.

(12) Franco, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 44.

(13) No mesmo sentido, Nilo Batista destaca de forma incisiva que "*a responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva*". Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 104.

(14) O professor Urs Kindhäuser, mesmo ao tecer críticas à teoria do domínio do fato, reforça o entendimento supracitado ao indicar que, inclusive na coautoria, um dos pressupostos para a punibilidade é que cada um dos agentes possa ser responsabilizado separadamente pelo próprio comportamento. Kindhäuser, Urs. Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho. REJ. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 14, p. 50, *año* 2011. No original: "*cada uno de los intervinientes ha de ser responsable por el proprio comportamiento, independientemente de los demás*". Disponível em: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej14/KINDHAUSER%20_2_x.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2016.

(15) Lazaro, Sánchez. *Intervención delictiva e imprudencia*. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 473.

(16) Tavares, Juarez. *Teoria del injusto penal*. Buenos Aires: B de F, 2010. p. 271. No original: "*La teoría de la imputación objetiva, por lo tanto, no es una teoría para atribuir, sino para restringir la incidencia de la prohibición o determinación típica sobre determinado sujeto*".

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Mestrando em Direito Penal pela UFMG.
Advogado criminalista.

Leo Maciel Junqueira Ribeiro
Graduando em Direito pela UFMG.
Membro do I Laboratório de
Ciências Criminais em Belo Horizonte/MG.

A inaplicabilidade da presunção de inocência nos crimes dolosos contra a vida

Fábio Rocha de Oliveira

O tema objeto deste artigo talvez desperte algum estranhamento inicial, pois o questionamento é inevitável: como poderia se conceber que tão relevante garantia constitucional não fosse aplicável a infrações penais de tal importância? Malgrado não se olvide desta estranheza inicial, a questão trazida ao debate não é alheia ou desconhecida daqueles que militam na prática forense e constitui um problema real, principalmente para os defensores de acusados de delitos de tal categoria. Entendamos, então, o ponto em tela.

Conforme resta cediço, por uma opção de Política Criminal do constituinte de 1988, uma categoria especial de delitos foi reservada a um foro especial: dispõe o art. 5.º, XXXVIII, da Constituição Federal, que "(...) *é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:* (...) *c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida* (...)". Assim, um órgão judicante formado por leigos – o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, formado por sete jurados – irá apreciar e julgar a matéria de fato atinente à imputação de um crime doloso contra a vida. Em razão de tais normas constitucionais, com *status* de "cláusula pétrea", conclui-se que apenas os jurados têm competência e soberania para decidirem a imputação de um crime doloso contra a vida, o que, por corolário, escapa à Justiça togada.(1)

Todavia, o que é colocado pela Constituição Federal como garantia individual do acusado acaba por ter repercussões danosas a este, especialmente no que concerne ao princípio basilar da "presunção de inocência", assim previsto no art. 5.º, LVII, da Carta Política de 1988: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Tal princípio implica várias consequências penais e processuais penais no tratamento jurídico a ser dado a um acusado, mas aqui se enfocará a questão atinente à regra de julgamento do denunciado: a presunção de inocência desloca à acusação o ônus probatório da imputação, sujeitando o juízo de culpabilidade à sedimentação da coisa julgada material da condenação. Neste ínterim, no plano infraconstitucional, cristalizou-se no art. 386 do Código de Processo Penal, como decorrência de tal princípio, o brocardo do *in dubio pro reo*; noutras palavras, as dúvidas porventura existentes no julgamento da lide penal deverão ser resolvidas em favor do acusado.

Portanto, qualquer questão meritória sobre a qual remanesça dúvida relevante sobre o convencimento do julgador – caso o magistrado não esteja certo de que foi o acusado o autor do crime ou de que ele agiu ou não em legítima defesa, por exemplo – deverá ser solucionada em favor do réu. Entretanto, será que isso, de fato, aplica-se a um acusado em ação penal por homicídio doloso, por exemplo?

Pensemos na seguinte hipótese: quando a denúncia é ofertada pelo Ministério Público, ainda que exista uma dúvida relevante sobre a autoria do crime, a mera existência de indícios em desfavor do denunciado subsidia a justa causa exigida – juntamente com a prova da materialidade delitiva – para que o magistrado receba a

peça exordial acusatória. A dúvida sobre a matéria de fato, portanto, nesse momento, ainda não beneficia o réu, pois a acusação poderá comprovar a imputação durante a instrução probatória. O processo seguirá seu curso normal.

Em sequência, colhidas as provas e encerrada a instrução criminal, abre-se ao juiz sumariante a possibilidade de pronúncia do acusado. Conforme já se consolidou na jurisprudência pátria, tal decisão encerra mera admissibilidade da tese acusatória e, nesse sentido, ainda prevalece nessa ocasião procedimental o princípio do *in dubio pro societate*; ou seja, as dúvidas meritórias deverão ser solucionadas em favor da sociedade e não do acusado, privilegiando-se a continuidade do processo para sua apreciação final pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Na prática, se o magistrado sumariante, por exemplo, não está convencido de que o acusado é o autor do homicídio, mas percebe nos autos indícios suficientes de autoria, remeterá o acusado à apreciação dos jurados, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal.[2] Nesse sentido, vejamos um precedente representativo da uníssona jurisprudência mineira:

> "*A decisão de pronúncia exige somente a certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria; nesta fase, vigora o princípio do* in dubio pro societate*: a mínima dúvida havida quanto aos fatos não beneficia o acusado, mas sim a sociedade, devendo ser dirimida pelo Tribunal do Júri – juízo constitucional dos crimes dolosos contra a vida*" (Rec. em Sentido Estrito 1.0155.15.002865-4/001 0028654-58.2015.8.13.0155 (1) – rel. Des. Cássio Salomé – j. 14.07.2016 – Data da publicação da súmula: 22.07.2016).

Igual é a exegese de nosso Supremo Tribunal Federal:

> "*O princípio do* in dubio pro societate*, insculpido no art. 413 do Código de Processo Penal, que disciplina a sentença de pronúncia, não confronta com o princípio da presunção de inocência, máxime em razão de a referida decisão preceder o* judicium causae" (ARE 788457 AgR/SP – rel. Min. Luiz Fux – j. 13.05.2014 – *DJe*-101 divulg, 27.05.2014, public. 28.05.2014).

Portanto, na fase de pronúncia, não se aplica o brocardo *in dubio pro reo*, mas o oposto *in dubio pro societate*. Nesse sentido, ainda que não haja certeza de que o acusado cometeu o crime, ou se agiu amparado por uma causa de justificação, por exemplo, será ele julgado pelo Tribunal do Júri. Perante os jurados, seria então – e finalmente – o momento para que eventuais dúvidas fossem dirimidas em favor do acusado.

