ANO 25 - Nº 297 - AGOSTO/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

EDITORIAL

Participação e controle externo das instituições em tempos de exceção

Os últimos meses têm sido marcados por retrocessos em conquistas sociais históricas. Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais cabe ressaltar as nuances desse processo que impactam mais diretamente o sistema de justiça criminal e, de forma bem específica, as três pautas estratégicas encampadas pelo Instituto para os próximos anos: a reversão do superencarceramento, o combate à violência e à letalidade policial e, de forma transversal, a democratização do sistema de justiça.

Vale ressaltar que, em abril de 2017, o Instituto publicou o caderno intitulado "16 Propostas Legislativas contra o Encarceramento em Massa", formulado em parceria com a Associação Juízes para a Democracia, o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da UnB e a Pastoral Carcerária, posteriormente assinado por mais de 70 organizações.[1]

Deste caderno, destaca-se a proposta nº 16, na qual se discorre, de forma detalhada, sobre os requisitos para a garantia da rigorosa externalidade de Ouvidorias e demais mecanismos dedicados à fiscalização e ao controle do sistema de justiça, inclusive do sistema prisional, por parte da sociedade civil.

Para a realização dessas atividades fiscalizatórias, é também fundamental a consolidação de órgãos, conselhos e demais instrumentos de participação popular, previstos na Constituição Federal de 1988, e tratados internacionais. Tais instâncias foram pensadas para se avançar no adensamento democrático do país. São ferramentas essenciais e que fazem falta ao sistema de justiça, no qual timidamente se avançou nesse quesito, com a implementação de algumas poucas Ouvidorias Externas. É o caso de apenas 11 das 27 Defensorias Públicas Estaduais e algumas Ouvidorias de Polícia. Carecem de Ouvidorias Externas os Ministérios Públicos, a Magistratura, Administrações Penitenciárias e as Administrações das Fundações de Atendimento Socioeducativo, também de todas as esferas. Os Conselhos Nacionais dedicados à realização de algum controle contam com a participação minoritária da sociedade civil e, ainda, sem amparo em critérios de externalidade para a indicação dessa representação.

Infelizmente, esses mecanismos, mesmo incipientes, não têm passado ao largo de ofensivas do poder constituído. Não se pode deixar de noticiar e comentar alguns episódios que evidenciam movimentos de alijamento da sociedade civil de espaços historicamente construídos para garantir sua participação e capacidade de monitorar e de fiscalizar instituições públicas.

É digno de nota um recente episódio: no último dia 13 de julho, no Conselho Superior da Defensoria Pública de São Paulo, prosperou por ampla maioria de votos uma proposta de alteração do modelo de eleição para o cargo de Ouvidor/a-Geral. Esta é (ainda) uma Ouvidoria Externa, ou seja, resultante da eleição de um/a representante da sociedade civil a partir de um processo eleitoral conduzido sem interferência do ente fiscalizado sobre a escolha de seu fiscalizador independente.

A alteração pode não chamar atenção de quem não tem familiaridade com o modelo de Ouvidoria Externa e demais mecanismos de participação. Mas ela não deve ser invisibilizada, pois consiste em uma mudança capaz de abrir caminho para um retrocesso maior na Defensoria Pública de São Paulo, instituição na qual se depositam historicamente as esperanças de inovação no sistema de justiça.

Ignorando diretriz principiológica constante da Lei Orgânica da Defensoria de São Paulo, criada em 2006 após ampla mobilização de mais de 400 movimentos e organizações sociais, o Conselho Superior tomou uma decisão que também desconsidera avanços legislativos datados de 2009, quando uma Lei Nacional estendeu para todo o país o cerne do dispositivo normativo acima referido, que previa a eleição da Ouvidoria com caráter externo.[2]

Durante mais de 10 anos, esse modelo funcionou em São Paulo. Agora, por uma virada de composição e de entendimento no Conselho Superior, a eleição da Ouvidoria terá sua etapa de organização feita por um colegiado de Defensores/as, presidido pela Corregedoria da instituição. Caberá ao ente fiscalizado decidir quem poderá votar e ser votado/a no processo.

Passando à área de privação de liberdade, vale relacionar também o fato de que administrações penitenciárias têm promovido, em todo país, gradual e seletivamente, a diminuição das possibilidades de entrada de organizações da sociedade civil em estabelecimentos prisionais, entre elas a Pastoral Carcerária, que já noticiou restrições em 14 estados da federação.

| Caderno de Doutrina

Comissão Interamericana de Direitos Humanos: legado, impacto e propostas
Flávia Piovesan ____ 4

Lei 13.432/17: o detetive particular e a devida investigação criminal
Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Júnior ____ 6

A responsabilidade penal em caso de greve de fome por encarcerados
João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem ____ 7

Injusto como antijuridicidade qualificada pela tipicidade penal
Giancarlo Silkunas Vay ____ 9

Viva-voz e prova ilícita: decisão do STJ
Eduardo Luiz Santos Cabette ____ 11

A condenação criminal e a suspensão dos direitos políticos
Fernanda Moura de Carvalho ____ 12

A negação da riqueza subjetiva como base epistemológica de construção do negro matável
Daniel Fauth Washington Martins ____ 14

GCCrimDH: APRESENTAÇÃO

Grupo de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos (GCCrimDH): contribuições para a teoria crítica do direito em tempos de barbárie neoliberal
César Mortari Barreira ____ 16

GCCrimDH: RESENHA

Neoliberalismo e violação da ordem democrática
Laura C. Varella ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça ____ 2045

Da perda de validade do art. 331 do Código Penal
Nívio de Freitas Silva Filho

Tribunal Regional Federal da 4.ª Região ____ 2048

O indulto de natal e a sua suposta inconstitucionalidade
Rômulo Moreira Andrade

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ____ 2050

Coincidentemente, de forma sequencial ao encaminhamento ou publicização de denúncias de situações de precariedade, maus tratos e até mesmo de tortura, autoridades da área passaram a impedir que pessoas com histórico de denúncia realizassem visitas a instalações.

Em seus diferentes níveis de gravidade, esses incidentes devem gerar alerta, ao constituir exemplos de uma política que se tece há décadas, marcada pela falta de transparência e exclusão da sociedade civil da fiscalização e da participação no sistema de Justiça e na execução de penas e medidas socioeducativas.

Para assinalar de forma breve os demais riscos aos sistemas de fiscalização e garantia de direitos, vale reproduzir também a notícia de que até mesmo o juiz corregedor do presídio de Cruzeiro do Sul/AC foi impedido de entrar no estabelecimento, no último mês de julho, ao tentar exercer sua função legal de fiscalização na unidade. Conforme informações veiculadas pela imprensa,(3) ele foi barrado por um general do Exército.

A ocupação militar do prédio deu-se em virtude do Decreto Presidencial nº 17, de janeiro/2017, que autorizou a entrada das Forças Armadas em presídios do país, de forma quase indiscriminada. Vige, hoje, portanto, um verdadeiro estado de sítio informal nas unidades prisionais, instituído por decreto, sem embasamento legal e completamente alheio à disciplina constitucional. Pode-se afirmar que, no que se refere à execução penal, as instituições brasileiras já estão se convertendo em um ambiente permissivo a práticas à margem da lei, sem qualquer controle civil ou possibilidade de garantia de direitos.

Relacionados esses retrocessos na administração do sistema de justiça e somando esses acontecimentos a uma série de outras ofensas a direitos civis e sociais, é inegável que o que está em curso não passa de um movimento de diminuição drástica do compromisso das organizações do Estado, em especial do sistema de justiça, com a transparência. Em última análise, isola-se cada vez mais o povo como uma plateia a lamentar a degradação da democracia no país. No lugar de abrir as instituições ao povo, acentua-se o fechamento e a opacidade.

Em suma, verifica-se que o momento é urgente para olhar para a situação dos instrumentos de participação, controle social externo e fiscalização das instituições públicas e cuidar para que não haja mais retrocessos. Se, em fases de normalidade institucional, já se coloca o desafio do exercício democrático por meio dessas ferramentas de participação, em momentos de autoritarismo, primar por sua efetiva existência mostra-se indispensável.

Um dos meios de resistência mais estratégicos neste momento parece ser justamente garantir que esses canais sejam redirecionados para seus propósitos, para serem ocupados e exercidos de forma legítima, independente de pautas corporativas, e radicalmente comprometida com os interesses da população.

Notas

(1) Disponível em <www.ibccrim.org.br/desencarceramento>. Das 16 medidas desdobraram-se 14 projetos de lei que tramitam atualmente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

(2) A Lei Complementar º 132/2009 alterou a Lei Complementar º 80/1994, que rege nacionalmente as Defensorias Públicas, para prever, no artigo 105-B, *caput*: *"O Ouvidor-Geral será escolhido pelo Conselho Superior, dentre cidadãos de reputação ilibada, não integrante da Carreira, indicados em* ***lista tríplice formada pela sociedade civil (...)"*** (sem grifos no original).

(3) Fonte: <http://g1.globo.com/ac/cruzeiro-do-sul-regiao/noticia/juiz-e-barrado-durante-operacao-do-exercito-em-presidio-de-cruzeiro-do-sul-e-diz-que-ato-fere-o-poder-judiciario.ghtml >.

Nota de pesar pelo falecimento da Profª. Ada Pellegrini Grinover

É com profundo e sentido pesar que noticiamos o falecimento da Professora **Ada Pellegrini Grinover** no último dia 13/07/2017. Mulher de coragem, mãe, avó, professora e formadora de muitas gerações de profissionais, jurista com vasta contribuição na elaboração legislativa de várias áreas do Direito, cientista de vanguarda na área do direito público e, notadamente, do direito processual, profissional atuante, com vivaz energia para o trabalho até seus últimos momentos e colaboradora de vários projetos do IBCCRIM desde a sua fundação. Juntamo-nos às comunidades jurídicas nacional e internacional neste instante de tão irreparável perda. Seu legado é sólido e estará preservado enquanto seus alunos professarem seus ensinamentos e seus escritos forem o norte dos pesquisadores e dos profissionais do Direito.

Amicus curiae do IBCCRIM na ADPF 442

O IBCCRIM fez pedido de habilitação ao STF para atuar como *amicus curiae* na ADPF 442, que discute a descriminalização do aborto.

Complemento à nota técnica do IBCCRIM sobre abuso de autoridade

O IBCCRIM elaborou complemento à nota técnica anteriormente produzida sobre o PLS 280/2016, que pretende definir sanções a agentes públicos que cometerem abusos no exercício da função. Para ver a íntegra da nota complementar, acesse: <https://goo.gl/Yv2V28>.

16 MEDIDAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

BLOCO III: Lei de Drogas

A proposta 4 diz respeito a alterações sugeridas à Lei 11.343/2006, a Lei de Drogas, a partir da constatação de que a legislação atual contribuiu de maneira decisiva para o agravamento da superlotação carcerária no país. Em seus moldes atuais, a lei brasileira e a forma de sua aplicação violam princípios elementares de direitos humanos e, ao mesmo tempo, reforçam as condições que levaram ao fortalecimento de organizações criminosas e ao recrudescimento da violência.

Segundo os dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional, desde a entrada em vigor da atual Lei de Drogas, a população carcerária brasileira aumentou 96%. Nesse período, a proporção de presos por crimes relacionados a drogas aumentou de 15% para 28%. No caso das mulheres, a tendência é ainda mais pronunciada: 61% das presas estão nos cárceres brasileiros em decorrência de crimes relacionados a drogas.

Contudo, a repressão não é dirigida aos grandes escalões da bilionária economia do tráfico, nem mesmo aos grandes varejistas. Inúmeras pesquisas têm investigado o perfil das pessoas presas por crimes relacionados a drogas, bem como das circunstâncias em que ocorrem as prisões. Elas convergem ao identificar que o sistema de justiça criminal, desde a abordagem policial até o julgamento em grau de recurso, tem seu foco em pessoas que acumulam diversas camadas de vulnerabilidade: são pessoas negras, jovens e com ensino fundamental incompleto, que foram presas em flagrante durante patrulhamento de rotina, desarmadas e portando quantidades ínfimas de droga.

Fica claro, portanto, que não estamos encarcerando criminosos perigosos, nem provocando qualquer impacto relevante na economia do tráfico de drogas. Mesmo nos casos em que a pessoa presa está envolvida em atividades de traficância, sua posição no empreendimento é periférica e seu posto de trabalho é imediatamente preenchido. Mas se tais prisões e apreensões não afetam o negócio do tráfico de drogas do lado de fora dos presídios, elas fortalecem diariamente a capacidade de recrutamento e organização das grandes facções criminosas que atuam do lado de dentro dos estabelecimentos penais. Lamentavelmente, o funcionamento do sistema penal como se dá hoje não é apenas inútil do ponto de vista da repressão e controle ao mercado ilegal de drogas: ele é profundamente contraproducente do ponto de vista da segurança pública.

Como se não bastasse, sabe-se desde há muito que a superlotação dos estabelecimentos penais impede a realização de trabalhos efetivamente ressocializadores no ambiente prisional, desvia recursos importantes que poderiam ser direcionados para atividades e iniciativas efetivas de educação e reinserção no mercado de trabalho e desgasta os trabalhadores da administração dos estabelecimentos penais.

Diante desse cenário, o projeto tem como objetivo fazer alterações pontuais na atual legislação de drogas brasileira, de forma a evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, por sua condição pessoal ou pela baixa gravidade do fato cometido, terão destino melhor e mais apropriado em sistemas alternativos à prisão. Por outro lado, nenhuma das propostas é absolutamente nova: de uma forma ou de outra, estão sendo contempladas em decisões dos tribunais superiores ou em debates relevantes no Congresso Nacional.

A alteração proposta ao artigo 33, *caput*, estabelece a finalidade comercial como elemento do tipo no crime de tráfico de drogas. Isso resolve a incongruência entre a legislação atual e o próprio conceito de *tráfico*, que, por definição, pressupõe atividade comercial e finalidade de lucro, além de ressaltar o ônus da acusação na produção da prova. Também se propõe a revogação do § 3º do art. 33, mais uma vez com o objetivo de limitar a repressão penal aos casos em que a ação tenha finalidade de lucro. Finalmente, sugere-se nova redação do §4º, incorporando a decisão do Pleno do STF no *Habeas Corpus* 97.256, de 2010, para tornar inequívoco o comando de substituição das penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos nos casos de réus primários, de bons antecedentes e sem relação com organizações criminosas – justamente o perfil dos que enchem os cárceres desnecessariamente e servem de recrutamento para as facções.

Já a proposta de nova redação para o artigo 35 tem como objetivo solucionar uma antiga controvérsia na definição da associação para o tráfico, limitando essa cláusula repressiva aos casos em que o agente se associa para a prática reiterada de crimes relacionados a drogas. Assim, a reprimenda especial se destina aos réus que efetivamente participam de associações voltadas ao cometimento de crimes, distinguindo-se das hipóteses de eventualidade.

