ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

EDITORIAL

Conivência com a guerra

O maior número de mortos entre a população civil. Territórios urbanos inteiros sitiados por forças militares. No sítio, casas invadidas por soldados para operação de guerra. Construções estratégicas tomadas para abrigar armamento e soldados. Tiroteios durante o dia. Tiroteios à noite. População civil que não pode prosseguir com a vida cotidiana, pois nenhum lado do conflito armado está em sua defesa. População civil vista como obstáculo à ação militar.

França invadida por nazistas em 1943? Sarajevo sitiada por sérvios em 1992? Não. Complexo do Alemão, Rio de Janeiro, Brasil, em 2017.(1)

O território do complexo do Alemão está ocupado pela Polícia Militar. Só em 2017, 29 moradores ficaram feridos durante tiroteios. Dez morreram. Além disso, sete policiais militares ficaram feridos. Em abril de 2017, cerca de 1.800 alunos das redes municipal e estadual ficaram sem aulas por causa da violência.(2)

Moradores do "Largo do Samba", no interior do Complexo de Favelas do Alemão, haviam denunciado a invasão de suas casas em fevereiro, por policiais militares da Unidade de Polícia Pacificadora Nova Brasília, para uso como base militar. As denúncias foram confirmadas por visita *in loco* do Ouvidor-Geral da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, pela Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da ALERJ e da OAB-RJ. Diante dos fatos, a Defensoria ajuizou ação civil pública em face do Estado, onde pede a imediata desocupação desses imóveis. Em 27 abril, foi determinada judicialmente a imediata desocupação, bem como que a Corporação se abstenha "*de turbar ou esbulhar a posse privada sob o pretexto da utilização dos imóveis para operações militares no contexto do combate à criminalidade naquele Complexo*".(3)

A guerra é em nome do combate ao tráfico de drogas. É movida pela Polícia Militar contra um inimigo interno. É ilegal, imoral e inútil para a finalidade declarada. E, ainda que movida contrariamente à Constituição, às leis, e aos princípios dos direitos humanos, esta guerra não sofre questionamento das instituições de controle da ação policial: elas não funcionam na prática.

A Constituição de 1988 manteve intacta a estrutura da segurança pública herdada do regime militar, dos atos institucionais e da Emenda de 1969. Foi mantido o modelo das duas polícias, e o Ministério Público (MP) como órgão responsável pelo controle externo de ambas. Esta é uma das razões porque se considera a democracia no Brasil inacabada, disjuntiva, bloqueada por um entulho autoritário.

Na prática, o controle externo das polícias pelo Ministério Público herdou as concepções e práticas do regime autoritário. A ampliação das funções do MP para a tutela dos direitos coletivos e difusos ("tutela", conceito já problemático) trouxe a necessidade de atualização e redefinição, além de aumentar o poder e as funções desta instituição. Mas praticamente não houve qualquer alteração da atuação no processo penal e na relação com as polícias.

Uma pesquisa recente, realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC),(4) apontou que 88% dos promotores e procuradores não veem relevância na atividade de controle externo das polícias. Segundo as respostas à pesquisa, o controle externo das polícias não faz parte das atividades de 70% dos membros da instituição. Isto significa que mesmo a atividade de controle nos inquéritos, dada pela titularidade da ação penal, não é vista pelos respondentes como controle da atividade policial. Outras pesquisas realizadas sobre o funcionamento do sistema de justiça têm demonstrado que o Ministério Público ratifica a versão dos autos policiais na imensa maioria dos inquéritos, mesmo que não haja provas além do testemunho policial. Certamente que policiais podem e devem dizer a verdade, mas erigir um sistema de justiça – e um sistema de construção da verdade – exclusivamente sobre a palavra e unilateralidade é apostar na fragilização de toda e qualquer possibilidade de justiça.

Os membros do MP (cujo perfil médio é masculino e branco) reconheceram à pesquisa do CESeC que a atuação no controle externo das polícias é a pior entre todas as áreas de atuação institucional: 42% reconhecem que o desempenho do órgão no controle externo da polícia é ruim ou péssimo e 35% consideram-no regular.

A inação do MP carioca diante dos flagrantes abusos e violações cometidas pelas forças policiais não é uma atitude localizada. Em São Paulo, a ligação do Ministério Público com a política de segurança que confere o protagonismo à Polícia Militar e às táticas de combate ao inimigo interno também tem sido apontada em estudos.(5) A pasta da segurança pública tem sido chefiada por oriundos do MP em seguidas gestões, por mais de uma década. A capacidade de definir rumos à atuação policial, neste caso, supera muito o controle judicial das práticas, tratando-se de poder político diretamente exercido. E, mesmo assim, menos de 4% das mortes em decorrência de ação policial resultam em inquérito policial sobre as circunstâncias do uso da força letal da polícia.

Em contrapartida, instituições como Ouvidorias e outros órgãos independentes de controle externo da atividade policial restaram enfraquecidas e subordinadas no modelo institucional da segurança pública atualmente consagrado.

As violações aos direitos humanos ocorridas nos territórios sob o controle armado de grupos organizados precisam estar nas prioridades da segurança pública e das políticas judiciais. Desmantelar o poder armado requer investigar a fundo os circuitos e a sustentação política do tráfico de armas com vistas a desconjuntar esse mercado ilegal e nefasto. Para esta tarefa, a função constitucional do Ministério Público, como titular da ação penal, é imprescindível.

É fundamental acreditar na capacidade institucional de erradicar as violações aos direitos fundamentais pela via do Direito e da justiça. E para isto são necessárias reformas institucionais profundas nas polícias – e no controle externo de sua ação. Entregar a defesa da vida e dos valores humanitários às estratégias de guerra é sucumbir à barbárie.

Notas

(1) Em maio de 2017, o jornal comunitário *Voz das Comunidades* produziu um vídeo com o som dos tiroteios no Alemão e perguntou nas ruas de onde seria esse som. As respostas se referiram ao Afeganistão: <https://www.youtube.com/watch?v=sXqa0-Poc2A>.

(2) Um breve panorama da violência no território do Complexo do Alemão pode ser encontrado em: <http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/complexo-do-alemao-antiga-terrade-nascentes-tornou-se-palco-de-violencia-21263337>.

(3) Mais informações sobre o processo podem ser encontradas no Caderno de Jurisprudência deste Boletim e no link:<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/4111-Defensoriaobtem-determinacao-para-que-PMs-desocupem-casas-do-Alemao>.

(4) Lemgruber, Julita; Ribeiro, Ludmila; Musumeci, Leonarda; Duarte, Thais. *Ministério Público:* Guardião da democracia brasileira? Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

(5) Silvestre, Giane. *Enxugando iceberg*: Como as instituições estatais exercem o controle do crime em São Paulo. Tese de doutorado: Universidade Federal de São Carlos/SP, 2016.

| Caderno de Doutrina

| DIREITO EM DEBATE

É necessária a tipificação do crime de "caixa 2" eleitoral?
Vinicius Cabeleira - SIM ____ 2
Alaor Leite - NÃO ____ 3

Sugestões para o anteprojeto que altera a Lei de Execução Penal
Alvino Augusto de Sá ____ 5

Entre os direitos humanos e o silêncio: as duas faces de uma moeda
Rubia Abs Cruz, Priscila Akemi Beltrame e Soraia da Rosa Mendes ____ 7

Operação Mãos Limpas – 25 anos
Guglielmo Giordanengo ____ 8

Liberdade social e co-culpabilidade do Estado por déficit de reconhecimento
Bruno Tadeu Buonicore ____ 11

O (perigoso) Direito Penal líquido como instrumento dos processos e investigações criminais
Clovis Alberto Volpe Filho ____ 13

Brasil: entre o colapso do cárcere e a agonia do sistema garantista
Misael Neto Bispo da França ____ 14

Trabalho prisional: a manutenção do poder disciplinar que transita entre recompensas e punições
Izabela Lopes Jamar ____ 15

HC 126.292: o STF como mero instrumento à disposição do homem por detrás do dique
Victor Matheus Bevilaqua ____ 16

Multiculturalismo, Direito Penal e imigração europeia
Flávio Eduardo Turessi ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal ____ 2029

A atuação da Defensoria Pública junto aos Tribunais Superiores
Davi Eduardo Depiné Filho ____ 2029

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ____ 2031

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2031
Superior Tribunal de Justiça ____ 2033
Tribunais de Justiça ____ 2035

Vinicius Cabeleira
Mestre em Direito Processual pela UFES
(Universidade Federal do Espírito Santo).
Procurador Regional Eleitoral no Espírito Santo.

SIM

Direito e

É necessária a tipificação do

O chamado "caixa dois eleitoral" é a arrecadação e a utilização de recursos, bens ou serviços fora dos controles exigidos pela lei eleitoral. Em especial a movimentação de dinheiro à margem da conta bancária da campanha eleitoral.

O caixa dois, em si, já é um perigo para a legitimidade das eleições e do sistema democrático. Aqueles que concorrem obedecendo às "regras do jogo" são prejudicados pelos trapaceiros que abusam do poder econômico à sua disposição. Depois do estabelecimento de rígidos limites de gastos para as campanhas pela Lei 13.165, esse perigo tornou-se maior porque, antes, os candidatos podiam declarar todos os recursos de fontes lícitas que conseguissem, mas, agora, sofrem multa de 100% pelo que exceder o limite. Então, além de esconder os recursos ilícitos, as campanhas têm que esconder os que ultrapassam os limites.

O caixa dois também fere o dever de transparência dos candidatos, uma vez que as prestações de contas permitem ver, pela identificação dos seus doadores, quais são os interesses com os quais estão comprometidos.

Existe também uma relação direta entre o caixa dois e a compra de votos, chamada corrupção eleitoral. Como a despesa com a compra de votos não pode ser declarada, os recursos utilizados para tal fim em geral não tramitam pela conta de campanha. Durante o período eleitoral, as notícias de candidatos comprando votos com dinheiro em espécie chegam às centenas.

Além disso, constata-se uma relação indireta entre o caixa dois e a corrupção comum, o desvio de recursos públicos e o direcionamento de licitações. Como demonstrou **Márlon Reis** no livro *O nobre deputado*, os doadores "investem" na campanha eleitoral o dinheiro que pretendem resgatar pela obtenção de contratos superfaturados ou benesses legislativas, durante o exercício do mandato.

Quando se fala em tornar crime uma conduta, considera-se um bem jurídico importante para a sociedade, que deve ser protegido de forma mais efetiva, por meio da cominação de pena de prisão e de todo o aparato de persecução criminal.

Muita gente enfatiza a questão de uma conduta ser chamada de "crime" ou um indivíduo (ou até uma pessoa jurídica) ser chamado de "criminoso". Em geral, os políticos e a mídia valorizam esse aspecto simbólico da criminalização de uma conduta.

Para o jurista, no entanto, é mais importante o fato de que o Estado tem todo um aparato burocrático e legislativo que não existe na repressão administrativa e civil. Existe o apoio das várias polícias, além das guardas municipais, tanto para a prevenção quanto para a investigação, incluindo toda a estrutura pericial. Existe a possibilidade de atuação direta do Ministério Público. Existe mesmo a possibilidade de flagrante delito por qualquer do povo. Já na matéria administrativa eleitoral, existe uma excessiva dependência da estrutura da Justiça Eleitoral, que é confessadamente insuficiente.

No arcabouço jurídico, há meios de investigação próprios da repressão criminal, como a interceptação de dados, interceptação telefônica, busca e apreensão criminal, medidas cautelares patrimoniais e pessoais, como a prisão preventiva, temporária, a condução coercitiva, prisão domiciliar, proibição de se ausentar, entre outros.

Os prazos de investigação criminal são viáveis, o que não ocorre com os de interposição das ações eleitorais, que vão, no máximo, até quinze dias da diplomação. É relevante lembrar que apenas as contas dos eleitos precisam ser julgadas antes da diplomação. As dos não eleitos e suplentes, ainda que milionárias, são julgadas muito tempo depois, quando já não é mais possível entrar com qualquer ação eleitoral cível para punição do caixa dois, mesmo se encontradas as falhas mais bizarras. E, ainda, como a pena da ação eleitoral restringe-se à cassação do diploma, pouca efetividade tem. Isso sem dizer que a jurisprudência entende que a reprovação das contas não tem consequência nenhuma para o candidato.

Hoje, no entanto, a repressão criminal ao caixa dois ocorre indiretamente, por meio da punição da falsidade na prestação de contas eleitorais, art. 350 do Código Eleitoral. Ou seja, o caixa dois torna-se crime quando o candidato ou o dirigente do partido político apresenta a prestação de contas e, nessa prestação de contas, omite receitas ou despesas realizadas em função da campanha eleitoral.

A tipificação atual dificulta a punição dos doadores e recebedores de recursos via caixa dois, uma vez que o crime é a falsificação de um documento sobre o qual eles não têm qualquer responsabilidade. Também não abrange o caixa dois feito pelos partidos políticos fora do período eleitoral.

A pena de 1 a 3 anos é bem inferior às penas do crime de caixa dois praticado em instituições financeiras (art. 11 da Lei 7.492/86), 1 a 5 anos; e às penas do crime de sonegação fiscal, que pune o caixa dois nas empresas (art. 1º da Lei 8.137/90), 2 a 5 anos. Nada condizente com a gravidade dos fatos.

Não estão abrangidas as situações em que as contas de campanha simplesmente não são apresentadas. Por outro lado, a facilidade de retificar a prestação de contas depois de apontadas as irregularidades pela Justiça Eleitoral retira muito da sua efetividade.

A consumação desse crime no momento da prestação de contas, que ocorre em geral 30 dias depois das eleições, impede que medidas efetivas de produção de prova tenham efeito, já que elas têm que ser tomadas durante a campanha eleitoral. Por exemplo, se alguém for flagrado com grande quantidade de dinheiro em espécie no comitê eleitoral na véspera ou no dia da eleição, ou com grande quantidade de material gráfico de campanha sem nota fiscal – casos óbvios de caixa dois –, além de não poder ser preso em flagrante, terá tempo suficiente, já ciente da prova obtida pela Justiça, para incluir esses recursos e gastos na prestação de contas e até providenciar recibos e notas fiscais para instruí-la.

A tipificação direta e específica do caixa dois eleitoral é uma ferramenta indispensável para enfrentar essa doença crônica dos nossos processos eleitorais.

Em Debate

NÃO crime de "caixa 2" eleitoral?

Alaor Leite
Doutorando e mestre na Universidade de Munique, Alemanha.
Assistente científico (*Wissenschaftlicher Mitarbeiter*) na Universidade de Augsburg, Alemanha.
Organizador, ao lado de Adriano Teixeira, do livro *Crime e Política* (São Paulo, FGV Editora, 2017).

A necessidade de uma nova tipificação deve ser sempre inserida em determinada urdidura histórica. Recentemente, os casos candentes que envolvem o chamado caixa dois eleitoral conduziram à proposta de criação do crime de caixa dois eleitoral (art. 15 do PL 4.850/16, que propõe o art. 354-A ao Código Eleitoral). Qualquer esforço legiferante em matéria penal deve ser precedido de *três esclarecimentos*. Em primeiro lugar, o legislador deve identificar o *bem jurídico* que a conduta lesiona ou coloca em risco. Em segundo, deve *definir conceitualmente a conduta* que visa a proibir, uma exigência do *princípio da legalidade* (art. 5º, XXIX, CR). Por último, deve verificar se existe no ordenamento vigente uma insuportável *lacuna de punibilidade* impossível de ser preenchida por outros ramos do Direito. Esses esclarecimentos não foram, ainda, realizados.