Todavia, o Sodalício Popular aprecia o caso com base no sistema processual-probatório da íntima convicção. Noutras palavras, os jurados não precisam fundamentar sua conclusão acerca dos fatos que lhe são questionados.[3] Portanto, ainda que exista uma dúvida objetivamente constatável no caderno processual, nada impede que os jurados acolham a imputação em prejuízo do acusado.

Neste ponto, vislumbra-se que afirmar que o princípio do *in dubio pro reo* aplica-se somente no momento em que os jurados decidem o caso e, simultaneamente, reconhecer que eles julgam de forma soberana e imotivada, equivaleria a reconhecer a total inocuidade do referido princípio em crimes dolosos contra a vida, pois retira-lhe qualquer relevância concreta na resolução da lide penal.

Ademais, também se acresça a isso que, consoante o pensamento jurisdicional prevalente, o veredicto dos jurados, a despeito de uma dúvida relevante existente nos autos, não é sequer "corrigível" pela Justiça togada, pois um hipotético equívoco do Conselho de Sentença na apreciação da prova não se sujeitaria a uma modificação de tal decisão pelo Tribunal de Justiça, em apreciação de recurso da defesa. Ensina **Capez** que:

> "(...) *A soberania dos veredictos implica a impossibilidade de o tribunal técnico modificar a decisão dos jurados pelo mérito. Trata-se de princípio relativo, pois no caso de apelação das decisões do Júri pelo mérito (art. 593, III,* d*) o Tribunal pode anular o julgamento e determinar a realização de um novo, se entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos*".[4]

Exemplificativamente: ainda que seja extremamente duvidoso nos autos se o acusado – condenado pelo Conselho de Sentença – foi realmente o autor do crime, diante de vários testemunhos de álibis defensivos, o Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso de apelação contra o veredicto, não poderia solucionar tal dúvida objetiva em favor do acusado. Isso porque o veredicto é soberano e, assim, prevalece o entendimento de que a Corte Recursal não tem atribuição para suplantar uma escolha dos jurados feita com base em dados probatórios existentes no processo, ainda que tal decisão não seja, sob a análise da Turma Julgadora formada por juízes técnicos, a mais acertada. No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aprovou-se inclusive uma súmula nesse sentido, cujo enunciado, decidido pelo Grupo de Câmaras Criminais da Corte Mineira e com amplo acolhimento na jurisprudência nacional, assim dispõe:

> "*Enunciado 28. A cassação do veredito popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes*".

Nesse ínterim, insta salientar que, consoante tal enunciado, apenas um juízo de *certeza* encontra-se hábil a legitimar a cassação de um veredicto: a certeza acerca da absoluta e inequívoca incorreção da decisão dos jurados. Portanto, uma dúvida remanescente relevante acerca da matéria probatória é solucionada pela preservação do veredicto do Conselho de Sentença.

Por fim, não se pode olvidar que os recursos interponíveis contra o acórdão da apelação criminal perante as instâncias superiores (recursos especial e extraordinário) não apreciam matéria de fato e, transitada em julgado a condenação, uma revisão criminal também não poderia ser utilizada para reverter tal dúvida em favor do acusado.[5]

Portanto, o único momento do rito atinente aos crimes dolosos contra vida, em que a dúvida seria hipoteticamente solucionada em favor do acusado, seria quando da apreciação dos fatos pelos jurados. Contudo, tal conclusão é meramente teórica e francamente inócua, destituída de qualquer aplicabilidade real, diante da imotivação do veredicto pelos jurados e da inviabilidade de sua modificação pela via recursal, conforme supraexposto.

Este cenário se agrava no contexto atual, em que a sociedade – que clama pela redução da criminalidade – acaba por abarcar táticas repressoras irrefletidas, lastreadas nas ideologias do "Direito Penal do Autor" e no "Direito Penal do Inimigo";[6] isso significa que, na seara do Júri, a sociedade comumente julga a pessoa (mormente pela sua vida pregressa maculada) e não o fato, bem como considera o acusado como um inimigo da sociedade, a ser por ela extirpado. Assim, o panorama hodierno incrementa o risco de condenações injustas, em que, mesmo não estando cabalmente comprovada a responsabilidade penal de um indivíduo, sejam as dúvidas relevadas e ele condenado, em prol de uma Política Criminal de segurança pública.

Outrossim, mostra-se pertinente o seguinte questionamento: a inaplicabilidade do brocardo *in dubio pro reo* aos crimes dolosos contra a vida seria uma conclusão juridicamente adequada? Deve o operador do Direito conformar-se com a ideia de que, justamente nos crimes que atingem o principal bem jurídico tutelado (a vida agredida por uma ação ou omissão dolosa), uma dúvida relevante quanto à matéria de fato poderia não beneficiar o acusado, maximizando o risco de decisões injustas?

Sob tal enfoque, não me parece que a norma do art. 5.º, XXXVIII, da Constituição Federal – a qual consagra uma garantia individual fundamental – deva ser interpretada contra o indivíduo (*in casu*, o indivíduo acusado de uma infração penal), ou mesmo que tal norma afaste, por incompatibilidade, aquela prevista no inciso LVII do mesmo artigo.

A resolução do problema posto poderia passar, a meu ver, por uma nova exegese do art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, diversa daquela que atualmente prevalece na jurisprudência brasileira. Isso porque, não obstante apenas os jurados possam soberanamente julgar o mérito dos crimes dolosos contra a vida, a observância da garantia constitucional da presunção de inocência também se impõe a eles e, consequentemente, sujeita e valida as suas decisões.

Noutras palavras, se a acusação não se desincumbiu a contento de seu ônus probatório, fazendo assim com que remanescessem dúvidas relevantes – objetivamente constatáveis no material probante juntado aos autos da ação penal – sobre a imputação, a resolução de tais dúvidas em favor do acusado não é uma opção do Conselho de Sentença, mas uma obrigação.

De fato, as dúvidas existentes ao tempo da pronúncia realmente devem ser deixadas à apreciação do Tribunal do Júri. Portanto, nesta fase procedimental de mera análise da admissibilidade da imputação, incide o *in dubio pro societate*, mas este princípio se afasta quando o caso vai a julgamento pelo Conselho de Sentença. Se estas dúvidas não foram resolvidas pelas provas colhidas durante a sessão plenária do Tribunal do Júri, os jurados não têm outra opção senão solucionarem a dúvida em favor do acusado. Se decidirem de modo diverso, desprezando uma dúvida relevante, estarão agindo de forma *"manifestamente contrária à prova dos autos"* (inciso *d* do art. 593, III, do Código de Processo Penal).

Portanto, caso a Turma Julgadora da apelação criminal defensiva conceba que o conjunto probatório dos autos não esclarece suficientemente a imputação e, assim, conclua que há dúvida relevante sobre a tese acusatória acolhida pelos jurados, restaria autorizada a cassação do veredicto, com a remessa do caso a novo julgamento. Conciliar-se-ia, assim, a competência e soberania dos veredictos com a presunção de inocência.