Propõe-se ainda alterar a redação do artigo 40, inciso III, para esclarecer o destinatário da exacerbação penal. Assim, a pena é aumentada se o agente pratica atos de comércio de drogas nas imediações de estabelecimentos que possuem frequência de pessoas com especial vulnerabilidade, nas hipóteses em que tais pessoas sejam, efetivamente, as destinatárias da atividade comercial.

No caso do artigo 44, propõe-se restringir as vedações a medidas de antecipação da liberdade aos casos estritamente definidos pela Constituição, declarando expressamente a possibilidade de indulto coletivo e adaptando a redação do artigo ao entendimento do STF no *Habeas Corpus* 104.339, de 2012.

Por fim, propõe-se a revogação dos artigos 28, 29 e 30, que atualmente tratam das penas aplicáveis às pessoas usuárias de drogas. Isso reflete a posição histórica deste Instituto pela inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso pessoal, manifestada inclusive em sua participação como *amicus curiae* no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 pelo STF. Especificamente no que diz respeito ao debate sobre a superpopulação carcerária, a despeito da pena de prisão não ser prevista nessa hipótese, é certo que os efeitos penais decorrentes da criminalização – como a perda da primariedade e a impossibilidade de fazer jus a benefícios penais no futuro – são vetores que reforçam a tendência de encarceramento.

Ademais, a confusão entre os tipos penais de tráfico e de porte para uso pessoal, ressaltada pelo fato de que todos os verbos do artigo 28 se repetem no artigo 33, leva ao encarceramento desnecessário de pessoas usuárias de drogas. Ao se definir que o intuito comercial da conduta é elemento constitutivo do tipo penal do art. 33, a atual redação do § 2º do artigo 28 deixa de ser necessária como fórmula de diferenciação. Com isso, todo o capítulo resulta ocioso, tornando imperativa sua revogação.

Luiz Guilherme Mendes de Paiva
Coordenador de estudos e projetos legislativos do IBCCRIM.

ANO 25 - Nº 297 - AGOSTO/2017 - ISSN 1676-3661

Comissão Interamericana de Direitos Humanos: legado, impacto e propostas

Flávia Piovesan

1. Comissão Interamericana de Direitos Humanos sob a visão retrospectiva: importância de seu legado

Cabe à Comissão Interamericana proteger e promover os direitos humanos na região. Nos termos do artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Promover, monitorar e proteger os direitos humanos na região constituem a vocação maior da Comissão Interamericana, ao conjugar as funções conciliadora (por exemplo, ao buscar o alcance de soluções amistosas entre Estados e vítimas, quando da violação de direitos); assessora (por exemplo, ao recomendar a adoção de medidas aos Estados para promover direitos humanos); crítica (por exemplo, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos do Estado, quando persistirem essas violações); promotora (por exemplo, ao elaborar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito); protetora (por exemplo, ao atuar em casos de extrema gravidade e urgência, a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas); e preventiva (por exemplo, ao estimular a cultura de direitos humanos na região, mediante cooperação técnica, com programas de capacitação aos mais diversos atores sociais, fortalecendo a institucionalidade e políticas públicas com enfoque de direitos humanos, considerada a diversidade regional).

A Comissão Interamericana tem exercido um extraordinário papel na difusão de parâmetros protetivos regionais relativos à salvaguarda da dignidade humana (o chamado "*corpus iuris interamericano*"), que simbolizam um piso protetivo mínimo e não um teto máximo de proteção. Tais parâmetros protetivos têm propiciado a compensação de déficits nacionais, fomentando avanços em marcos legislativos e políticas públicas em matéria de direitos humanos, bem como prevenindo recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

Na experiência brasileira, casos submetidos à Comissão Interamericana têm apresentado relevante impacto no que tange à mudança de legislação e de políticas públicas de direitos humanos, possibilitando significativos avanços internos. A título ilustrativo, cabe menção aos seguintes avanços: a) casos de violência policial, especialmente denunciando a impunidade de crimes praticados por policiais militares, foram fundamentais para a adoção da Lei 9.299/96, que determinou a transferência da Justiça Militar para a Justiça Comum do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares; b) casos envolvendo tortura e desaparecimento forçado encorajaram a adoção da Lei 9.140/95, que estabeleceu indenização aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos; c) caso relativo a assassinato de uma jovem estudante por deputado estadual foi essencial para a adoção da Emenda Constitucional 35/2001, que restringe o alcance da imunidade parlamentar no Brasil; d) caso envolvendo denúncia de discriminação contra mães adotivas e seus respectivos filhos – em face de decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal que negou direito à licençagestante à mãe adotiva – foi também fundamental para a aprovação da Lei 10.421/2002, que estendeu o direito à licençamaternidade às mães de filhos adotivos; e) caso envolvendo violência doméstica sofrida pela vítima (caso Maria da Penha Maia Fernandes) culminou na adoção da Lei 11.340/2006 ("Lei Maria da Penha"), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; f) casos envolvendo violência contra defensores de direitos humanos contribuíram para a adoção do Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos; g) casos envolvendo violência rural e trabalho escravo contribuíram para a adoção do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo; h) casos envolvendo direitos dos povos indígenas foram essenciais para a demarcação e homologação de suas terras; e i) casos envolvendo violação aos direitos das pessoas privadas de liberdade foram fundamentais para a ampla instalação das audiências de custódia no país.

A atuação da Comissão Interamericana oferece extraordinária contribuição para o fortalecimento da proteção, promoção e defesa dos direitos humanos, contribuindo, ainda, para prevenir violações.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por regimes autoritários. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente. A agenda de direitos humanos era uma agenda contra o Estado, assumida sobretudo pela sociedade civil. Naquele contexto histórico, a Comissão Interamericana exerceu um extraordinário papel na realização de investigações *in loco*, denunciando, por meio de relatórios, graves e maciças violações de direitos durante regimes ditatoriais na região, especialmente na década de 70. Desde então, a Comissão tem sido um relevante ator no processo de democratização nas Américas, contribuindo para a configuração de uma agenda contemporânea de direitos humanos, a refletir a lógica de desafios e responsabilidades compartilhadas, em construção conjunta envolvendo Estados, vítimas e sociedade civil.

Na atualidade, a emergência de regimes democráticos permitiu que os direitos humanos também passassem a constituir política de Estado, a partir de uma crescente institucionalidade voltada à proteção e à promoção dos direitos humanos, nas esferas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos diversos países da

região, por meio da criação de Secretarias de Direitos Humanos no âmbito do poder Executivo; Comissões de Direitos Humanos no âmbito do poder Legislativo; políticas judiciais visando à promoção da cultura de direitos humanos no âmbito do poder Judiciário; programas nacionais, estaduais e municipais de direitos humanos; dentre outras iniciativas. Afirma-se, cada vez mais, a indissociabilidade entre os valores dos direitos humanos, democracia e Estado de Direito. O respeito aos direitos humanos é condição essencial para a sustentabilidade democrática, para a capilaridade do Estado de Direito e para a construção da cultura da paz na região.

2. Comissão Interamericana de Direitos Humanos sob a visão prospectiva: desafio de seu futuro

À luz deste novo contexto, é lançado o desafio de repensar, ressignificar e reinventar o papel da Comissão Interamericana, como ator a contribuir ao aprimoramento dos direitos humanos, da democracia, do Estado de Direito e da cultura da paz na região, por meio de uma atuação articulada, integrada e coordenada a envolver maior equilíbrio entre os deveres de promover, defender e monitorar os direitos humanos.

Sete são os princípios a inspirar o mandato para o qual tive a honra de ter sido eleita visando ao fortalecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na ordem contemporânea:

1. Efetividade

Há que se aprofundar a capacidade de diálogo e de cooperação entre a Comissão Interamericana, os Estados, as vítimas, as organizações da sociedade civil e os demais atores, por meio de técnicas de mediação, na busca de soluções amistosas. Intensificar o diálogo regional-local é condição para garantir o maior grau de implementação das recomendações e cumprimento das decisões do sistema interamericano. A efetividade da proteção internacional dos direitos humanos está absolutamente condicionada ao aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação.

2. Eficiência

Faz-se essencial enfrentar os atrasos processuais, contribuindo para uma maior racionalização temporal de procedimentos, práticas e gestão dos casos, com a identificação de casos prioritários; a conjugação de casos similares; dentre outras medidas. A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura o direito a ser julgado em prazo razoável, com as devidas garantias, por órgão competente, independente e imparcial, nos termos do artigo 8 (1), o que requer fortalecer a capacidade de rápida e adequada resposta da Comissão Interamericana.

3. Transparência

É fundamental contribuir para uma maior objetividade, clareza e publicidade dos procedimentos adotados, com estrito respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes, fortalecendo a justiça interamericana, com transparência, acesso à informação, participação e *accountability.*

4. Institucionalidade

Há que se densificar a observância dos parâmetros e standards jurídicos de proteção aos direitos humanos, com rigor técnico e solidez, de modo a fortalecer a juridicidade do sistema interamericano e reduzir eventual grau de politicidade, considerando a diversidade regional, bem como a diversidade de regimes jurídicos baseados no Civil Law e na Common Law – a fim de que a Comissão possa bem traduzir as diversas tradições jurídicas da região.

5. Independência

A legitimidade e a credibilidade da Comissão Interamericana estão condicionadas à independência de seus membros, que devem atuar com imparcialidade, integridade e não-seletividade, como estabelecem os artigos 34 e 36 da Convenção Americana de Direitos Humanos

6. Universalidade

Há que se expandir o universo de Estados-partes no sistema interamericano, com destaque à desejável ampliação do número de Estados-partes da Convenção Americana (23 Estados-partes, sendo que 22 reconhecem a jurisdição da Corte – dados de 2017); e do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (16 Estados-partes – dados de 2017), dentre outros relevantes instrumentos, fomentando a maior incorporação dos parâmetros protetivos regionais

7. Sustentabilidade

Fundamental, ainda, é contribuir para o adequado funcionamento da Comissão Interamericana, com recursos técnicos, administrativos e financeiros suficientes, visando ao pleno cumprimento de seu mandato e de suas funções, buscando um maior equilíbrio entre os quatro pilares da OEA, compreendendo os direitos humanos; a democracia; o desenvolvimento; e a segurança multidimensional

Assumo o desafio de integrar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos com a mais absoluta crença na importância do sistema interamericano, que salvou e continua a salvar tantas vidas. O sistema permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça nas transições democráticas; e agora demanda o aprimoramento das instituições democráticas com o combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis. Ao assegurar a salvaguarda de direitos, a Comissão Interamericana tem exercido um relevante papel na consolidação de parâmetros protetivos mínimos em defesa da dignidade humana, impulsionando avanços internos em relação a marcos legislativos e a políticas públicas na região. O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um "constitucionalismo regional", que objetiva proteger e promover direitos humanos no plano interamericano, com um impacto transformador emancipatório, tendo como força motriz o protagonismo articulado, competente e estratégico da sociedade civil na luta por direitos e por justiça.

Sinto-me imensamente honrada em lançar-me como instrumento da Comissão Interamericana, inspirada no princípio maior da dignidade humana e na defesa dos direitos humanos, da democracia, da paz e do Estado de Direito na região.

Flávia Piovesan
Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC-SP.
Professora dos programas de pós-Graduação da PUC-SP e da PUC-PR.
Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (eleita para o mandato de 2018-2021).

ANO 25 - Nº 297 - AGOSTO/2017 - ISSN 1676-3661

Lei 13.432/17: o detetive particular e a devida investigação criminal

Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Júnior

A Lei 13.432, de 11 de abril de 2017, dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular e pode representar um avanço na atuação da defesa na investigação criminal.

Para tanto, mister se faz superar o equívoco em considerar a apuração criminal materializada no inquérito policial suposta e meramente informativa, desprezando ou ignorando que o procedimento investigatório previsto em lei ganha em eficiência com a regular cooperação do exercício do direito de defesa, de maneira que o suspeito e o indiciado não podem ser tratados como objetos ou sujeitos estranhos à etapa extrajudicial da persecução penal.(1)

Destarte, conquanto a Lei 13.432/17 estipule o desempenho da atividade do detetive particular prioritariamente em sede não criminal (artigo 2º), de modo autônomo ou na forma de sociedade civil ou empresarial,(2)o próprio diploma dispõe que ele poderá *"colaborar com investigação policial em curso"*, desde que expressamente autorizado pelo contratante e a juízo e moderação do delegado de polícia responsável (artigo 5º, *caput* e parágrafo único).

Com efeito, a admissão do detetive particular pressupõe autorização do delegado de polícia, carreira jurídica qualificada pela formação policial e provida de independência funcional(3) em relação à presidência da investigação criminal e também às respectivas deliberações e enquadramentos legais, de modo que eventual rejeição da participação do detetive deve ser fundamentada, viabilizando o controle judicial e o exercício exógeno da defesa no inquérito policial.(4)

A amplitude da colaboração do detetive privado no procedimento investigatório legal deverá ser ponderada a partir da aplicação da cláusula geral do devido processo legal à etapa preliminar e extrajudicial da persecução penal, de modo a projetar como inerente garantia fundamental constitucional uma devida investigação legal,(5) vale dizer, uma devida investigação criminal, estruturada, em síntese, nos seguintes princípios configuradores: 1º) legalidade; 2º) delegado de polícia natural;(6) 3º) contraditório possível;(7) 4º) defesa; 5º) publicidade restringível (não mais o sigilo como regra); (8) 6º) paridade de armas; 7º) imparcialidade; 8º) reserva de jurisdição; 9º) inadmissibilidade de provas ilícitas; 10º) duração razoável da investigação; 11º) presunção de não culpa e; 12º) não autoincriminação.

Nesse contexto, a prestação dos serviços do detetive deve ser registrada em instrumento escrito (artigo 7º da Lei 13.432/17), e o contrato definirá o prazo de vigência e a natureza do trabalho, sem prejuízo de que seja acompanhada da assistência do advogado atuante nos autos do inquérito policial, medida inclusive recomendável porquanto se impõe *"técnica, legalidade, honestidade, discrição, zelo e apreço pela verdade"* ao profissional, e também deveres como o respeito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas (artigos 6º e 11 da lei), aspectos que podem ser melhor atendidos com a supervisão e a orientação jurídica da defesa técnica.