Em primeiro lugar, não há clareza sobre o *bem jurídico* protegido pelo caixa dois eleitoral. O caixa dois eleitoral pode estar associado aos delitos de *corrupção pública*, e visaria a tutelar a higidez da Administração Pública. Essa conduta, de outro lado, poderia afetar bens jurídicos de natureza essencialmente *eleitoral*. A igualdade dos pleitos eleitorais surgiria como candidato. Os proponentes do PL 4.850/16 vociferam ser o "combate à corrupção" a justificativa da criminalização do caixa dois eleitoral. Ao jurista, interessa mais a proposta legislativa propriamente dita. A ementa da proposta legislativa, no entanto, é iniludível no sentido de confirmar os anseios do legislador: "*Estabelece medidas contra a corrupção*". Não sem sobressalto, pode-se ler no PL 4.850/16 que o tipo penal proposto nada tem a ver com a corrupção e deve integrar o Código Eleitoral, como novo art. 354-A. Há uma grande incerteza quanto ao objeto de proteção do caixa dois eleitoral, que se revela na fronteiriça desconexão entre o discurso e a ação do legislador.

Essa incerteza quanto ao objeto que se quer proteger decorre de uma incompreensão do *conceito* de caixa dois eleitoral, o segundo esclarecimento que deve ser realizado. O que não se pode definir, tampouco se deve criminalizar. A vulgar expressão caixa dois quer significar a *manutenção de contabilidade paralela* no interior de uma pessoa jurídica. O caixa dois *eleitoral* expressa a existência de uma tal contabilidade paralela no interior de um *partido político*, uma pessoa jurídica de direito privado (art. 1º, Lei 9.096/95). Pode ser que o partido político adquira um *status* diferenciado. Ainda assim, é difícil sustentar que algo que ocorre dentro de uma pessoa jurídica de direito privado possa triscar o bem jurídico "higidez da Administração Pública".

A incerteza conceitual esconde outro ponto delicado. O Direito Penal proíbe preferencialmente ações ou omissões. Excepcionalmente, o Direito Penal resolve proibir *meros estados de coisas* que se projetam no tempo. O caixa dois eleitoral é um *mero estado de coisas interno* ao partido político. Diversa e mais plausível é a indagação sobre a criminalização do *financiamento ilegal de partidos*, que consiste nas *ações* de *doar* ou de *receber doações* ilegais, que não se confundem com a posterior não contabilização de recursos. A rigor, tais recursos não precisam decorrer de doações eleitorais, legais ou ilegais – o caixa de um partido é também composto por valores de outras fontes, como o Fundo Partidário –, de modo que não há relação de necessidade entre essas condutas. Os exemplos mundiais sinalizam que o foco da proibição costuma ser o financiamento de partidos, e não o caixa dois eleitoral. Fiquemos com os exemplos da Espanha (art. 304 bis, CP) e de Portugal (art. 28, Lei 19/2003). O que o nosso legislador talvez busque, sem confessá-lo, é uma facilitação da prova, um argumento insuficiente para fundamentar um novo tipo penal.

Por fim, não parece haver dúvida de que a manutenção de contabilidade paralela em partidos políticos, *por si só*, não configura crime autônomo no ordenamento jurídico, com o que estaria identificada uma *lacuna de punibilidade*. A mera manutenção de contabilidade paralela é criminosa apenas no interior de instituições financeiras (art. 11, Lei 7.492/86). Partidos políticos não são instituições financeiras. Os que afirmam ser o caixa dois eleitoral crime de *lege lata* praticam inaceitável salto argumentativo: Se o caixa dois eleitoral, *preenchidos outros requisitos*, puder ser considerado falsidade eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral), então a *conduta* proibida não é a de manter contabilidade paralela, mas a *omissão* de declarar a manutenção pretérita de contabilidade paralela por ocasião da prestação de contas, e o *bem jurídico* protegido não é a higidez da Administração Pública e nem a igualdade dos pleitos eleitorais, mas sim a veracidade dos documentos eleitorais. O mero inadimplemento contratual que produz prejuízo econômico a outra parte não constitui crime. Se adicionalmente houver fraude e dolo a ela referido já no momento de celebração do contrato, pode estar realizado, como parece óbvio, o crime de estelionato (art. 171, CP). Estou certo de que ninguém diria, sem ruborizar-se, que o mero inadimplemento contratual é conduta criminosa no ordenamento jurídico vigente em razão de que *pode ser* estelionato. Essa lacuna deve ainda ser, contudo, impossível de ser preenchida por outros ramos do Direito. As infindas controvérsias em torno do modelo de financiamento das campanhas – especialmente a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.650/STF –, por exemplo, parecem contraindicar uma intervenção do legislador penal. Não se deve tampouco ignorar o fato de que uma reforma da sanção eleitoral pode torná-la suficientemente grave. A sanção eleitoral pode ser rápida e eficiente, embora tenha o grave defeito de não poder ser objeto de acordos de colaboração premiada. Um diálogo com o Direito Eleitoral é condição prévia para a proposta de um novo tipo penal – e esse diálogo ainda não houve.

É temerário legislar em quadros de tamanha incerteza. Os *três esclarecimentos* acima mencionados permanecem irrealizados. Por ora, sem que haja clareza quanto a eles, *não* se deve tipificar expressamente o caixa dois eleitoral.

ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

CONTRIBUIÇÕES DO IBCCRIM AO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O IBCCRIM, por meio de seu Departamento de Projetos Legislativos e Comissão do Código de Processo Penal, finalizou as suas sugestões de emendas ao PL 8045/10, que trata do "Código de Processo Penal".

As emendas de redação e o anteprojeto de substitutivo ao PL 8045/10 sugeridos pelo IBCCRIM estão disponíveis no link: **<www.ibccrim.org.br/reformacpp>**.

Recurso Extraordinário (RE) 973.837: pedido de ingresso do IBCCRIM como *amicus curiae*

O IBCCRIM solicitou ingresso como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário (RE) 973.837, que questiona no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da Lei 12.654/2012, responsável por promover alterações na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e na Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/2009), tornando obrigatória a coleta de material genético de condenados por crimes dolosos com o emprego de violência grave. Saiba mais no link: **<http://ibccrim.org.br/docs/2017/Pedido_Amicus.pdf>**.

16 MEDIDAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

BLOCO II: Código Penal

No intuito de propor soluções para a redução do insustentável problema da superlotação carcerária, o IBCCRIM, em conjunto com a Pastoral Carcerária Nacional da 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*.

Como meio de divulgar as medidas perante os associados do Instituto, faremos uma breve explanação das medidas em textos publicados no Boletim – sem prejuízo do acesso à sua íntegra no *site* do IBCCRIM: **<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>.**

As propostas 2 e 3 dizem respeito a alterações na parte geral e especial do Código Penal. É cediço que o texto de 1984 não atende completamente a realidade social e jurídico-penal, e, infelizmente, colabora em muito na manutenção ou mesmo deterioração da situação carcerária, seja por seus dispositivos incompletos ou genéricos, seja pela interpretação que possibilita aos tribunais decidir em sentido contrário à *ultima ratio*. Há uma supervalorização do patrimônio. Os delitos que o atingem perfazem a grande maioria da clientela penitenciária.

É neste sentido a atual redação do art. 16, que não permite que a reparação ou devolução da coisa se dê em momento posterior à Denúncia, quando em outros âmbitos, como no delito tributário, a legislação penal o permite (art. 83 da Lei 9.430/96). Também a jurisprudência tem reconhecido que o pagamento ou a restituição da coisa em delitos patrimoniais ou equivalentes muitas vezes resolve o conflito social e demonstra a desnecessidade do Direito Penal.

Outra situação consagrada pela jurisprudência, e unanimidade na doutrina, é a insignificância como critério objetivo de imputação. O já reconhecido, pela maior parte da doutrina e pelos tribunais superiores, como "princípio" da insignificância permite que aquilo que, na verdade, é um critério tópico de determinação de competência material penal e resolução de conflito seja rechaçado por muitos com o argumento falacioso de que não pode ser reconhecido por ausência de previsão legal. Para evitar tais argumentações maliciosas, propõe-se a inclusão do artigo 16-A, que positiva a necessidade de ofensividade mínima da conduta criminosa e do consequente resultado, e exige que os critérios para tal definição sejam tomados diante do caso concreto e do impacto sobre o bem jurídico, e não sobre impressões pessoais do julgador ou perpetradas pela mídia. A inclusão do dispositivo dará mais segurança jurídica e tranquilidade ao julgador diante de qualquer tipo de pressão.

No tocante à pena, insistimos nas alternativas à prisão, propondo correção pontual nas restritivas de direitos. A atual redação do art. 44 não permite que o instituto da substituição alcance maior eficácia. A previsão do inciso I, de limitar a substituição ao máximo de condenação de quatro anos, e o demasiado subjetivismo do inciso III, que menciona os obscuros conceitos de "culpabilidade, conduta social e personalidade do condenado" fazem com que, em muitos casos, a melhor solução, que seria a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não seja aplicada e o condenado seja submetido ao deletério do cárcere. A proposta delega ao juiz a decisão sobre a substituição, definindo-a como regra e colocando como exceção sua aplicação em crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça. Ainda assim, se o caso demonstrar, o juiz poderá fundamentar e conceder a substituição, sempre que se mostrar a medida mais adequada.

Além da possibilidade de aplicação mais correta da substituição, cria-se mais uma hipótese de extinção da punibilidade, com a nova redação do inciso VII. Alternativas como círculos restaurativos, mediação e arbitragem, mesmo que realizados em âmbitos civis ou administrativos, podem ser trasladados ao âmbito penal e finalizar o conflito. Na atual legislação, as amplas possibilidades previstas pela delação premiada demonstram claramente que a justiça penal também pode ser negociada, principalmente quando o objetivo for a redução do encarceramento e aplicação da pena de prisão. Neste sentido, sempre que houver a resolução por outro meio que não o penal fica demonstrada sua desnecessidade. Assim, antes da atuação do Estado, revela-se falta de justa causa e, depois de iniciada a ação, revela-se desnecessária a punição. A proposta permite que o juiz declare extinta a punibilidade se ofensor e ofendido resolverem o conflito por formas alternativas e de comum acordo.

As mudanças relacionadas à dosimetria da pena procuram dar mais taxatividade ao texto legal. Na prática penal, e principalmente nos livros didáticos, perdeu-se o conceito e aplicação da expressão "antecedentes criminais". Aquilo que sempre foi a definição de decisões condenatórias transitadas em julgado que não pudessem configurar a reincidência passou a ser tratado como o mero registro policial de investigação contra o réu (posição atualmente respaldada pelo STF). Tal entendimento viola frontalmente o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e permite que as penas sejam aumentadas pela simples existência dos registros, quando se sabe que a discricionariedade policial e do Ministério Público, ou a simples divergência de vizinhança, podem levar à instauração de um procedimento investigatório. Com a redação que se propõe, resgata-se em texto legal o conceito de maus antecedentes para evitar que tais investigações possam ser utilizadas como argumento de aumento de pena.

Outro resgate importante é a alteração da redação do artigo 65 do Código Penal. Embora a redação seja clara e prescreva que as atenuantes "sempre" incidirão sobre o cálculo da pena, criou-se jurisprudencialmente o entendimento de que se deveria respeitar o mínimo legal. Há, inclusive, súmula do Superior Tribunal de Justiça neste sentido. O que não há é uma explicação teórica do porquê o texto legal é violado, já que prevê que "sempre" se devem considerar as circunstâncias enumeradas no art. 66, quando presentes. Neste sentido, visando dar maior clareza à redação, propõe-se a inclusão da expressão "ainda que a pena base tenha sido fixada no mínimo legal".

E, por fim, ainda que a redação legal determine que a ação penal deve ser pública como regra – porquanto a infração penal afeta parcialmente o coletivo social –, a previsão de que toda ação penal seja pública incondicionada faz com que se descarte a participação da vítima na relação processual quando esta pode ser a maior interessada na resolução do conflito de outra forma. Por outro lado, assoberba o Estado com inquéritos e processos que de fato têm pouco ou nenhum impacto no coletivo. A exemplo de outros países, procura-se alterar o quadro da ação penal para que, em não havendo violência ou grave ameaça, e sendo o bem ou interesse da vítima disponível, esta possa decidir se autoriza ou não a persecução por parte do Estado, preservando-se assim tanto do *strepitus fori* quanto sua autonomia pessoal, com a consequente melhor eficiência da prestação jurisdicional que se concentrará nos casos mais graves.

Alexis Couto de Brito
Vice-presidente do IBCCRIM.

ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

Sugestões para o anteprojeto que altera a Lei de Execução Penal (1)

Alvino Augusto de Sá

Justificativa

Estamos às voltas com a formação de uma comissão encarregada de propor alterações na Lei de Execução Penal (LEP). Entre as alterações, é bastante provável que se proponha a reintrodução do exame criminológico para instrução de pedidos de benefícios legais. Supondo-se inevitável tal medida, o problema que nos ocupa é discutir sobre uma melhor forma como ela poderia ser tomada e apresentar propostas nesse sentido. Serão feitas considerações teóricas e críticas sobre o exame criminológico, sobre a natureza e vantagens do parecer das Comissões Técnicas de Classificação (CTC),(2) com o fim de justificar as propostas que, ao final, serão apresentadas.

1. O exame criminológico

A natureza do exame criminológico consiste na realização de um diagnóstico e de um prognóstico criminológicos, aos quais se segue uma proposta de conduta a ser tomada em relação ao examinando.(3) Trata-se de perícia acerca da dinâmica do ato criminoso.(4) (5) Como tal, seu núcleo essencial, que nunca pode faltar, para que de fato se caracterize como um exame criminológico, é o diagnóstico criminológico.

Pelo **diagnóstico**, o exame busca avaliar as condições pessoais do preso, orgânicas, psicológicas, familiares e sociais, que estariam associadas à sua conduta criminosa e a "explicariam". Serão discutidos aqui dois problemas.

O **primeiro problema** corresponde a um duplo desafio: a) como garantir que as características, particularmente as psicológicas, apontadas no atual exame, estavam presentes quando da prática criminosa, há dois, três ou mais anos atrás?; b) como garantir que elas foram fatores motivadores do crime?

Se a resposta ao desafio for a de dizer que as características de personalidade importantes tendem a ser mais estáveis e que, por conseguinte, já estariam presentes quando da prática delitiva, então há que se concluir que o preso que hoje não tem condições de obter o benefício nunca as terá, e que o preso que hoje tem condições, sempre as teve e sempre as terá.

Por outro lado, se se acreditar na possibilidade de a pessoa mudar suas características psicológicas, para "melhor" ou para "pior", como garantir que as características tidas como "negativas" já estariam presentes na época da prática delitiva e que teriam sido motivadoras do crime? Como garantir que tais características não teriam sido fomentadas no processo de prisionização, de aculturação no cárcere? Diversos fatores "negativos" que comumente vêm reforçando conclusões contrárias à concessão dos benefícios podem facilmente ser associados à experiência de encarceramento. Exemplos ilustrativos: *estereotipia de pensamento, com baixa capacidade de reflexão e autocrítica* (reflexos da estereotipia do cárcere), *valores ético-morais centrados em benefícios próprios* (mecanismo de sobrevivência), *aspectos regressivos, infantis, de imaturidade e de insegurança* (produtos mais do que esperados de uma vida totalmente controlada, de total dependência de outros), *dificuldade de elaboração de planos consistentes de futuro* (reflexos da estereotipia do cárcere e da falta de perspectivas na vida carcerária, a não ser, quando muito, a de conquistar a liberdade).