Notas

(1) Alguns doutrinadores entendem tal diretriz constitucional como uma extensão do princípio democrático ao Poder Judiciário; ou seja, não obstante não seja um poder republicano ocupado mediante sufrágio popular (como os demais), o povo teria participação direta na Jurisdição Penal ao apreciar os casos que envolvam um atentado criminoso contra o bem jurídico primordial, julgando seus pares.

(2) Art. 413, *caput*. "*O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*".

(3) Não se pode deixar de consignar que a decisão imotivada dos jurados mostra-se hábil a vulnerar não apenas a presunção de inocência, mas também se caracteriza como uma exceção a outras garantias constitucionais, como a exigência do princípio da motivação das decisões judiciais, podendo até mesmo absorver o famigerado "Direito Penal do Autor" – repudiado pela principiologia garantista de nossa Constituição Federal – já que nada impede que o Conselho de Sentença condene um acusado influenciado, por exemplo, por uma vida pregressa maculada do acusado e não necessariamente pela convicção gerada pelas provas objetivas coletadas nos autos da ação penal.

(4) Capez, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 654.

(5) Nesse sentido, também impende destacar o Enunciado 67 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aprovado à unanimidade: "*Na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário*".

(6) *Vide*, neste ponto, a obra de Jakobs, Günter. Trad. Cancio Meliá Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

Fábio Rocha de Oliveira
Especialista em Direito Público pela PUC-MG.
Graduado em Direito pela UFMG.
Assessor judiciário criminal.

"Proibidões": um olhar da criminologia cultural sobre o funk no Brasil

Luísa Nami Godoy

A vertente do *funk*, denominada como "proibidão", surgiu entre a segunda metade dos anos 1990 e o início dos anos 2000, sendo conhecida por retratar, de forma realista, a vida dos personagens das áreas populares do Rio de Janeiro. Segundo a criminóloga **Vera Malaguti Batista**, trata-se de uma espécie de crônica do dia a dia dos moradores dos morros e favelas cariocas.(1)

O proibidão pode ser definido como o *funk* que faz apologia ao narcotráfico, com exaltação de façanhas criminosas e violentas, e que expressa o ódio e a morte dos seus inimigos: a polícia e as facções rivais.(2)

De acordo com **Mister Catra**,(3) o "proibidão" surgiu com a proibição da realização dos bailes *funk* nos clubes do Rio de Janeiro. Essa denominação, por sua vez, resultou de uma invenção da mídia para classificar os *raps* com conteúdo proibido que faziam muito sucesso entre os jovens, especialmente nas periferias, onde as canções "proibidas" eram baixadas da internet e reproduzidas de forma amadora.

Uma das primeiras músicas desse estilo foi o "Rap do CV (Comando Vermelho)", gravado no final dos anos 1990, de autoria desconhecida, mas que ficou muito conhecido na voz do MC Mascote. A canção narra, de maneira detalhada, o funcionamento do comércio varejista de drogas nas favelas cariocas.

Entretanto, o proibidão de maior reconhecimento no Brasil foi o "Rap das Armas",(4) gravado por Cidinho e Doca em 1999, e que descreve o cotidiano na Cidade de Deus, favela localizada na Zona Oeste do Rio de Janeiro. A música, que chegou a tocar nas rádios FM de todo o país e ganhou visibilidade em diferentes classes sociais, destaca a relação hostil entre a polícia e as diferentes facções do narcotráfico.(5)

Os "proibidões", conforme bem pontua **Carlos Bruce Batista**, surgiram na linha de produção da estabelecida guerra contra as drogas, com letras criativas e transgressoras, distanciando-se da camuflagem pacificadora da cultura dominante.(6)

Isso porque, na década de 1990, os bailes *funk*, realizados principalmente nas periferias do Rio, foram proibidos em decorrência de brigas pontuais que aconteciam em determinados clubes suburbanos. A repressão, mais uma vez, se fez presente, direcionada, não surpreendentemente, aos jovens de origem popular.

Nesse sentido, **Adriana Facina** destaca que com a disseminação do Estado Penal, fruto do neoliberalismo, a onda de violência no Brasil se voltou para os herdeiros históricos da senzala, ou seja, os habitantes das favelas e periferias urbanas.[7] A produção cultural dos pobres se tornou um caos social, o *funk* se tornou alvo de leis e restrições e foi associado a crimes e à violência.

Cantar o proibidão é fazer propaganda da vida no crime, disponível e convidativa para aqueles que são vistos por sua cor, faixa etária e classe social como naturalmente propensos à criminalidade.

Foi no ano de 1992, com o episódio conhecido como "arrastões", que o *funk* dos proibidões ganhou a mídia burguesa, ao ser tratado como uma questão de segurança pública. As notícias sobre os arrastões na praia de Ipanema e no Arpoador apresentaram os *funkeiros* à classe média do Rio de Janeiro (e também do mundo), como os novos inimigos públicos, a ameaça jovem e negra vinda dos subúrbios.[8] Destacaram, em especial, as letras dos proibidões, a apologia às facções criminosas e o poderio bélico desses grupos. Alguns MCs foram, inclusive, investigados e presos.[9]

Se, conforme exposto, o *funk* de maneira geral encontra dificuldades em garantir sua liberdade de expressão, a situação agrava-se, radicalmente, ao falarmos dos proibidões e sua criminalização.

A abordagem nua e crua feita pelas letras dos proibidões, retratando sem pudores a vida nas favelas e periferias no Brasil: a miséria, o racismo, a violência, a exploração social, o tráfico, a criminalidade, o abuso policial e as facções criminosas, com uma postura combativa e agressiva, acabam por chocar àqueles que não convivem com essa realidade.[10] Não haveria, no entanto, como ser diferente.

As facções criminosas e as guerras travadas entre elas fazem parte do dia a dia das periferias brasileiras, não havendo como se esperar que não fossem retratadas nas músicas dos proibidões. Nesse sentido, **Danilo Cymrot** destaca que "*defensores desta vertente de* funk *sustentam que não é a descrição da realidade que deve ser combatida, mas a realidade em si que deve ser mudada. O proibidão incomoda porque joga na cara da sociedade uma realidade que ela prefere esconder*".[11]

Analisando algumas das letras dos proibidões, percebe-se que o perfil dos traficantes, dos criminosos e dos chefes de facções[12] é traçado de forma bastante saudosista e romantizada, associando-os às características de integração à comunidade, fidelidade aos preceitos e solidariedade comunitária. São vistos como representantes das pessoas que ali vivem. Nota-se presente a solidariedade de classe, pelos irmãos sofredores – presos e seus familiares, bandidos, *funkeiros*, favelados.[13]

As facções criminosas, em especial o Comando Vermelho,[14] são vistas como instituição máxima, como símbolo de proteção para aqueles a quem o Estado não é capaz de proteger. Nutre-se uma espécie de admiração: são consideradas uma força, uma potência, um vínculo com o poder.

Sobre o tema, destaca-se um pequeno trecho da entrevista de Gustavo Lopes – mais conhecido como MC Orelha, um dos MCs de maior credibilidade do Brasil e autor da música "Na faixa de gaza é assim"[15] – a Carlos Palombini, datada de 10 de maio de 2012.

> "*Carlos Palombini: – É uma pergunta honesta, que não precisa ser publicada (se você preferir, desligo o gravador) e, evidentemente, também não precisa ser respondida: o que o Comando Vermelho representou, e o que ele representa para você?*
>
> *Gustavo Lopes: – Representou, continua representando o mesmo que sempre representou, o mesmo que representa para qualquer jovem que já tenha segurado pelo menos um 38 na mão pelo Comando Vermelho. É como se fosse uma paixão. Eu consigo compreender problemas de outras nacionalidades quando olho pro Comando Vermelho: Israel, a Palestina, a religião. Como uma pessoa pode se explodir para matar gente que não tem nada a ver? É a doutrina. A mesma coisa o Comando Vermelho. É inato. Você já nasce dentro da criminalidade ao nascer dentro da favela. O Comando Vermelho é uma união, uma força dos refugiados. Isso gera guerras de facção. Já é outra coisa*".[16]

Essa exaltação explícita às facções, para além das favelas e periferia, é cantada também dentro dos presídios brasileiros. Tanto é, que nos anos de 2013 e 2014,[17] o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisões considerando como falta grave o ato de cantar (ou não parar de cantar, quando determinado pelo agente carcerário) músicas cujas letras falassem sobre o PCC (Primeiro Comando da Capital),[18] atualmente maior organização criminosa do país, presente em 22 dos 27 Estados brasileiros e também em países próximos, como Bolívia, Peru e Paraguai.

No ano de 2015, no entanto, o Juiz Marcos Peixoto, da 37.ª Vara Criminal da comarca do Rio de Janeiro, rejeitou a ação penal proposta em face Paulo Martins de Oliveira, apreendido pela polícia militar do Rio de Janeiro em razão de estar ouvindo o "*funk* proibidão" e indiciado pela prática, em tese, do delito de apologia ao crime (art. 287 do Código Penal brasileiro).[19]

Invocando a liberdade de expressão, a livre manifestação do pensamento e a criminalização histórica de movimentos periféricos no Brasil, o magistrado, em brilhante decisão, rejeitou a censura à cultura dos proibidões e determinou o arquivamento dos autos.

Diante desse importante avanço na Justiça brasileira, há que se trazer à baila um breve fragmento da decisão proferida.

> "*O Brasil, infelizmente, já teve vários 'proibidões' – nomenclatura que, na atualidade, designa especificamente determinado estilo do* funk *carioca surgido nas favelas na década de 90 do século XX, e que se por um lado é jocosa e auto-atribuída pelos autores e intérpretes das composições já como uma crítica antecipada sobre o que pensará a 'elite' branca brasileira a respeito de sua temática, de outro demonstra – quando utilizada a expressão, como aqui, numa denúncia criminal – intuito pejorativo, censor e recriminador, fruto de uma certa vertente de moral e civismo que tem sua semente em regimes autoritários e que ainda cisma em vicejar em (estranhos, como agora) tempos democráticos. (...) Na seara das canções, Chico Buarque foi um recordista de 'proibidões' a ponto de, por algum tempo, ter de passar a lançar músicas sob o pseudônimo de Julinho da Adelaide de modo a tentar driblar os censores que, à simples imagem de seu nome lançado a uma composição proibiam a música ou retalhavam a letra ao ponto de restar incompreensível e, assim, impublicável.* ***Agora, tal proibicionismo se volta (ou ao menos é o que se pretende) contra as músicas que nada mais fazem do que simplesmente retratar o diuturno cotidiano das favelas cariocas dominado por extrema e perniciosa violência imposta e gerada pela política de extermínio de 'guerra às drogas' que vigora há décadas no Rio de Janeiro no trato da questão dos entorpecentes (...). Tem por fundamento e objetivo esta demanda criminal, assim, o cerceamento à liberdade de expressão do outro, do diferente, daquele que nunca teve voz e que é bem visto desde que permaneça calado (e, porque não dizer, obediente)*** " (negritos nossos).

O magistrado destaca, ainda, que as músicas e/ou a cultura do *funk* "proibidão", não são incitadoras ou causadoras do crime e da violência, mas, sim, são geradas por eles. São "*fruto de um cotidiano do qual se nutrem como fonte de inspiração, de análise e objeto de crítica com a qual pode-se concordar/gostar ou não, seja com o contexto, seja com o linguajar, ou com a sonoridade, porém jamais proibir ou, pior, criminalizar*".[20]

O proibidão não pode – e nem deve – ser um pretexto para a criminalização dos pobres só porque seus personagens são infratores da fracassada guerra contra as drogas. Pelo contrário, entender e conhecer as múltiplas visões que envolvem esta cultura poderia ser uma tarefa apta a contribuir para a formação de políticas públicas mais eficazes e menos repressivas.(21)

Não cabe ao Poder Judiciário dizer o que constitui, ou não, arte. Cabe a este, por outro lado, a proteção da criação artística contra a censura, o constrangimento e a manipulação de qualquer autoridade.

Muitas letras dos proibidões são, realmente, ásperas e chocantes, capazes de escandalizar a classe dominante. Representam, de fato, expressões de violência verbal. Porém, como ensinou **Hannah Arendt**, em sua obra *A condição humana*, a fúria não irrompe sem boas razões para tal.

> "*A fúria não é de modo nenhum uma reação automática diante da miséria e do sofrimento em si mesmos; ninguém se enfurece com uma doença incurável ou um tremor de terra, ou com condições sociais que pareçam impossíveis de modificar.* ***A fúria irrompe somente quando há boas razões para crer que tais condições poderiam ser mudadas e não o são. Só manifestamos uma reação de fúria quando nosso senso de justiça é injuriado****; tal reação em absoluto não se produz por nos sentirmos pessoalmente vítimas da injustiça, como prova toda a história das revoluções, nas quais o movimento começou por iniciativa de membros das classes superiores, conduzindo à revolta dos oprimidos e miseráveis*" (negritos nossos).(22)

O Judiciário brasileiro está devendo à sociedade civil um posicionamento firme e democrático em defesa da liberdade artística. Não seriam, talvez, os proibidões a lhe oferecerem esta oportunidade de não criminalização?

Assim, conforme ressaltado por **Nilo Batista**, "*quando este dia chegar, acabou-se o 'proibidão', não pela falta dos poetas populares, mas pelo término da inconstitucional perseguição policial. Todo MC poderá então tranquilamente celebrar, em seus* ***permitidões****, personagens e episódios da favela em que nasceu*".(23)

Nos dias de hoje, proibir o *funk* é segregar ou tornar invisível a experiência do que é ser jovem e favelado no contexto urbano brasileiro. Criminalizar a cultura do *funk*, incluindo-se aí o proibidão, é criminalizar os pobres.(24)

Debater as questões que envolvem os proibidões, para muito além da criminologia cultural, é debater sobre a liberdade de expressão, a democratização da arte e da cultura, o tráfico, a violência e a criminalização dos pobres. É repensar e reestruturar a sociedade brasileira como um todo, revendo seu fundamento racista e desigual.

Nota-se, ao fim desta pesquisa, um pequeno avanço na justiça brasileira, um resquício de esperança de que a liberdade de expressão, a livre manifestação do pensamento, a aceitação da arte controversa e a democratização da cultura venham, finalmente, a imperar.

Conclui-se, assim, pelo reconhecimento dos "proibidões" como manifestação cultural legítima. Pela desconstrução do discurso de criminalização e estigmatização que o acompanha e pela busca à inserção e respeito à juventude pobre brasileira, compreendendo o que realmente representa a violência oriunda desse segmento. Congregar e não discriminar talvez seja um modo de contribuirmos para a minoração (e quiçá eliminação) do abismo social no Brasil.

Notas

(1) Batista, Carlos Bruce. Uma história do "proibidão". In: Batista, Carlos Bruce (org.). *Tamborzão, olhares sobre a criminalização do funk:* criminologia de cordel 2. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

(2) Guedes, Maurício da Silva. *A música que toca é nós que manda:* um estudo sobre o proibidão. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Psicologia da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2007. p. 78.

(3) Catra, Mister. Entrevista à revista *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade* – números 15/16. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

(4) "*Cidade de Deus é ruim de invadir/ Nós com os alemão vamos se divertir/ Porque na de Deus, vô te dizer como é que é/ Lá não tem mole nem pra DRE*" (Trecho da canção "Rap das armas").

(5) Salles, Élcio. *O bom e o feio do* funk *proibidão* – sociabilidade e a produção do comum. Disponível em: <http://revistazcultural.pacc.ufrj.br/o-bom-e-o-feio-funk-proibidao-sociabilidade-e-a-producao-do-comum -de-ecio-p-de-salles/>. Acesso em: 8 jan. 2016.

(6) Batista, Carlos Bruce. Op. et loc. cits.

(7) Facina, Adriana. Quem tem medo do proibidão? In: Batista, Carlos Bruce (org.). *Tamborzão, olhares sobre a criminalização do* funk: criminologia de cordel 2. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

(8) Idem, ibidem.

(9) TJRJ, *HC* 63.966**.** STJ, *HC* 63966/RJ 2006/0169575-0, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 24.04.2007, *DJ* 04.06.2007, p. 387. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8929839/habeas-corpus-hc-63966-rj-2006-0169575-0/relatorio-e-voto-14092082>. Acesso em: 7 jan. 2016.

(10) Cymrot, Danilo. *Proibidão de colarinho-branco*. In: BATISTA, Carlos Bruce (org) Tamborzão, olhares sobre a Criminalização do Funk: Criminologia de Cordel 2. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 78 e ss.

(11) Idem, ibidem.

(12) Existem diversos *funks* em homenagem e exaltação a Elias Maluco, Isaías, Marcinho VP e outros líderes do Comando Vermelho. O mesmo acontece com líderes de outras facções, como Uê ou Celsinho da Vila Vintém, todos diretamente relacionados ao tráfico e às facções criminosas.

(13) Cymrot, Danilo. Op. cit., p. 81.

(14) O Comando Vermelho Rogério Lemgruber, mais conhecido como Comando Vermelho, ou pelas siglas CV e CVRL, é uma das maiores organizações criminosas do Brasil. Foi criada em 1979 na prisão Cândido Mendes, na Ilha Grande em Angra dos Reis/RJ, por um conjunto de presos comuns e presos políticos. O Comando Vermelho ainda controla grandes parcelas do Rio de Janeiro e é comum encontrar ruas pichadas com as letras "CV" em muitas das favelas e periferias cariocas.

(15) "*Na faixa de gaza, só homem bomba/ Na guerra é tudo ou nada/ Várias titânio no pente/ Colete a prova de bala/ Nós desce pra pista pra fazer o assalto/ Mais ta fechadão no doze/ Se eu to de rolé 600 bolado/ (...) Nós planta HUMILDADE, pra colher poder/ A recompensa vem logo após/ Não somos fora da lei/ Porque a lei quem faz é nós/ Nós é o CERTO pelo CERTO/ Não aceita covardia/ Não é qualquer um que chega e ganha moral de cria*" (Trecho da canção "Na faixa de gaza é assim", de autoria do MC Orelha e datada de meados de março de 2009).

(16) Entrevista de Gustavo Lopes, o MC Orelha, a Carlos Palombini. Disponível em <http://www.proibidao.org/gustavo-lopes-o-mc-orelha/>. Acesso em: 10 jan. 2016.

(17) TJSP, EP 00384944620148260000 SP 0038494-46.2014.8.26.0000, rel. Geraldo Wohlers, j. 19.08.2014, 3.ª Câmara de Direito Criminal, publ. 21.08.2014. Disponível em <http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/134915777/ agravo-de-execucao-penal-ep3849446201482600000-sp-0038494-46201482600000>. Acesso em: 10 jan. 2016.

(18) O PCC nasceu durante uma partida de futebol, no presídio de Taubaté, em São Paulo. Nessa partida, uma briga entre presos da capital e do interior terminou com a morte de um prisioneiro pelas mãos de José Márcio Felício, o Geleião. Isso levou o time da capital a selar um pacto contra as represálias do sistema. Pacto que tinha como lema "na nossa união ninguém mexe".

(19) Processo 0002438-06.2014.8.19.0001, julgado pelo Juiz Marcos Augusto Ramos Peixoto em 01.07.2015 e arquivado em 21.10.2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWeb V2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.000760-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>. Acesso em: 11 jan. 2016.

(20) Ibidem.

(21) Batista, Nilo. Sobre a criminalização do *funk* carioca. In: Batista, Carlos Bruce (org.). *Tamborzão, olhares sobre a criminalização do funk:* criminologia de cordel 2. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 202.

(22) Arendt, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 229.

(23) Idem, p. 204.

(24) Facina, Adriana. Op. et. loc. cits.

Luísa Nami Godoy
Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra – Portugal, com bolsa de estágio para pesquisa e investigação na Universidad de Salamanca, Espanha.
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.
Advogada.

A insustentável criminalização das obscenidades

Francisco de Assis de França Júnior

Manifestações de cunho sexual sempre foram encaradas como uma espécie de tabu na dinâmica social moderna.[1] Falar publicamente de sexo nunca foi tarefa fácil, embora sua prática seja uma das mais corriqueiras em ambiente privado. Apesar das dificuldades, a percepção das pessoas sobre o tema tem sofrido variações importantes ao longo dos tempos. O que antes poderia ser encarado como um grave inconveniente, por vezes até um crime, atualmente acomoda-se dentro de certo espectro de normalidade. É, por exemplo, o caso das relações homoafetivas entre pessoas adultas. Não nos parece haver razões coerentes que sustentem quaisquer discriminações entre *heteros* e *homos*. Coerência, aliás, também não nos parece ser qualidade das mais abundantes no ideário da sociedade brasileira. Segundo **Roberto DaMatta**,[2] "*não deveria nos causar surpresa ou polêmica o fato de que o povo que faz o carnaval ser precisamente o povo de Sete de Setembro; o chefe 'boa-praça' ser o homem do 'sabe com quem está falando?'; o homem cordial ser capaz de violência; e o malandro e o caxias serem igualmente admirados*".

Tratando-se de manifestações (ditas obscenas) que ponham em relevo a *sexualidade*, é sempre possível identificar movimentos pendulares. Não raro, deparamo-nos com situações ora mais permissivas (como no carnaval), ora menos tolerantes (como nas paradas militares).[3] A própria linguagem, sobretudo quando referente aos órgãos sexuais, tem sofrido restrições, fazendo com que tenhamos que procurar palavras menos explícitas (como "partes íntimas").[4] O fato é que a força dos movimentos de *contracultura*, a partir do final da década de 1960, modificou consideravelmente os sistemas sociais de censura, libertando os corpos e a linguagem para a *sexualidade*. **Anne-Marie Sohn**[5] constata que "*durante séculos a sexualidade foi mantida sob silêncio ou despachada para o registro de coisas 'sujas' e pecaminosas*". Na perspectiva da autora, "*se os corpos nus fazem parte, hoje, do nosso quadro cotidiano, isto se deve à erosão progressiva do pudor, durante muito tempo inculcado como virtude desde a primeira infância*".[6]

As primeiras investigações desapaixonadas sobre obscenidades, segundo **Peter Gorsen**,[7] partiram de **Karl Rosenkranz**, que, em sua "estética da feiura", ressaltou: "*el pudor es belo y sagrado, por cuanto expresa la tendencia del espíritu a elevarse, en esencia, por sobre la naturaleza; carecer de natural no es posible, pero hemos de tender a liberarmos de lo natural. La naturaleza no conoce el pudor y los animalitos del Señor, como suele decirse castizamente, no tiene verguenza; pero sí la tiene el ser humano, consciente de diferenciarse de la naturaleza. Lo obsceno es un atentado contra el pudor*". Suas reflexões críticas ao puritanismo, aos espartilhos dos postulados estéticos e à hipersensibilidade da opinião pública ao corpo nu merecem ser revisitadas. Seus objetos de estudo são ingredientes que fazem parte do processo de estruturação de nossa cultura.

Ronald Dworkin[8] constata que, por força desse caldo cultural, boa parte das pessoas (ele se refere aos norte-americanos e ingleses) – sobretudo nos países de acentuado apelo religioso – acredita que a homossexualidade, a prostituição, as publicações pornográficas, bem como a gesticulação obscena em público, são imorais. O jurista norte-americano aduz que, "*para a maioria das pessoas, o centro da moral é um código sexual e se as opiniões do homem comum sobre a fornicação, o adultério, o sadismo, o exibicionismo e os outros elementos fundamentais da pornografia não são posições morais, é difícil imaginar quaisquer crenças que ele possa ter que o sejam*".[9] Ele ainda aponta para um "*direito de independência moral*", que seria "*parte da mesma coleção de direitos que o direito de independência política, e deve ser justificado como trunfo sobre uma defesa utilitarista irrestrita de leis proibitivas da pornografia, numa comunidade dos que se julgam ofendidos simplesmente pela ideia de que seus vizinhos estão lendo livros sujos*".[10]

Não obstante a apontada "*erosão progressiva do pudor*" ou o "*direito de independência moral*", segundo nosso Código Penal (arts. 233 e 234), haverá de ser responsabilizada, como uma ofensa ao *pudor público*, a obscenidade praticada em local público, aberto ou exposto ao público, além de comportamentos relacionados aos escritos ou objetos obscenos. Abarcou-se, portanto, aquilo que se convencionou chamar de supraindividualidade – sendo a coletividade atraída como figura central –, o que compromete, *a priori*, uma segura construção de critérios de seleção de bens e a necessária aferição da ofensa penalmente relevante. Não que os intérpretes do sistema contemporaneamente não admitam (excepcionalmente) tipos com tais focos, tampouco aqueles tidos como abertos ou abstratos – há um notável esforço dogmático para justificá-los. O que não se poderia admitir é uma frouxidão conceitual que desrespeita as bases mais destacadas na sustentação de um ambiente que se pretende democrático. A propósito, privilegiar bens supraindividuais sempre foi prática corriqueira em Estados marcadamente autoritários.

A partir do movimento iluminista (séc. XVIII), "*diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas*",[11] havia tendência em privilegiar bens individuais na estruturação da dogmática penal. Ocorre que, com o passar dos tempos, especialmente por influência da Revolução Industrial, o Estado, pressionado, acabou optando por não mais aguardar a aparição do dano efetivo,[12] prescrevendo consequências para condutas de mero risco ou de perigo,[13] antecipando a tutela penal. Haverá, nesse passo, a elaboração cada vez mais frequente de *crimes de perigo abstrato* e de *normas penais em branco* que, na generalidade, acabam se prestando a empoderar o Poder Executivo. Vê-se reverberar, portanto, uma espécie de espiritualização dos bens jurídicos, afastando-se, por consequência, daquele que deveria ser a única referência válida num ambiente substancialmente democrático: o indivíduo.[14]

Atualmente, percebe-se claramente essa tendência migratória (do indivíduo para o coletivo), cujos vetores propagadores seriam, segundo **Fábio André Guaragni**,[15] de natureza *histórica*, *filosófica* e *sociológica*. *Primeiro*, o vetor histórico. Isso por conta da lógica do Estado de Bem-Estar Social, com suas metas de intervenções positivas intencionando garantir a concretização de suas promessas. *Segundo*, o vetor filosófico, com a perspectiva de que tudo no mundo seria ação comunicativa. A sociedade é moldada na base da linguagem, da comunicação. Existimos porque os outros nos percebem assim. Logo, temos necessidade do outro para existir, contraditando o pensamento cartesiano ("penso, logo existo"), que, por sua vez, dá-nos a ideia de que não dependeríamos do outro para existir. E, *terceiro*, o vetor sociológico, com a constatação de que, com os "novos tempos", o risco é democratizado, partilhado por todos, tal como se percebe na obra de **Ulrich Beck**.[16]

ANO 25 - Nº 294 - MAIO/2017 - ISSN 1676-3661

Assim, debruçando-se sobre os paradoxos do risco (necessário e ao mesmo tempo potencialmente nocivo), **Pierpaolo Cruz Bottini**[17] indica que movimentos como os que garantem "*a forte presença de tipos penais de perigo abstrato nas legislações, a normatização dos nexos causais pela teoria da imputação objetiva, o desenvolvimento das normas de cuidado e dos delitos culposos, as novas definições dogmáticas de omissão e de autoria* [se] *utilizam* [d]*o risco como elemento nuclear*". O Direto Penal, portanto, como tradicional instrumento de controle social, é inevitavelmente afetado por esse "estado de coisas" proporcionado pela modernidade. Erodiu-se, com o tempo, por seu potencial de abstração, o próprio conceito de bem jurídico, o que tornou cada vez mais importante a análise sobre a *exclusiva proteção dos bens jurídicos*.[18] Assim, a criminalização das obscenidades, para gozar de alguma validade, deveria estar imersa nesse contexto – proveniente dos postulados da modernidade – de necessidade (?) de *abertura típica*.

Note-se que não é a obscenidade "em si" o que a torna um *relevante penal*. A obscenidade só haverá de ser considerada criminalizada quando se levar em conta sua interação social negativa com as variáveis do meio em que foi praticada. A região do país (se no nordeste ou no sudeste), as características do local (se numa sala de audiência ou num sambódromo), o horário (se no período diurno ou noturno), as pessoas envolvidas (se conservadoras ou liberais), o clima (se durante o verão ou se no inverno), entre outras, são, por exemplo, algumas das circunstâncias que devem pesar na determinação de sua relevância penal. Não bastasse a manutenção de um elemento normativo (o obsceno) demasiadamente fluido, que impõe dificuldades interpretativas,[19] o seu aparecimento como um crime está condicionado ao contato com uma série de variáveis – também demasiadamente fluidas –, o que nos parece comprometer o devido respeito à legalidade, mais propriamente à necessária *taxatividade*.

A taxatividade, conforme esclarece **Gamil Föppel**,[20] num ambiente democrático, figura como "*uma qualidade, um desdobramento lógico, um corolário da garantia da legalidade*", devendo ocupar, dirá **Luigi Ferrajoli**,[21] "*um lugar central no sistema de garantias*". **Föppel** ainda diz que "sem taxatividade" "*a legalidade se tornaria uma garantia vazia de significado e de conteúdo*". Desse modo, arremata **Figueiredo Dias**[22] que "*importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até um ponto em que se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, consequentemente, se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos*". Apesar de sua legalidade no sentido *lato* (ou seja, de sua previsão legal), os crimes de *ato obsceno* e *escrito ou objeto obsceno*, tais como previstos no ordenamento brasileiro, não atendem à legalidade no seu sentido estrito, ou seja, não possuem um conteúdo "*formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso*".[23]

As já referidas prescrições legislativas contrastam com os valores encartados na Constituição Federal de 1988 (a começar pelo expresso no art. 5º, XXXIX). Diante das dificuldades postas, é **Ferrajoli**[24] quem nos esclarece contextualizando da seguinte forma: "*pode ser completamente certo faticamente – conforme as confissões, os testemunhos ou as fotografias incontestáveis – que Tício e Cássia se abraçaram em um automóvel estacionado na rua; mas continua sendo incerto juridicamente em todo o caso porque opinativo, se este fato, do qual por hipótese sabemos absolutamente tudo, é ou não, segundo os arts. 527 e 529 do Código Penal italiano, um 'ato obsceno em lugar público'*". Há, no exemplo, certeza sobre o fato – que, aliás, é confesso –, mas não há a mesma certeza sobre a necessidade (?) de atuação do Direito Penal, prejudicada justamente pela imprecisão do conteúdo dos tipos penais (nesse caso, praticamente idênticos aos brasileiros).

A falta de clareza em tipos incriminadores, como já antevimos, confronta com a necessidade de não deixar "*margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios*".[25] Afinal, "*a legalidade, a taxatividade, a orientação da norma à proteção de bens jurídicos definidos, a culpabilidade, e outros valores inerentes à atuação do* ius puniendi *são indispensáveis para reprimir a utilização desmesurada da sanção penal, em âmbitos em que não se faça necessária ou útil*", logo, "*a liberação destas amarras criaria um sistema criminal excessivamente repressor e disfuncional em relação à forma de organização do exercício do poder adotada pelas Constituições modernas*".[26]

Ademais, sob a perspectiva voltada à *adequação social*, levando-se em conta, portanto, o grau de relevância social dos comportamentos,[27] em **Paulo Queiroz**[28] pode-se encontrar uma das mais incisivas críticas à manutenção da criminalização das obscenidades na atualidade. Sobre as previsões de nosso Código, o mencionado autor aduz que se trata "*de um capítulo que já não faz qualquer sentido nos dias atuais, visto que o ato obsceno não ofende gravemente a dignidade sexual de ninguém (no máximo, dá causa a algum desconforto ou constrangimento) e é passível de repressão suficiente no âmbito administrativo; e o escrito ou objeto obsceno, além de obsoleto, é francamente inconstitucional, por violar tanto a liberdade de autodeterminação sexual quanto a de manifestação artística e cultural (CF, art. 5.º, IX)*".

Nesse passo, parece-nos ter restado claro que não se está a defender o fim de quaisquer instrumentos de controle social sobre o comportamento humano, em especial aqueles de viés sexual. Não se concretizará, com uma eventual descriminalização, um descaso ao sentimento de recato alheio, muito menos um incentivo ao constrangimento de cunho sexual, mas a transferência de seu trato para outros âmbitos (comunitários, administrativos, civis etc.) que não no Direito Penal, tudo na exata medida postulada, por exemplo, pelo abolicionismo. Aliás, da perspectiva abolicionista, o que aqui nos dispomos a propor é que o sistema posto, malgrado seu histórico de incoerências, ao menos se disponha a respeitar os parâmetros que ele mesmo erigiu para se "justificar" num ambiente dito democrático.

O fato de um comportamento ser encarado como reprovável sob a perspectiva moral ou ético-social, por si, não legitima sua criminalização. Deve haver racionalidade no processo de criminalização primária. **Luiz Flávio Gomes**[29] assevera que não é função do Direito Penal proteger a "*ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas e governo, a norma penal em si etc.*". Mesmo que a comunidade identifique um determinado valor como importante para a fruição da dinâmica social, não há de significar que necessariamente será o Direito Penal o mecanismo a ser acionado para tutelá-lo. Há um vasto instrumental menos invasivo, traumático e estigmatizante à disposição.

Ressalte-se, por último, que, apesar de o projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012) tencionar descriminalizar o *ato obsceno* e o *escrito ou objeto obsceno*, mantém-se a expressão "obscena" como causa especial de aumento de pena (de um terço até a metade), quando se constituir finalidade do agente, no crime denominado de escravidão (art. 477). Também aqui, forçoso concluir, insustentável a prescrição.

Ocorre que, mesmo diante de todas as dificuldades apontadas, tanto do ponto de vista dogmático-filosófico quanto do ponto de vista político-social – o que deveria servir para facilitar o processo de descriminalização, especialmente pela via judicial, vez que o legislativo já sinalizou nesse sentido com o projeto de novo Código Penal –, o Supremo Tribunal Federal tem validado a criminalização das obscenidades.

Numa consulta a sua base de dados informatizada, utilizando-nos da expressão "obsceno" (prevista nos arts. 233 e 234 do Código Penal), sete acórdãos foram encontrados. Com exceção do *HC* 83.996/RJ, de 17 de agosto de 2004, cujo julgamento terminou empatado, vencendo o argumento, com o qual concordamos, de que "*a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal*", todos os demais (ARE 861.014/DF; *HC* 115.609/DF; ARE 676.281/SP; R*HC* 107.586/PR; R*HC* 64.965/SP; RMS 185.534/SP), sendo o mais recente de 2015, prestam-se, direta ou indiretamente, a convalidar as criminalizações referidas.

As bases de sustentação de tais decisões, como vimos, estão fixadas em terrenos absolutamente pantanosos, num verdadeiro lodaçal, num mangue carente de oxigênio, cujas sementes da legalidade democrática jamais germinarão. A criminalização de comportamentos inócuos, sobretudo daqueles que passamos em revista, cuja importância depende, dentre outras variáveis, do grau de moralismo do local de sua realização, não há de encontrar solo fértil em ambiente substancialmente democrático. Não há, portanto, como deixar de comparar a postura capitaneada por nossa Suprema Corte àquela assumida numa das épicas aventuras do Barão de Münchhausen, tendo conseguido empreender fuga de um pântano onde afundava, com a lama já à altura do pescoço, puxando-se pelos próprios cabelos.

Notas

(1) Norbert Elias nos dirá: "O sentimento de vergonha que cerca as relações sexuais humanas tem aumentado e mudado muito no processo de civilização. Isto se manifesta com especial clareza na dificuldade experimentada por adultos, nos estágios mais recentes de civilização, em falar com crianças sobre essas relações. Hoje, porém, esta dificuldade parece quase natural" (Elias, N. *O processo civilizador:* uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994. vol. 1, p. 169-170).

(2) DaMatta, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis* – para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 67.

(3) Para uma análise aprofundada, veja-se a obra, já citada, de Roberto DaMatta.

(4) Emblemática a campanha patrocinada pelo Ministério da Saúde em 1995. Preocupado com o aumento da incidência de AIDS sobre a população masculina, a peça publicitária acabou denominando de *Bráulio* o órgão sexual masculino. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/9/14/cotidiano/17.html>. Acesso em: 9 set. 2016.

(5) Sohn, Anne-Marie. O corpo sexuado. In: Corbin, Alain; Courtine, Jean-Jacques; e Vigarello, Georges. *História do corpo* – as mutações do olhar: século XX. Trad. Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 132.

(6) Idem, p. 109.

(7) Gorsen, Peter. *El principio de lo obsceno* – sexo y sociedade Trad. J. A. Bravo. México: Roca, 1974. p. 21.

(8) Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 371.

(9) Idem, p. 398.

(10) Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípio.* 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 543.

(11) Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 28.

(12) Faria Costa, José Francisco de. *O perigo em direito penal.* Coimbra: Coimbra, 2000. p. 358 e ss.

(13) "Risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo" (Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 23).

(14) "Vantagens" e inconvenientes desse "novo" Direito Penal são objetos do estudo de Lúcio Izidro: Izidro, Lúcio. *Do direito penal clássico ao direito penal econômico*: perspectivas de um giro epistemológico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 163 e ss.).

(15) Guaragni, Fábio André. *Fundamento material da culpabilidade e sua evolução histórica*. 15ª aula do curso de pós-graduação em Ciências Penais da rede LFG. Dia 11 de junho de 2013. Ressalvando-se que toda e qualquer responsabilidade sobre eventuais incorreções deve recair sobre nós.

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

(17) Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato* cit., p. 37.

(18) Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

(19) "A doutrina não se mostra concorde acerca da noção jurídica de ato obsceno" (Costa Jr., Paulo José da e Costa, Fernando José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 718).

(20) Föppel, Gamil. O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista. *Ciências Criminais no século XXI* – estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade e Direito do Recife (11.08.1827-11.08.2007). Recife: Universitária UFPE, 2007. p. 203.

(21) Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2014. p. 93.

(22) Figueiredo Dias, Jorge de. *Direito penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra, 2012. t. I, p. 186.

(23) Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão* cit., p. 93.

(24) Idem, p. 105.

(25) Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

(26) Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato* cit., p. 82.

(27) Welzel, Hans. *Derecho penal alemán.* 12. ed. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yañes Peréz. Santiago: Jurídica de Chile, 1987. p. 83.

(28) Queiroz, Paulo (Coord.). *Curso de direito penal* – parte especial. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 579.

(29) Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal.* São Paulo: RT, 2002. p. 43.

Francisco de Assis de França Júnior
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL).
Professor assistente do Laboratório do IBCCRIM em Alagoas.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.
COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazi.
EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.
CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorfato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogués Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Guedes Pirágine, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.
COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolin, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, 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): Adriano Galvão, Eduardo Carvalho e Roberto Portugal de Biazi.
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: 4.500 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

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



CURSO INTERNACIONAL

QUANDO?

Aulas de 31 de maio a 4 de agosto de 2017

ONDE?

IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52
São Paulo/SP ou pela internet
(modalidade à distância)

AULAS PRESENCIAIS OU À DISTÂNCIA

INSCRIÇÕES ABERTAS!

Curso destinado a profissionais já graduados/as.

Docentes nacionais e internacionais.

Confira as professoras e os professores confirmados, bem como a programação completa no site do curso!

Inscrições e informações:
www.ibccrim.org.br/direitosfundamentais2017

REALIZAÇÃO

IBCCRIM

IUS GENTILIUM CONIMBRIGAE
CENTRO DE DIREITOS HUMANOS
HUMAN RIGHTS CENTRE