Oportuno destacar que o detetive pode prestar serviços tanto para um sujeito investigado quanto para aquele que figura como vítima do fato perscrutado, e o resultado de seu ofício, formalizado em relatório circunstanciado sobre os dados e informações amealhados (artigo 9º da Lei 13.432/17), deve ser apresentado para instruir o procedimento investigatório policial na apuração dos delitos de ação penal pública, e poderá, eventualmente, servir de justa causa para o ingresso de ações penais privadas pelo ofendido.(9)

Vislumbra-se que atos e providências necessárias ou úteis para a obtenção de informações que demandem conhecimento técnico e emprego de recursos tecnológicos lícitos possivelmente passarão a ser objeto dos contratos firmados com os investigadores privados, tais como a apuração de práticas delituosas cometidas por meio eletrônico ou crimes com *modus operandi* mais complexos(10) assim como a utilização de equipamentos de áudio ou vídeo para a escuta telefônica ou ambiental, quando o detetive estiver devidamente autorizado a gravar as conversas nas quais seu cliente seja um dos interlocutores.(11)

Convém também enfatizar que a Lei 13.432 veda ao detetive privado *"aceitar ou captar serviço que configure ou contribua para a prática de infração penal ou tenha caráter discriminatório"* assim como o proíbe de *"participar diretamente de diligências policiais"* (artigo 10, incisos I e IV), ainda que o ato seja admitido pela autoridade estatal, sob pena de eventual caracterização de prevaricação na modalidade comissiva de praticar ato *"contra disposição expressa de lei"*.(12)

De fato, em que pese haver uma impressão inicial de que a contratação de um detetive privado estará restrita àquelas pessoas físicas ou jurídicas que possam arcar com tais serviços, ao menos em um plano teórico, instituições incumbidas da tutela jurídica a necessitados, como a Defensoria Pública, poderão, por intermédio de seus servidores de apoio, como oficiais e agentes de Defensoria, desempenhar atividades similares às de detetive quando necessário, nos casos concretos em que o órgão estiver funcionando.(13)

Como se observa, anunciar que a novel legislação pretendeu introduzir a investigação criminal particular e a sua vertente intitulada "investigação defensiva"(14) no processo penal brasileiro não parece ser a exegese mais apropriada à luz da ordem constitucional e do próprio conteúdo do texto legal.

Isso porque a investigação criminal deve primar pela imparcialidade, postando-se a autoridade investigante, no modelo brasileiro consubstanciada no Delegado de Polícia, em posição equidistante daqueles que, na eventual fase judicial da persecução penal, figurarão nos polos adversos de defesa e acusação.

Logo, a investigação criminal não deve ser "defensiva" e tampouco "acusadora", evitando assim um Estado-investigador atrelado às teses das partes, e viabilizando que a atividade de polícia judiciária se desenvolva com escorreita aplicação da lei para a apuração da verdade atingível e validamente construída com embasamentos garantistas.

Notas

(1) Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 7, Edição Especial, nº 83, outubro/1999.

(2) Henrique Hoffmann Monteiro de Castro e Adriano Sousa Costa anotam que a normatização da profissão de detetive particular é complementada pela Lei 3.099/57, que cuida do funcionamento de estabelecimento de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares, e pelo Decreto 50.532/61, que a regulamentou, visto que tais atos não foram revogados expressa ou tacitamente pela Lei 13.432/17. Castro, Henrique Hoffmann Monteiro de; Costa, Adriano Sousa. Lei 13.432/2017 limitou investigação por detetive particular. *Revista Consultor Jurídico*, 18 abril 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>.

(3) As manifestações e os enquadramentos legais realizados pelo delegado de polícia no exercício de suas funções devem ser exarados motivadamente, com inerente independência funcional, assegurada expressamente em Constituições Estaduais, como no caso da Carta do Estado de São Paulo, em seu artigo 140, § 3º, e consiste

na *"autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado"*, consoante definição e garantia extraída do artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar Paulista 1.152/2011, com a redação promovida pela Lei Complementar Estadual 1.249/2014. Lessa, Marcelo de Lima. Moraes, Rafael Francisco Marcondes de; Barros Filho, Mário Leite de; *Polícia judiciária de Estado e a independência funcional do delegado de polícia*. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil* – Vol. 53, São Paulo: Acadepol, 2015, p.10-29.

(4) O exercício do direito de defesa pode ser classificado como endógeno ou exógeno ao inquérito policial, conforme a defesa seja exercida internamente, nos próprios autos do procedimento investigatório legal, mediante manifestações e solicitações ao delegado de polícia presidente, ou externamente, fora dos autos do inquérito, direcionado ao juiz de direito competente. Saad, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 270-271.

(5) Baldan, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: Khaled Jr., Salah (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo:* estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.155-182.

(6) Para que haja a devida investigação legal, a autoridade presidente da apuração deve ter prévia e expressa atribuição por lei, hermenêutica extraída da justaposição do julgador natural da Constituição Federal (artigo 5º, LIII) para a etapa preliminar extrajudicial. Barbosa, Ruchester Marreiros. Princípio do delegado natural. In: Barbosa, Ruchester Marreiros; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.22-19.

(7) Como direito fundamental, o contraditório, tanto em sua dimensão formal revestida no direito à participação, quanto na acepção substancial expressa no poder de influência nas decisões estatais, não deve sofrer interpretação restritiva, advindo a obrigação de se garantir ao investigado um contraditório possível, com acesso à informação sobre a imputação e sobre os elementos coligidos, e a faculdade de se manifestar e apresentar argumentos que lhe sejam interessantes e favoráveis. Moraes, Rafael Francisco Marcondes de; Pimentel Jr., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. São Paulo: Editora Verbatim, 2017, p.104-109.

(8) Diante da garantia e do princípio da publicidade imposto para todo o Poder Público, comando escancarado na Constituição Federal em seu citado artigo 37, mister se faz reconhecer o inquérito policial como sendo um procedimento de publicidade restringível, e não sigiloso como regra. MORAES, Maurício Zanóide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: Almeida, José Raul Gavião de; Fernandes, Antônio Scarance; Moraes, Maurício Zanóide de (Coordenadores). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44; Lessa, Marcelo de Lima. *O sigilo na fase inquisitiva*. São Paulo: Informativo Adpesp – Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2004.

(9) Zanotti, Bruno Taufner; Santos, Cleopas Isaías. Os limites e as possibilidades da investigação particular: as relevantes repercussões da Lei nº 13.432/17 na investigação criminal. *Empório do direito*, 6 maio 2017. Disponível em: <www.emporiododireito.com.br>.

(10) Andrade, Andressa Paula de; Ávila, Gustavo Noronha de. 'Sherlock Holmes' no processo penal brasileiro? Lineamentos sobre a lei 13.432 de 11 de abril de 2017 e a investigação criminal defensiva . *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 25, nº 296, julho/2017, p.8-9.

(11) Zanotti, Bruno Taufner; Santos, Cleopas Isaías. Os limites e as possibilidades da investigação particular...op.cit.

(12) Cabette, Eduardo Luiz Santos. O Detetive particular na investigação criminal. *Jus navigandi*, abril 2017. Disponível em: <www.jus.com.br>.

(13) A título de exemplo, no caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, as classes de apoio como os oficiais e agentes de Defensoria são regulados pela Lei Complementar Paulista 1.050/2008. Não se pode olvidar a possibilidade do investigado e de seu defensor terem acesso aos autos, requererem oitivas, juntada de documentos, apresentarem razões e argumentos fáticos e jurídicos, bem como quesitos em exames periciais ou quaisquer outras providências correlatas, nos moldes do artigo 14 do CPP, dos artigos 7º, XIV e XXI do Estatuto da OAB e da Súmula Vinculante 14.

(14) Machado, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Rafael Francisco Marcondes de Moraes
Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.
Professor concursado da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo.
Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.

Jaime Pimentel Júnior
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino – ITE.
Professor concursado da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo.
Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.

A responsabilidade penal em caso de greve de fome por encarcerados

João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem

A questão da greve de fome, conforme leciona **Gimbernat**, não é atual e já se verificou em contextos políticos diversos. Em 1920, por exemplo, um prefeito irlandês iniciou greve de fome depois de ser preso por participar de movimento pela independência de seu país, oposto às pretensões de domínio britânico. Negou-se a comer até que lhe restituíssem a liberdade, falecendo na prisão após sessenta e três dias. Em outro exemplo, Mahatma Gandhi, nos anos 30 do séc. XX, chamou a atenção mundial por realizar greve de fome para reivindicar mudanças de lei e da política de dominação britânica sobre a Índia colonial.(1)

O procedimento é realizado com alguma frequência entre presos, geralmente por reivindicação de melhorias no cárcere. Porém, em um dos casos mais famosos ocorridos em Espanha, no fim da década de 90, com uma finalidade que para muitos será espantosa, vários presos terroristas iniciaram uma greve de fome para pressionar o Governo a alterar uma política administrativa de dispersão desses condenados em prisões diferentes.(2) Neste último contexto, o que se deve perguntar é: uma eventual consequência fatal decorrente da realização da greve pelos presos deverá ser imputada ao diretor penitenciário, em caso de omitir uma conduta de salvaguarda da vida dos segregados? Em termos bastante diretos, se sobrevier a morte de um preso, poderá o diretor penitenciário responder omissivamente pelo auxílio ao suicídio?

A omissão é penalmente relevante quando o omitente pode e deve agir para evitar o resultado. O dever, neste caso, não deriva efetivamente da Lei de Execução Penal, visto que a atenção à alimentação, no contexto do cuidado com os presos, significa o fornecimento de alimentos adequados e frescos, bem como, sempre que possível, o fornecimento assíduo de água mineral (art. 12 da Lei 7.210/1984). A incumbência legal, veja-se, limita-se a garantir ao segregado o acesso à alimentação. No entanto, a partir da respectiva função praticada, cujo exercício implica a assunção de alguns encargos, confia-se ao diretor uma posição de garantidor.(3)

Outros ordenamentos, como o português e o austríaco, por exemplo, impõem coercitivamente aos reclusos alimentação nas

hipóteses de perigo para a sua vida ou grave perigo para a saúde.[4] Sendo omissa nossa legislação, como ponderar eventuais confrontos interpretativos?

Para iniciar, reproduz-se a lição de **Fernando Galvão**: *"para caracterizar-se a violação da norma incriminadora em exame faz-se necessário que a ameaça tenha como fundamento uma sincera intenção de matar-se ou a aceitação de que isso efetivamente venha a ocorrer"*.[5] A partir desta, ainda que em um primeiro momento o grevista só queira ver concretizada a sua reivindicação (logo, a morte seria apenas uma consequência), não se pode rejeitar automaticamente o intento de ceifar a própria vida (como um resultado querido), porque, em muitos casos, a depender do estágio da greve, poderá sim aceitá-la, ou seja, levar o ato às últimas consequências.

Galvão trabalha essa questão realizando uma ponderação de direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de realização do jejum voluntário; de outro, a proteção da vida do grevista. Assim, justifica que, enquanto o preso conservar sua plena capacidade mental durante o período de greve, a ele deve ser garantida sua continuidade. Mas, observando-se que a inanição causa uma debilidade a ponto de o grevista perder sua capacidade de decisão e, como tal, colocar-se em situação de sério risco, deve prevalecer a proteção da vida e, por isso, o garantidor é obrigado a agir para evitar a concretização do resultado. Uma vez inerte, responderá pela colaboração ao suicídio – na modalidade auxiliar – por meio de conduta omissiva.[6]

Resulta claro que o entendimento do autor está em consonância com o princípio da autonomia: é dizer, a responsabilidade pelo resultado lesivo só pode ser atribuída ao garante quando aquele que pratica a greve de fome – nesse aspecto, sem diferenciar se a motivação do agente é positiva (reivindicação de melhorias no cárcere) ou é negativa (reivindicação de que os demais membros de uma associação criminosa cumpram pena no mesmo local) do grevista – não tiver autonomia para decidir. Aliás, **André de Freitas** recorda que essa orientação está respaldada na Declaração de Tóquio da Assembleia Médica Mundial (1975), no sentido de *"se respeitar a recusa alimentar, quando for observado que a pessoa está em condições de formular juízo consciente e racional sobre a situação, não devendo, por conseguinte, ser alimentado artificialmente"*.[7]

Logo, enquanto apresentar discernimento, o preso conserva autonomia para decidir por ingerir ou não os alimentos. Acontece que, em certo momento, a ausência de alimentação pode causar confusão mental e fraqueza do organismo, que retiram o discernimento e, consequentemente, a autonomia do grevista. Nesses casos, a partir do momento em que desaparece a capacidade de decidir sobre a própria vida, cabe ao garante agir para evitar o resultado lesivo (neste caso, por exemplo, pela alimentação artificial). O fundamento da intervenção na liberdade individual não se encontra na alegada indisponibilidade da vida, sustentada por doutrina e jurisprudência, mas na falta de autonomia para decidir a partir de certo estágio da greve.

Como exposto, com a perda da consciência, a pessoa deixa de ter autonomia e, a partir desse contexto, cumprirá ao garantidor intervir. O que se pode colocar em dúvida é se tal intervenção – somente quando a vítima perde o domínio do fato – já não será extemporânea ou, em outros termos, infrutífera diante de possível irreversibilidade do resultado. Acaso não se logre salvar a vida do preso, o prolongamento indefinido da greve de fome sem intervenção estatal para lograr preservar a autonomia do preso pode caracterizar-se como um proceder equivocado. Esse erro, no caso, exclui o dolo do delito omissivo impróprio e, se realmente a configuração típica do caso se ajustar ao art. 122 do Código Penal, não haverá punição por culpa (CP, art. 20). Fala-se em ajuste de tipificação, pois há quem possa defender a prática de homicídio culposo.