Esse duplo desafio seria mais facilmente enfrentado, caso o examinando tivesse sido submetido a exame criminológico quando do início da execução de sua pena, conforme previsto nos artigos 8º da LEP e 34 do Código Penal.

O **segundo problema**, diretamente decorrente do primeiro, é o risco de que os técnicos deem às características "negativas" de seu examinando um realce maior, comparativamente com as "positivas", sem se preocuparem, contudo, em saber se as tais características "negativas" teriam sido motivadoras do crime. Na medida em que essa associação deixa de ser objeto de preocupação, o exame deixa de ser criminológico para ser unicamente um exame de personalidade e do histórico pessoal do preso, o qual é previsto na LEP como uma avaliação à parte, distinta do criminológico, conforme fica muito claro no item 34 da Exposição de Motivos da lei. Nesse caso, na medida em que se nega ao preso o benefício pleiteado por conta dos resultados do tal exame (de personalidade), o preso estaria sendo punido pelo fato de ter determinadas características de personalidade e de histórico pessoal. Ao prevalecer este tipo de raciocínio, por certo se estaria regredindo ao vetusto direito penal do autor, agora travestido de direito penal do inimigo e invadindo as searas da execução penal sob o manto protetor de um pseudoexame criminológico.

Pelo **prognóstico**, o exame criminológico oferece uma conclusão acerca da probabilidade de reincidência. Forçoso é destacar aqui outro problema. É que algumas das características psicológicas comumente levantadas e tidas como particularmente relevantes costumam ser relativamente estáveis. Além disso, os dados do passado são irremovíveis. Tudo isso em sério prejuízo da validade do prognóstico.

Suponha-se, por exemplo, a seguinte síntese de dados, muito frequentes em exame criminológico: *Examinando proveniente de lar desestruturado e desagregado, desadaptação escolar, passagens por instituições correcionais, traços de agressividade, tendência ao comando e liderança, ambição, perspectiva de futuro vaga e inconsistente* ou *não condizente com sua situação real*. Diante de tal quadro, muito provavelmente o prognóstico não seria nada favorável, e a conclusão da justiça seria pelo indeferimento do benefício. Entretanto, quem tem esse passado acima descrito, sempre o terá, já que o passado é irrevogável. Quanto aos traços de personalidade exemplificados (*traços de agressividade, tendência ao comando e liderança, ambição*), eles tendem a ser relativamente estáveis e, o que é mais importante, não são "negativos", embora assim sejam avaliados. Quanto à perspectiva de futuro, como se exigir que o preso tenha uma visão consistente do que pretende em liberdade, se ele está sujeito aos rigores do cárcere?

Portanto, o problema não está unicamente em saber como foi o histórico do preso e quais são suas características psicológicas associadas à prática delitiva, à época dos fatos. Questão de crucial importância é saber como ele atualmente está lidando com tudo isso, como vem direcionando sua conduta frente a toda sua bagagem pessoal, consideradas as limitações do cárcere. Ocorre que o instrumento mais adequado para se fazer esse tipo de avaliação não é o exame criminológico, e sim o parecer das Comissões Técnicas de Classificação.

2. O parecer das Comissões Técnicas de Classificação

O parecer de CTC era explicitamente previsto no parágrafo único da redação anterior do artigo 112 e subentendido na redação anterior do artigo 6º, ambos da LEP. Por força da Lei 10.792, não mais se prevê nenhuma forma de avaliação técnica **nos citados artigos**.

O parecer não se centra na avaliação do ato criminoso e, muito menos, no prognóstico de reincidência. Sua natureza consiste na avaliação da resposta que o preso vem dando aos programas individualizadores, às oportunidades que lhe têm sido oferecidas

ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

durante a execução de sua pena. Assim, para que a Comissão Técnica possa fazer de fato um parecer tal como previsto na redação anterior do art. 6º da LEP, pressupõe-se que ela participe ativamente do dia a dia do presídio, que elabore e acompanhe os programas individualizadores. Caso contrário, fica-lhe totalmente inviável a realização de seu parecer conforme definido nos termos acima.

A Comissão Técnica de Classificação tem por função planejar a individualização da execução penal. Enquanto o exame criminológico, feito para instrução dos pedidos de benefício, enfoca o risco de reincidência, o parecer de CTC deveria enfocar a conveniência que tem para a felicidade sustentável do preso a concessão do benefício. Por sinal, na redação anterior do art. 6º da LEP, lia-se que a Comissão deve *"**propor*** [grifo nosso], *à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes (...)"* O verbo **propor** sugere que a CTC conhece a individualidade do preso, o seu dia a dia, devendo saber o que para ele é melhor. Ele faz supor que a CTC deve ter um papel decididamente proativo na execução.

Por outro lado, porém, devemos reconhecer que, em determinados casos, que chamaríamos de ***casos extremos***, (tendo-se em conta a natureza do crime cometido e a forma como ele foi praticado, assim como os históricos criminal e prisional do examinando), há que se tomar cuidados especiais para a concessão dos benefícios legais. Nesses casos, talvez seja recomendável a realização das duas avaliações. O exame criminológico, por se tratar de perícia, deve ser feito por outra equipe que não acompanha o preso. O exame é uma peça autônoma, e como tal será analisado e apreciado pela justiça. Entretanto, a avaliação, no seu todo, ganharia em qualidade se ele fosse também encaminhado à CTC, a fim de que esta fizesse dele a sua *leitura* à luz de todo o acompanhamento que vem fazendo do preso, *leitura* essa que, obviamente, integraria seu parecer.

De se lembrar aqui o que já foi dito acima sobre a importância da realização do exame criminológico de entrada, o qual seria muito útil para se saber da necessidade de realizar o novo exame criminológico, bem como serviria de parâmetro para esse novo exame e para o parecer de CTC

Propostas

Diante de todo o exposto, fazemos as seguintes propostas de alteração da Lei de Execução Penal:

Proposta 1 - O art. 6º da LEP voltaria à sua redação anterior, com uma ligeira alteração, nos seguintes termos: "A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor à autoridade competente, através de seu parecer, as progressões dos regimes".

Proposta 2 - O art. 112 da LEP continua com seu *caput* atual, porém com as seguintes alterações em seus parágrafos:

a) Altera-se a redação do parágrafo 1º;

b) Acrescenta-se um parágrafo novo, que passa a ser o 2º;

c) O atual parágrafo 2º passa a ser o parágrafo 3º.

Assim, a redação dos parágrafos passaria a ser a seguinte:

§ 1º A decisão será motivada e precedida do parecer da Comissão Técnica de Classificação, a que se refere o artigo 6º, bem como da manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Quando, em casos de extrema gravidade, ou de conduta do condenado de ostensiva afronta às normas em seus históricos penal e prisional, se recomendar maior cautela na concessão dos benefícios legais, o parecer Comissão Técnica de Classificação poderá ser precedido por exame criminológico, a ser determinado pelo juízo e a ser encaminhado à referida Comissão.

§ 3º Idênticos procedimentos serão adotados na concessão de livramento condicional e indulto, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Observação importante – proposta 3 (inovadora)

Proposta 3 - Nas disposições transitórias haverá o artigo:

Art. nº ... Decorridos três anos, contados a partir da publicação desta lei, não mais se poderá submeter ao exame criminológico, a que se refere o parágrafo 2º do artigo 112, nenhum preso que, quando do início de cumprimento de sua pena, não tiver sido submetido ao exame criminológico a que se referem os artigos 8º da Lei de Execução Penal e 34 do Código Penal.

Notas

(1) Proposta apresentada pelo autor ao CNPCP e aprovada por este colegiado em maio de 2013, tendo o autor recebido contribuições de outros conselheiros na técnica da redação dos artigos sugeridos.

(2) Sobre esta matéria, ver Sá, Alvino A. de; Alves, Jamil Chaim, Dos pareceres da Comissão Técnica de Classificação na individualização executória da pena: uma revisão interdisciplinar. *Boletim do IBCCRIM*, nº 201, agosto de 2009, p. 7-8. Ver também Sá, Alvino A. de, *Criminologia clínica e psicologia criminal*, 2a. edição, São Paulo: Editora RT, 2010, cap. 8., e Sá, Alvino A. de, *Criminologia clínica e execução penal*, São Paulo: Editora RT, 2011, cap. 2.

(3) Tal entendimento acerca do exame criminológico praticamente coincide com a própria definição de Criminologia Clínica, em sua concepção mais tradicional e estritamente médico-psicológica. Por exemplo, para Jean Pinatel, o objetivo da Criminologia Clínica *"é analisar o delinquente estudado, formular uma hipótese sobre sua conduta ulterior e elaborar o programa das medidas susceptíveis de evitar uma eventual recidiva"* (Pinatel, Jean. *La criminologie*. Paris: Spes, 1960, p. 10). Para Cláudio T. L. de Araújo e Marco A. de Menezes, o exame criminológico é *"o exame do infrator em seus aspectos bio-psico-sociais, que se preocupa em identificar as causas da gênese da conduta criminosa, a antissocialidade do sentenciado [. . .], servindo ainda à elaboração de um juízo de expectativa acerca recuperação do sentenciado"* (p. 11) (Araújo, Cláudio T. Leotta; Menezes, Marco Antônio. O exame criminológico e as Comissões Técnicas de Classificação: uma abordagem crítica. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, nº 19, jan.-março/2002, p.11-13).

(4) Maranhão, O. Ramos. *Psicologia do Crime*. 2ª. ed. modificada. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

(5) Sobre exame criminológico, ver ainda Araújo, Cláudio Theotonio Leotta; Menezes, Marco Antônio. Execução penal, exame criminológico e apreciação dos indicadores de potencial criminógeno. In: Rigonatti, Sérgio P. (Coord.), Serafim, Antônio de P. e Barros, Edgard L. de (Orgs). *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica.* São Paulo: Vetor Editora, 2003. p. 229-245.

Alvino Augusto de Sá
Professor Associado Sênior de Criminologia
da Faculdade de Direito da USP.
Ex-psicólogo da Secretaria de Administração Penitenciária.
Ex-membro titular do CNPCP.

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

Entre os direitos humanos e o silêncio: as duas faces de uma moeda

Rubia Abs Cruz, Priscila Akemi Beltrame e Soraia da Rosa Mendes

O Brasil oficializou a candidatura de **Flávia Piovesan**, Secretária Especial de Direitos Humanos do Ministério de Direitos Humanos, para integrar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no período de 2018 a 2021. Três das sete vagas serão preenchidas nas eleições que ocorrerão na Cidade do México, entre 19 e 21 de junho.(1) Diante da ligação inconteste da candidata à teoria dos direitos humanos no país, por que sua candidatura colheu tantas críticas dos movimentos sociais de direitos humanos? Um encaminhamento de resposta passaria pela reflexão de como a prática ter-se-ia descolado da teoria.

O Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM), por sua coordenadora regional, e o capítulo brasileiro CLADEM/Brasil apresentaram às embaixadas dos países membro membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) suas razões de inconformidade quanto à candidatura da brasileira, assim como diversas organizações brasileiras o fizeram.

Como é mundialmente sabido, em abril de 2016, o Brasil ingressou em mais um período nebuloso de sua história política. Diversamente do que ocorrera outrora, quando tanques e soldados ocuparam as ruas e depuseram um presidente eleito democraticamente, vivemos há pouco mais de um ano sob o comando de um governo que ilegitimamente chegou ao poder mediante uma articulação jurídico-parlamentar também violadora dos mais básicos princípios democráticos.

A chegada ao mais alto cargo da nação de um representante sem a legitimidade popular, que somente o exercício do direito ao voto concederia, não deixou incólume a política de direitos humanos no Brasil. E à frente deste desmonte sempre esteve a candidata.

De fato, a trajetória acadêmica da candidata na área dos direitos humanos é inegável. Contudo, a erudição que demonstra em seus textos não pode ser o único parâmetro para sustentar sua candidatura ao cargo que postula. No cargo de Secretária Especial dos Direitos Humanos, a candidata manteve-se no mais absoluto silêncio ante gravíssimas violações aos direitos humanos das mulheres, das pessoas encarceradas, dos trabalhadores e trabalhadoras e tantos outros grupos vulneráveis.

Sob o silêncio da candidata, o Brasil presenciou os maiores massacres já vivenciados no sistema prisional brasileiro desde o conhecido caso do Carandiru em 1992;(2) viu ser violado o direito à memória e à reparação com desconstituição da política de reparação aos mortos e desaparecidos políticos pelo desmonte da Comissão de Anistia;(3) e, pior, para alguém que se autodeclara militante feminista, calou diante de políticas claramente violadoras dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, bem como ante o desmonte de toda a política de atenção às mulheres vítimas de violência familiar.

Poderíamos aqui continuar a série de razões que depõem contra a candidatura de alguém que, ao que parece, trocou seu silêncio por essa indicação. Poderíamos tratar aqui do significado real para os mais pobres da política de congelamento dos gastos públicos por 20 anos, proposta pelo governo (PEC 241/2016);(4) e, ainda, do que significarão para o povo brasileiro as propostas de reforma trabalhista(5) e reforma previdenciária (PEC 287/2016)(6) em curso no mesmo Congresso Nacional que depôs uma presidenta eleita e empossou um homem para quem a importância das mulheres está somente no que contribuem como mães e donas de casa.(7) Ou poderíamos ainda relatar que o órgão governamental hoje ocupado pela candidata (Secretaria Especial de Direitos Humanos) contava, antes da instalação do novo governo, com o status de Ministério, e que, desde a assunção deste, em 2016, em uma "reforma", restou reduzido a "uma mesa" sem maiores atribuições.

Sem embargo, o que nos move é apresentar publicamente que nossa posição como organização regional e nacional de defesa dos direitos das mulheres funda-se no risco de que a eleição da Sra. Flávia Cristina Piovesan para a CIDH, em junho próximo, represente uma chancela do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao que vimos todos e todas na sociedade civil sofrendo desde que ela emprestou seu nome para legitimar violações que há mais de décadas não víamos no Brasil. A campanha presidencial não poupou recursos públicos para isso: doação de US$ 500 milhões (a última vez que o Brasil doou foi em 2009, US$10 milhões), para além de quitar a dívida que se arrastava desde 2016, além de custear as viagens da candidata (que concorre pelo seu nome próprio e não como representante oficial do Brasil)(8) a mais de 20 capitais brasileiras quando os cofres públicos estão à míngua e só se fale em corte de despesas.

Estamos em franco retrocesso no campo dos direitos humanos no país. E o possível acolhimento da candidatura da Sra. Flávia Cristina Piovesan para compor a Comissão Interamericana de Direitos Humanos será um duro golpe.

Por tudo o quanto expusemos, o CLADEM, ancorado em sua história de militância nacional e internacional que redundou, por exemplo, na política de prevenção e enfretamento da violência contra a mulher no Brasil a partir do Caso Maria da Penha, agora desarticulada pelo governo que ora indica a candidata para a CIDH, espera que o Sistema Interamericano fortaleça nossa luta pelos direitos humanos, rechaçando esta candidatura que não ultrapassa um mero currículo acadêmico.

Notas

(1) Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/tags/tag/861-cidh-comissao-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em: 07 mai. 2017.