A depender, porém, da configuração que seja dada ao direito à vida, poder-se-á sustentar um direito de exercício livre e cujo conteúdo albergue tanto o viver como o morrer. Nesse sentido, **Atienza,** por exemplo, é contrário à alimentação forçada do preso (logo, não entende existir um dever estatal de evitar o resultado morte; aliás, afirma que não haveria só *"um risco de morte"*, senão que *"a morte é segura"*) quando o mesmo não deseja conservar a sua própria vida. Mais além de questionar a retirada de legitimação da greve do preso pela intervenção forçada através de sua alimentação, entende presente uma situação paternalista (*"o melhor para o preso seria sua alimentação"*) que, em seu ponto de vista, não se justifica sob um argumento de que seria possível presumir que o preso daria o consentimento se não estivesse inconsciente.[8]

O autor espanhol defende que *"o estado de inconsciência não justifica uma alimentação forçada do preso quando este, em decisão séria, livre e responsável, manifesta claramente uma vontade em sentido contrário"*. Com efeito, será imperiosa a intervenção, por exemplo, se a decisão pela greve de fome *"se seguiu de uma coação realizada pela organização terrorista"*. Cabe esclarecer que o Professor da Universidade de Alicante se afasta do critério da consciência/inconsciência dos presos para propor alternativa, lastreada em **Dworkin**, que sopesa argumentos de princípio e argumentos consequencialistas, aqueles, dirigidos a conservar direitos individuais; e, estes, com direção a justificar um interesse coletivo, sendo que, em hipótese de colisão, devem os primeiros prevalecer, salvo casos extremos. Assim, em sua concepção, *"jamais o direito à vida (e, portanto, o direito à morte) poderia ser limitado pelo fato de que seu exercício pode ocasionar o fracasso de uma política administrativa governamental (de manter em cárceres separados os terroristas condenados), senão apenas quando possa gerar consequências realmente extremadas, como, por exemplo, expor a perigo o próprio funcionamento do sistema penitenciário"*. Para o autor, como isso não ocorre no caso de greve de fome dos encarcerados, não deve haver uma ordem judicial impondo a obrigação estatal de proceder à alimentação forçada.[9]

Mayrink da Costa, sobre o tema da greve de fome de encarcerados, entende pela punição dos funcionários (e, inclusive, médicos) responsáveis por crime de homicídio omissivo. Por meio de sua construção, infere-se: *"quando chegam ao ponto de se colocarem em real risco de vida sem retorno, a não prestação do auxílio médico pode configurar injusto penal da ação omissiva que não seria de cooperação necessária no suicídio, mas de homicídio"*.[10] **Nucci** menciona que se a greve de fome chegar a privar a vida do preso, o agente penitenciário responderá pelo crime de homicídio, pois o considera como garantidor, isto é, nesse caso, obrigado a agir.[11]

O entendimento de **Bitencourt** – que se aplica a qualquer um que esteja em posição de garante e nada faz para evitar o resultado morte – é que o médico poderá responder por crime conforme o art. 13, § 2º, ou seja, homicídio por omissão. Em princípio, o médico não tem o direito de forçar a alimentação do paciente; não obstante, quando houver risco de morte, sua atuação torna-se necessária e, inclusive, amparada por lei. Obrigar alguém a se alimentar quando houver perigo de morte não configura crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146, § 3º).[12]

A responsabilização do terceiro por crime de homicídio também é levantada por **Costa Andrade**; porém, sob o pano de fundo da comparticipação na autodestruição de outrem. Especificamente no que respeita à greve de fome, na mesma linha do autor espanhol **Muñoz Conde**, frisa que *"os médicos e os diretores de estabelecimentos prisionais devem ser responsabilizados quando,* **cumulativamente***: a) exista já o perigo eminente de morte; b) haja o propósito de levar a greve até o fim; c) o grevista tenha perdido a consciência"*.[13]

Salvo que se demonstre – e não será fácil – que, sob o pretexto de se garantir a manifestação do preso por meio da greve de fome, a omissão do diretor se realiza para eliminar um problema político (como no caso espanhol, a reivindicação terrorista), *"a ação de matar não se confunde com a de contribuir para que alguém se mate"*.[14]

Permitir que alguém promova a própria morte é diferente de permitir que fatores externos matem a vítima. Em outras palavras, não evitar o suicídio é distinto de não evitar a morte por motivos alheios ao ofendido. Se da greve de fome resultar a morte, o responsável deve responder pelo art. 122, na modalidade omissiva imprópria, com a pena duplicada, e não pelo art. 121.

Notas

(1) Gimbernat, José Antonio. *Consideraciones éticas en torno de la huelga de hambre de los "grapo"*. In: Jueces para la democracia, n. 9, 1990, p. 40.

(2) Agra, María José. *Sobre la huelga de hambre en prisión*. In: Jueces para la democracia, n. 9, 1990, p. 38.

(3) Tavares, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 330.

(4) Andrade, Manuel da Costa. *Comentário conimbricense ao código penal*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 93.

(5) Galvão, Fernando. *Direito penal:* crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94.

(6) Galvão, Fernando. *Direito penal*: crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

(7) Freitas, André Guilherme Tavares. *Tutela penal do direito à vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 61.

(8) Atienza, Manuel. *La argumentación jurídica en un caso difícil*: la huelga de hambre de los "grapo". In: Jueces para la democracia, n. 9, 1990, p. 34-35.

(9) Atienza, Manuel. *La argumentación jurídica en un caso difícil:* la huelga de hambre de los "grapo". In: Jueces para la democracia, n. 9, 1990, p. 36-37.

(10) Costa, Álvaro Mayrink da. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. 325.

(11) Nucci, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, v. 2, 2017, p. 84.

(12) Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 149.

(13) Andrade, Manuel da Costa. *Comentário conimbricense ao código penal*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 95.

(14) Fragoso, Heleno Cláudio. *Comentários ao código Ppenal*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 537.

João Paulo Orsini Martinelli
Mestre e Doutor em Direito Penal (USP) e Pós-Doutor em Direitos Humanos (Universidade de Coimbra).
Advogado Criminalista.

Leonardo Schmitt de Bem
Doutor em Direito Penal pela Università degli Studi di Milano, Itália e Doutor em Direitos e Liberdades Fundamentais pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha.
Professor adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

Injusto como antijuridicidade qualificada pela tipicidade penal

Giancarlo Silkunas Vay

A despeito da majoritária aceitação da teoria tripartite do crime, na forma preconizada por **Welzel** ("*A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior*"),(1) ainda que melhor trabalhada por **Roxin** e **Zaffaroni**, dentre outros, ousamos propor outra construção analítica, ainda que em breves linhas, a ser melhor desenvolvida em momento oportuno.

São princípios basilares do Direito Penal liberal a lesividade a bem jurídico, subsidiariedade ou *ultima ratio*, intervenção mínima, fragmentariedade, em meio a outros, em razão da função do próprio Direito Penal em ser a última fronteira na defesa do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, quando todos os demais freios sociais falharam na tarefa de dissuadir determinada pessoa a lesioná-lo.

Em assim o sendo, diferente do proposto por **Welzel**, não parece corresponder aos anseios sociais a sequência tipicidade-antijuridicidade-culpabilidade, senão a reformulação para antijuridicidade-tipicidade-culpabilidade.

Expliquemos.

No famoso exemplo por ele apresentado, da diferença entre o "matar pessoa" e o "matar mosquito", relata **Welzel** que ao Direito Penal cumpriria a tarefa de valorar de diferentes formas as duas condutas, na medida em que o tipo penal, tipo indiciário, indicaria aquela conduta que, a princípio, poderia vir a se concretizar como antijurídica. Em assim o sendo, a conduta de "matar pessoa", ao ser típica, indicaria maior desvalor do que a atípica conduta de "matar mosquito". Depois, na análise da antijuridicidade, poder-se-ia concluir pela inexistência de crime em virtude de uma excludente.

Na crítica de **Welzel**, "*A doutrina dos elementos negativos do tipo desconhece a significação autônoma das normas permissivas (das concessões do Direito). A existência da legítima defesa tem, segundo essa doutrina, a mesma significação que a ausência de uma característica do tipo: não haveria diferença entra matar um homem em legítima defesa e matar um mosquito*", o que faria crer que a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo (TENT) chegaria "*ad absurdum*".(2)

Ocorre que, em um Direito Penal irreligioso, realmente o "matar pessoa" e "matar mosquito", se a primeira conduta foi praticada em excludente de antijuridicidade, não devem possuir quaisquer diferenças valorativas. O campo da reprovação meramente moral não encontra lugar no Direito Penal, que deve se preocupar com a aplicação ou não da sanção prevista no preceito secundário do tipo, em decorrência da atribuição do significado criminoso a uma dada conduta.

Qualquer tentativa de diferenciar valorativamente duas condutas que, ao fim, não serão consideradas criminosas, imiscuiria o Direito Penal em uma seara que não lhe é própria, a de julgar espiritualmente seres humanos, ainda que não haja, com isso, qualquer serventia prática à pacificação social.

Também não se concorda em totalmente com a doutrina da TENT. Isso porque, conforme destaca **Hirsch**, para essa vertente "*existe a antijuridicidade com a realização do tipo penal. Tipicidade e antijuridicidade, elementos da antijuridicidade e elementos do tipo penal são idênticos*",(3) ao que **Paulo Queiroz** defende que "*Os elementos negativos do tipo (teoria dos elementos negativos do tipo) são, além das excludentes de ilicitude (legítima defesa etc.), toda e qualquer circunstância capaz de afastar a incidência da proibição*

típica", logo, apesar de se considerar, corretamente, a tipicidade vinculada à antijuridicidade por ser essa determinante daquela, cuja "*Função primária, pois, do tipo é declarar, dentro de uma multitude de ações antijurídicas, aquelas que merecem significação penal*",(4) ainda se concebe que essa tarefa incumbe apenas ao legislador e que, quando da atribuição concreta de significação delituosa, deve-se partir da já posta descrição penal para, então, verificar a presença ou não de elementos que afastem (neguem) a tipicidade de uma conduta: matar alguém é antijurídico desde que não cometido em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal... Dessa concepção apriorística do que seria antijurídico (antes observar a descrição típica para, depois, verificar o que a exclui), **Paulo Queiroz** chega à conclusão de que "*Não é por outra razão, aliás, o ônus de provar a presença de uma causa excludente de criminalidade incumbe ao réu*",(5) trazendo a inversão da regra de tratamento de inocência até a prova do contrário.

Os teóricos do tipo como *ratio essendi* da antijuridicidade, em nossa visão, são os que mais erram (em considerando os princípios restritivos que informam o Direito Penal liberal, apesar de sabermos que **Mezger** não estava muito preocupado com garantias individuais...), todavia, são os que melhor podem ser utilizados de forma exemplificativa. Conforme **Mezger**, os autores que negam sua tese "*desconhecem a significação verdadeira do ato legislativo pelo que surgem as leis penais. É preciso, por consequência, ter em mente o que é que o legislador, realmente, faz quando promulga uma nova lei penal e, com isso, um novo tipo penal*". No que diz respeito ao furto, "*não é possível, certamente, dizer que mediante essa tipificação no Código se criou uma antijuridicidade que antes não existia; essa antijuridicidade já possuía existência e se encontrava fundamentada fora do Direito Penal* [...] *Mas agora, ao ser tipificada no Código Penal, adquire relevância para esse ramo do Direito. Ainda de maior alcance é o ato do legislador (penal) quando* [...] *não existe uma regulamentação legal anterior à promulgação do Código. O incesto e os atos despudorados 'contra a natureza' não estão juridicamente proibidos em nenhum lugar, exceto no Código Penal.* [...] *O meio cabal de que o legislador dispõe para desaprovar, proibir e marcar como injusto uma determinada ação é sancionar com pena a sua prática. Ao fazê-lo, a proíbe. O fundamento da antijuridicidade da ação nasce na própria lei Penal*".(6)

Nessa toada, ao se conferir ao legislador a faculdade de escolher as condutas que bem lhe interessar para chamar de crime, relegam-se os princípios mencionados tão apenas a uma fase informativa, de recomendação ao legislador, impossível de ser realizado controle jurisdicional acerca de sua verificação.

A função da dogmática penal, como racionalização e limitação do poder de punir, é colocar um entrave à concretização da profecia de **Kirchmann**: "*três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo*".(7) É trazer um mínimo de segurança à população inclusive contra uma atuação arbitrária do próprio Legislativo que, movido por interesses alheios ao bem comum (eis que a própria forma de escolha dos representantes é fortemente marcada pelo poder econômico), escolha reprimir condutas sem resultado naturalístico ou criação de risco relevante a bem jurídico tutelado.

O primeiro momento da atribuição de sentido criminoso a determinada conduta deve ser a análise da antijuridicidade da conduta que, por excelência, remete à (in)existência de lesão a bem jurídico alheio e, em o havendo, à ponderação de conflito de bens jurídicos.

Assim, o primeiro passo deve ser o (1) juízo de verificação de lesão ou criação de risco proibido concretamente realizável a bem jurídico alheio, entendendo-se por bem jurídico aqueles determinados pela Constituição ou, em sua ausência/complemento, pelos órgãos internacionais de direitos humanos.

Em sequência, deve ocorrer o (2) juízo de (in)compatibilidade da conduta, em abstrato, com o ordenamento jurídico para além das leis penais incriminadoras. Deve haver a análise de se a conduta praticada é considerada antijurídica pelos demais ramos do Direito (Civil, Trabalhista, Tributário, Empresarial...) e, em não o sendo, deve-se desde logo concluir pela ausência de crime. A eventual existência de lei penal que proíba essa conduta não deve gerar efeitos enquanto não respeitar o princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio*, sendo impertinente a existência de lei penal incriminadora como primeira ou mesmo única *ratio*.

Em havendo a proibição em abstrato, deve-se passar ao (3) juízo de verificação de (in)existência de causas fomentadoras ou permissivas da conduta, em concreto, no ordenamento jurídico. Situações de estado de necessidade (em sentido amplo e estrito – art. 23, I e II, do CP), obediência a comando legal ou superior em sentido diverso e exercício regular de direito (art. 23, III, do CP) se encontram nesse âmbito, juntamente com outras hipóteses não necessariamente previstas em legislação penal, tais quais o desforço imediato (arts. 1.210 e 1.224 do CC) e situações que impliquem definitivamente modificação do direito, ainda que houvesse ilicitude em sua gênese, como no caso da usucapião (arts. 1.238 e ss., e 1.260 e ss., do CC) ou no perdão da dívida tributária (art. 172 do CTN).

Em constatada (1) a violação ou a criação de risco proibido concretamente realizável ao bem jurídico; (2) a antijuridicidade da conduta para além das leis penais incriminadoras; e (3) a inexistência de causas fomentadoras ou permissivas da conduta em concreto, passa-se a verificar se a conduta antijurídica em análise deve receber a adjetivação de penalmente típica.

É penalmente típica a conduta antijurídica que (1) em respeito ao princípio da estrita legalidade, encontre adequação a delito-tipo previsto no ordenamento jurídico anteriormente ao seu cometimento; (2) em respeito ao princípio da intervenção mínima, lesione ou cause risco proibido concretamente realizável a bem jurídico dos mais relevantes, entendendo-se assim aqueles bens jurídicos essenciais para uma vida digna, a justificar sua defesa ainda que o Estado tenha que se valer do poder punitivo para violar os direitos do agressor; (3) em respeito ao princípio da fragmentariedade, a lesão ao bem jurídico relevante deve ser significativa, ou seja, deve trazer um prejuízo significativo ao detentor do bem violado, a justificar que o Estado empregue o poder punitivo contra o agressor, evitando-se a responsabilização criminal em razão de lesões ou riscos de pequena gravidade.

Trata-se a tipicidade, portanto, da realização de um recorte específico do conjunto de condutas antijurídicas existentes – da seleção, daquela parcela de condutas antijurídicas, das condutas mais gravosas conforme abstratamente o entendimento do legislador (subsunção) e conforme concretamente a significância do prejuízo causado a bem jurídico relevante protegido pela norma. Trata-se de uma antijuridicidade qualificada pela tipicidade penal. Não há de se falar concretamente em conduta típica que não seja necessariamente antijurídica.

Realizada essa dupla análise (antijuridicidade e sua tipificação), deve haver a análise da culpabilidade da conduta nas categorias da imputabilidade penal do agente, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito, destacando-se, de *lege ferenda*, a importância da emoção na atuação das pessoas.

Vale acrescentar que a análise da culpabilidade, embora didaticamente se apresente de forma separada, compreendendo-se o injusto como a manifestação objetiva e a culpabilidade como a reprovação do sujeito em face do injusto, invariavelmente deverá ser analisada em conjunto com os demais elementos, ao que nos aproximamos do entendimento do que se convencionou chamar de tipo global de injusto, ainda que, como já apontamos, não concordemos com a centralização da análise no tipo. Ter-se-ia por absurda a hipótese

em que primeiro se analisaria a antijuridicidade tipificada para, tão apenas posteriormente, ser realizado juízo sobre a imputabilidade penal do agente (se adulto e em sua plenitude psíquica).

Com a alteração proposta, podemos resolver situações perante o Judiciário, ainda que ignoradas no Legislativo, de leis penais que criminalizam condutas sem violação a bens jurídicos alheios, como o porte de droga para uso pessoal. Podemos ainda: evitar excessos legislativos como a proibição do tráfico de entorpecentes que, quando muito, será redimensionado à sua ilicitude genérica de contrabando ou sonegação de impostos; compatibilizar as leis penais com o restante do ordenamento jurídico, harmonizando-o, concebendo-se as excludentes de ilicitude previstas em leis não-penais como componentes de um todo em que as leis penais também se encontram inseridas, não havendo razão para ignorá-las; evitar a criação de conceitos paralelos como os relacionados à posse e honra, sendo que se outros ramos do Direito, como o Civil, já os definiram determinados, não encontrando adequação aos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio* o seu alargamento a fim de conferir tratamento mais rigoroso.

Notas

(1) Welzel, Hans. *Derecho penal aleman*: parte general. 11ª ed. (4ª ed. Castellana) Tradução livre do espanhol. Santiago de Chile: Editorial Juridica del Chile, 1997, p. 57.

(2) Idem, ibidem, p. 97/98.

(3) Hirsch, Hans Joachim. *Derecho penal – obras completas*: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal. Tradução livre do espanhol para o português. Buenos Aires: Rubinazal-Culzoni Editores, 2005, Tomo IV, p. 15.

(4) Queiroz, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142.

(5) Idem, ibidem.

(6) Mezger, Edmund. Tratado de derecho penal. Tradução livre do espanhol para o português. Madrid, *Editorial Revista de Derecho Privado*, 1955, Tomo 1, p. 378/379.

(7) *Apud* Ferré Olivé, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; Brito, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro – parte geral*: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 2011, p. 11.

Giancarlo Silkunas Vay
Defensor Público do Estado de São Paulo.

Viva-voz e prova ilícita: decisão do STJ

Eduardo Luiz Santos Cabette

O STJ tem empregado uma louvável interpretação progressiva e ampla da Lei 9.296/96, especialmente quanto à *natureza* das comunicações telefônicas abrigadas por suas regras, de acordo com seu artigo 1º.

A decisão do STJ no *HC* 51.531 – RO (2014/0232367-7), sendo Relator o Ministro Nefi Cordeiro, equiparou, com acerto, mensagens de texto e conversas por *whatsapp* a comunicações telefônicas de qualquer natureza mencionadas pela Lei 9.296/96, exigindo-se ordem judicial para acesso e transcrição, sob pena de produção de prova ilícita.

A posição do STJ já tem influído no posicionamento dos Tribunais de Justiça, como, por exemplo, ocorreu com o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO – S. Crim – Rev. Crim. 428199 – 19.2015.8.09.0000 – rel. Lilia Monica de Castro Borges Escher – j. 21.09.2016 – public. 03.10.2016). Novamente foi afirmado que as conversações via *whatsapp* precisam de ordem judicial para acesso e transcrição.

Por outro lado, o STJ, no R*HC* 75.800, julgado pela sua 5ª. Turma, decidiu que, em havendo ordem de busca e apreensão judicial do celular, encontra-se implícita a autorização para a pesquisa do conteúdo de quaisquer materiais de interesse criminal ali armazenados. O mandado de busca e apreensão permitiria, por indução lógica, a pesquisa dos dados.(1)

Em consonância perfeita com os julgados acima mencionados, voltou o STJ a decidir sobre tema polêmico. Trata-se de uma situação em que policiais militares abordaram um indivíduo que se mostrava nervoso. Ele estava de posse de um celular e recebeu uma ligação de sua genitora. Os policiais militares obrigaram o sujeito a colocar o celular no viva-voz e, com isso, captaram a conversação dele com a mãe imediatamente, percebendo que ele iria buscar drogas para fins de tráfico. Isso ocasionou a prisão em flagrante do suspeito e sua condenação em primeiro grau. No entanto, o TJRJ absolveu o réu porque considerou a prova ilícita. Entendeu aquele Tribunal Estadual que a situação é equiparável a uma interceptação telefônica sem ordem judicial. Também foi lembrado o direito do réu ou investigado a não autoincriminação. O Ministério Público manejou Recurso Especial perante o STJ, alegando que a situação não se assemelharia à interceptação telefônica, eis que ocorreu de inopino e não em investigação policial em curso. O Ministro Relator, Joel Ilan Paciornik, negou provimento ao recurso ministerial e foi acompanhado por unanimidade pelos demais membros daquele tribunal superior. Destacou o Ministro Relator a "conduta coercitiva" dos milicianos, atentatória do direito de não produzir prova contra si mesmo: *"O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente"* (STJ, REsp. 1630097, 5ª. Turma, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 27.04.2017).(2)

Além do fato de que o *decisum* do STJ por último mencionado se harmoniza perfeitamente, e de forma absolutamente coerente, com as posições anteriormente adotadas por aquela corte no *HC* 51.531 – RO e no R*HC* 75.800, exigindo para a quebra do sigilo de conversas via telefone celular, por quaisquer meios, ou ordem judicial ou anuência *livre* do interlocutor; há que destacar que, no caso concreto, sobreleva a questão do direito de não produzir prova contra si mesmo. É claro e evidente que o suspeito foi compelido *manu militari* a acionar seu viva-voz e compartilhar sua comunicação privada com os policiais. A verdade é que nem mesmo de ordem judicial para tanto se pode cogitar. Tal ordem judicial seria violadora da Constituição no mesmo grau que o foi a atitude dos policiais. Como poderia, mesmo um juiz, determinar que o suspeito fosse obrigado a manter conversações em viva-voz na presença de investigadores, produzindo prova contra si mesmo? Nesse passo seria o mesmo que poder haver uma ordem judicial para obrigar o réu ou investigado a confessar, a fornecer materiais gráficos, a se submeter a exame de sangue, a teste de etilômetro etc.

Na realidade, a escuta pelos milicianos da conversa em viva-voz somente se assemelha à interceptação telefônica, mas com ela não se confunde, isso porque, para que esta ocorra, é necessário que nenhum dos dois interlocutores saiba do terceiro que ouve a conversa. No caso enfocado, o suspeito sabia da presença dos milicianos, apenas a outra

ANO 25 - Nº 297 - AGOSTO/2017 - ISSN 1676-3661

interlocutora é que não sabia. Portanto, a situação se assemelha mais ao que se pode denominar de "escuta clandestina ou telefônica". Nela, um dos interlocutores, sem a ciência do outro, permite o acesso e/ou a gravação dos diálogos telefônicos por terceiros. O STF (*HC* 75.338, Min. Rel. Nelson Jobim) atribuiu legalidade a todas as gravações e acessos obtidos com a autorização de um ou de ambos os interlocutores ou por eles mesmos realizadas.(3)

Houve uma lacuna lamentável na Lei de Interceptações Telefônicas com relação a captações e gravações que não entram no conceito restrito de "interceptação telefônica", mas que podem ocorrer como meio de coleta de prova. **Grinover** afirma que *"o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações"*.(4)

Quer parecer, porém, que ponto fulcral neste caso ora julgado pelo STJ, quanto ao viva-voz, se assenta não tanto na possibilidade de acesso ao conteúdo da conversa, eis que não se trata de interceptação telefônica. Também, como já visto, pouco importa a existência ou não de ordem judicial. O que tem relevo é tão somente, nesses casos, a *voluntariedade* do interlocutor que autoriza a escuta de sua conversa privada. Assim sendo, por exemplo, quando vítimas de extorsão mediante sequestro autorizam as gravações e escutas em prol da liberação de um ente querido, não há ilegalidade nas captações. Mas, em situações como a retratada no caso julgado pelo STJ, fica patente que o suspeito não consentiu na escuta *livremente e com a devida informação das consequências de sua deliberação*, de modo que o ponto básico está mesmo na violação do direito a não autoincriminação. Isso é que realmente torna toda a prova colhida e tudo aquilo que dela tenha derivado, ilícito (*"Fruits of the poisonous tree doctrine"*). Por isso, agiu com absoluto acerto o Ministro Relator, inclusive no ponto em que dá maior destaque à questão da ausência de *voluntariedade e liberdade de escolha* do suspeito no momento da captação de sua conversa.

Notas

(1) Tais decisões já foram tratadas em trabalho antecedente ao qual se remete o leitor para maior aprofundamento: Cabette, Eduardo Luiz Santos. *Whatsapp e investigação criminal*: Reserva de jurisdição e entendimento do STJ. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>.Acesso em: 28 abril 2017. Neste artigo, será examinada outra decisão mais recente do STJ a respeito da escuta de conversas em viva-voz.

(2) Para a Quinta Turma, é nula prova obtida a partir da escuta não autorizada da ligação em viva-voz. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 28 abril 2017.

(3) Cabette, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32-33.

(4) Grinover, Ada Pellegrini. O Regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, IBCCRIM, n. 17, jan./mar. 1997, p. 115.

Eduardo Luiz Santos Cabette
Mestre em Direito Social e pós-graduado em Direito Penal e Criminologia.
Professor de Direito do Unisal.
Delegado de Polícia.

A condenação criminal e a suspensão dos direitos políticos

Fernanda Moura de Carvalho

Na atualidade, o fim ressocializatório da pena é fundamento e objetivo primeiro da execução penal. Contudo, constata-se uma distância abissal entre esse fim e a forma como se executa a pena no Brasil, especialmente a de privação de liberdade. É incontestável que o nosso modelo de execução penal está fracassado, morto!

Não se olvida de que a condenação criminal, a imposição de pena, especialmente a privativa de liberdade,(1) transcende os limites da pessoa cuja responsabilidade penal tenha restado comprovada no curso do processo criminal, resvalando e atingindo outras pessoas que não detêm qualquer responsabilidade. No Brasil, e, via de regra, em países com baixo grau de desenvolvimento, a pena passa da pessoa do condenado! Fato tão incontestável quanto lamentável!

O vexame da condenação, por si só, expõe familiares, amigos e pessoas do convívio próximo do condenado, a situações constrangedoras. A separação do condenado, encarcerado, dos seus familiares durante o tempo de cumprimento da pena vem sendo uma constante na execução penal no Brasil, apesar de o Supremo Tribunal Federal já haver firmado posicionamento no sentido de que o cumprimento de pena privativa de liberdade deve se dar, preferencialmente, no local onde o preso tenha seus laços sociais e afetivos.(2)

A hipossuficiência pela condição não rara de miserabilidade em que se encontram os réus e familiares. A dificuldade, muitas vezes, de deslocamento até o estabelecimento prisional para visitas aos reclusos, por absoluta deficiência do sistema de transporte público, são realidades para as quais não se pode fechar os olhos. Triste realidade que perpassa a seara do jurídico, desaguando, inevitavelmente, no econômico e no social.

Constata-se, facilmente, que a execução penal no Brasil está bem distante de se restringir à pessoa do condenado, em frontal desobediência ao princípio constitucional da pessoalidade da pena criminal. A condenação criminal respinga por todo o entorno da teia familiar e da social que cercam o condenado, repercutindo não somente no âmbito jurídico, mas, em outras instâncias, como se percebe.

Não obstante essas constatações, que evidenciam a necessidade de que o cumprimento de condenação criminal deve guardar compatibilidade com os princípios constitucionais, mais exatamente, o princípio da dignidade humana e o princípio da pessoalidade da pena, aqui não se pretende analisar as repercussões da condenação criminal no âmbito estranho ao jurídico. Este texto cuida, especialmente, da repercussão da execução de sentença penal condenatória que impõe a suspensão do gozo dos direitos políticos, consoante art. 15, III, da Constituição Federal.

A Constituição brasileira, ao tratar dos direitos políticos, mais especificamente, no art. 15, III,enumera as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, e, dentre as hipóteses, encontra-se a de condenação criminal transitada em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário, na relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu de repercussão geral a suspensão do gozo dos direitos políticos ante condenação criminal de qualquer natureza. Isto é, questiona-se a atribuição do efeito previsto no artigo 15, III, da Constituição Federal, dispensando-se qualquer fundamentação, ou seja, como decorrência da condenação criminal, independentemente da natureza da punição efetivamente imposta. Pende de decisão pela Corte Suprema, portanto, pela repercussão geral, se o efeito da condenação criminal de suspensão do gozo dos direitos políticos é obrigatório e corolário da condenação criminal.

Essa controvérsia é por demais atual, vez que a repercussão geral ainda não foi objeto de decisão pela Corte Suprema.(3)

Quanto a esse efeito, indaga-se: Perde-se a cidadania ante a condenação criminal? Há incompatibilidade absoluta entre o cumprimento de condenação criminal e o gozo dos direitos políticos? Qual o limite da vedação constitucional ao exercício dos direitos políticos? É possível compatibilizar o exercício dos direitos políticos com o cumprimento da pena?

É incontroverso que os presos provisórios têm os direitos políticos preservados, devendo ser-lhes assegurado o direito a voto.

Ante a precariedade da prisão provisória, deduz-se não se poder, portanto, suprimir os direitos políticos. Mas, indaga-se, é de se admitir que, – diante de sentença penal condenatória, ainda que à pena privativa de liberdade cujo regime não inviabilize o exercício do direito a voto, como na hipótese de cumprimento de pena no regime semiaberto ou aberto, e também penas restritivas de direitos –, seja de se emprestar o efeito constante do art. 15, III, da Constituição Federal, suprimindo de forma absoluta, ainda que provisoriamente, a cidadania do condenado?(4)

A suspensão do gozo dos direitos políticos diante de sentença penal condenatória não deve ser imposta como efeito obrigatório da sentença condenatória transitada em julgado. Isto é, não se deve emprestar ao disposto no texto constitucional citado, a característica de efeito obrigatório, dispensando-se a devida motivação.

O art. 93, IX, da Constituição Federal dispõe que as decisões judiciais devem ser motivadas. A necessidade de motivação das decisões se faz indispensável, sobretudo quando se está diante de decisões que têm o condão de mitigar, ou até mesmo, suprimir de forma absoluta, a liberdade individual.