(2) Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistemaprisional-brasileiro>. Acesso em: 07 mai. 2017.

(3) Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistemaprisional-brasileiro>. Acesso em: 07 mai. 2017.

(4) Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574_221053.html>. Acesso em: 10 mai. 2017.

(5) Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral, ministerio-publicodo-trabalho-diz-que-reforma-trabalhista-e-inconstitucional,70001640253>. Acesso em: 10 mai. 2017.

ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

(6) Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/previdenciae-assistencia-social/saiba-mais/nota-tecnica-1-2017-pfdc-mpf>. Acesso em: 10 mai. 2017.
(7) Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/mulher-ainda-e-tratada-comofigura-de-segundo-grau-no-brasil-diz-temer.ghtml>. Acesso em: 10 mai. 2017.
(8) Art. 3º do Estatuto da CIDH.

Rubia Abs Cruz
Mestre em Direitos Humanos pela Uniritter Laureate Internacional Universities.
Coordenadora Nacional do CLADEM - Brasil.
Advogada.

Priscila Akemi Beltrame
Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.
Professora universitária.
Coordenadora Nacional do CLADEM - Brasil.

Soraia da Rosa Mendes
Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB.
Professora universitária.
Coordenadora Nacional do CLADEM - Brasil.

Operação Mãos Limpas – 25 anos[1]

Guglielmo Giordanengo

Em 17 de fevereiro de 1992, o Procurador Geral Antonio Di Pietro solicitou, e obteve, do juiz responsável pelas investigações preliminares, Italo Ghitti, uma ordem de captura em nome do engenheiro Mario Chiesa, presidente do Pio Albergo Trivulzio e membro proeminente do Partido Socialista de Milão.

Chiesa foi pego em flagrante delito, recebendo propina de Luca Magni, um empreendedor de quem Chiesa exigia uma propina no valor de 14 milhões de liras, valor equivalente a 10% de uma concorrência que totalizava 140 milhões de liras, que sua empresa havia adjudicado.

Magni, cansado de pagar, havia denunciado a atividade fraudulenta, solicitando ajuda das autoridades, que intervieram no ato em que Chiesa estava embolsando a primeira parcela do pagamento, equivalente à metade do total.

Poderia parecer um caso isolado, e como tal foi imediatamente catalogado pelo então Secretário do Partido Socialista Italiano (PSI), Bettino Craxi, que se apressou a definir Mario Chiesa como "um delinquente".

Todavia, foi o início de uma das investigações mais relevantes da história italiana: Mãos Limpas.

Essa expressão tem como finalidade abranger uma série de investigações cujo epicentro se encontrava na cidade de Milão – onde funcionava o Pool de magistrados que levaram adiante a principal linha investigativa –, porém conduzidas em toda a Itália, que teve como objeto uma série de hipóteses de corrupção, extorsão e financiamento ilícito dos partidos políticos.

Essas mesmas investigações envolveram também empreendedores e expoentes do mundo político e financeiro italiano, nos níveis mais altos.

Foram dezenas de prisões, alguns suicídios dramáticos, o surgimento de revoltas populares contra a política, jamais vistos na história republicana.

Alguns partidos históricos do cenário nacional (Democracia Cristã – DC, PSI e Partido Liberal Italiano – PLI) desapareceram definitivamente, e toda uma classe política (ministros, deputados, senadores e, inclusive, ex-presidentes do Conselho de Ministros) foi dizimada, tanto que, na terminologia comum, falava-se de "passagem da Primeira para a Segunda República".

Foi uma verdadeira "revolução judicial" esse período histórico e chamado, em geral, de *Tangentopoli* (Propinolândia).

O engenheiro Chiesa, num primeiro momento, não confessou. Depois, sentindo-se abandonado pelas lideranças do Partido Socialista, revelou a existência de um esquema de propinas, amplamente difundido, ao ponto de a propina ter se transformado em uma espécie de taxa a pagar em cada licitação pública, com vantagens para os partidos políticos, em especial referência aos partidos do governo: a DC e o PSI.

Em 2 de setembro de 1992, houve o primeiro suicídio, o do socialista Sergio Moroni, que deixou uma carta na qual se declarava culpado e acusava fortemente o sistema de financiamento de todos os partidos, deixando claro que jamais havia recebido um centavo sequer, tendo revertido todo valor, integralmente, ao caixa do partido.

A opinião pública se manifestou quase que integralmente a favor da Magistratura: nas pesquisas conduzidas na época, a popularidade de Antonio Di Pietro e do Pool de Milão atingiu níveis impensáveis (aproximadamente 80%). Um grupo de heróis estava salvando a Itália da corrupção.

O ano mais intenso das investigações foi 1993, caracterizado por dezenas de mandados de busca e apreensão, prisões, confissões dramáticas e demissões que envolviam os mais altos cargos dos principais partidos italianos: entre outros, Bettino Craxi e Claudio Martelli (respectivamente secretário do PSI e Ministro da Justiça, pelo mesmo partido), Severino Citaristi (tesoureiro da DC), Giorgio La Malfa (secretário do Partido Republicano Italiano –PRI), Renato Altissimo (secretário do PLI) e Carlo Vizzini (Partido Social-Democrático Italiano –PSDI).

Em 21 de abril de 1993, o Governo Amato apresentou sua renúncia, e o Presidente da República, Oscar Luigi Scalfaro, identificou como seu sucessor o então Presidente do Banco Central da Itália (*Banca d'Italia*), Carlo Azeglio Ciampi, quem se apressou a formar o primeiro "governo técnico" da história do país, ou seja, um governo formado não por políticos, mas por técnicos que exerciam a dupla função de aprovar uma nova lei eleitoral e tentar a difícil recuperação da economia, que estava vivendo um momento de grande estagnação.

Poucos dias depois, após a votação do Congresso que negou aos Magistrados a autorização para proceder contra Bettino Craxi, se verificou um dos episódios-símbolo de todo o período: um grupo de manifestantes esperou pelo ex-secretário do PSI na frente do hotel em Roma, onde costumava se hospedar e, na saída, o recebeu com coros de escárnio e lançamentos de objetos de todo tipo, inclusive moedinhas. Em 4 de agosto, o Congresso concedeu a autorização negada anteriormente.

As investigações, e junto com elas, as prisões, seguiam sem parar. E outros dois dramáticos suicídios marcaram o verão de 1993: em 20 de julho, o ex-presidente do ENI (Ente Nazionale Idrocarburi S.p.A. – Empresa de Petróleo Multinacional), Gabriele Cagliari e, em 23 de julho, o presidente do grupo Ferruzzi-Montedison, Raul Gardini.

Enquanto isso, havia começado o primeiro de uma longa série de processos, provavelmente o que será lembrado como o processo-símbolo de toda a investigação: o processo Enimont, que tinha como principal indiciado Sergio Cusani.

Os julgamentos, pela primeira vez na história da República, foram transmitidos ao vivo pela RAI (*Radiotelevisione Italiana*), registrando índices elevadíssimos de audiência. Era a enésima revolução nos costumes italianos, ligada a esse processo que se celebrou, formalmente, contra Cusani e, substancialmente, contra todo um sistema.

Os protagonistas assumiram papéis quase teatrais, como se fossem atores de uma peça: os silêncios de Cusani, o colorido linguajar de Di Pietro (o chamado "dipietrês"), os bate-bocas entre eles e o defensor do principal acusado, Giuliano Spazzali. Tudo como num filme: pela primeira vez, a justiça saía das salas de aula para se tornar algo popular.

As investigações se multiplicavam, algumas das quais atingiram também os membros do Pool dos magistrados de Milão, que conduzia a principal linha investigativa.

Num clima fervente de acusações recíprocas, a Política e a Magistratura se viram, pela primeira vez, uma contra a outra, armadas até os dentes, tudo diante de um crescente ódio popular perante os políticos, temperado por uma raríssima confusão.

Nesse clima, 1994 foi o ano que viu também uma reviravolta bem relevante no cenário político: Silvio Berlusconi, um dos mais conhecidos empreendedores italianos, decidiu "entrar em campo" e formar um partido político, o *Forza Italia*; e ganhou facilmente as eleições políticas do março seguinte. Berlusconi marcaria, pelo bem e pelo mal, difícil de definir, os 20 anos vindouros da política nacional.

Em 21 de julho de 1995, Bettino Craxi foi oficialmente declarado procurado pela justiça: o ex-secretário do PSI, de fato, percebendo que para ele a situação estava prestes a ruir, em 5 de maio, havia se mudado para Hammamet, na Tunísia, onde ficará o resto de seus dias.

Naquela ocasião o conflito entre Política e Magistratura atingia níveis jamais vistos: entre tentativas (a verdade seja dita, um pouco bizarras) de editar decretos que limitavam fortemente o cárcere preventivo (o decreto Biondi, de 13 de julho de 1994, quase imediatamente abolido), inspeções ministeriais contra o Pool de Milão (14 de outubro), denúncias, mais ou menos caluniosas, contra Di Pietro (episódio Gorrini), até que em 6 de dezembro ocorreu algo bem inesperado.

Após o último requisitório do processo Enimont, Antonio Di Pietro se demitiu da Magistratura. Essa atitude gerou clamor e comoção popular. Aquele que era visto, por grande parte da população, como um verdadeiro herói tinha sido obrigado a abandonar a causa e os chamados poderes fortes.

Em dezembro do mesmo ano, o primeiro Governo Berlusconi caía sob o peso de uma situação político-judicial insustentável, abrindo espaço, a partir de 12 de janeiro de 1995, para outro governo técnico, liderado por Lamberto Dini.

O ano de 1995 foi o momento em que as acusações levantadas contra Di Pietro e contra os outros magistrados do Pool de Milão se multiplicaram: abriram-se inúmeros volumes de investigação contra eles, com as mais diversas acusações e todos devidamente encerrados com arquivamentos ou sentenças de absolvição, entre o final de 1996 e início de 1997.

Antonio Di Pietro havia decidido entrar na política, primeiro aceitando o cargo de Ministro das Obras Públicas no Governo de Romano Prodi (Ulivo, vencedor das eleições de 1996), e se candidatando a uma das vagas ao senado em 1997, que ganhou facilmente.

Mais tarde (2001), o antigo Magistrado criou seu próprio partido político, o *Italia dei Valori* (IDV, "Itália dos Valores"), que jamais teve sucesso relevante no âmbito eleitoral: isso não o impediu de se tornar protagonista no cenário político nacional, assumindo, mais uma vez, o cargo de Ministro.

A Operação Mãos Limpas, que durou dois anos e foi conduzida por cinco Magistrados, resultou, entre sentenças definitivas e colaborações premiadas, em aproximadamente 1.300 condenações.

Dentre essas, as mais relevantes foram as duas que atingiram Bettino Craxi: cinco anos e quatro meses pelo processo ENI-SAI e quatro anos e seis meses pelo financiamento ilegal do metrô de Milão. Craxi não voltou nunca mais para a Itália. Houve, também, 430 absolvições no mérito.

Com o passar do tempo, a mola propulsora das investigações perdia forças e, com ela, também o apoio incontestável da população, que tinha sido fator fundamental no período anterior.

Foi, de fato, uma glória?

Não cabe, certamente, a quem escreve, tentar dar um juízo abrangente, político e social sobre a investigação que, nos anos seguintes, foi objeto de elogios desenfreados e críticas devastadoras, louvores inatingíveis e lamentações inenarráveis.

A Operação Mãos Limpas se desenvolveu e encontrou seu húmus vital em anos da história europeia e mundial que não voltarão – os anos da queda da Cortina de Ferro o que, de certo, influenciou notavelmente o desequilíbrio dos frágeis balanços da política italiana.

E foi bem dentro de um sistema caracterizado pela extraordinária fragilidade que a Magistratura encontrou facilmente uma forma de expor a lama revelada pelas investigações.

Porque o primeiro e indiscutível efeito da operação Mãos Limpas foi a supressão praticamente integral de toda uma classe política, com a entrada na cena política nacional de personagens e partidos completamente novos.

Tentemos, então, formular outra pergunta: e a corrupção?

Pode, de fato, uma investigação judicial contribuir para a erradicação da corrupção?

A resposta, depois de de 25 anos, parece, infelizmente, substancialmente negativa.

Um recente artigo publicado no *Il Fatto Quotidiano* (Ciccarelli, 2016) traz os resultados de um estudo dirigido pelo sociólogo **Riccardo Sciarrone** para a fundação RES que analisou 580 sentenças da Corte de Cassação e 104 pedidos de autorização para investigação.

No referido documento, lê-se que: "*A corrupção política está aumentando, sempre mais descentralizada e privatizada. A Propinolândia não ensinou nada: muitos políticos corruptos fizeram carreira se aproveitando da onda de prisões, a maioria, mais tarde. São bem 64 os parlamentares envolvidos em histórias de corrupção, de 1994 até hoje, num fenômeno que gira cada vez menos em volta dos partidos e envolve cada vez mais redes político-negociais, com um envolvimento crescente de expoentes do crime organizado …*".

E continua: "*Quase metade dos políticos envolvidos (mais de 40%) fez carreira aproveitando a onda entre o pré e o pós Propinolândia. A quota menos relevante de políticos corruptos saiu de cena com a operação Mãos Limpas (26, 6%) enquanto quase um terço do total (31, 6%) deu início a sua carreira depois desse divisor de águas. Pouco, ou nada, mudou, sobretudo no Sul, onde são mais numerosos os políticos corruptos do pós-Propinolândia*".

Por fim, conclui: "*Com a descentralização política, a corrupção também se descentralizou. Ao mesmo tempo em que se federalizou, o fenômeno também mudou de forma. Antes da Propinolândia, a finalidade era, sobretudo, sustentar os partidos. Depois de Mãos Limpas, a corrupção se dedicou, sobretudo, a engordar os interesses privados*".

ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

Enfim, parece que a corrupção mudou parcialmente de forma, mas não, certamente, de intensidade. E a mutação morfológica não depende das investigações da Propinolândia, mas, fundamentalmente, da mutação dos equilíbrios políticos entre o Governo Central e os Governos Locais.

O relatório anual *Corruption Perceptions Index 2015*, elaborado pela organização não governamental Transparency International sobre a corrupção pública percebida, coloca a Itália, com seus 44 pontos, no 61° lugar entre os 168 países recenseados, penúltima na lista dos 28 países membros da União Europeia.

É verdade que se trata de um relatório baseado em opiniões e não em números, mas certamente o "relatório de reputações" tem forte peso quando se fala em escolhas de investimento.

Ainda: em 3 de fevereiro de 2014 foi publicada a primeira "Relação da Comissão Europeia sobre a luta contra a corrupção" (Montanari, 2014).

Essa relação evidencia alguns dados que são, no mínimo, desconcertantes:

1. 97% dos italianos consideram que a corrupção é um fenômeno onipresente na Itália (contra uma média de 76% na UE);
2. 42% dos italianos afirmam sofrer, pessoalmente, a corrupção no seu dia a dia (contra uma média de 26% na UE);
3. 88% dos italianos consideram que a corrupção e as recomendações sejam, muitas vezes, o modo mais simples de ter acesso a determinados serviços públicos (contra uma média de 73% na UE);
4. 92% das empresas italianas consideram que favoritismos e corrupção impedem a concorrência comercial na Itália (contra uma média de 73% na UE);
5. 90% das empresas italianas pensam que a corrupção e as recomendações sejam, muitas vezes, o modo mais simples de ter acesso a determinados serviços públicos (contra una media de 69% na UE);
6. 70% dos italianos julgam a corrupção um fenômeno bem difundido nas obras gerenciadas pelas autoridades nacionais (contra uma média de 56% na UE);
7. 69% dos italianos julgam a corrupção um fenômeno bem difundido nas obras gerenciadas pelas autoridades locais (contra uma média de 60% na UE);
8. Os custos totais diretos da corrupção na Itália chegam a 60 bilhões de euros ao ano (equivalentes a aproximadamente 4% do PIB PIL), ou seja, a metade do custo total da corrupção em toda a economia europeia (custo estimado em 120 bilhões de euros ao ano).

Enfim, a situação da corrupção na Itália no pós-Propinolândia não sofreu qualquer melhora. Ao contrário. Esse extraordinário (adjetivo que deve ser entendido em sentido literal, sem acepção positiva ou negativa) período histórico parece não ter deixado, substancialmente, nenhuma herança na luta contra a corrupção na Itália.

Então, só resta nos perguntarmos quais podem ser as soluções verdadeiras, as armas mais corretas e eficientes para combater esse fenômeno.

Em primeira instância, a Itália aprovou, entre 2012 e 2013, um pacote de normas anticorrupção: a l. 190/2012 ("Disposições para a prevenção e a repressão da corrupção e da ilegalidade na Administração Pública"), o Decreto Legislativo 235 de 2012 (relativo à inelegibilidade e proibição de assumir cargos eletivos e de governo, em nível central e regional, após condenações definitivas por delitos de corrupção ou outros delitos cometidos contra a Administração Pública), o Decreto Legislativo 33 de 2013 (relativo à obrigação de transparência e divulgação das informações por parte da Administração Pública), o Decreto Administrativo 39 de 2013 (relativo à impossibilidade de atribuir e à incompatibilidade dos cargos nas Administrações Públicas após condenações definitivas ou não definitivas por delitos cometidos contra a Administração Pública e os entes privados em controle público).

Tentemos, então, voltar à "Relação da Comissão Europeia" de 2014, mencionada anteriormente, a qual tenta evidenciar também quais poderiam ser os próximos passos possíveis (alguns dos quais já são objeto de adequação normativa na Itália):

1. Reforço da tutela do funcionário (público, mas privado também) que aponta atos ilícitos (o chamado *whistleblowing*, "delator");
2. Garantir, ao máximo, a transparência das atividades de *lobby*;
3. Garantir a liberdade de imprensa;
4. Ampliar os poderes e desenvolver as capacidades da autoridade nacional anticorrupção;
5. Tornar mais rigorosa a normativa em matéria de financiamento para os partidos políticos;
6. Tornar menos controversa normativa em matéria de conflito de interesses e de declarações patrimoniais dos sujeitos titulares de cargos eletivos e de governo;
7. Tornar mais transparentes os procedimentos relativos a licitações públicas;
8. Reforçar o regime de integridade para os cargos eletivos e de governo, nacionais, regionais e locais, inclusive com Códigos de Ética completos.

Enfim, no âmbito moral, parece bastante simples: uma resposta penal pode atingir as pessoas, inclusive muitas pessoas, mas, para mudar radicalmente um sistema, precisa-se de algo bem distinto: uma revolução normativa e cultural radical que envolva as instituições e, também, os cidadãos.

Infelizmente, não são os super-heróis que podem nos ajudar, mas uma divulgação bem ampla, em todos os níveis, da cultura da legalidade: trata-se, enfim, de um trabalho muito complexo, que precisa de tempo, meios e muita boa vontade.

Nota

(1) Com tradução livre de Gustavo Henrique de Souza e Silva.

Referências bibliográficas:

Ciccarelli, E. Corruzione, lo studio: sempre più in comuni e regioni. Dopo Mani Pulite 64 parlamentari coinvolti nelle indagini. *Il Fatto Quotidiano*, dezembro, 2016.

Comunicação da Comissão no Parlamento Europeu, no Conselho e no Comitê Econômico e Social Europeu. La lotta contro la corruzione nell'UE, COM (2011) 308 definitivo, de 6 de junho de 2011, pág. 3.

Europea, in *Diritto Penale Contemporaneo.*

Flash Eurobarometro. n. 374,2013.

Montanari, Marco. *Statistiche e valutazioni sulla corruzione in Italia nella Relazione della Commissione.*

Speciale Eurobarometro. n. 397, 2013.

Transparency. *Corruption Perceptions Index.* 2015.

Tribunal de Contas. Seções Reunidas. Cerimônia inaugural do ano legislativo 2012. Relação redigida pelo Procurador Geral Lodovico PRINCIPATO, em 16 de fevereiro de 2012, pag. 100.

Guglielmo Giordanengo
Doutor em pesquisa de Direito Penal junto à Universidade de Estudos de Turim.
Professor de Direito Penal da Universidade dos Estudos do Piemonte Oriental.
Advogado.

ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

Liberdade social e co-culpabilidade do Estado por déficit de reconhecimento

Bruno Tadeu Buonicore

O presente artigo busca trazer ao leitor, de forma breve e sintética, as principais consequências práticas no conceito de culpabilidade jurídico-penal – em nível dogmático – da relação que se coloca em nível meta-dogmático entre *reconhecimento* e liberdade individual.[1] A relação entre o conceito de *reconhecimento* proposto nos últimos trabalhos de **Honneth**, sobretudo em *Das Recht der Freiheit* (O direito da liberdade), 2011, e o significado da liberdade individual – autodeterminação – que a culpabilidade pressupõe como fundamento se apresenta aqui em dois planos: epistemológico e ético. Em ambos os planos a noção honnethiana de *liberdade social* desempenha um papel central.[2]

No plano epistemológico: a *ideia social* da liberdade individual permite a superação da aporia finalista da liberdade da vontade ontológica, sem cair com isso no procendimentalismo da teoria do discurso habermasiana. Isso ocorre por meio de uma destranscedentalização do conceito em que o significado da liberdade individual deixa o espaço subjetivo interno e passa a ser o produto de relações intersubjetivas (comunicativas) concretas e históricas de *reconhecimento* recíproco. A contraposição que **Honneth** realiza – utilizando a filosofia social – diante das ideias *negativa*, *reflexiva monológica* e *reflexiva comunicativo-procedimental* na construção do significado da liberdade individual ganha relevância no estudo da culpabilidade jurídico-penal pela demonstração das claras insuficiências nessa empreitada dos modelos argumentativos, respectivamente, do causalismo e da neurociência (naturalista), [3] do finalismo (filosófico), [4] do funcionalismo (sociológico)[5] e, também, de perspectivas procedimentais não consequencialistas como é o caso de **Klaus Günther**.[6]

No plano ético: a *ideia social* da liberdade individual contribui para a construção de um modelo de culpabilidade pós-finalista não-funcionalista basicamente em dois eixos centrais: 1- considerando que o significado da liberdade individual é, no modelo aqui proposto, o fruto de relações materiais (concretas) de *reconhecimento* recíproco institucionalizadas, a *ideia social* impede que o significado da liberdade individual seja atribuído de modo utilitarista e/ou consequencialista para que se atenda determinada necessidade preventiva da sociedade – como ocorre com o modelo funcionalista –, impedindo assim que o princípio da culpabilidade seja relativizado em nome de interesses administrativos do grupo, como é o caso, por exemplo, do direito penal do inimigo, espaço no qual o sujeito recebe um tratamento de objeto. A noção normativa de *reconhecimento* do individuo como um sujeito, no sentido constitucional material do conceito, impede que o mesmo seja tratado como um objeto para que se atenda fins político-criminais de prevenção geral; 2- por se tratar a *ideia social* de um conceito concreto e material da liberdade individual, que pressupõe relações intersubjetivas de *reconhecimento* também concretas e materiais a serem realizadas pelas instituições estatais, o modelo proposto permite também a superação da circularidade do procendimentalismo habermasiano em que é pressuposto que o cidadão já possui a liberdade individual (conceito formal e idealista de cidadão) que vai legitimar o processo democrático de atribuição do significado da liberdade individual. A noção normativa de *reconhecimento* do individuo como um sujeito constitucional exige, aqui, que a liberdade pressuposta formalmente pela teoria do discurso encontre um limite histórico e seja preenchida materialmente pelas instituições estatais. Nesse caso, os limites materiais históricos que se colocam diante do jogo democrático procedimental e formal, aliados a um conceito normativo concreto de cidadão, oferecem um potencial crítico tanto em face da política-criminal dominante, como em face do direito positivo, o que não ocorre na proposta procedimental-habermasiana de **Klaus Günther**.

Em nível dogmático, a principal consequência de tais construções de fundamentação meta-dogmática (plano epistemológico e ético) é o oferecimento de um conceito materialmente positivo da liberdade individual pressuposta pela culpabilidade, que se coaduna com o Estado Social e Democrático de Direito consagrado pela CF. Esse conceito positivo da liberdade individual como requisito da censura jurídico-penal corrige a assimetria que uma construção meramente negativa e/ou formal representa. A CF não pressupõe um Estado Liberal de Direito (liberdade meramente negativa), assim como o direito penal não mais protege valores que se ligam somente a direitos fundamentais de primeira geração. Pelo contrário, a ordem jurídico-penal exige cada vez mais do indivíduo determinados comportamentos que visam à proteção de direitos fundamentais de segunda, terceira e até mesmo de quarta geração ligados a bens-jurídicos difusos. Nesse sentido, o não alcance de um conceito positivo material da liberdade individual que a culpabilidade exige significa uma injustiça para com o indivíduo que a CF pressupõe e protege por meio do Estado Social e Democrático de Direito.

Em termos práticos estritos, a *ideia social* da liberdade individual nos leva, nos quadros da censura jurídico-penal, a uma co-culpabilidade do Estado pelo crime diante de casos em que é constatado empiricamente um claro *déficit de reconhecimento* por parte de suas instituições em relação ao sujeito que comete o ilícito-típico. Isto significa uma falta estatal na promoção da liberdade individual por meio do oferecimento positivo de prestações ligadas à saúde, educação, trabalho, cultura, lazer, saneamento básico, redes de água, luz, transporte, acesso à alimentação de qualidade, segurança, etc. Em tal caso, no qual o sujeito ativo do crime é verdadeiramente um sub-cidadão[7] – o Estado não esteve suficientemente presente em sua vida pessoal individualizada ao ponto de produzir materialmente a liberdade individual positiva que a culpabilidade jurídico-penal pressupõe como fundamento constitucional –, a proposta aqui é a de um juízo de reprovabilidade reduzido por parte do Estado na sentença criminal, a ser apreciado nos arts. 59 e/ou 66 do CP.

Por outros caminhos teóricos, a ideia de co-culpabilidade já encontrou guarida no direito penal brasileiro, em termos semelhantes, nas construções de **Zaffaroni** e **Cirino dos Santos**.[8] Ancorado em pressupostos criminológicos marxistas e ligado à teoria do etiquetamento – *labeling approach* –, **Zaffaroni** vai defender, por meio de sua atual ideia de culpabilidade por vulnerabilidade,[9] que determinados indivíduos teriam, por sua condição social e pela seletividade do sistema criminal, um menor âmbito de autodeterminação diante do ilícito-típico. O resultado disso seria a necessidade, somada ao juízo sobre a autodeterminação ligada ao ato, de um juízo normativo sobre o esforço pessoal do sujeito para atingir a situação concreta de vulnerabilidade (materialização da incriminação pelo poder punitivo) em face da atividade seletiva do sistema penal. Trata-se de uma relação entre estado de vulnerabilidade e situação concreta de vulnerabilidade em que o grau de censura é inversamente proporcional ao grau de estado de vulnerabilidade do qual parte o sujeito. Dito de forma simples, a reprovação seria menor em indivíduos que, em tese, teriam por sua condição social um espectro de liberdade individual (de autodeterminação) reduzido na

ANO 25 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

direção do não cometimento do crime. Tais indivíduos precisariam de um esforço menor para chegar à situação concreta de vulnerabilidade por estarem já em estado de vulnerabilidade.

A grande questão que se coloca diante da teoria de **Zaffaroni**, entretanto, é que tal esforço pessoal, que é o objeto da culpabilidade, não deixa o espaço subjetivo. Apesar de oferecer um conceito de culpabilidade plenamente iluminado criminologicamente (criminologia crítica), o autor não trabalha suficientemente a produção do significado da liberdade individual em nível epistemológico (o acesso à liberdade dentro da teoria do conhecimento), permanecendo a censura a incidir sobre uma liberdade individual de ordem subjetiva e inatingível. O resultado disso é que ao invés de superar a aporia welzeniana na teoria do conhecimento, **Zaffaroni** a duplica: assim como o *poder-de-agir-de-outra-maneira* ligado ao ato não pode ser verificado de maneira objetiva, o *esforço-pessoal-para-atingir-a-situação-concreta-de-vulnerabilidade*, por sua natureza subjetiva, também não pode – trata-se apenas de um segundo nível de análise da mesma liberdade da vontade subjetiva e ontológica que se liga agora ao esforço pessoal. Em que pese esteja presente no autor o argumento de uma análise objetiva e empírica dos elementos que configuram o estado de vulnerabilidade, entende-se que o fundamento da redução da censura permanece ancorado em uma pressuposição subjetiva: o *esforço pessoal*. Isto traz problemas processuais-penais probatórios intransponíveis para a aplicabilidade prática do conceito de **Zaffaroni**, já que não se pode, dentro dos processos formais do conhecer, ter acesso ao esforço subjetivo do outro, não passando a análise do mesmo de mera presunção ou pressuposição, assim como ocorre com a liberdade do modelo de **Welzel**.

Ao contrário disso, a proposta aqui é epistemologicamente mais radical no sentido de que o próprio acesso ao significado da liberdade individual (autodeterminação) que a culpabilidade normativa pressupõe, por sua natureza necessariamente positiva, material e intersubjetiva, é produzido por relações concretas de *reconhecimento* recíproco mediadas pelas instituições estatais competentes. A existência plena da liberdade individual fica condicionada às prestações estatais positivas aqui mencionadas e previstas na CF, não se tratando da análise de uma restrição ou diminuição do âmbito de atuação de uma liberdade meramente subjetiva já existente – pretérita à relação comunicacional – diante de determinada situação social. Em termos de aplicação prática, as dificuldades processuais encontradas pela teoria de **Zaffaroni** deixam aqui de existir, uma vez que não se depende mais de prova alguma relativa ao grau de esforço pessoal do individuo (espaço eminentemente subjetivo) para que se reconheça a redução da censura jurídico-penal e a co-culpabilidade do Estado. Pelo contrário, a partir de uma perspectiva que pressupõe a gênese social da capacidade de obediência da norma, a possibilidade da prova torna-se objetiva. E não apenas, de acordo com o princípio da não culpabilidade,[10] a co-culpabilidade do Estado passa a ser presumida e a própria culpabilidade fica condicionada à prova processual (ônus do MP) de que o sujeito em questão possuiu acesso, ainda que potencial, às prestações estatais que configuram o Estado Social e Democrático de Direito, já que onde não há relações concretas de *reconhecimento* recíproco mediadas pelo Estado não há liberdade individual em plenitude e onde não há liberdade individual em plenitude não há a culpabilidade em sua integralidade. A liberdade individual que o direito penal pressupõe como axioma é a *liberdade social* positiva produzida por relações intersubjetivas recíprocas e concretas de *reconhecimento* mediadas pelas instituições estatais constitucionalmente competentes.

Notas

(1) Sobre a base teórica – jurídico-filosófica – da proposta aqui apresentada, conferir: Buonicore, Bruno Tadeu. *Liberdade e Reconhecimento*: Contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal - reflexões iniciais. RBCCrim, n. 127, jan. 2017. p. 39 e ss.

(2) Honneth, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 14 e ss.

(3) v. Liszt, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: 1900. p. 135 e ss; Singer, Wolf. *Keiner kann anders als er ist*. Verschaltungen legen uns fest. Wir sollten aufhören, von Freiheit zu reden. Frankfurter Allgemeine Zeitung . Nr. 6 vom 8. Januar, 2004. p. 33.

(4) Welzel, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 140 ss.

(5) Jakobs, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken Oder*: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 107, Heft 4, 1995. p. 849 e ss; Jakobs, Günther. *Das Schuldprinzip*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1993. p. 02 ss.

(6) Günther, Klaus. *Schuld und Kommunikative Freiheit* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005. p. 02 ss.

(7) Sobre o conceito de subcidadania e sua relação com os conceitos de subintegraçao e sobreintegraçao, conferir: Neves, Marcelo. Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. p. 166 e ss.

(8) Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529; Cirino Dos Santos, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 231.

(9) Zaffaroni, Eugênio Raúl. *Culpabilidade por Vulnerabilidade.* Discursos Sediciosos. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31 e ss.

(10) Sobre isto, conferir: Lopes Jr, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen, 2008. p. 504.

Bruno Tadeu Buonicore
Doutorando em Direito (Direito Penal) pela Universidade de Frankfurt – Alemanha (bolsista integral DAAD).
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Advogado.

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, Leonardo Cardoso de Castro Dickinson, Luan Nogués Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Guedes Pirágine, Manoel Alves da Silva Junior, 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 de Souza Lira, 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, Vitor Hugo da Silva, 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: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME;
Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com.
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

O (perigoso) Direito Penal líquido como instrumento dos processos e investigações criminais

Clovis Alberto Volpe Filho

> *"É sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada operação 'lava jato', sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no Direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns".*
> Desembargador Federal **Rômulo Pizzolatti**.

> *"A conveniência da instrução criminal mostra-se presente (...) também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos".*
>
> Parecer do Ministério Público Federal assinado digitalmente pelo Procurador Regional da República **Manoel Pastana**.

Há mais de três anos foi possível realizar um esboço do que denominei de Direito Penal Líquido, [1] alertando que maior, mais abrangente e mais perigoso do que o Direito Penal Máximo era esta nova face do Direito Penal Contemporâneo. O Direito Penal passou a se expandir[2] e se descaracterizar, sob pretexto de acompanhar a sociedade moderna. Nesta realidade, o Direito Penal é líquido, pois precisa ser fluido para o alcance de uma mitológica panaceia posto que passa a ser utilizado em qualquer caso, e sob qualquer formato, a bem de uma suposta segurança, diminuição de riscos e do bem comum.

Conforme anunciou **Zygmunt Bauman**,[3] a sociedade moderna, como os líquidos, se caracteriza por uma incapacidade de manter a forma, tendo rápida acomodação aos mais diversos encaixes. Ademais, consigna o saudoso sociólogo polonês que a modernidade traz em seu bojo uma mobilidade e inconstância próprias dos líquidos, que carregam uma imagem de leveza. Ora, fica fácil notar que o Direito Penal, para se expandir, precisou adquirir uma natureza fluida, no sentido de alcançar todas as relações possíveis, posto que, do contrário, ou seja, em sendo sólido, não poderia chegar a todos os contornos traçados pela sociedade atual com a mesma força e eficácia.[4]

Diferentemente dos sólidos, o líquido tem sua forma modificada pelo conteúdo externo, e aceita que sua forma seja definida por qualquer meio. Como é cediço, o estado líquido mantém as moléculas de tal forma que é suficiente para se adequar a qualquer meio: é aquilo cuja forma é usualmente determinada por aquilo que o contém.

Assim, relativizaram-se os princípios político-criminais de garantia do Direito Penal, particularmente a ideia de fragmentariedade, *ultima ratio*, taxatividade, presunção de inocência, humanidade, juiz natural, inadmissibilidade da prova ilícita, etc. Denota-se, com isso, que o Direito Penal, além de ser líquido, promove em outros elementos (direitos) um processo de fusão (passagem do sólido para o líquido), pois, se considerarmos que os Direitos Fundamentais são cláusulas pétreas, a forma de incidência, da utilização do Direito Penal, provoca um derretimento nesses direitos sólidos. Por essa razão que o Direito Penal Líquido não é sinônimo de Direito Penal Máximo, eis que este é entendido como um modelo de excessiva abordagem e severidade, ao passo que a proposta do Direito Penal Líquido, embora carregue também como característica a expansão, tem duas bases mestras: a fluidez e a fusão. Isto é, a capacidade de se amoldar ao conteúdo externo e de tornar fluido o que antes era sólido. Ou seja, capacidade de flexibilizar sua estrutura e a estrutura alheia.

Em verdade, trata-se de um modelo instrumental de política criminal que possibilita não só a expansão com severidade da incidência do Direito Penal, como também a ágil flexibilização de suas estruturas (toda a ciência criminal) e dos direitos fundamentais individuais.

Estamos presenciando um rápido e contínuo derretimento das estruturas normativas que contemplam garantias e direitos individuais, sob várias premissas, inclusive a de que os fins justificam os meios. Ou, ainda, de que situações novas admitem soluções inéditas, mesmo à margem da ordem jurídica.

Não se trata de casuísmo, mas sim de verificação sistemática da ampliação de um Direito Penal e Processual Penal sem nenhuma consonância com a Carta Magna de 1988.

Para exemplificar, eis uma lista de (não por acaso) 10 questões atuais que se amoldam a este Direito Penal fluido: 1) antecipação do cumprimento da pena após julgamento em segunda instância; 2) prisões cautelares decretadas sem a presença do *periculum libertatis*; 3) prisões cautelares decretadas como instrumento para a realização de colaboração premiada; 4) divulgação de conversas telefônicas captadas ilegalmente; 5) mandados de condução coercitiva sem prévia intimação e não comparecimento a justificar a condução; 6) vazamento seletivo de informações em processos com segredo de justiça decretado; 7) concentração de fatos para julgamento em um único juízo; 8) convalidações de nulidades com critérios subjetivos; 9) proibição de acesso aos elementos colhidos na investigação; 10) o projeto denominado de 10 medidas contra a corrupção do MPF.

Denota-se que vários direitos e garantias são deformados para o exercício do Poder Investigatório e Punitivo do Estado, entre eles: presunção de inocência; direito a não-autoincriminação; direito ao silêncio; sigilo processual; privacidade e intimidade; liberdade ambulatorial; juiz natural; imparcialidade; devido processo legal; contraditório e ampla defesa; etc.

O ineditismo a legitimar decisões inéditas não autoriza o massacre da Constituição; é justamente para evitar decisões inéditas, no sentido de serem alheias ao ordenamento, que a Lei Maior é suprema. Possibilitar a envergadura e fratura de garantias individuais pelo (suposto) bem comum ou pelo êxito da investigação/processo é o mesmo que autorizar a tortura para salvar vidas. Não nos é dado o direito de escolha, pois esta já foi feita pela Constituição, do contrário estaríamos legitimando a possibilidade do Direito Penal se amoldar ao bel prazer de circunstâncias ou de pessoas, como se a Lei Fundamental fosse um simples objeto de adorno.

O Direito Penal Líquido serve como luva aos interesses e aos objetivos daqueles que acreditam – ainda que agindo de boa-fé – estarem salvando o país. O problema é que o suposto remédio ministrado gera uma "*tranquilização simbólica da insegura sociedade*",[5] que não demora a pedir mais, face ao vício que a tornou dependente deste fármaco. Dito de forma direta, o Direito Penal deixa de ser instrumento de garantias e passa ser objeto de destruição do próprio direito e da própria sociedade.

É sabido que as investigações e os processos decorrentes das operações denominadas de diversas formas são necessários e vitais para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito, porém, não se pode aceitar que se cure um mal com outros males. Da mesma forma que não se justifica diluir a presunção de inocência sobre o pretexto de que há um juízo de culpa após a sentença de primeiro grau, ou em razão de eventual demora processual pelos julgamentos de recursos.

O olhar aqui apresentado não se mostra ciclópico, ao contrário, outras visões também notaram o mesmo horizonte, podendo ser

citado o Ministro **Celso de Mello**: "*A posição que vem prevalecendo neste julgamento reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País" (STF - ADC 43).*

Silenciar, por temor da opinião pública ou publicada, frente aos ataques deflagrados à ordem constitucional; chancelar o derretimento de direitos e garantias individuais, ainda que visando a um suposto bem comum; não se indignar com violações aos direitos e garantias alheias, face aos rótulos midiáticos colocados em determinados investigados, são os primeiros passos para a aceitação do Direito Penal Líquido e o inevitável descarrilamento da ordem constitucional brasileira.

Notas

(1) Volpe Filho, Clovis Alberto. Direito penal líquido: análise do direito penal contemporâneo à luz da sociedade da insegurança. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 47-58, out./nov. 2013.

(2) "O expansionismo é uma realidade incontestável, em contínua progressão, bastante favorecida pela situação crítica das sociedades contemporâneas". (Silva Sánches, Jesús-María. Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.p. 74).

(3) Bauman, Zigmund. Modernidade Líquida. São Paulo: Zahar, 2001.

(4) O fato de o Direito Penal Líquido ter uma natureza fluida, expansiva e abrangente não significa que deixou de ser seletivo, pois ainda sim continua a selecionar as condutas a serem criminalizadas e a reação social a cada uma delas. Tanto a criminalização primária, como a secundária, se valem da liquidez do atual Direito Penal, em benefício do "projeto de segurança" da sociedade dominante. (sobre a seletividade do sistema penal, vide Baratta, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.)

(5) Prittwitz, Cornellius. Società del rischio e diritto penale. In Stornoni, Luigi; Foffani, Luigi (Org.). Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l´analisi critica della scuola di francoforte. Milão: Giuffrè, 2004. Apud. Silveira, Fabiano Augusto Martins. A legislação penal brasileira em face da chamada sociedade do risco. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Ano XI, n. 61, abr-maio 2010, p. 49.

Clovis Alberto Volpe Filho
Doutorando e mestre em Direito Constitucional.
Professor Universitário da Fafram/SP e da FDF/SP.
Advogado.

Brasil: entre o colapso do cárcere e a agonia do sistema garantista

Misael Neto Bispo da França

As notícias sobre o massacre de dezenas de custodiados, em distintas unidades prisionais da Região Norte do País, reascendem o debate sobre o colapso no sistema prisional brasileiro. A temática não é nova, bastando rememorar que os cerca de 100 mortos no Amazonas e em Roraima foram antecedidos pelas 111 mortes no Carandiru, em 1992, pela crise no Centro Penitenciário de Goiás – Cepaigo, em 1996, e pela carnificina de Pedrinhas, em 2014, apenas para ilustrar alguns dos principais episódios ocorridos no país nas últimas décadas.

Após a pirotecnia da passagem de ano, os primeiros dias de 2017 iniciaram-se com o espetáculo dantesco de decapitações e eviscerações, expondo para o mundo como o Brasil administra (mal) seu cárcere. Para além disso, denuncia-se a falácia garantista(1) que é denominar o Estado brasileiro de "social e democrático de direito", zelador dos valores de uma "Constituição cidadã", que promete a efetivação dos direitos da "pessoa humana".

Analisando-se a tragédia instalada nas unidades prisionais brasileiras, tem-se a convicção de que, de fato, a Constituição Federal de 1988 é meramente simbólica, carente da devida aplicabilidade, mesmo passados 28 anos de sua publicação.(2) Sente-se como se o país caminhasse em um sentido oposto à trilha aberta pelo constituinte, em clara dissonância que não pode gerar outra coisa, senão o caos.

Não se pretende, aqui, levantar a bandeira do Abolicionismo Penal, advogando a tese de que o sistema punitivo e tudo o que se atrela a ele (a pena, o cárcere, a polícia etc.) não prestam à efetivação das funções declaradas do Direito Repressivo.(3) Apesar de sua relevância para as reflexões que embasam este breve estudo, importa a ele, por ora, procurar possíveis respostas à recorrente e necessária indagação: como humanizar o sistema prisional brasileiro?

Diriam os abolicionistas que uma situação ótima não concebe a prisão, por ser tão ou mais violenta que sua causa. Se isso, ainda, não passa de utopia, faz-se necessário pensar estratégias que, oferecendo dignidade aos internos, evitem rebeliões sangrentas, como as que são presenciadas, desde sempre, no Brasil das contradições.

A urgência na mudança de tratamento conferido ao sistema em comento ganha maior destaque quando se observa que, conforme dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, cerca de 30% dos nossos encarcerados são de pessoas que ainda não foram condenadas. Com referência a presos provisórios, ficamos atrás, apenas, da Argentina (50, 3%) e do México (42, 6%).(4) São indivíduos que, por determinação constitucional, deveriam ser tidos como presumidamente inocentes, contudo, têm recebido sentença de morte sem processo, em um espaço onde deveria permanecer sob custódia do Estado.

Temos expressivo quantitativo de indivíduos submetidos ao encarceramento provisório, em um país que relegou a prisão preventiva à condição de última (por ser a mais severa) das cautelares de natureza pessoal... Contradições.

No contexto das atuais rebeliões nos presídios, decorrentes do conflito entre facções rivais, pode-se suscitar a questão do crime organizado como mola propulsora dos confrontos. Destaca-se, aí, o tráfico internacional de drogas, como responsável direto pelas centenas de mortes nas unidades prisionais brasileiras.

Parece óbvio. Nada de novo. O crime organizado sempre esteve no epicentro da falência do sistema, com seus líderes presos ordenando execuções, tendo, não raro, o narcotráfico como pano de fundo.

Sucede que a gravidade do problema exige uma mudança de discurso. Apegar-se, cegamente, à noção de que a tragédia do cárcere está vinculada às organizações criminosas não oferece subsídios para a efetiva resolução do imbróglio; muito pelo contrário, só recrudesce a disseminação da violência, com o clamor social por mais prisões, mais policiamento, endurecimento da legislação penal e processo penal de emergência. É o círculo vicioso, a espiral que incrementa a crise.

As incertezas sobre o que fazer da profissionalização da delinquência desnorteiam a sociedade brasileira da modernidade, que, atemorizada, segue sem rumo, na vaga crença de que a justiça criminal efetiva-se por meio do cárcere. É a modernidade líquida de **Bauman** sob a óptica das ciências criminais.(5)

É hora de romper com estruturas cognitivas como esta, de dar lugar a outros paradigmas, a novas ideias sobre o processo penal, na esteira das reflexões de **Lacan**[6] e de **Zaffaroni**,[7] sobretudo em um Estado que aspira ao *status* de Social e Democrático de Direito.

A gestão do sistema prisional brasileiro não pode olvidar de que a prisão tornou-se depósito de gente proveniente de determinada classe social, com faixa etária, nível de escolaridade e cor muito bem definidos, revelando a odiosa seletividade do sistema punitivo, que espelha uma sociedade desumana porque desigual.[8]

Uma política criminal e penitenciária que se queira séria não pode ter por premissa o punitivismo exacerbado (a redundância é proposital) vociferado por setores midiáticos e partidários; do contrário, deve-se partir da noção de que a liberdade é a regra, de que a prisão cautelar não pode transmudar-se em pena antecipada e de que a prisão-pena é, tão somente, *uma* das possíveis respostas à condenação criminal.

Eis um esforço rumo à materialização dos influxos constitucionais de 1988, em abono da efetivação da dignidade da pessoa humana e de uma sociedade mais justa e igualitária.

Notas

(1) Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. 2. ed. Trad. Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: RT, 2006.

(2) Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

(3) Christie, Nils. *A indústria do controle do crime* – a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

(4) Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

(5) Bauman, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

(6) Lacan, Jacques. *O seminário* – o desejo e sua interpretação. Livro 6. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2016.

(7) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas* – a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa et al. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

(8) Adorno, Sérgio. A prisão sob a ótica de seus protagonistas – itinerário de uma pesquisa. *Tempo Social*, v. 3, n. 1-2, p. 7-40, 1991.

Misael Neto Bispo da França
Mestre em Direito Público pela UFBA.
Professor de Prática e Processo Penal da UFBA.
Analista Jurídico do MPF.

Trabalho prisional: a manutenção do poder disciplinar que transita entre recompensas e punições

Izabela Lopes Jamar

A prisão, assim como toda instituição total, tende a estabelecer regras de hierarquia e disciplina, além da vigilância constante dos apenados. Ela se fundamenta em dois elementos principais: na privação simples da liberdade e na tentativa de transformação do indivíduo. Com relação à privação da liberdade, a prisão se tornou a pena por excelência, sobrevivendo até a contemporaneidade, apesar das duras críticas dos criminólogos e estudiosos do sistema de justiça criminal, a partir das ideias consolidadas no modelo liberal de sociedade.

Quando a ideia de liberdade passou a ser difundida e tida como fundamento do Estado de Direito, passando a ser cara e indispensável para o ser humano, a pena de prisão se estabelece como a penalidade padrão, eis que retira um dos bens mais preciosos do indivíduo, a liberdade.

Não somente os ideais da liberdade, como também a mudança nos modos de produção permeou a consolidação da pena de prisão como forma de punir da sociedade moderna.

Quanto ao aspecto de ser a prisão capaz de transformar os indivíduos, seria esse um dos mais caros argumentos para aqueles que defendem a pena de prisão como um mal capaz de evitar outros males. A prisão foi tida como uma forma legal e lhe atribuíram a função de modificar o comportamento dos indivíduos, transformar criminosos em não criminosos e devolvê-los arrependidos, dóceis e adaptados à sociedade da qual não faziam parte. Para **Foucault**, a prisão se propôs a "*tirar dos indivíduos apenados, o máximo de tempo e de forças, treinando seus corpos, condicionando seu comportamento, vigiando-os constantemente para torná-los dóceis e adaptados à sociedade*" (1996).

Durante o processo de elaboração da instituição penitenciária como forma racional de punição (século XVIII), a ideologia emergente se apropriou do ideal iluminista da humanização das penas (Beccaria, 1959), fazendo surgir um *aparelho disciplinar exaustivo* mais a serviço do poder e da nova funcionalidade social do capitalismo do que fruto do *processo civilizatório* (Elias, 1939).

Com a expropriação da força de trabalho em razão da manufatura, foi possível justificar o conceito de *proporcionalidade da pena*, que passou a ser medida através do tempo. Da força de trabalho paga pelo tempo trabalhado por meio do salário, a pena passa a ser medida pelo tempo subtraído do condenado para "pagar" pela violação da norma, o salário invertido pago à sociedade por meio da sua submissão ao cárcere.

A questão do trabalho prisional surge plasmada na instituição como medida terapêutica necessária na ortopedia social a fim de construir o *homo economicus*, com duas exigências: a) e exclusão de penas breves, pelo aprendizado insuficiente; b) a exclusão de penas perpétuas, pelo desinteresse de aprender – inaugurando as teorias da *prevenção especial*, em que o objetivo de correção determina a duração da pena (Santos, 2010).

Além de medida terapêutica, o trabalho prisional se estabelece como mais um aspecto dos rituais da cultura disciplinar. Tendo em vista os ideais da ressocialização e a reabilitação do condenado, o trabalho prisional tem como tarefa mítica a docilização, a correção e, ainda, a função de ordenar comportamentos.

Contudo, o trabalho prisional se revelou como um instrumento de controle dentro de uma ótica de dominação, constituindo uma relação de poder, sem valor econômico, submetendo os apenados a uma submissão individual e tendente a um ajustamento de conduta. Segundo **Foucault**, o trabalho prisional não é uma atividade de produção, e sim um princípio de ordem e regularidade, eis que impõe de maneira insensível as formas de um poder rigoroso, uma hierarquia e uma vigilância que fazem parte da lógica e, por essa razão, serão mais bem aceitas pelos condenados penetrando em seu comportamento (1996).

O trabalho prisional por exigências que lhe são próprias se revela como uma atividade desprazerosa, repetitiva e fonte de tensão e ainda sem qualquer iniciativa por parte do apenado, pois não há lugar para atividades fantasiosas, eis que o binômio segurança/disciplina inviabiliza qualquer forma de envolvimento do apenado com o trabalho.

Em verdade, o trabalho prisional revela-se como um meio de ocupação, adequação e submissão aos preceitos institucionais, eis que a preocupação das instituições prisionais é manter a ordem e a disciplina.

Na Lei de Execução Penal, (1) o art. 28 e seus parágrafos revelam o viés corretivo e disciplinar atribuído ao trabalho prisional, dispondo que "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. *§ 1.º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2.º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho*".

De acordo com o § 2.º, o trabalho desenvolvido pelo preso não se sujeita à CLT, eis que o mesmo perdeu seus direitos sociais em função da condenação, descaracterizando a natureza produtiva do trabalho.

A obrigatoriedade do trabalho prisional prevista no art. 31(2) da LEP revela o discurso corretivo e de recuperação do apenado, e ainda reforça os valores do trabalho como fonte de adaptação dos condenados à sociedade que deve ser inculcada no indivíduo, como meio de elevação do ser humano, seguindo a ideologia protestante, em especial do calvinismo (Melossi; Pavarini, 2010).

Para além das questões corretivas e de recuperação do apenado, o trabalho prisional transita em dois polos do sistema disciplinar: recompensas e punições. Quanto ao primeiro, nos referimos ao instituto da remição da pena, nos termos do art. 126(3) da LEP, que permite ao condenado resgatar parte do tempo de sua pena privativa de liberdade, em contrapartida aos dias trabalhados.

Com relação às punições, temos algumas condutas concernentes ao trabalho prisional no rol das faltas graves, tais como provocação de acidente de trabalho, descumprimento do trabalho, das tarefas ou ordens recebidas. Porém, a que reforça a ideia de hierarquia e disciplina é a perda de 1/3 dos dias remidos caso o apenado cometa alguma falta grave, conforme o art. 127(4) da LEP. Esse aspecto particular evidencia nitidamente a relação de dependência e subordinação do trabalho prisional aos ditames do controle disciplinar, revela o exercício das relações de poder nas instituições prisionais.

Com relação ao trabalho desenvolvido em presídios femininos, a situação se agrava em face da situação de desigualdade entre homens e mulheres encarcerados, pois a discriminação e exclusão da mulher precedem o seu ingresso na prisão e o fato de serem pobres as acompanha no exercício das atividades laborativas. Geralmente, essas mulheres irão desenvolver ocupação de mínima relevância no mercado de trabalho como passadeiras, arrumadeiras, costureiras, além de atividades domésticas e industriais próprias do sexo feminino, tais como tecer, bordar, cozinhar etc.

Ainda que venham a desempenhar alguma atividade laborativa vinculada a alguma empresa que se estabelece na penitenciária, não serão contratadas quando alcançarem a liberdade, o que revela uma relegitimação dos estigmas da criminalização.

Conclui-se, pois, que o trabalho prisional é só uma maneira de se manter a ordem e a disciplina dentro das instituições prisionais, eis que, para muitos, é uma ocupação, e não trabalho, e, ainda, os apenados o encaram apenas como meio de atingir a liberdade mais rapidamente, pois ele é precário e impossibilita qualquer meio de ascensão social, revelando uma discriminação entre gêneros acentuada quando impõe modelos conservadores de feminilidade.

Notas

(1) Lei 7.210/84.

(2) Lei de Execução Penal: "Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade".

(3) Lei de Execução Penal: "Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei 12.433/11.). § 1.º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: (Redação dada pela Lei 12.433/11.) I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei 12.433/11) II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei 12.433/11)".

(4) Lei de Execução Penal: "Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. (Redação dada pela Lei 12.433/11)".

Referências bibliográficas

Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Atena, 1959.

Elias, Norbert. *O processo civilizador*. 2. ed. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

Espinoza, Olga. *A mulher em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004

Foucault, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1996.

Freire, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo*: o caso RDD. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

Klering, Luís Roque; Lemos, Ana Margarete; Mazzilli, Cláudio. Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório. *Revista de Administração Contemporânea*. Disponível em: <http://www.anpad.org.br>. Acesso em: 18 jan. 2013.

Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2010. Coleção Pensamento Criminológico. n. 11.

Quintino, Silmara A. A prisão como castigo, o trabalho como remição – contradições do Sistema Penitenciário Paranaense. *Revista Sociologia Jurídica*. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br>. Acesso em: 18 jan. 2013.

Izabela Lopes Jamar
Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela UFSC.
Professora Universitária.
Advogada Criminal.

HC 126.292: o STF como mero instrumento à disposição do homem por detrás do dique

Victor Matheus Bevilaqua

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *HC* 126.292, alterou a posição até então adotada pela Corte, desde 2009, por ocasião do *HC* 84.078, e decidiu pela possibilidade de início da execução da pena após a (confirmação da) condenação em segundo grau de jurisdição.

A decisão, além de possuir uma natureza ativista, expõe a relação

perversa existente entre o sistema judiciário e a mídia, reforça o caráter seletivo do sistema penal, bem como intensifica a crise do sistema prisional. Aliado a isso, o julgado, equivocadamente, sob a metanorma da proporcionalidade, tenta estabelecer uma compatibilização entre a presunção de inocência e a eficiência do sistema de justiça, que acaba por violar texto expresso na Constituição Federal e em lei infraconstitucional (art. 283 do CPP).

Com efeito, o princípio da presunção de inocência, previsto não somente na Constituição Federal, em seu art. 5.º, LVII, mas também em tratados internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8.2), dos quais o Brasil é signatário, dispõe, de forma cristalina, que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Ora, ao contrário do que foi sustentado pela maioria dos membros da Corte Constitucional – que deveria resguardar a Constituição, e não violá-la –, trânsito em julgado não significa condenação em segundo grau. O texto constitucional é claro e não admite interpretações como a que foi dada pelo STF, que ultrapassou o limite semântico da redação do art. 5.º, LVII, da CF.

Também restou afrontado o art. 283 do CPP, que reza: "*ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*".

Segundo **Streck**,[1] uma das hipóteses em que o Poder Judiciário está autorizado a deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei é quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado. Em outras palavras, não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a sua inconstitucionalidade. Portanto, considerando que a decisão não fez referência ao art. 283 do CPP – o qual continua vigente, não estando os Tribunais de Justiça obrigados a determinar automaticamente a execução da pena tão logo condenado o imputado em segundo grau de jurisdição, até porque a decisão do STF não possui força vinculativa –, fere ele a própria ordem constitucional.

A tentativa em estabelecer uma analogia com a *Lei da Ficha Limpa* não convence, porquanto esta, quando prevê como causa de inelegibilidade do candidato a existência de condenação proferida por órgão colegiado, não se trata de uma consequência de caráter penal, mas sim eleitoral, uma condição de elegibilidade.

Sob outro prisma, segundo **Lopes Jr.** e **Gloeckner**,[2] a presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político que conecta os direitos fundamentais ao processo penal e, assim, excede o que comumente a doutrina e jurisprudência descuidadas apontam como constituindo seu núcleo referencial (uma mera regra probatória), razão pela qual descabida a sua relativização. Nesse sentido, a presunção de inocência, como direito fundamental constitucional, notabiliza-se por garantir aos seus titulares uma zona de atuação imune a intervenções dos poderes públicos. De acordo com **Feldens**,[3] os direitos de liberdade compõem um espaço normativo indisponível à decisão majoritária, motivo pelo qual são identificados como direitos contramajoritários.

Assim, considerando que o STF tem como dever a proteção à Constituição (*Schutzpflicht*), que deve ser promovida em observância à proibição de excesso estatal (*Übermassverbot*) e à proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), não cumpriu a Corte com a sua função, pelo contrário, suprimiu a garantia constitucional de presunção de inocência em prol de uma suposta efetividade da justiça, utilizando-se de argumentos rasos e sem um adequado aprofundamento teórico. Desse modo, a Corte foi de encontro a toda evolução jurídico-constitucional das últimas décadas pautada pela consolidação dos direitos fundamentais e de domesticação do poder estatal.

Neste ponto, o julgado em apreço se trata de apenas mais uma demonstração do ativismo judicial que acomete nosso país, o qual se manifesta de três formas.[4] A primeira consiste no afastamento dos cânones metodológicos, isto é, ao desconsiderar a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quebrando qualquer limite semântico imposto pelo texto constitucional, o STF realizou um julgamento para alcançar um resultado predefinido que não aquele objeto da norma constitucional (presunção de inocência). E esse resultado predefinido – e aqui reside a segunda forma de manifestação do ativismo judicial – consiste na predisposição da Corte para, em nome da eficiência da justiça, transpondo os limites impostos pela separação dos poderes, agir político-criminalmente. Por fim, a terceira forma de manifestação consiste na não aplicação de precedentes da própria Corte, que, no caso, são novos, já que desde 2009 o STF vinha mantendo posicionamento de impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Alerta-se, ainda, para os argumentos (abstratos e indeterminados) levantados no julgado, como a opinião pública, as expectativas sociais e a sensação de impunidade. Todos eles – (re)produzidos pelo *mass media*, e, hoje, intensificados em razão da *Operação Lava Jato* e da especial crise do sistema prisional – dizem respeito a um recrudescimento penal, que tem, dentre outras consequências, a flexibilização/suprimento de garantais processuais penais.

É cediço que numa lógica capitalista neoliberal o tema criminalidade constitui objeto de comercialização e de politização,[5] razão pela qual a massificação de notícias relacionadas à criminalidade estimula na sociedade uma constante sensação de insegurança e impotência, encabeçando uma tendência progressiva de expansão penal, inclusive, de aplicação de medidas que, além de contraproducentes, vão de encontro às garantias processuais penais.[6]

Levando-se em conta isso, constate-se no julgado em apreço a perversa relação entre o Poder Judiciário e a mídia: aquele, utilizando-se dos referidos argumentos metajurídicos, atuando como verdadeiro órgão de política-criminal, submete-se às pressões da mídia (opinião pública), a qual, por sua vez, *agenda* (*Agenda-setting*) o público e, fazendo isso, contribui para *agendar* as políticas públicas e os agentes políticos (legisladores, governantes, polícia, juízes, promotores etc.).[7]

O Poder Judiciário não é órgão de segurança pública para (tentar) reduzir a *sensação de impunidade* e satisfazer a *opinião pública*, de cunho punitivista. De acordo com **Lopes Jr.**,[8] "*é elementar que a administração da justiça não pode depender da bondade, do bom senso ou de qualquer outro tipo de abertura axiológica desse estilo para legitimar o exercício do poder*". Em se tratando de matéria penal, a legitimidade da atuação do juiz não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção e maximização das garantias processuais penais, tutelando o indivíduo diante do poder punitivo estatal. Em outras palavras, no seio da ciência conjunta do direito penal (*die gesamte Strafrechswissenschaft*), cabe ao Magistrado concretizar e dar eficácia aos direitos e garantias processuais e penais, dando preferência, se for o caso, no espaço hermenêutico-aplicativo (*jure conditio*), à normatividade penal em detrimento de eventual postulado político-criminal.[9]

Tampouco convence o argumento de que a existência de inúmeros recursos ao acusado causa a prescrição de fatos, porquanto, acaso a afirmação corresponda, de fato, à realidade, uma *solução adequada* é a reforma do sistema recursal no processo penal, e não a flexibilização de garantias constitucionais.

De outro norte, caso o entendimento do julgado seja levado a outros processos criminais, o resultado que se vislumbra é a manutenção e intensificação dos efeitos decorrentes da seletividade do sistema penal.

Lembre-se de que a função latente real do sistema penal não é combater a criminalidade, gerando segurança pública e jurídica e protegendo bens jurídicos penalmente relevantes, mas sim construí-la seletiva e estigmatizante, e, assim, reproduzir as desigualdades e assimetrias sociais (eficácia invertida do sistema penal).

Segundo **Vera Andrade**,[10] "*a seletividade é, portanto, a função real e lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais*".

E o julgado em apreço mantém o funcionamento ideológico do sistema penal (seletivo), perpetuando o ilusionismo, justificando socialmente a importância da existência do sistema penal e ocultando suas reais e invertidas funções (instrumental e simbólica).

Aliado a isso, a decisão também contribui para falência e superlotação do sistema carcerário, ao passo que autoriza a execução provisória da pena tão logo condenado o indivíduo pelo colegiado.

Ocorre que, como componente da política seletiva de contenção repressiva dos pobres, o recurso maciço e sistemático ao encarceramento está longe de ser um meio de contenção da criminalidade, pelo contrário, trata-se de um dos maiores propulsores do aumento da violência, contribuindo para o aumento das taxas de criminalidade e produzindo reincidência.[11]

É preciso lembrar que o próprio Min. Celso de Mello, quando do julgamento do *HC* 126.292, afirmou que 25% dos recursos criminais que chegam ao STF são providos, revertendo uma condenação. Ou seja, caso se mantenha o entendimento exarado na decisão, as pessoas referentes a esse índice, cuja culpa ainda não foi integralmente provada, serão submetidas a um indevido cumprimento (provisório) da pena.

Diante do exposto, resulta concluir que, em atenção à reflexão realizada por **Martins**[12] acerca da metáfora do dique utilizada por **Zaffaroni** a propósito da contenção do poder punitivo, o Supremo Tribunal Federal é mero instrumento a favor do homem por detrás do dique, apresentando-se menos autônomo e constitucional e mais político.

Notas

(1) Streck, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Revista NEJ Eletrônica*, vol. 15, n. 1, jan.-abr. 2010, p. 158-173.

(2) Lopes Jr., Aury e Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

(3) Feldens, Luciano. *Direito fundamentais e direito penal*: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.

(4) Leal, Mônia Clarissa Hennig e Alves, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*: *o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

(5) Garland, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 57.

(6) Silva Sánchez, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 80-84.

(7) Ramos, Sílvia. Violência, crime e mídia. In: Lima, Renato Sérgio de; Ratton, José Luiz; Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 175-186.

(8) Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.067.

(9) D'Avila, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38-39.

(10) Andrade, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 137.

(11) Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli e Vasconcellos, Fernanda Bestetti. Punição e democracia em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social. In: Gauer, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 69-88.

(12) Martins, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: *the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 124-125.

Victor Matheus Bevilaqua
Aluno do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC-RS (Especialização em Ciências Penais).
Aluno do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS-RS (Especialização em Direito Penal e Processual Penal).
Assessor de Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul.

Multiculturalismo, Direito Penal e imigração europeia

Flávio Eduardo Turessi

Nos dias que correm, em um mundo social e economicamente globalizado, fenômeno aqui compreendido como de forçada unificação cultural e acentuado enfraquecimento de parcela da soberania nacional, não é difícil perceber que o alargamento das relações horizontais, proporcionado pela facilidade sentida na circulação de bens, informações e pessoas de distintas e complexas origens, tem causado grandes dificuldades e acaloradas polêmicas na regulação e pacificação de conflitos entre grupos diversos. Não por outro motivo, muitas áreas do conhecimento, com especial destaque para a Filosofia, a Sociologia e o Direito, têm buscado apoio no chamado *multiculturalismo* para o diagnóstico de problemas e sistematização de soluções, conceito que, de acordo com **Mikel Azurmendi Inchausti**, "*no expresa simplesmente la diferencia cultural o que existan muchas culturas repartidas en el mundo ni tampoco que existan muchas en convivencia en un sólo país. Es un concepto que fue pensado para referirse a un Estado-nación democrático cuyo pluralismo debía consistir en promover y mantener diferencias étnicas y culturales*".[1]

Assim, numa primeira análise, desde logo se percebe que o *multiculturalismo*, para o Direito, impõe o desafio de se ordenar, no plano normativo, uma sociedade plural e, ao mesmo tempo, interdependente, identificando-se os grupos desiguais na busca de um tratamento que, respeitadas as diferenças étnicas, religiosas e sociais, seja o mais isonômico possível.

A tarefa não é simples. Retrato indelével dessa dificuldade de ordenação pode ser facilmente sentido no tratamento jurídico-político conferido aos fluxos imigratórios por diversos países que integram a União Europeia. Buscando conferir especial proteção aos nacionais comunitários que dela fazem parte, muitos países acabam instituindo políticas de cunho administrativo-sancionador que, voltadas à expulsão, passam ao largo da integração e dificultam sobremaneira o ingresso e a permanência dos estrangeiros, especialmente os extracomunitários oriundos de países pobres, no âmbito da legalidade, condenando-os rapidamente à clandestinidade e à marginalização. De acordo com **Maria José Rodríguez Mesa**, desde 1990, entre 300 mil e 500 mil imigrantes chamados "clandestinos" têm atravessado

as fronteiras europeias a cada ano.[2] E, "*perante tal cenário, o estrangeiro, o que vem de fora, e exorta à formação de comunidade, não deve ser tratado nem como um estranho, um* ***alien****, nem como um idêntico, um repetido*".[3] Ainda que social e culturalmente diferente do nacional, o estrangeiro também é portador da mesma dignidade, sendo certo que a sua escolha por novas oportunidades no país de destino não é fruto de irresponsável aventura, mas da busca por melhores condições de vida.

Nessa quadra, as imensas dificuldades de integração, o *déficit* de previdência social e a oferta de empregos de baixíssima capacitação profissional nos países de destino têm provocado reações racistas e xenófobas entre grupos nacionalistas de ambos os lados. Mais disso, têm fomentado o aparecimento de sólidas organizações criminosas internacionais que se dedicam à lucrativa exploração da imigração.

Para **Maria João Guia**, "*na base destas organizações criminosas, encontram-se os elementos hierarquicamente menos classificados, instruídos para actividades banais de extorsão e ameaça, recolhendo dividendos dos trabalhadores maioritariamente oriundos do Leste, em troca de uma suposta 'protecção'. Também são encarregados de distribuir pessoas (traficadas ou não) por empresas, locais de trabalho, casas de diversão nocturna, de alterne, prostituição, ou nas quais haja um contacto que recolha dividendos das mesmas, bem como de outros locais onde se processe tráfico de droga. (...). Numa escala superior, o crime organizado transfronteiriço opera já com empresas bem implementadas e reconhecidas em diversos países. O dinheiro resultante de actividades criminosas é investido em bens imobiliários, na Bolsa ou em outras actividades lucrativas e, finalmente, no topo da hierarquia encontram-se os homens de negócios que transaccionam materiais nucleares, armas e outros produtos de difícil acesso*".[4]

De fato, com ramificações e integrantes fincados em estratégicos países do leste europeu, África negra e América Latina, tais organizações criminosas se destacam, dentre outras características, pela transnacionalidade, predicado que impõe a necessidade de, respeitadas a soberania e a margem de discricionariedade nacionais, intensificar-se o diálogo entre os sistemas penais nacionais de cada um dos países envolvidos e atingidos por suas ações, da maneira mais uniforme possível, evitando-se, assim, a indesejada criação de atrativos paraísos jurídico-penais.

Aliás, opções punitivas disformes entre os países atingidos, na síntese de **Alessandro Bernardi**, "*a) favorecen la creación de lugares privilegiados para la criminalidad organizada de caráter transnacional; b) alteran las condiciones del mercado, en virtud de la variación del "coste del delito", es decir, del coeficiente de desincentivización generado por la sanción; c) implican niveles diversificados de tutela entre indivíduos de distinta nacionalidad expuestos a los mismos fenómenos criminales; d) comprometen la posibilidad de conocimiento de los preceptos y de las relativas penas por parte de aquellos sujetos que operan contemporáneamente dentro de una pluralidad de ordenamentos; e) tienden a vanificar los efectos 'de prevención general' en íntima relación con las reglas de conducta y por tanto, especulativamente, a atenuar la reprobación social hacia comportamentos que, en Estados geograficamente vecinos y sócio-culturalmente similares, vienen evaluados de un modo diverso o de cualquier modo de manera no coincidente en cuanto al nível de desvalor*".[5]

Mas não é só. Políticas de barreira também têm impulsionado certos veículos de imprensa europeus a, com base em dados estatísticos governamentais, associar crime e imigração, perigosa simbiose que, longe de despertar ideais solidários entre nacionais e imigrantes, apenas fomenta o discurso do ódio e da separação, transformando o estrangeiro em uma pessoa potencialmente criminosa e extremamente nociva àquele corpo social.

A título de ilustração, na Espanha, de acordo com **José Ángel Brandariz García**, "*en un estúdio sobre información relativa al hecho migratorio realizado a lo largo de 2006 en 22 diarios españoles por dos ONGs (S.O.S. Racismo y Mugak), se puso de manifiesto que en el 71, 9% de los casos la fuente de las noticias fue la Administración y sus diferentes agencias, frente a un 12, 6% de los supuestos en que las fuentes fueron las ONGs especializadas o los propios migrantes*".[6]

Ora, é inegável que o vertiginoso aumento dos fluxos imigratórios e a expansão da indústria da clandestinidade conduzem ao acréscimo do número de delitos ligados ao deslocamento em massa de pessoas, tais como falsificações de documentos e tráfico de seres humanos. Não obstante, deve-se ter clara a ideia de que, na maioria das vezes, os estrangeiros que buscam melhores e maiores condições de sobrevivência nos países de destino são vítimas das organizações criminosas internacionais, ferragens de uma engrenagem viciada, e não os dirigentes da indústria criminosa da imigração.

Como já afirmamos em outra oportunidade, em um Estado democrático de Direito, modelo adotado pelos principais países de destino que integram a União Europeia, a efetiva tutela dos direitos fundamentais, à luz da dignidade da pessoa humana, deve ser, pois, o paradigma do Direito Penal.[7] E, analisando-se os fluxos imigratórios na Europa continental, diante das graves violações aos direitos humanos diariamente noticiadas, percebe-se que os centros de agressão não são apenas privados, mas públicos, devendo existir um olhar mais atento da comunidade jurídica internacional à pessoa jurídica de direito público que, de maneira equivocada, fomente políticas discriminatórias e racistas.

O desafio é grande. Exige o envolvimento constante e permanente de todos na implementação de políticas e medidas de aplicação prática que enxerguem na figura do imigrante, notadamente daquele oriundo de países pobres, uma vítima da globalização econômica e, ao mesmo tempo, uma presa da indústria da clandestinidade e das grandes e bem estruturadas organizações criminosas internacionais, promovendo-se a sua inserção nos países de destino de forma livre e respeitando-se as desigualdades culturais existentes de ambos os lados.

Notas

(1) Inchausti, Mikel Azurmendi. Migraciones, cultura democrática y multiculturalismo. In: Laurenzo, Patricia. *Inmigración y Derecho Penal*: bases para un debate. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 97-126.

(2) Mesa, Maria José Rodríguez. El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina: funciones instrumentales y simbólicas. In: Álvarez, Fernando Pérez (Ed.). *Serta*: in memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Universidad, 2004, p. 846.

(3) Dias, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In: Beleza, Teresa Pizzaro; Caeiro, Pedro; Pinto, Frederico de Lacerda da Costa (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 17-18.

(4) Guia, Maria João. *Imigração e Criminalidade: caleidoscópio de imigrantes reclusos*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 117-118.

(5) Bernardi, Alessandro. El Derecho Penal entre globalización y multiculturalismo. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 8, 2002, p. 13-37.

(6) Garcia, José Ángel Brandariz. La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereótipos negativos. In: Paz, Miguel Ángel Núñez (Coordinador). *Un derecho penal comprometido*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011, p. 186.

(7) Turessi, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos*: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015, p. 56.

Flávio Eduardo Turessi
Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e mestre em Direito Penal pela PUC-SP.
Professor de pós-graduação "lato sensu" em Direito Penal e Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público (ESMP), do Complexo Educacional Damásio de Jesus (DAMÁSIO) e da PUC-SP (COGEAE).
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ANO 24 - Nº 295 - JUNHO/2017 - ISSN 1676-3661

23º Seminário Internacional
de Ciências Criminais



INSCRIÇÕES ABERTAS
www.ibccrim.org.br/seminario23

PALESTRANTES CONFIRMADOS/AS:

Adalberto José de Q.T.C. Aranha Filho (SP)
Amilton Bueno de Carvalho (RS)
Ana Cláudia Bastos de Pinho (PA)
Antonio Pedro Melchior (RJ)
Artur Gueiros (RJ)
Camila Nunes Dias (SP)
Carmen Hein de Campos (RS)
Carolina Yumi de Souza (SP)
Cláudia Maria Dadico (SC)
Danilo Tavares Lobato (RJ)
Deborah Duprat (DF)
Ela Wiecko V. de Castilho (DF)
Erika Mendes de Carvalho (PR)
Hugo Leonardo (SP)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (PR)
Juliano Breda (PR)
Juliano de Oliveira Leonel (PI)
Luciana Boiteux (RJ)
Maíra Rocha Machado (SP)
Marcelo Semer (SP)
Marcio Schusterschitz da Silva Araujo (MG)
Maurício Zanoide de Moraes (SP)
Márcio Friggi (SP)
Nathália Oliveira (SP)
Paulo Malvezzi (SP)
Pedro Vieira Abramovay (SP)
Reinaldo Ayer de Oliveira (SP)
Rogério Schietti (DF)
Rubens Casara (RJ)

29 DE AGOSTO A 1º DE SETEMBRO
HOTEL TIVOLI MOFARREJ • SÃO PAULO / SP

Ana Isabel Pérez Cepeda
Douglas Blackmon
Eduardo Gallardo Frías
Fabricio Guariglia
Jesús Maria Silva Sánchez
Jorge Jiménez Martín
Juan Luis Gómez Colomer
Katalin Ligeti
Leonel González Postigo
Lorena Bachmaier Winter
Luis Eduardo Morás Nuñez
Patsíli Toledo
Rui Cunha Martins
Susana Aires de Sousa

REALIZAÇÃO:

ANOS
IBCCRIM