Ao que parece, relativizar direitos políticos, retirar a cidadania, exige motivação idônea, não se dispensando prova de que o exercício desta esteja impossibilitado, sob o aspecto material, ante a natureza da condenação. Ou seja, a natureza da punição, o regime de cumprimento da pena, deve ser impeditivo para o exercício do direito a voto. A restrição à liberdade deve ser tamanha que impeça o exercício, inclusive, de eventual mandato eletivo.

De outra forma, a atribuição da suspensão do gozo dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação, desde que esta não inviabilize o exercício da cidadania, traduz-se em vilipêndio inaceitável a direito fundamental, não guardando o mais mínimo respeito à proporcionalidade. A pena criminal não deve se afastar do princípio da proporcionalidade, esta que se afere frente ao fato criminoso e frente aos efeitos decorrentes da condenação.

Diante dos tipos de regimes de cumprimento de pena no nosso ordenamento, o exercício do direito de votar e ser votado só parece estar inviabilizado quando o condenado se encontra em cumprimento de pena em regime fechado, porquanto, neste, o cumprimento da condenação se dá, inteiramente, intramuros. A saída é admissível apenas para trabalho em serviços ou obras públicas, sempre com vigilância (art. 34, §3º, do Código Penal).

Quanto aos demais regimes, o semiaberto e o aberto, nestes, a privação da liberdade não é absoluta, e guardam compatibilidade com o exercício dos direitos políticos. No regime semiaberto, há, inclusive, autorização para o trabalho externo, sem vigilância (art. 35, §2º, Código Penal).

Quanto ao regime aberto, o condenado não está sob vigilância alguma (art. 36, §1º, Código Penal). Nos regimes em que há alguma restrição à liberdade, ainda que mínima, constata-se a absoluta compatibilidade entre o exercício dos direitos políticos, muito mais se diga quanto às penas restritivas de direitos, elencadas no art. 43 do Código Penal.

Na legislação infraconstitucional, os arts. 91 e 92 do Código Penal enumeram os efeitos da sentença penal condenatória. A doutrina e a jurisprudência reconhecem que os do art. 91 são efeitos obrigatórios, ou genéricos, de qualquer condenação criminal e, assim, dispensam até mesmo menção do julgador na decisão condenatória. Quanto aos efeitos constantes do art. 92, estes são reconhecidos como específicos e, como tais, não dispensam motivação. **Zaffaroni** e **Pierangeli**, em oportunidade de pronunciamento quanto aos efeitos da condenação, afirmaram: "*O art. 92 do CP prevê certas consequências da condenação que são inabilitações que exsurgem, automaticamente, a condenação, mas que o juiz deve impô-las fundamentadamente, e que não ocorrem quando o pronunciamento é omitido na respectiva sentença. Concluindo, trata-se de sanções ou consequências facultativas, pois a sua imposição fica na dependência de certos pressupostos, que devem resultar provados no curso do processo, e que, portanto, exigem uma valoração judicial.*(5)

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão cuja relatoria coube à Min. Maria Thereza de Assis de Moura, reconheceu que a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando a condenação impuser pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, não dispensa motivação do julgador quanto à sua incidência.(6)

O que se observa é que, mesmo diante de efeitos previstos no âmbito infraconstitucional, não se dispensa motivação idônea, argumentos justificantes à imposição dos efeitos, obrigatórios ou específicos, decorrentes de condenação criminal. A doutrina e a jurisprudência caminham no mesmo sentido.

Ainda que os arts. 91 e 92, do Código Penal sejam literais, o Superior Tribunal de Justiça reconhece ser imprescindível a fundamentação, e motivação, da decisão quanto à incidência dos efeitos da condenação.

O que se dizer do efeito da condenação de que espécie for, isto é, tanto a condenação à restrição da liberdade, a imposição de pena de multa, ou mesmo pena restritiva de direitos, que tenha o condão, carente de qualquer motivação, de tolher, provisoriamente, o exercício dos direitos políticos?

A atribuição do efeito da condenação criminal consistente na suspensão do gozo dos direitos políticos, ainda que previsto na carta constitucional, deve ser precedida de exauriente fundamentação. A literal interpretação do artigo constitucional que suspende o gozo dos direitos políticos pelo tempo de duração dos efeitos da condenação não tem o condão, de *per si*, de tolher o exercício da cidadania.

O Estado brasileiro está em crise de legitimidade no tocante à execução penal, e, não bastasse essa condição, tolher o condenado, criminalmente – independentemente do tipo de sanção criminal, de forma absoluta, e ausente de qualquer fundamentação –, do exercício da cidadania é intolerável em um Estado que se pretende democrático de direito.

Notas

(1) A Constituição Federal elenca entre os princípios fundamentais, decorrentes do princípio da dignidade humana, o princípio da pessoalidade da pena, consignado no art. 5º, inciso XLV.

(2) *HC* 105175/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data do Julgamento; 22/03/2011.

(3) RE nº 601182/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico, data do julgamento: 03/03/2011, data da publicação: 11/04/2011.

(4) Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º.

(5) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* V.1 Parte Geral. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunal, 2011, p. 701

(6) Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Extorsão. Condenação confirmada pelo tribunal *a quo*. Trânsito em julgado. Revisão criminal. Perda do cargo público de policial. Alegada falta de fundamentação da sentença. Não ocorrência. *Writ* não conhecido. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em afirmar que a determinação da perda do cargo ou da função pública em razão de condenação criminal, com exceções feitas quanto ao crime de tortura, não é automática, demandando fundamentação específica. 3. "O reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público" (AgRg no REsp 1613927/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/09/2016). 4. *Habeas corpus* não conhecido. *HC* 307593/MG *habeas corpus* 2014/0275298-0 Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas (1181) Órgão Julgador T5 - Quinta Turma. Data do Julgamento 21/03/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 27/03/2017.

Fernanda Moura de Carvalho
Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.
Professora da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Judicial de Pernambuco.
Juíza de direito titular da I Vara do Júri da Comarca do Recife/PE.

A negação da riqueza subjetiva como base epistemológica de construção do negro matável

Daniel Fauth Washington Martins

Há um bom tempo, a criminologia se debruça sobre a questão do racismo e suas implicações político-criminais (DUARTE, 2002). O debate normalmente tem por escopo os dados acerca da seletividade do agir das agências estatais, seja em termos de encarceramentos e o perfil racial dos encarcerados, seja em termos de letalidade do agir policial e seu alvo preferencial: a população negra.

Os dados presentes no Mapa da Violência (IBGE, 2016) dão conta de que as mortes de pessoas negras por armas de fogo aumentaram 46,9% entre os anos de 2003 e 2014. **Waiselfisz** (2012) aponta que, para aqueles de idade entre 16 e 17, a mortalidade de negros chega a ser três vezes maior do que de jovens brancos. Dentre outros dados e conclusões, a Comissão de Inquérito Parlamentar do Senado Federal instaurada para averiguar o assassinato de jovens (BRASIL, 2016) igualmente salientou a correlação entre jovens mortos, sua cor e classe social, focando-se nos mecanismos de invisibilização dessas mortes, notadamente os chamados "autos de resistência" (MISSE, 2013).

Tais dados corroboram um quadro geral denominado "genocídio da população negra", denunciando que a política estatal não-oficial de tratamento de pretos e pobres tem sido o extermínio. Extermínio, entretanto, tratado muitas vezes como anormalidade e falha do sistema, e não como uma consequência de suas bases epistemológicas e necessidades práticas. Torna-se imperativo compreender o arcabouço que sustenta a alta mortandade como fato corriqueiro.

Em primeiro lugar, optar por uma leitura conflitiva da realidade é fundamental para destrinchar tais números. Os trabalhos de **Alessandro Baratta** (2011) e de **Vera Batista** (2011) apontam para a Criminologia Crítica como ferramenta que maneja a criminalidade e o processo criminalizador como construção social, determinada a partir de interesses e jogos de poder, sendo o status de criminoso uma categoria atribuída ao sujeito em um processo de rotulação de maneira pragmática.

Assim é que, a fim de entrar no escopo de controle do Direito Penal, em um movimento de gestão de corpos (FOUCAULT, 2007), o Estado definiria certas condutas como incriminá veis, orientando seu agir capilarmente e através de reiteradas práticas, a fim de que determinados sujeitos não escapassem às malhas do controle. Entenda-se aqui que tal controle não é simplesmente aquele plasmado em lei, mas a prática cotidiana de gestão criminal, do espaço, das permissões, proibições e expectativas existentes quanto à criminalidade.

Nesse sentido, tomando como base tal leitura conflitiva da realidade, impende compreender de que maneira determinados corpos, os corpos de jovens homens negros, tornam-se alvo preferencial da letalidade pública. Pessoas alvas e pessoas-alvo, tal dicotomia parece se plasmar nos percentuais relacionados à morte violenta, em especial quando esta é praticada pelo Estado.

O status de não-humanidade, de ser sacrificável (AGAMBEN, 2010), é o epicentro de tal política, que se escora numa dupla categoria de sujeitos. O alicerce de tal visão é a política colonial de sequestro e saque, em que uma nação ou povo possuiria um direito divino à posse de bens e pessoas de outra nação (GALEANO, 1999). Da prata de Potosi ao rapto e tortura dos povos negros, a história brasileira é perpassada pela construção dual de uma nação em que a maioria de seus habitantes não é tida em sua plena humanidade. Tal fato mostra-se na ausência de referenciais experimentada com sofrimento por pessoas negras em busca da construção de sua identidade (SOUZA, 1990), que ainda hoje são vistas como estrangeiras em seu próprio país.

De corpos sujeitos ao controle a sujeitos exterminá veis, a política brasileira de extermínio da população negra tem por pano de fundo a noção do negro como não-pessoa, como subjetividade unilinear e

estereotipada, como objeto (FANON, 2008). É interessante notar que as políticas voltadas ao combate do genocídio da população negra em geral tenham por foco uma ação negativa, de barrar determinadas condutas, a exemplo da Resolução Conjunta 2, de 2015, do Conselho Superior de Polícia, cuja meta era impedir a proliferação dos já mencionados "autos de resistência".

Entretanto, a dimensão produtiva de tais sujeitos permanece inalterada. Há, por um lado, uma super-representação das pessoas negras em contextos de criminalização (NUNES, 2010), o que favorece a construção, no imaginário popular, da correlação entre negritude e criminalidade. Por outro, constrói-se a ideia de inimigo a partir do discurso de guerra às drogas (DIETER, 2014), fazendo com que a equação final resulte em "negros são criminosos, criminosos devem/podem ser mortos: negros podem/devem ser mortos". A simplificação e generalização operam de forma inegável, tendo em conta os números apresentados.

Contudo, também as ausências da subjetividade negra em outras searas colaboram para tal desumanização. Pessoas negras, mesmo sendo mais da metade da população brasileira, ocupam pouco mais de um décimo das vagas do ensino superior (IBGE, 2013). De igual forma, sua distribuição no serviço público brasileiro espelha as desigualdades sociais do país, segundo nota técnica do IPEA (2016). A convergência de tais números se dá no resultado de desumanização que expõe a pessoa negra a uma sociedade adoecedora (SOUZA, *idem*) e constrói no imaginário geral a ideia do negro perigoso (NKOSI, 2014) como fantasma que ronda a subjetividade do homem negro em especial.

A pessoa negra passa, então, por uma dupla construção de sua imagem: de um lado, o empobrecimento representativo, que opera disjunções entre sua presença corpórea e determinados espaços e situações; e, de outro, sua estigmatização e preparação para o referido etiquetamento político-criminal. Cabe perguntar, portanto, o que tem sido feito em termos de reversão de ambos os fenômenos.

À guisa de conclusão, assinala-se que os referidos relatórios acerca da seletividade da violência são fruto de um movimento contemporâneo de questionamento da naturalização de tais cifras. As ações mais óbvias direcionam-se à discussão e reconstrução de protocolos e práticas policiais, bem como de incremento da fiscalização pública de seu agir e democratização de seu funcionamento.

Somado a isso, é imperativo reconhecer que o genocídio da população negra é uma categoria epistemológica fundamental para a compreensão dos demais aspectos da construção da pessoa negra no imaginário brasileiro também em suas dimensões negativas, ou seja, na construção daquilo que o negro "não é". Nesse sentido, a potencialização da representatividade é matéria urgente em termos de redução das taxas de mortalidade, tendo em conta que não apenas a ascensão social, mas também a efetiva redução geral das desigualdades não basta para a desconstrução dos estereótipos (RODRIGUES, 2003). A representação do negro enquanto matável insere-se numa dimensão simbólica de empobrecimento de sua subjetividade, de coisificação de indivíduos tão plurais e idiossincráticos quanto qualquer outro ser humano.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. Conselho Superior de Polícia. *Resolução Conjunta 2, de 13 de outubro de 2015*. DOU 1, de 4 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=8&data=04/01/2016>. Acesso em: 30 abril 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre assassinato de jovens.* Relator Senador Lindenbergh Farias. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Consulta em 30 abril 2017.

DIETER, Vitor S. *A guerra proibida*: os fundamentos da política de drogas proscritas. 2014. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2002

FANON, Franz. *Pele negra, máscaras brancas*. 1 ed. Renato da Silveira (Trad.). Salvador: EDUFBA, 2008.

FAUSTINO (NKOSI), D. O pênis sem o falo: algumas reflexões sobre homens negros, masculinidades e racismo In: BLAY, Eva Alterman (Org.). *Feminismos e masculinidades*: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Mapa da violência:* homicídios por armas de fogo no brasil. Rio de Janeiro, 2016.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de indicadores sociais*: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 2013.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Relatório de pesquisa:* reserva de vagas para negros na administração pública. Brasília, 2016.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar:* a escola do mundo ao avesso. São Paulo: L&PM Editores, 1999.

MISSE, Michel et al. *Quando a polícia mata*: homicídios por "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio Janeiro: Booklink, 2013.

NUNES, Sylvia da Silveira. *Racismo contra negros:* um estudo sobre o preconceito sutil. 2010. 227 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo.

RODRIGUES, A. et al. *Psicologia social.* Petrópolis: Vozes, 2003.

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro*: ou as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012*: A cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2012.

Daniel Fauth Washington Martins
Especialista em criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC).
Graduado em Direito pela UFPR.
Graduando em Psicologia na PUC-PR.

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

GCCrimDH: APRESENTAÇÃO

Grupo de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos (GCCrimDH): contribuições para a teoria crítica do direito em tempos de barbárie neoliberal

César Mortari Barreira

É com imenso prazer e satisfação que apresento ao leitor a inédita parceria entre o *Grupo de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos* (GCCrimDH) e o *Boletim*, uma iniciativa que tem como objetivo fundamental divulgar aos associados do IBCCRIM não só a linha de pesquisa que caracteriza o referido grupo de estudos, como também alguns de seus resultados imediatos (na forma de *resenha* de uma das participantes do grupo, referente à assimilação da leitura e discussões de cada um dos três módulos que compõem o cronograma), favorecendo a ampla divulgação do conhecimento produzido dentro do Instituto e, assim, possibilitando um diálogo mais democrático e construtivo entre todos.

O GCCrimDH consolidou-se nos últimos anos como um rico e plural espaço de debates sobre as relações entre Direitos Humanos e Ciências Criminais. Em suas edições anteriores, a abordagem das possíveis articulações era majoritariamente temática. O que isso significa? Os encontros eram organizados a partir de abordagens focalizadas (por exemplo, "segurança pública e cárcere", "refugiados", "privatização dos presídios", "saúde das mulheres", "educação para as relações étnico-raciais", "direitos da população LGBT", "criminalização dos movimentos sociais", entre outros), e as discussões subsequentes procuravam esmiuçar aspectos particulares dos referidos temas, ocasionalmente mediando-os a partir de um quadro analítico geral.

A partir de 2017, no entanto, o GCCrimDH reestruturou sua abordagem. A ideia básica é desenvolver a seguinte indagação: de que forma a manifestação desses fenômenos que envolvem Direito Penal, Criminologia e Direitos Humanos é atravessada por algo em comum, qual seja o modo de acumulação capitalista neoliberal?.[1] A motivação para tanto partiu de uma constatação um tanto quanto perturbadora: desde o início do projeto neoliberal, na década de 70, podemos observar quatro ondas expansivas no plano global: (i) dos dispositivos de controle associados aos mecanismos de punição; (ii) da desigualdade social e do endividamento pessoal; (iii) das chamadas "democracias constitucionais" após o fim do "socialismo real" e (iv) da semântica dos Direitos Humanos como meio de emancipação social.

Em outras palavras: desde que o regime neoliberal se enraizou e certa construção teórica consagrou a esfera comunicativa frente à suposta "pacificação do conflito de classe" que caracterizaria a formação capitalista do Estado de Bem-Estar Social,[2] nunca existiram tantos países democráticos, nunca tivemos tanto consenso quanto à "força" dos Direitos Humanos e do Estado constitucional e, hoje, nunca tivemos uma concentração do capital e uma desigualdade mundial da riqueza tão alarmantes,[3] acompanhadas de sistemáticas violações de direitos, instrumentalização do Direito internacional para legitimar intervenções "humanitárias"[4] que reforçam desigualdades globais,[5] alargamento expressivo dos dispositivos de controle do sistema de justiça criminal e "militarização da vida urbana".[6]

Se mesmo um penalista como **Jakobs**, na segunda fase de seu pensamento, não poucas vezes enfatizou a crescente predominância da economia na determinação dos deveres jurídicos,[7] suas consequências sociais em termos de caracterização da sociedade como sociedade de exploração[8] e suas implicações para o Direito, notadamente, sua consideração enquanto parte do sistema mais forte, a Economia,[9] e a capacidade desta em exigir a segurança cognitiva da configuração social[10]que caracterizaria o tão citado Direito Penal do Inimigo,[11] como foi possível – e a quem interessou – a notável troca de paradigma que fez com que grande parte da teoria social abdicasse dos conceitos de "conflito social", "classe", "sociabilização", "exploração" e "dialética", passando a enfatizar a "governança global" organizada por "setores", executada por uma "sociedade civil voluntarista" e baseada em "organizações internacionais" e "comunidades epistêmicas"?[12]

Ainda que o "rótulo neoliberal" também marque a adesão de economistas como **Hayek**, **Mises** e **Friedman** aos princípios de livre mercado da economia neoclássica defendidos por **Jevons**, **Menger**, **Walras** e **Marshall,**[13] o tema está intimamente associado à transição do chamado "regime de produção fordista" para o "regime de acumulação flexível". Essa passagem e seus impactos no âmbito jurídico ficam ainda mais claros quando atentamos para um tema majoritariamente invisibilizado na atual teoria social: a chamada "financeirização da economia". Apesar das inúmeras matrizes teóricas que buscam compreender esse fenômeno e sua atual configuração, é importante considerá-lo como facilitador do desenvolvimento da "propriedade patrimonial", cuja principal finalidade está no "rendimento", e não mais no consumo de massa e na criação de riquezas que aumentam a capacidade de produção.[14] É neste contexto em que alguns autores salientam ser possível observar uma diferenciação entre "acumulação real" e "acumulação financeira",[15] um "se pôr em posição de exterioridade à produção"[16] que, em sua última potência, representar-se-ia como uma sinédoque, como a totalidade da economia.[17]

Essas alterações (que acompanharam o ataque aos sindicatos e movimentos operários, articulado à redução da excessiva regulação tributária e gastos sociais do Estado) eram tidas como necessárias para retomar o crescimento econômico que caracterizou os "anos dourados do capitalismo". No entanto, ainda que fossem associadas a um ideológico projeto de reorganização do capitalismo, com suas promessas de crescimento econômico, emprego e bem-estar a partir de uma nova atuação conjunta entre Estado e mercado, as alterações culminaram numa explosão de lucros financeiros sem qualquer restauração das altas taxas de crescimento,[18] além de severas consequências para a crescente "classe-que-vive-do-trabalho".[19] A prática neoliberal demonstra, assim, que o capital financeiro cada vez mais tende a financiar a si próprio, desvinculando-se dos investimentos em capital produtivo da chamada "economia real", ainda que a atual situação político-econômica nacional continue a alimentar saídas desenvolvimentistas que denunciam a "perda do conceito de nação" como fator preponderante do recente populismo cambial. Daí a possível compreensão de que a "financeirização da economia" da sociedade neoliberal seria um projeto político de restauração do poder das elites econômicas, isto é, um evento de natureza política, uma expressão direta da luta de classes[20] que teria como objetivo recolocar o poder e a riqueza o máximo possível nas mãos da fração superior das classes capitalistas,[21] ainda que diagnósticos recentes de tipo habermasiano sugerissem que há tempos não se poderia mais falar de luta de classes entre empresários industriais e trabalhadores organizados no Brasil.[22]

O campo jurídico – frequentemente tido como autônomo ou detentor de uma "autonomia relacional"[23] – também sofreu uma alteração profunda durante a referida passagem: da ênfase no Direito administrativo e processual que caracterizaram o conjunto de premissas político-jurídicas que possibilitavam a acumulação fordista, para o estudo dos *cases* que envolvem o direito antitruste e corporativo como novas condições para a acumulação neoliberal. Mas não só: paralelamente à maior produção doutrinária já vista sobre valores e princípios constitucionais, teorias da justiça, demandas por reconhecimento, Direitos Humanos e Fundamentais, acesso à justiça e eficácia do judiciário, o mundo real encarregou-se de cotidianamente expelir para as ruas e massivamente encarcerar os sujeitos fracassados endividados, não sem antes propagar discursos que enfatizam a responsabilidade individual e o apelo empreendedor, típicos do mantra neoliberal do *homem-empresa*, "flexível", "fluido" e, acima de tudo, "competidor",[24] que luta incessantemente pela ética da autoajuda contra a falência.

O que aconteceu? Como analisar criticamente essa simultaneidade entre discursos acadêmicos jurídico-idealistas e um mundo cada vez mais desigual e violento, como problematizar a ilusão de que "uma prática específica é consequência de uma teoria específica"?[25] Para além da perversa complementariedade ideológica dos paradigmas da "sociedade do risco" e da "sociedade da informação" – que supostamente ofereceriam ao sujeito racional a "transparência" necessária para a materialização de sua "livre escolha", responsabilizando-o plenamente pelas consequências[26] –, *o ponto nevrálgico da questão está no esquecimento do capitalismo como categoria analítica* para a teoria social e, em particular, para a teoria jurídica, o que as impedem de conceituar e analisar criticamente a própria sociedade.

Este é o significado da expressão "giro antiprodutivista" do pensamento social: desde os anos 1970, uma série de diagnósticos passaram a sustentar a "perda de centralidade da categoria trabalho" (**Offe**) e sua substituição pela "esfera comunicacional" (**Habermas**),[27] realizando "um progressivo abandono do conflito socioeconômico como objeto de investigação".[28] Nesse contexto, a teoria social passou a acreditar (com especial difusão no Direito Penal) que os mecanismos discursivos e intersubjetivos seriam suficientes para combater a desigualdade social. Insistindo-se na distinção entre capitalismo e democracia, o Direito foi gradativamente alçado à condição de mecanismo privilegiado para equilibrar as relações entre "mundo da vida" e sistemas (Economia, Direito, Política), ocasião em que os movimentos identitários também passaram a considerar a instância jurídica como potencialmente emancipatória.

Mas seria a peculiar normatividade do Direito e seu programa de segurança[29] um caminho razoável para alcançar a emancipação? Seria o mundo caracterizado predominantemente pela prevalência de interações intersubjetivas e pessoas deliberativas?[30] Onde e como se manifesta a sociabilização? Não há mais exploração? Como, então, uma teoria social que ignorou a crítica da economia política responde às sucessivas crises (financeira, alimentícia, ambiental, migratória)? Resposta: ela reforça – sem perceber e problematizar a produção da ordem jurídica enquanto estrutura fundamental à reprodução social capitalista – a consideração da norma como medida exterior da realidade. Consequentemente, as desigualdades, os "crimes", as violações de Direitos Humanos, todos os fenômenos que negam o sentido normativo passam a ser vistos como patologias, desvios em relação à normatividade[31] que retardam o alcance de uma ordem cosmopolita que caracterizar-se-ia pela retomada do projeto kantiano da paz perpétua. Nos últimos anos, os recentes e recorrentes apelos da direita e esquerda brasileira "em defesa da legalidade" demonstram a força de um ideário que ignora a violência (não tão) oculta do Direito e sua especial capacidade de naturalização das (violentas) relações econômicas historicamente e socialmente construídas.

É exatamente esse tipo de "doutrina" que o GCCrimDH procura problematizar, construindo conjuntamente uma análise crítica do Direito mediante a leitura de textos e realização de debates que retomem o capitalismo como categoria analítica. Distanciando-se do *mainstream* jurídico idealista que nada vê além da norma, o GCCrimDH pretende tensionar a própria forma como somos levados a pensar e refletir sobre a chamada "autonomia do Direito". Ao problematizar as tensões e contradições econômicas e políticas que perpassam o campo jurídico, o GCCrimDH busca, então, mobilizar esforços para a construção de um espaço de aprendizado mútuo capaz de discutir o potencial teórico e o alcance prático de uma abordagem crítica às Ciências Criminais e aos Direitos Humanos, evitando-se a cegueira deliberada das "concepções antiprodutivistas que não conseguem ver nem a ideologia nem a violência jurídicas da acumulação".[32]

Para tanto, o cronograma de leitura está dividido em três módulos: *(i) A retomada do capitalismo como eixo de análise*; *(ii) Democracia, Direitos Humanos e sistema de justiça: análises críticas* e *(iii) Movimentos identitários: Direito emancipatório ou políticas de reconhecimento?* Ao final de cada módulo, dentre outras atividades, as alunas e alunos devem entregar uma resenha crítica sobre a leitura e discussões dos encontros, de tal forma que a coordenação selecione a melhor resenha para publicação no *Boletim*. Nas próximas páginas, o associado do IBCCRIM poderá ter contato direto com parte da produção de conhecimento que vem sendo elaborada no Instituto: uma ponte de comunicação e divulgação de trabalhos que, ao mesmo tempo em que abre um canal de troca que supera a distância física entre todos nós, materializa nestas páginas as aflições, angústias e possíveis caminhos da reflexão crítica em tempos de barbárie.

Notas

(1) Naturalmente, a criminologia vem desenvolvendo diversas reflexões a respeito. No entanto, as contribuições costumam partir de premissas teóricas bastante heterogêneas e poucas vezes atentas à retomada da crítica da economia política tal como compreendida por Werner Bonefeld, um dos poucos autores que recepciona criticamente a "nova leitura de Marx" sem perder de vista a luta de classes e a importância da "acumulação primitiva" para a acumulação neoliberal do capital. Ver Bonefeld, Werner. *Critical Theory and the Critique of Political Economy.* New York/London: Bloomsbury, 2014, p. 09.

(2) Habermas, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft.* Band 2. Frankfurt am Main, 1987, p. 491.

(3) Piketty, Thomas. *O Capital no século XXI.* Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 419.

(4) Ricobom, Gisele. *Intervenção humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos.* Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 171.

(5) Gonçalves, G.L; Costa, S (2016): "The Global Constitutionalization of Human Rights: Overcoming Contemporary Injustices or Juridifying Old Asymmetries?" *Current Sociology* 64(2): 311-331.

(6) Graham, Stephen. *Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar.* São Paulo: Boitempo, 2016, p. 121.

(7) Jakobs, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole, 2003, p. 47.

(8) Jakobs, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedade*. Madrid: Civitas, 2004, p. 38-39.

(9) Jakobs, Günther. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, em Jara Díez, Carlos Gomes (Org.) *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 214.

(10) Jakobs, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal, em Ibidem, p. 68.

(11) Jakobs, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006, p. 141.

(12) Streeck, Wolfgang. *How will Capitalism End? Essays on a Failing System.* London/New York: Verso, 2016, p. 23.

(13) Harvey, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 29-30.

(14) Chesnais, François (Org.). *A finança mundializada: raízes sociais e políticas, configuração, consequências.* São Paulo: Boitempo, 2005, p. 50.

(15) Lapavitsas, Costas. *Profiting Without Producing: How Finance Exploits Us All*. London/New York: Verso, 2013, p. 201-202.

(16) Chesnais, François (Org.). Op. cit., p. 53.

(17) Stäheli, Urs. *Spektakuläre Spekulation: Das Populäre der* Ökonomie. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007, p. 11.

(18) Roberts, Michael. *The Great Recession.* London: Lulu, 2009, p. 62-63.

(19) Antunes, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.* São Paulo: Boitempo, 2009, p. 101.

(20) Duménil, Gerard & Lévy, Dominique. *Capital Resurgent: Roots of the Neoliberal Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 68.

(21) Chesnais, François (Org.). Op. cit., p. 57.

(22) Bresser-Pereira, Luiz Carlos. "Brasil, sociedade nacional-dependente". *Novos Estudos*, n. 93, julho, 2012, p. 121.

(23) Toda autonomia é relativa, enquanto autonomização das relações sociais, isto é, "momento de uma totalidade social". Segundo Buckel, "autônomo é o direito somente em abstração dessa totalidade". Daí a utilização do termo "autonomia relacional" (à totalidade social), em substituição à ideia de autonomia relativa. Ver Buckel, Sonja. *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2007, p. 243-244.

(24) Foucault, Michel. *Nascimento da biopolítica.* São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 201.

(25) Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 197.

(26) Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, p.349.

(27) Antunes, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.* 16. Ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 207.

(28) Gonçalves, Guilherme Leite. *Acumulação primitiva, expropriação e violência jurídica: expandindo as fronteiras da sociologia crítica do direito*. Revista Direito & Práxis: Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2, p. 1033.

(29) Menke, Christoph. *Kritik der Rechte.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2015, p. 405

(30) Günther, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 245.

(31) Gonçalves, Guilherme Leite. Op. cit., p. 1036-137.

(32) Gonçalves, Guilherme Leite. Op. cit., p. 1038.

César Mortari Barreira
Mestre em Direito Penal pela PUC-SP e doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ.
Coordenador geral do GCCrimDH.
Coordenador científico do Instituto Norberto Bobbio.

ANO 25 - Nº 297 - AGOSTO/2017 - ISSN 1676-3661

GCCrimDH: RESENHA

Neoliberalismo e violação da ordem democrática

Laura C. Varella

No início do presente ano, foi aprovada a Lei 7.529/2017 do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza a venda da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE). A constitucionalidade da referida lei é questionada no Supremo Tribunal Federal por diversos partidos políticos por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, bem como pelo próprio Procurador Geral da República, que se manifestou contra a medida por meio de um parecer no qual defende que a venda de empresas públicas com o intuito de conseguir verbas para o pagamento de despesas do estado é proibida pela Constituição.

A tentativa de privatização de um serviço coletivo tal qual ocorre no Rio de Janeiro não é um caso isolado, mas sim um resultado direto da política neoliberal que ocorre em diversas partes do mundo nas últimas décadas. Um clássico exemplo é a transição da União Soviética em 1991, organizada pelos Estados Unidos, na qual foi realizada a venda de ativos públicos por preços infinitamente inferiores ao valor real, resultando na maior experiência de privatizações da história da humanidade e ocasionando a completa destruição da economia russa.

Importante notar, conforme demonstrado no documentário *Catastroika*,[1] que essa onda de privatizações nunca teria ocorrido sem a restrição das liberdades democráticas. O documentário afirma que a política liberal típica, das privatizações e desregulamentação, com cortes nas despesas sociais, muitas vezes acompanhadas por aumentos em gastos militares, foi imposta primeiramente em ditaduras.

Essa ideia surgiu na Escola de Chicago, com os economistas **Friedrich Von Hayek** e **Milton Friedman**, que procuravam um "laboratório" para testar o chamado "mercado livre" com o mínimo de intervenção estatal. Como nenhum governo democrático aceitou testar suas ideias, viraram-se para o Chile sob a ditadura de Pinochet. Após alguns anos, quando o neoliberalismo passou a ser incorporado em países democráticos, outro mecanismo teve de ser instalado: a dívida.

Os pacotes de emergência do Fundo Monetário Internacional (FMI) propostos para alguns países da América Latina, Sudeste Asiático e Grécia determinavam que, em contrapartida aos empréstimos fornecidos, deveria ocorrer a privatização de empresas públicas. Ocorre que, por serem extremamente dependentes de capital estrangeiro, bem como por se encontrarem em situação de crise, esses países acabaram aceitando os pacotes oferecidos, mesmo que isso significasse abrir mão de empresas públicas nacionais rentáveis.[2]

O documentário demonstra que o modelo de privatização imposto à Grécia foi aquele da *Treuhand*, praticado na Alemanha Oriental, que, além de ter resultado em uma dívida de 250 milhões de euros, acarretou, ainda, a diminuição de 30% do PIB, e o índice de desemprego disparou de 0% para 20%. Contudo, apesar do resultado catastrófico, aquele modelo de privatização passou a ser imposto pelo FMI para países que se encontravam em crise.

Talvez o exemplo mais emblemático de privatização de um serviço público tenha ocorrido na cidade de Paris, em 1985, quando o então Presidente da Câmara de Paris, Jacques Chirac, tomou a decisão política de dividir a cidade com base nas duas margens do rio Sena e, de acordo com essa divisão, entregou a cada empresa uma margem para a distribuição da água e respectiva faturação, sem que houvesse qualquer argumento técnico ou econômico para tal. Em 2001, após a mudança de governo e constatação da diminuição da qualidade do serviço e um aumento de 260% no preço da água, decidiu-se recuperar o seu controle, e a nova empresa municipal de abastecimento de água foi criada em 2010.

Apesar do resultado desastroso da privatização da água em Paris, foi feito um referendo com o mesmo objetivo na Itália, no qual 96% da população votou contra a privatização. Não obstante, após a substituição de Berlusconi por um governo com claros interesses neoliberais, o Banco Central Europeu pressionou para que fosse realizada a privatização, demonstrando, mais uma vez, a relação entre o neoliberalismo e a violação da ordem democrática.

Para entender o mecanismo de funcionamento do neoliberalismo, mister se faz a análise da dinâmica do capital. **Harvey**, no texto "O 'Novo' Imperialismo: Acumulação por Espoliação",[3] explica que o capitalismo tende a produzir crises de sobreacumulação, as quais podem ser entendidas como um excedente de trabalho (crescente desemprego) e excedente de capital (expresso como uma superabundância de mercadorias que não pode se vender sem perdas, e/ou excedentes de capital, dinheiro que carece de oportunidades de investimento produtivo e rentável). As soluções para a absorção desses excedentes, segundo o autor, seriam três: (a) o deslocamento temporal através dos investimentos de capital em projeto de longo prazo ou gastos sociais (tais como educação e pesquisa), os quais jogam para o futuro a entrada em circulação dos excedentes de capital atual; (b) deslocamentos espaciais através da abertura de novos mercados, novas capacidades produtivas e novas possibilidades de recursos e trabalho em outros lugares; ou (c) uma combinação dos dois primeiros.

Na prática, as potências capitalistas procuram novos mercados para realocar seus excedentes de capital e trabalho através da mediação das instituições financeiras e/ou estatais capazes de gerar crédito. O mecanismo de realocação, denominado como "ajuste espaço-temporal" por **Harvey**,[4] cria uma quantidade de "capital fictício" que pode transcender o consumo atual para ser atribuído a projetos futuros e revigorar a economia. Contudo, se os gastos no ambiente construído não se provam produtivos, ocorre a desvalorização daqueles ativos e o consequente endividamento do Estado e da população. Por isso **Harvey**[5] afirma que o capital, em seu processo de expansão geográfica e deslocamento temporal que resolve as crises de sobreacumulação às quais está inclinado, cria necessariamente uma paisagem fictícia para depois destruí-la.

Em suma, esses novos territórios ficam vulneráveis ao fluxo de capital especulativo, estando sujeitos a uma "imposição de desvalorizações selvagens", por meio da estabilização e desestabilização do capital. A política imperialista norte-americana e europeia demonstra perfeitamente a lógica do ajuste espaço-temporal, na qual era necessário conquistar espaços não capitalistas e incorporá-los ao modo de produção capitalista com a finalidade de escoar o excesso de capital acumulado.

Harvey cita a frase de **Hanna Arendt**[6] de que o imperialismo eurocêntrico foi apenas a primeira etapa do domínio político da burguesia, e não a última fase do capitalismo, como prenunciado por **Rosa Luxemburgo**.[7] Com o desenvolvimento da economia financeira e o aumento do poder econômico dos Estados Unidos, observa-se uma ascensão da desregulamentação financeira como instrumento de governança e controle econômico para forçar o processo de globalização de mercados, impondo o neoliberalismo como política econômica para o resto do globo.

Nesse novo contexto, **Harvey** apresenta o conceito de Acumulação por Espoliação.[8] Esse termo foi criado com base na teoria de **Marx** sobre a acumulação primitiva, que seria a expropriação violenta dos meios de produção do campesinato, ocorrida no feudalismo. Esse processo se daria por meio da mercantilização e privatização da terra e expulsão forçada das populações camponesas; a conversão das diversas formas de direito de propriedade (comum, coletiva, estatal etc.) em direito de propriedade exclusivo; a supressão do direito aos

bens comuns; a transformação da força de trabalho em mercadoria; a monetarização das trocas e a arrecadação de impostos, a usura, a dívida pública e o crédito.(9)

Ocorre que o violento processo ocorrido na Idade Média era descrito por **Marx** como a origem do modo de produção capitalista; e **Harvey** identificou que, na verdade, todos os traços mencionados por **Marx** estão claramente presentes no contexto atual. Assim, a Acumulação por Espoliação seria uma nova forma de imperialismo, adaptada para o contexto de economia financeirizada, que basicamente repetiria o mecanismo da acumulação primitiva trazida por **Marx**.

Todavia, se no imperialismo clássico existe a necessidade de um não capitalista, de um *othering*, para ser convertido em capitalista, a partir da década de 70 surge uma nova conceituação que **Harvey** chama de espaço não geográfico. O mais notável exemplo de acumulação por espoliação são as privatizações de ativos públicos, exatamente como aconteceu na antiga União Soviética, em Paris, na Grécia e também no Brasil, desde o regime militar até os dias atuais, conforme evidenciado por diversos casos, dentre eles a venda da Vale do Rio Doce na década de 90 e da Companhia Estadual de Águas e Esgotos no Rio de Janeiro no presente ano. Em todos esses casos, ocorre a espoliação de um bem público que é lucrativo para o Estado, mas que passa a pertencer à iniciativa privada.

Além das privatizações, há diversos outros exemplos de acumulação por espoliação: a mercantilização das formas culturais através da apropriação e exploração da cultura e da criatividade popular, a demarcação dos territórios indígenas, a reforma da previdência e a política de higienização imposta pelo prefeito Dória na cidade de São Paulo.

Todos esses acontecimentos demonstram a retirada violenta do bem público para ser explorado pela iniciativa privada, tal qual o mecanismo da acumulação primitiva, desrespeitando, inclusive, as próprias leis do ordenamento jurídico. O prefeito Dória, por exemplo, violou o direito de propriedade dos proprietários dos imóveis invadidos e demolidos, motivado pelos interesses do setor imobiliário, da mesma forma como os deputados do Rio de Janeiro ignoraram a flagrante inconstitucionalidade da lei que autoriza a privatização da CEDAE.

Importante ressaltar que o Direito exerce um papel fundamental na aplicação da política neoliberal, porquanto é o principal instrumento utilizado para a sua legitimação. É fácil perceber que o desenvolvimento e aplicação em massa do Direito Penal acabam servindo aos interesses da elite financeira, porquanto resolvem o problema de sobreacumulação inerente ao capitalismo. Um exemplo claro é a criação de penitenciárias privadas no país, que oferece uma solução àqueles indivíduos marginalizados pelo Estado ao mesmo tempo que gera lucro à iniciativa privada.

Ademais, o estudo do Direito alheio às outras ciências humanas, tais como Economia e Sociologia, acaba impedindo a sua compreensão como fator sujeito às relações econômico-sociais. A fragmentação que é imposta nas faculdades do país acaba gerando uma compreensão técnica e isolada, que impede a percepção de que o Direito está incluído em um mecanismo muito complexo que rege as relações de poder da sociedade. Além disso, a própria divisão da disciplina em Direito Civil, Administrativo, Penal, dentre outras, corrobora com essa ideia ao dificultar o seu entendimento como corpo unificado, sujeito às mais diversas pressões exercidas por grupos e indivíduos.

Assim, é possível perceber que a teoria neoliberal permeia todos os aspetos da vida em sociedade e influencia diretamente a aplicação do Direito. A constatação da relação entre o neoliberalismo, a acumulação por espoliação e a violação à democracia demonstra o quão necessário e urgente é o estudo da lógica do capital, a fim de que seja possível a elaboração de mecanismos efetivos de luta e de promoção da igualdade.

Notas

(1) *Catastroika: privatization goes public*. Direção de Aris Chatzistefanou/ Katerina Kitidi. 87 min. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Qam7h1jMIwI>. Acesso em: 29 jun. 2017.

(2) Para mais informações, ver: (i) Paulani, Leda Maria. O projeto neoliberal para a sociedade brasileira: sua dinâmica e seus impasses. In: Neves, Lúcia; Lima, Júlio César (Org.). *Fundamentos da educação escolar do Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: FioCruz, 2006. p. 67-105; (ii) Saad-Filho, Alfredo. Crise *no* neoliberalismo ou crise *do* neoliberalismo?. *Crítica e Sociedade: revista de cultura política*, v. 1, n. 3, dez. (2011), p. 06-19.

(3) Harvey, David. O "novo" imperialismo: acumulação por espoliação. *Socialist Register*, 2004, p. 96.

(4) Harvey, David. Op. Cit., p. 98.

(5) Harvey, David. Op. Cit., p. 99.

(6) Harvey, David. Como o poder norte-americano se expandiu. In: Harvey, David. *O novo imperialismo*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 46.

(7) Luxemburgo, R. *The accumulation of capital*. New York: Monthly Review Press, 1968. In: Harvey, David. O "novo" imperialismo... p. 108.

(8) Harvey, David. Op. cit. O "Novo" Imperialismo...

(9) Harvey, David. Op. Cit., p. 109.

Referências bibliográficas

Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

Harvey, David. "O Estado neoliberal". In: Harvey, David. *Neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

Laura C. Varella
Bacharela em Direito pela
Universidade Estadual Paulista (UNESP).
Advogada.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.
COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazi.
EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorfato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogués Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, 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 Augusto Simões da Conceição, 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

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



PROCESSO PENAL

IBCCRIM - COIMBRA

2ª Edição

CURSO INTERNACIONAL

QUANDO?

Aulas de 9 de agosto a
24 de novembro de 2017

ONDE?

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

AULAS PRESENCIAIS
OU À DISTÂNCIA

CORPO DOCENTE:

NACIONAIS

- ALBERTO ZACHARIAS TORON
- ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
- ANA CLÁUDIA RUY CARDIA ATCHABAHIAN
- ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
- AUGUSTO JOBIM DO AMARAL
- AURY LOPES JUNIOR
- CAROLINA YUMI
- DANIEL ZACLIS
- DIOGO RUDGE MALAN
- FERNANDA VILARES
- FLÁVIO ANTÔNIO DA CRUZ
- GERALDO PRADO
- GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ
- JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO
- MARCELLA MASCARENHAS NARDELLI
- MÁRCIO ARANTES
- MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI
- MARTA SAAD GIMENES
- RENATO STANZIOLA VIEIRA
- RICARDO JACOBSEN GLOECKNER
- SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
- SERGIO SALOMÃO SHECAIRA

INTERNACIONAIS

- ANABELA MIRANDA RODRIGUES
- CLÁUDIA SANTOS
- MARIA JOÃO ANTUNES
- SUSANA AIRES DE SOUSA

Uma parceria do IBCCRIM com a Universidade de Coimbra

Voltado para profissionais já graduados e estudantes com previsão de graduação em dezembro de 2017

INSCRIÇÕES ATÉ 18 DE AGOSTO

Inscrições e regulamento completo em:
www.ibccrim.org.br/processopenal2017

REALIZAÇÃO

25 ANOS IBCCRIM

idpee
INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU