

REVISTA  
**LIBERDADES**

Edição nº 23 setembro/dezembro de 2016





01 02 03



01 02



01 02



01 02



## Sumário

4 |  EXPEDIENTE

6 |  APRESENTAÇÃO

8 |  ENTREVISTA  
Maria Gorete Marques de Jesus  
e Roberto Luiz Corcioli Filho  
entrevistam Bruno Paes Manso

20 |  ARTIGOS  
1-) *Dumping* e o Direito Penal  
**Danilo dos Santos Vasconcelos**

2-) Marcha da maconha: da  
apologia ao exercício de direitos  
fundamentais

**Felipe Figueiredo Gonçalves da  
Silva**

3-) A problemática do exame  
criminológico  
**Rômulo de Souza Carvalhaes e  
Carlos Eduardo Adriano Japiassu**

87 |  ESCOLAS PENAIS  
1-) As mulheres e os feminismos nas  
criminologias  
**Juliana Frei Cunha**

2-) O pensamento abolicionista  
como solução para o problema  
do encarceramento: utopia ou  
realidade?

**Janaína Fernanda da Silva Pavan**

116 |  DIREITOS HUMANOS  
1-) Diversidade sexual e identidade  
“trans”: modificação do prenome e  
adequação do estado sexual como  
proteção jurídica à identidade de  
gênero

**Fernanda Darcie Cambaúva**

2-) A criminologia e o extermínio da  
população negra

**Pedro Machado de Melo Romano**

148 |  INFÂNCIA  
1-) Direito a convivência familiar  
e comunitária entre a criança e o  
adolescente e mães privadas de  
liberdade

**Priscila Coelho**

2-) Para além da redução da  
maioridade penal: análise ao sistema  
infracional brasileiro

**Adriana Silva Gregorut e Victoriana  
Leonora Corte Gonzaga**



01 02 03



01 02



01 02



01 02



## Sumário

- 192 |  **RESENHA DE FILME**  
“Te doy mis ojos”: o que veem as  
mulheres quando o direito as olha  
**Camila Cardoso de Mello Prado**
- 199 |  **CONTO**  
Gabriel  
**Carolina Guimarães Rezende**



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## Expediente

### Diretoria Executiva

Presidente:

Andre Pires de Andrade Kehdi

1º Vice-Presidente:

Alberto Silva Franco

2º Vice-Presidente:

Cristiano Avila Maronna

1º Secretário:

Fábio Tofic Simantob

2ª Secretária:

Eleonora Rangel Nacif

1ª Tesoureira:

Fernanda Regina Vilares

2ª Tesoureira:

Cecília de Souza Santos

Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carlos Isa

### Suplentes da Diretoria

André Adriano Nascimento da Silva

Andrea Cristina D'Angelo

Bruno Amabile Bracco

Daniel Zaclis

Danilo Dias Ticami

Roberto Luiz Corcioli Filho

Rogério Fernando Taffarello



Publicação do  
Instituto Brasileiro  
de Ciências Criminais

### Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas

Ivan Martins Motta

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Marta Saad

Sérgio Mazina Martins

### Ouvidor

Yuri Felix

### Colégio de Antigos Presidentes e Diretores

Alberto Silva Franco

Alberto Zacharias Toron

Carlos Vico Mañas

Luiz Flávio Gomes

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Marco Antonio R. Nahum

Marta Saad

Maurício Zanoide de Moraes

Roberto Podval

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira



01 02 05



01 02



01 02



01 02



## Coordenação da Revista Liberdades

### Coordenador-Chefe

Roberto Luiz Corcioli Filho

### Coordenadores-Adjuntos

Giancarlo Silkunas Vay

João Paulo Orsini Martinelli

Maíra Zapater

Maria Gorete Marques de Jesus

Thiago Pedro Pagliuca Santos

Vinicius Gomes de Vasconcellos

### Conselho Editorial

Alexandre Moraes da Rosa

Alexis Couto de Brito

Amélia Emy Rebouças Imasaki

Ana Carolina Carlos de Oliveira

Ana Carolina Schwan

Ana Paula Motta Costa

Anderson Bezerra Lopes

André Adriano do Nascimento

Silva

André Vaz Porto Silva

Antonio Baptista Gonçalves

Bruna Angotti

Bruna Rachel Diniz

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Camila Garcia

Carlos Henrique da Silva Ayres

Christiany Pegorari Conte

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Dalmir Franklin de Oliveira Júnior

Daniel Pacheco Pontes

Danilo Dias Ticami

Davi Rodney Silva

David Leal da Silva

Décio Franco David

Eduardo Henrique Balbino Pasqua

Fábio Lobosco

Fábio Suardi D' Elia

Francisco Pereira de Queiroz

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

Gabriel de Freitas Queiroz

Gabriela Prioli Della Vedova

Gerivaldo Neiva

Giancarlo Silkunas Vay

Giovani Agostini Saavedra

Gustavo de Carvalho Marin

Humberto Barrionuevo Fabretti

Janaina Soares Gallo

João Marcos Buch

João Victor Esteves Meirelles

Jorge Luiz Souto Maior

José Danilo Tavares Lobato

Karyna Sposato

Leonardo Smitt de Bem

Luciano Anderson de Souza

Luis Carlos Valois

Marcel Figueiredo Gonçalves

Marcela Venturini Diorio

Marcelo Feller

Maria Claudia Giroto do Couto

Matheus Silveira Pupo

Maurício Stegemann Dieter

Milene Cristina dos Santos

Milene Maurício

Nidival Bittencourt

Peter Schweikert

Rafael Serra Oliveira

Renato Watanabe de Moraes

Ricardo Batista Capelli

Rodrigo Dall'Acqua

Ryanna Pala Veras

Vitor Burgo

Yuri Felix





SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## Apresentação

Maniqueísmos não têm vez na abordagem crítica e lúcida de um dos mais talentosos jornalistas – e também estudioso do fenômeno da violência urbana – da atualidade no Brasil. **Bruno Paes Manso** é o *entrevistado* desta edição da *Revista Liberdades*, que fecha o ano de 2016, o ano que não terminou para a presente geração.

Na seção *Artigos*, temos a análise de **Daniilo dos Santos Vasconcelos** sobre mais uma fronteira do Direito Penal na atual dinâmica do capitalismo globalizado, o tratamento direcionado ao *dumping* que é praticado no comércio internacional.

**Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva** faz, em seguida, uma interessante reflexão sociológica a respeito das chamadas Marchas da Maconha, realizadas em diversas cidades brasileiras. Focando sua atenção entre os anos de 2008 e 2011, o autor lança luz sobre a racionalidade das instituições de direito criminal ao buscarem rotular como desviante um movimento em razão da aversão ao tema por ele lançado.

Fechando a seção, “A problemática do exame criminológico” é debatida por **Rômulo de Souza Carvalhaes** e **Carlos Eduardo Adriano Japiassu** por meio da análise do “permanente duelo entre a necessidade de se esvaziar o sistema prisional e a conveniência de salvaguardar à ordem pública e à paz social”.

Na seção *Escolas Penais* temos a análise de **Juliana Frei Cunha** acerca do “tratamento que as diversas escolas penais dispensaram, ao longo da história, à criminalidade feminina”, abordando o tema através das “teorias feministas da ciência e do Direito”, e também o artigo de **Janaína Fernanda da Silva Pavan** sobre “O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento”. E é justamente por meio do “pensamento abolicionista” que a autora “pretende familiarizar o leitor com o debate sobre a extinção do sistema penal, a fim de possibilitar uma análise crítica em relação à atual situação carcerária”.

A seção de *Direitos Humanos* conta com dois artigos: “Diversidade sexual e identidade ‘trans’: modificação do prenome e adequação do estado sexual como proteção jurídica à identidade de gênero”, por **Fernanda Darcie Cambaúva**, que aborda as dificuldades encontradas pelas travestis e transexuais nos procedimentos de alteração de prenome e adequação de estado sexual, defendendo a sua realização de forma extrajudicial; e “A criminologia e o extermínio da população negra”, escrito por **Pedro Machado de Melo Romano**, a partir das contribuições das criminologias crítica e de reação social, denuncia a seletividade do Direito Penal e das suas agências de controle, evidenciando seu racismo estruturante.

Na seara da Infância, são publicados também dois artigos. Em “Direito a convivência familiar e comunitária entre a criança e o adolescente e mães privadas de liberdade”, **Priscila Coelho** aborda o problema do exercício da maternidade no sistema penitenciário e os obstáculos enfrentados pela mãe presa e pelas crianças e adolescentes em seu direito à convivência familiar e comunitária. A segunda contribuição para essa seção é de **Adriana Silva Gregorut** e **Victoriana Leonora Corte Gonzaga**, com o artigo “Para além da redução da maioridade penal: análise ao sistema infracional brasileiro”, que faz uma análise crítica do sistema de responsabilização de adolescentes no Brasil.



01

02

03



01

02



01

02



01

02



Esse número conta também com a *resenha* de filme escrita por **Camila Cardoso de Mello Prando**, “Te doy mis ojos”: o que veem as mulheres quando o direito as olha”, que relaciona a história de um relacionamento abusivo, violência doméstica, psicologia, arte e direito.

Por fim, **Carolina Guimarães Rezende** encerra a edição, na seção de *Contos*, com “Gabriel”, no qual escancara as injustiças do sistema penal, por meio da história de um adolescente, morador de rua, condenado por porte de arma.

O ano se encerra, e o bastão da revista será passado na próxima edição, para mais dois anos de trabalho de idealistas comprometidos com mais e mais Liberdades.

Boa leitura!

**Coordenadores da gestão 2015/2016.**



01 02 03



01 02



01 02



01 02



## Maria Gorete Marques de Jesus e Roberto Luiz Corcioli Filho entrevistam Bruno Paes Manso\*

**Para acessar o vídeo da entrevista, clique aqui!**

**Roberto Luiz Corcioli Filho:** Olá a todas e a todos, estamos aqui com o Bruno Paes Manso e vamos fazer uma entrevista a respeito da linha desta edição da *Revista Liberdades*, que é violência e letalidade policial e seletividade no sistema. Então a Gorete Marques, aqui ao meu lado, vai apresentar o Bruno Paes Manso para vocês.

**Maria Gorete:** Estamos aqui com o Bruno Paes Manso, pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP, meu colega, jornalista, cientista político, enfim, uma pessoa incrível.

**MG:** Bruno, conta para a gente um pouco da sua trajetória, de seus estudos, um pouco do tema que você vem trabalhando.

**Bruno Manso:** Bom, eu me formei em Economia, em 1992, e fiz Jornalismo junto, na época. Comecei a trabalhar com Jornalismo, em Redação, era uma paixão adolescente quase, no começo. Fui meio que me frustrando um pouco com a dinâmica de Redação, achei que valia a pena, a partir das entrevistas e dos trabalhos que eu vinha fazendo no Jornalismo, pegar o material e fazer pesquisa, fazer mestrado e doutorado, que eu fui fazer em Ciência Política na USP. Foi a partir de entrevistas que eu fiz com vários homicidas, em 99, quando os homicídios eram muito altos em São Paulo, perguntando por que eles matavam, quem eles matavam, foi uma série de entrevistas, que com esse material eu enlouqueci, de informações, de quantidade de novidades, que me espantaram, e a partir daí eu fui pensar nesse tema. Calhou de São Paulo reduzir os homicídios a partir do ano seguinte, então foi outra coisa nova, que eu não estava esperando, que me levou a pensar em um monte de coisa. E é nessa que eu estou há algum tempo; fui trabalhar no NEV também, um pouco com essa bagagem, com essa trajetória, e, enfim, foi isso.

**RC:** E nos seus estudos, na academia, você sempre procurou focar nessa questão violência, enfim, violência policial também. Pode nos falar um pouquinho a respeito disso?

**BM:** Eram muitas chacinas em 1999, e a matéria era sobre chacinas. A ideia lá na revista, eu trabalhava na *Veja*, na época não dava vergonha trabalhar na *Veja*, e a gente falou “*Como é que a gente consegue avançar?*”, “*Vamos ouvir os homicidas*”. Eles estavam livres, porque era uma época de impunidade, pedi para um advogado me apresentar vários e ele me apresentou. Eu esperava pessoas com baixo autocontrole, talvez, que usassem muita droga, ou que fossem muito destemperados, meio imprevisíveis. E durante essas conversas, o que me impressionou, foi que as pessoas falavam “*Eu mato só quem merece morrer!*”, “*Todo mundo que eu matei merecia morrer!*”, “*Eu matei tal pessoa, porque ele fez isso e isso...*”. O que me surpreendeu e que eu fui atrás foi, como é que você constrói uma fala e uma crença, como é que isso é construído, uma convicção de que várias pessoas merecem morrer e existem diversos motivos para se matar na sociedade. Então assim, com esse apanhado histórico entrevistei também policiais, trabalhei muito com essa ideia dos policiais que matavam, com o porquê de eles matarem, quem eles matavam, quais

\* Créditos:

- Entrevista transcrita por Taynara Lira, graduanda em História pela Universidade Federal de São Paulo.
- Gravação e edição: Rodrigo Pastore.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



as justificativas que eles davam para determinados tipos de homicídio que eles praticavam, então no fundo o meu tema era, por que em determinado momento da história o homicídio deixou de ser um problema em São Paulo e virou uma solução? Passou a ser visto como uma solução para uma série de problemas. Então é esse processo social que me interessa, e a polícia, sem dúvida, teve um papel, um protagonismo grande desde os anos 60 com os esquadrões da morte, depois os grupos de extermínio, a Polícia Militar, as resistências seguidas de morte, uma cidade que constrói inimigos e bodes expiatórios internos, a gente não tem os bodes expiatórios externos, os nossos problemas e os nossos inimigos são internos. Então o homicida vira herói em vez de vilão, toda essa confusão em torno da violência passou a me interessar, esse processo desencadeia vários ciclos de vingança, várias confusões, e o homicídio vira um comportamento quase contagioso, porque no lugar onde se mata passa a existir a necessidade de matar para se autodefender, então é um processo que promove um contágio. Esse processo de crescimento de homicídios me interessou muito, então a Polícia Militar sempre para mim foi muito importante nos estudos, o papel do homicídio nas forças de segurança, porque é uma gasolina que se joga na fogueira.

**RC:** Agora, de qualquer maneira, me parece, pelo seu discurso, que esse comportamento da polícia não pode ser visto de modo isolado do conjunto cultural da própria sociedade, dessa cultura do homicídio e da violência. Nas comunidades, em alguns períodos de tempo, não pode ser destacada a polícia como algo fora disso, nem a violência policial, que está inserida nessa dinâmica da sociedade como um todo.

**BM:** É, e é uma coisa que a gente vem discutindo bastante, a Gorete participa dessas discussões. Eu acho que, até pelas entrevistas que eu fiz com policiais, a gente vê isso muito claramente nas redes sociais, isso segue muito forte. Existe uma crença de que as instituições não dão conta de lidar com o crime e que tirar um bandido do mundo, matar um bandido do mundo, funciona. Essa crença, esse senso comum, é muito forte. Há 40 anos ela persiste, se você escreve falando que o policial não pode matar um bandido... Eu já escrevi casos, quando eu tinha o blog, principalmente no *Estadão*, onde eu retirava a informação de que o cara tinha praticado um crime, porque se você colocava essa informação todo mundo ia dizer “*Você tá defendendo bandido*”. Mesmo se ele fosse assassinado covardemente, com as mãos para trás, algemado, com um tiro na cabeça e dentro da viatura, diziam “*Mas ele era bandido, você tá defendendo ele?*”. Então assim, esse senso comum, de que um bandido a menos deixa o mundo mais seguro, ele persiste há 40 anos, e isso a gente não conseguiu desconstruir ainda. É uma coisa que me incomoda, nós que trabalhamos com direitos humanos e com a questão do crime, não desconstruímos ainda essa crença, de que a violência não é eficiente para o controle da criminalidade, ela tem um efeito colateral muito forte, como temos visto. Mas a gente não consegue mostrar didaticamente, nem para os próprios policiais – e esse é um grupo muito importante de dialogar – que a gente não está contra eles, ao invés disso, acabamos mostrando que nós é que alimentamos o monstro que os devora. Desconstruir essa cultura, essa crença, esse senso comum, é algo que a gente não conseguiu fazer ainda.

**RC:** Mas me parece que você coloca muito bem, desde a imprensa, a questão do jornalista sempre ter que colocar quais vítimas possuíam passagens pela polícia, ou às vezes até não, destaca que “*O jovem, fulano de tal, que foi assassinado por algum esquadrão, ou qualquer coisa assim, não tinha passagem pela polícia*”, mas qual a relevância disso? Se tivesse ou deixasse de ter, ele não foi assassinado brutalmente por um aparato estatal ilegal? Mas enfim, parece que há a necessidade de se destacar que ele era ou não alguém com essa tarja de bandido, esse etiquetamento.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIAS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

**BM:** É, eu estava conversando com uma jornalista do *Guardian*, numa época que ela foi falar comigo lá no NEV, nessa conversa a respeito de violência, ela que mora no Rio há um tempo, me falou assim “*Eu não consigo traduzir a palavra ‘bandido’ pro inglês, porque o ‘bandido’ tem tantos significados aqui, é uma palavra tão cheia de informação, que quem não é daqui não entende. Quem não sabe português, quem não vive no Brasil, quem não vive em São Paulo, quem não vive no Rio, não vai entender o que é!*”. Então o bandido é o inimigo, é o cara que representa tudo de podre, e assim, você o desumaniza de tal forma que essa pessoa só pode morrer, só pode ser confinada e esquecida atrás de muros por 50 anos. Não se problematiza, não se enxerga a complexidade que existe em toda essa situação, então talvez o paralelo seja o terrorista europeu, o inimigo externo, esses bodes expiatórios sociais são construídos. Você usa determinada palavra e ela já diz tudo, não é necessário entender mais nada sobre a pessoa.

**RC:** Aproveitando aqui que a Gorete está no NEV (Núcleo de Estudos de Violência da USP) com você, que tipo de diálogo vocês costumam travar a respeito da violência no NEV? Vocês têm algum projeto onde dialogam? Como é essa questão no NEV?

**MG:** A gente compartilha muitas impressões, eu trabalho mais com a questão do Sistema de Justiça Criminal, com a atuação dos operadores do Direito, com relação a alguns crimes/crivos?, a questão da tortura, também por parte das argumentações dos juízes e promotores, sobretudo questão da justificativa do porquê o policial usa a força. É necessária essa força, mesmo que seja uma fronteira a tortura? Como esse argumento circula também nas instituições de justiça, a necessidade de justificar, por exemplo, os autos de resistência, então foi necessário o uso dessa força ainda que letal, porque caso contrário, no confronto, os policiais seriam atingidos. Então parece que a posição é de defender esses agentes, mesmo que sejam situações ou cenários mais suspeitos. Dá para perceber que esse senso comum circula em várias instituições, seja na instituição policial, para justificar as execuções, seja nas instituições de justiça, para justificar e legitimar essas mortes pelas forças policiais. Acho que por aí a gente consegue perceber o quanto essa fala é potente, e fatalmente potente.

**BM:** Eu acho que o trabalho da Gorete, as pesquisas que ela vem fazendo já há um certo tempo, várias das conversas que a gente teve, me chamou a atenção para um outro aspecto do sistema, que é justamente o que a gente vinha conversando. Essa forma de justiça nesses últimos 15-20 anos pós-Constituição, e essa sensação de impunidade, como se construiu uma máquina de punição com base muitas vezes em senso comum, e que provas são o que menos importa, e o testemunho do policial às vezes é a única informação que você tem para condenar, que você provavelmente puniu muita gente que cometeu crime, mas a quantidade de injustiça que foi feita é enorme. Às vezes isso é uma coisa que não é colocada no debate. Eu lembro que o Covas falava isso, e eu gostava muito, ele falou da pena de morte em um debate “*No dia que eu matar uma pessoa, que morreu injustamente, todas as outras coisas que eu acertei não vão valer a pena. É a única resposta que eu tenho!*”. Eu achava legal isso, o peso de cometer uma injustiça, as pessoas não consideram mais, não tem relevância. Você deixar uma pessoa que trabalha, acorda 5 da manhã, que é humilhada, discriminada, ganha um salário mínimo, e você mete ela uns 5 meses na cadeia, inocentemente acaba com a vida dela, sabe?! É uma injustiça tão grande e passa batido! Então essa máquina que produz justiça, também produz muita injustiça, com base num senso comum muitas vezes, no preconceito, nessas falas do crime, nesses estereótipos que a gente estava comentando. Isso é grave!

**MG:** Eu acho que também tem uma engrenagem, onde existe a crença de que a prisão é um recurso punitivo máximo, então se não foi preso há uma impunidade, por mais que a pessoa esteja respondendo um processo. O que significa



01 02 03



01 02



01 02



01 02



impunidade para a sociedade, ou mesmo para o sistema de justiça e para a polícia? Então o fato de uma pessoa não ficar presa provisoriamente, mas responder a um processo em liberdade, significa que a justiça não foi feita, a polícia se sente desprestigiada, porque afinal de contas, eles prenderam e o juiz soltou. Isso soa como impunidade. Essa ilusão acaba ocultando o que tem internamente na prisão, se a gente for pensar no PCC, tema que você trabalha também... De onde surge o PCC? De onde vem? E como ele vai se articulando também fora da prisão? E como a prisão se torna um local de passagem? Ou seja, o juiz entende a prisão de um jeito, mas como ela está funcionando hoje? E como a prisão participa desse processo de articulação do crime, de fortalecimento de organizações como o PCC, enfim, qual é o lugar da prisão efetivamente hoje? Não é esse da ressocialização, não é esse da punição como o imaginário que o circula.

**BM:** É engraçado, porque trabalhando com os homicidas, com o tema de homicídios, com a explosão dos assassinatos em São Paulo que teve início nos anos 60, noto que entre os anos 1960 e 1999 o aumento foi mais de 900%, logo houve uma geração que cresceu em meio a guerras. Indo a bairros pobres de São Paulo, de pessoas que nasceram nos anos 70, e isso eu fiz com muita frequência, perguntei “*Quantos amigos seus já morreram assassinados?*”. Eu sou da região central, nunca tive amigo assassinado, mas de 20-25 alunos, em classes dos anos 80, da 5ª série, apenas 5 sobreviveram sabe?! Tem uma lacuna geracional muito grande, mas ao mesmo tempo muitos desse grupo começaram a ser enviados para a prisão nos anos 90, na construção desse sistema punitivo, industrial quase. Eu estava trabalhando com essa história do PCC, peguei uma mostra de 175 lideranças do PCC, para ver a idade, e a média é de 38 anos, que é altíssima pensando na média criminal, onde se falava que ao passar dos 25 anos a pessoa já era sobrevivente, o Marcola é de 1968, uma geração dos anos 70. Uma geração viveu o problema e ao mesmo tempo começou a pensar uma solução, a geração do PCC nasce no caos dos anos 70 e 80, então é uma geração que passou a ser mandada massivamente para o sistema penitenciário e criou uma governança da cena criminal paulista, enfim, no Brasil que eu nem ousa falar. Mas é uma coisa muito nova, algo que surgiu do caos, uma organização que passou a lidar a partir das pressões, já que de 7 mil pessoas haviam 6 mil encarceradas, então se trata de uma facção confinada, mas que a partir dessas prisões, passou a dominar 90% do sistema carcerário, criando uma capacidade de governança do mundo prisional. Pensando em 230 mil pessoas no sistema penitenciário paulista e contabilizando os parentes, são 1 milhão de pessoas que vivem essa rotina do mundo carcerário, seria a 5ª cidade do Estado. Quem governa isso? Essa solução surgiu nessa geração! Outra coisa que eu acho muito interessante, a gente acha que o Estado é o único capaz que controlar comportamentos, mas a gente vê respostas vindo de quem vive o problema, o que é interessante, e respondendo ao Estado. As instituições em São Paulo são respeitáveis, elas marcam um território, elas existem, essa geração lida com essas instituições, elas estão criando, construindo e governando, considerando as instituições e as leis que existem, mas são leis que produzem efeitos colaterais que a gente não está discutindo, ou conversando, ou problematizando. Estava brincando, pensando no título da matéria, enfim, tem várias possibilidades, mas o tabu que envolve o PCC, a dificuldade de falar sobre isso é enorme, as pessoas têm medo. Têm medo de o superior aplicar uma punição ao se falar do PCC ou do próprio PCC matar, então muitas vezes nem o nome PCC é falado, na própria rede Globo, surge como “*Facção que comanda os presídios...*”. Eu tenho filhas e isso me lembrou muito o *Voldemort* do *Harry Potter*, o vilão que o nome não deve ser mencionado, que ao ter seu nome pronunciado causa um imponderável, um imprevisível, uma coisa que você não entende, mas que pode surgir com muita força, então nem o nome é falado. Estava pensando, é a facção cujo nome não deve ser mencionado.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

**RC:** E aqui você está falando justamente sobre o controle da violência que é feito pelo próprio Primeiro Comando da Capital, o PCC.

**BM:** Na verdade você tem uma discussão que já acontece em Nova York e em outros lugares, e acontece aqui em São Paulo também, de que a queda dos homicídios é multivariável. A questão é relacionada à apreensão de armas, ao envelhecimento geracional de uma população, a mudança nas políticas públicas, a transformação e tal. A discussão fica muito em cima dessas variáveis, só que o que eu tento argumentar e acho que é interessante, a Sociologia, a Ciência Política, as Ciências Humanas, o filé mignon da discussão sociológica é sobre formação de crenças, é sobre como se produzem comportamentos e mecanismos de controle. No fundo Marx, Durkheim, Weber, o que todo esse povo está discutindo, os clássicos em que a gente tem que se deparar são mecanismos sociais de construção de comportamentos, normalidades e discursos, Foucault, enfim, verdades. Como é que é feita essa produção? Como é que essa sociedade cria mecanismos de construção de verdades, classes? Você passa por discussão de classes, enfim... E às vezes a gente fica lidando com esses aparatos matemáticos e econométricos. Tudo bem, a arma diminui o crime, mas com o que isso contribui, na verdade, para a formação de uma nova crença, para a formação de um novo comportamento? Essa variável é importante, mas explicam e interrompem esse debate. Quem está formando essas crenças? Como é que essas crenças e esses valores, nesse submundo criminal, estão sendo formados e mudados? Você vê o governo, ou o assessor de imprensa, ou alguém da secretaria de segurança dizendo “*Não! Você não pode! O desarmamento! A gente já provou que são multivariáveis...*”, é um autoengano! É um debate estúpido, muitas vezes, em que você evita discutir as grandes questões por trás desse debate: formação de valores, formação de uma moral, formação de crenças, mecanismos de produção desse tipo de verdade e crença.

**MG:** E com relação à queda dos homicídios, existe uma mudança na dinâmica da atuação policial, com relação à letalidade nesses últimos anos?

**BM:** Eu acho que é uma constante, é o que se mantém! (*risos*) O que eu acho que mudou sim foi a dinâmica dos conflitos em São Paulo. Ao mesmo tempo em que se cria uma nova moralidade, um novo discurso entre o crime de que basta de autoexterminio, onde dizem “*A gente tava se matando no crime e quando todo mundo se matava no crime todo mundo perdia, e os nossos inimigos são a polícia. Então vamos mata policial!*”. Isso mudou, você tem desde tatuagens de palhaço, até quem realmente está indo para cima de policial, os policiais de fato se sentem mais vulneráveis, e estão mais vulneráveis, porque se morre um cara do PCC, os caras vão atrás de policial mesmo para matar. Você tem isso acontecendo, isso é novo, não acontecia até 2006, teve um salve de matar policial que de alguma forma é cumprido e por outro lado você tem os policiais em autodefesa também, mas mais violentos. A gente vê essas chacinas todas que aconteceram, nesse conflito como é que a gente vai lidar com isso? “*Ah, matou um policial, vamos fazer uma rapa! Quem estiver fora de casa depois das 10h da noite nesse bairro é que matou policial!*”, então essas coisas começam a acontecer. Essas novas ferramentas, como o celular que foi um *tipping point*, um divisor de águas nos anos 2000, quando surgem os presídios e permitem as primeiras rebeliões, e faz com que toda a cena prisional se transforme a partir dos anos 2000. Hoje, você tem o whatsapp e as redes sociais, que os policiais compartilham informação, você tem o Photocrim, que é um banco de dados com milhares de fotos de suspeitos que são compartilhadas. Hoje a gente tem recorde de homicídio em São Paulo sendo o mais baixo da história, e, ao mesmo tempo, homicídios praticados por policiais voltaram a patamares elevadíssimos chegando a recordes históricos também, numa situação completamente, em tese, pacificada. Mas é uma paz falsa. Você tem uma cena criminal mais focada no polícia *versus* crime, onde morrem vários inocentes como a gente pode ver, mas é muito mais focado do que era nos anos 90.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



**RC:** E você atribui isso a guerra às drogas? Como você vê essa questão?

**BM:** Eu acho que, enfim, essa discussão está amadurecendo rapidamente pela obviedade que é, não é?! O lucro alto das drogas é um fator indutor da violência, o fato de ser ilegal, o fato de ser incontrolado, o fato de ser um mercado, que para você entrar é necessário um comportamento quase suicida, onde se aposta tudo para ganhar grana. Se produz uma dinâmica de conflitos, que a gente tem visto aí no mundo inteiro, a América Latina e o México [...]

## PARTE 2

**BM:** [...] principalmente, acho que estes são os redutos principais. Então dos 50 países com mais homicídios no mundo, 40 estão na América Latina, que são os grandes produtores e distribuidores de drogas. O Brasil tem 21 das 50 cidades mais violentas do mundo, apesar de não ser um grande produtor de drogas, mas vive esse conflito por elas. Então, assim, o que mais fazer a não ser tentar regulamentar esse mercado? Tentar diminuir os lucros, tentar fazer um trabalho muito mais educacional, do que policial, trabalhar politicamente as **(algo que não pude compreender, 00:00:35 - parte2)**, porque as drogas existem desde sempre na humanidade. Não é possível acabarmos com as drogas, vão se inventar novas, então porque não trabalhar com mais maturidade sobre esse tema?! Porque é engraçado, a irracionalidade produz muito medo, a droga está associada à perda de controle, à loucura... Existe um mito por trás das drogas, por trás da própria loucura, mas não é assim, a gente sabe! No Jornalismo têm milhares que usam, na Medicina têm milhares, creio que no Direito também devem ter vários. E é algo a ser controlado, trabalhado, discutido, com maturidade, não é com guerra que vai se resolver o problema.

**RC:** Mas parece que é outro debate interdito, não é oficial, não se discute.

**BM:** Também! Mas nos Estados Unidos, agora, enfim, que é um dos paradigmas da política, está se repensando...

**RC:** Tomara que a gente vá na esteira!

**BM:** Costuma ser assim, não é?! (*risos*)

**MG:** Você mencionou a questão do medo e a gente falou sobre a questão dos argumentos utilizados, também, para o uso da violência policial, às vezes me parece que o medo é instrumentalizado para justificar essa violência policial. Atemorizada, a população aceita essa violência, a mídia parece cumprir um papel protagonista de aumentar esse medo da população e legitimar uma violência policial. Na sua opinião, qual é o papel da mídia nessa produção? Produção de crença, não é?! Que vai criando um solo fértil para essa adesão à violência policial.

**BM:** Lá na Ponte, no Jornalismo de uma forma geral, e eu quando escrevo, mesmo em pesquisa, costumo comparar o jornalista com o psicanalista. Então você vai para um psicanalista falar sobre você mesmo, você tem que olhar sobre os seus podres, pensar sobre quem você é, sobre as suas falhas, para verbalizar isso, mas é um olhar honesto. Você não vai falar "Ah, sou bom, só faço isso...", não! Quando você vai fazer análise é necessário um olhar crítico sobre as suas sombras, sobre os seus medos, sobre seus receios e colocar isso para amadurecer a partir da racionalização, da explicação daquilo que você é, do autoconhecimento e tal. Acho que o Jornalismo exerce esse papel de um olhar interno da sociedade sobre a qual você escreve, para produção de autoconhecimento, para um amadurecimento a partir da autocompreensão, então você trabalha com quebra de estereótipos, mostrar a complexidade dos conflitos. No caso das TVs e dos programas policiais, acho que eles reforçam estereótipos, eles trabalham com bode



01 02 03



01 02



01 02



01 02



expiatório, com senso comum, bom *versus* mau, eles mostram toda essa visão de bode expiatório, de inimigo, e reforça o mocinho, dão a ideia de que o mundo fica mais seguro sem eles. Com todo esse senso comum simplificam a sociedade para ganhar audiência, você trabalha com o medo do cara! A gente vê essas sociedades onde não havia justiça, Europa Medieval, enfim, que levavam o carrasco na praça para enforcar ou para cortar a cabeça, mas dava uma sensação de tranquilidade, enforcando em praça pública, acho que eles fazem esse papel de carrasco, de levar o bode expiatório e simplificar, dizendo “*Eu tô entendendo o mundo em que eu vivo!*”. Eu acho que o desafio do Jornalismo é complexificar a situação, mesmo na Ponte, por exemplo, é um desafio que a gente vive, é uma discussão que a gente faz, do risco de virarmos um “*Datena de esquerda*”, sabe?! Então a gente só fala mal da polícia, a polícia só é a vilã, só faz coisa ruim, também não é por aí, é mostrar justamente com justiça, escrever com justiça, compreender os lados da história, tentar problematizar um pouco mais. Esses dias eu estava no prédio onde vivo, e uma vizinha minha (quero ver se ela me dá autorização para contar a história dela com mais detalhes) veio me contar, pois sabia que eu era jornalista e que eu “batia” bastante na polícia. Ela falou que estava em um prédio e que foi buscar uma amiga para uma balada, ela e uma amiga dela, a outra amiga estava no andar de cima e elas estavam esperando, vieram e assaltaram o carro dela para fazer um sequestro relâmpago, a menina viu e ligou para a polícia, foi a ROTA atrás do carro, os caras que estavam no carro pararam, bateram o carro, e saíram correndo, elas saíram do carro correndo também, o policial veio e pulou em cima dela e ficou como escudo, para que se tivesse tiroteio ela não fosse atingida, eles prenderam os garotos, não mataram, apenas prenderam os garotos. Ela falou que escreveu no blog, falei “*Pô, você vê... A gente fala mal da polícia, aí o cara vai lá e pula em cima dela pra proteger. Pô, que cara bacana! Tá arriscando a vida dele!*” e são coisas que a gente também tem que levar em consideração.

**RC:** Isso facilita até o diálogo com os próprios policiais, porque a partir do momento que o policial vê você escrevendo uma história dessas, ele se sente humanizado. Pode ser que ele tenha mais ouvidos e mais olhos, quando você escreve uma história crítica a respeito de um comportamento.

**BM:** Exatamente. No *Estadão* tinha esse lado bom, escrever sobre violência policial no *Estadão* tinha esse diálogo, que eu tentava. Você sabia qual era o público a quem você escrevia, eu escrevia pensando no meu avô... (*risos*) Não precisa chocar, você não está escrevendo para receber aplausos dos seus amigos dos Direitos Humanos, você está tentando conversar com o cara que acha que você está viajando, que você está defendendo bandido “*É isso o que você faz? Você defende bandido?*”. Tem que ter compaixão com o cara, argumentar com compaixão, porque o cara não é mal, nem mesmo os policiais, entre esses profissionais tem o cara idealista, mas faz um monte de besteira, e ao mesmo tempo tem uma visão ingênua, se acha um herói e o outro é o bandido malvado, uma visão de adolescente quase, gosta de arma e tal. Então, assim, como é que se desconstrói isso? Mas não é falando assim, “*Você está errado! Você é um idiota! E eu sou o certo, porque sei que você não pode matar*”... Não, não é com essa arrogância. Você tem que descer do pedestal, você tem que falar no chão mesmo, e eu acho que esse é o desafio que a gente não conseguiu administrar.

**MG:** Até porque, por exemplo, na Polícia Militar, existe toda uma hierarquia que submete os policiais a uma série de atuações precárias, exposição, risco, ganham super mal, tem uma rotina de trabalho maluca, fazem bico para complementar o salário, correm o risco de prisão administrativa por qualquer desobediência, ou algo que eles tenham feito como desobediência, então uma polícia como essa, como é que ela vai para a rua? Como é que ela atua, se ela também é submetida a esse processo? De desrespeito, às vezes não é vista como um ser que tem capacidade autônoma de decisão, é vista só como um soldado, ou alguém que tem que obedecer ordens e não ter opinião,



01 02 03



01 02



01 02



01 02



não é?! Então isso é muito louco, se a gente for pensar em um Estado Democrático de Direito, onde as instituições democráticas deveriam ser aquelas que espelham esse Estado Democrático de Direito, quando a gente vê uma polícia como essa o que a gente espera dessa instituição? E muitas vezes essa polícia faz um trabalho que a sociedade também anseia, eles falam “*Se eu chegar lá e não for violento a população acha que eu não sou eficiente. Se eu não vou lá, prendo e bato, a população vai achar que eu não estou fazendo o meu trabalho!*”, então o que a população também espera desses policiais? E o que eles têm que enfrentar com relação à opinião pública? Quando a gente vai no batalhão eles falam, eles odeiam o Datena e dizem “*Não! Ele não entende nada do trabalho da polícia! Ele acha que a gente tem que chegar e tal...*”, tenho tido a oportunidade de conhecer alguns policiais incríveis, que você vê que estão na instituição errada, porque são pessoas com pensamento crítico e reflexivo, mas que ali dentro não vão ter condição ou espaço de expressar o que eles entendem sobre segurança pública, o contato deles com a população, a limitação da instituição com relação a sensação de segurança que eles oferecem à população que eles atendem. Essas pessoas não vão ser ouvidas, porque são “*praças*”, porque esse processo hierarquizado, militarizado não dá espaço para eles. Enganchando aí uma pergunta e uma provocação, existe uma série de projetos de lei, enfim, sobre a desmilitarização, você acha que a desmilitarização impactaria nessa atuação violenta da polícia?

**BM:** Já enganchando na sua fala, é o que você estava falando, uma pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostra que a maioria dos “*praças*” são favoráveis a desmilitarização. A gente discute essa questão da desmilitarização e às vezes os oficiais falam “*Ah não, mas a maioria foi formada na Nova República, ninguém frequentou a sala de aula na época da Ditadura, então a gente não tem essa coisa da cultura militar, é uma falácia!*”, mas assim qual discussão que eu acho interessante além de muitas outras? Eu acho que tem uma questão de gestão aí, e de policiamento comunitário, que é uma discussão bastante relevante, sobre a polícia de uma cidade que trabalha prestando serviços também, garantindo direitos, não só combatendo o crime, que é uma das tarefas da polícia, mas o trabalho de proximidade com a comunidade é muito importante. O trabalho de confiança, construção de confiança junto com a comunidade. A gestão militar é uma gestão voltada para períodos de guerra, que você toma uma decisão no topo da hierarquia que não pode ser contestada pela circunstância. No caso de uma sociedade pacificada, você trabalha com um soldado que no dia a dia que está na comunidade, ele tem mais contato com a população, e ele teria que ter mais liberdade de tomar decisões, porque uma gestão moderna dá mais liberdade para decisões de ponta que estão convivendo diretamente com o problema. Você não precisa passar para uma estrutura de um cara que está lá no ar condicionado, num outro mundo, falar “*Você está errado! Você está certo!*”, não! Você tem que ter uma gestão mais flexível, mais conversada, quem está na ponta falando com o cidadão, tem que ter mais possibilidade de decisão e de conversa, ele não pode ser punido se sugerir alguma coisa, ou ser afastado para outro lugar, ou ir para a geladeira como a gente vê muitas vezes acontecendo na Polícia Militar. As pessoas tomam iniciativa “*Pô, o cara tá tendo esse problema*”, aí começam a ajeitar, um conjunto de gente falando, uma câmera aqui e não sei o quê... O cara vai para a geladeira, é mal visto na corporação. Trabalhar com essa gestão mais flexível, e que dê mais liberdade para quem está vendo o problema é moderno, é a gestão de uma polícia mais moderna, mais comunitária, mais próxima, que sabe mais dos problemas da população, que tem mais flexibilidade para tomar soluções e definir o que pode fazer para ajudar na dinâmica de determinadas comunidades, para prestar serviço, para dar sensação de segurança, para ser mais confiável e trocar mais informação. Então assim, com esse *boom* de desmilitarização, no fundo a gente tá falando de gestão mesmo.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



**RC:** Interessante, você sempre trás essa ideia também, me parece, de como transmitir essa mensagem para as pessoas, porque não adianta determinados grupos contrários a Polícia Militar, o aparato militar, ficarem gritando “*Pela desmilitarização! Pelo fim da Polícia Militar!*”, o povo leigo, a população leiga não vai compreender o que está por trás desse discurso, é preciso aprofundar, esmiuçar mais, e explicar de modo didático o que isso significa. Primeiro, uma gestão, como você falou, menos hierarquizada vai trazer tais e tais ganhos, esse é o grande desafio, você que também é da área de Comunicação e Jornalismo de tornar todas essas ideias críticas da esquerda, de quem é progressista, em aparatos de Direitos Humanos, acessível à população. De modo que, a população entenda que não é uma questão meramente de disputa dos amigos dos bandidos ou amigo dos vagabundos, ou coisa que o valha, mas sim alguma coisa que faz sentido de modo racional, faz sentido como dinâmica de gestar problemas sociais. Me parece que este é o grande desafio, que alguém como você pode inclusive contribuir bastante por ter esse pé na área, no cenário criminal e o outro pé no Jornalismo, então trazer esse debate de modo mais palatável para o público em geral.

**BM:** É, é, porque hoje é muito meme, não é?! É necessário apenas uma frase! (*risos*) Na verdade hoje tem “*bolhas de aplausos*”, então você fica falando palavras de ordem é super aplaudido e consumido nas suas próprias bolhas. Está muito polarizado mesmo.

**RC:** Eu já ouvi de amigos meus “*Mas como assim esse povo defende o fim da Polícia Militar? Vai acabar com a polícia! Como a gente vai fazer?*”, e aí tentar explicar para o cidadão que não é assim! Quando se diz fim da Polícia Militar é fim de toda essa estrutura, desta lógica de guerra, é uma transformação de gestão. Então às vezes falta, nós, que defendemos isso, que militamos por isso e tantas outras coisas na seara do Direito Criminal, da segurança pública, um linguajar e uma estratégia mais eficiente para atingir o objetivo de convencer de fato as pessoas, não é?! Em uma democracia, por um caminho melhor.

**BM:** Às vezes dá a impressão de que faltam políticos, inclusive, que comprem certas brigas também, não é?! Quem vai comprar essa briga? Quem tem a coragem ou a convicção de que dá para concertar o avião em pleno voo, que é uma batalha que o Luís Eduardo Soares vem travando no Rio enfaticamente, ele é um cara que levanta muito essa discussão, dá a cara a tapa e propõe soluções alternativas e tem todo um grupo, que a gente faz parte, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, discutindo essas ideias. Mas às vezes parece que é coisa que não faz parte da política, do dia a dia da política, que ninguém compra essa briga. Então tem essa dificuldade ainda, que a política também é para você ser eleito, tem que vender ideias fáceis e consumíveis também. Tanto faz, tem que estar de acordo com a expectativa do que as pessoas querem ouvir, então tem essa dificuldade também.

**RC:** Acho que é legal mesmo a gente não ficar nessa coisa batida de violência policial e policial malvado, porque é uma coisa mais complexa, não é?! Eu gostei muito do que você falou da questão dos anos 70 e 80, da imersão da violência, sintoma de uma sociedade desajustada, imigração, mudança demográfica do país, surgimento das favelas.

**BM:** Mas têm esses processos de desequilíbrio de homicídios, que uma coisa é a gente discutir legitimidade das instituições. Acontece em outros lugares, por exemplo, na África do Sul pós *apartheid* você teve um *boom* de homicídios, depois que o *apartheid* caiu e ficou aquele vácuo institucional, na queda do muro de Berlim, pós queda do muro de Berlim, na Europa Oriental, você teve uma explosão de homicídios. Então começa um “*pega-para-capá*”, uma lei da selva, que aí fica quase uma luta de todos contra todos, muitos se matando, que conforme as instituições vão reestabelecendo e falando “*Olha, a gente funciona, a gente serve!*” a coisa tende a baixar, mas são sintomas de febres



01 02 03



01 02



01 02



01 02



ou de vácuos políticos institucionais. Acho que em São Paulo teve a ver com uma cidade que cresceu rapidamente, você tem uma população com medo que passa a não acreditar mais nas instituições, e acha que vai resolver por conta própria pelo extermínio dos inimigos. Se retroalimenta ao longo de 40 anos, milhares de pessoas morrem, e aí chega um determinado momento que isso começa a ser resolvido, porque viveram esse descontrole, então não é uma coisa que é imposta de cima para baixo, é uma solução de quem viveu isso, essa tragédia, isso é interessante... Uma geração que viveu isso, essa geração de homens que se matavam, vai propor um novo pacto. As pessoas discutem “Ah! Você tá falando que o PCC ajudou a reduzir a criminalidade, isso é um absurdo! Você é louco! As pessoas que discutem isso fazem apologia ao crime, etc.”, mas se parar para pensar, em vários lugares isso aconteceu. Em El Salvador teve um pacto, não estou defendendo o pacto, mas estou dizendo que surgem... Teve um pacto entre duas gangues principais das prisões que reduziram os homicídios em 40% em um ano, porque elas fizeram um pacto, depois, quando elas voltaram a brigar, o homicídio voltou a explodir também. Em Medelin isso aconteceu direto, quando extraditaram... Ontem, ontem eu estava vendo a segunda temporada do *Narcos* e apareceu o Don Berna, o Don Berna é um cara que assume um grupo paramilitar em Medelin depois da morte do Pablo Escobar, quando era o Pablo Escobar tinham 390 homicídios por 100 mil habitantes, era uma loucura! Aí continua tenso, vai a 180 homicídios nos anos 2000, aí tem um pacto e esses grupos paramilitares baixam armas, e em 2003 os homicídios vão para 30 em Medelin, porque esse cara começa a dominar as comunas de Medelin e aí ele é extraditado em 2008 para os Estados Unidos, e os grupos de baixo começam a guerrear e os homicídios voltam a aumentar enormemente, voltam para cima de 100 por 100 mil habitantes. Então, assim, a dinâmica criminal precisa ser entendida, da mesma forma que mecanismos de controles informais, eles acontecem, e às vezes conseguem fazer com que as pessoas obedeçam. O fato de identificar isso ou falar sobre isso não significa que você está defendendo esse tipo de controle, mas você está tentando entender a existência e os mecanismos que existem. Não é só o Estado, só a polícia, só as prisões que resolvem, porque elas podem ser um remédio muito forte que mata o paciente... Só remédio, só remédio, só remédio, só que aí é um remédio/veneno, não é?! Te envenena também, então você precisa compreender os efeitos colaterais dessa terapia também e ver o que ela produz, então “Ah! Você tá defendendo o PCC, porque você menciona que eles podem ter um papel...”, daí é esse tipo de ataque...

**RC:** Você fala a palavra “*terapia*”, ela vem muito a calhar, nessa ideia mesmo em que você comparou o jornalismo com a Psicanálise e a própria discussão a respeito da violência trás muito disso, não é?! De você tentar deixar embaixo do tapete as coisas da sua sombra, da sombra da sociedade. Quer dizer, a partir do momento que um determinado governo interdita um debate, não permite que as pessoas olhem para essa realidade, discutam com honestidade intelectual a respeito disso, como a gente pode avançar em termos de melhor gestão dessa sociedade? Como a gente pode fazer para que esses assuntos sejam pautados de alguma maneira que a mídia tenha um certo alcance? Sempre são pautados de modo estereotipado, simplificado, enfim, essa questão é muito complexa e deve ser dada de forma aberta, de modo honesto!

**BM:** É, a facção cujo nome não pode ser mencionado, não pode ser dito, meio *Voldemort*, mas assim... (*risos*) O que isso significa? Por que esse nome não pode ser falado? Por que as pessoas têm dificuldade até de mencionar o nome? Porque também é interessante, são valores que, às vezes dá a impressão “*Será que eu concordo com eles ou não? Será que eu concordo mais do que eu imaginava ou não? Será que é o crime a solução?*”, é um medo meio incompreensível.

**RC:** Como se admitir este fenômeno fosse admitir o fracasso de um governo, e não é por aí, é uma questão muito mais complexa, é histórica, são outros fatores. Quer dizer, às vezes também num determinado período se aumenta



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

o número de homicídios e logo a imprensa coloca a capa ali no jornal “*Olha, o governo X ou Y fracassou no controle do homicídio*”, quando muitas das vezes o fator desencadeante disso não está nas mãos propriamente do governo, é algo que um governo em quatro anos não vai mudar, é uma coisa arraigada no arranjo social. Pode ter havido a quebra de um pacto entre duas organizações criminosas que existiam já há anos e que vão continuar existindo enquanto, por exemplo, a guerra às drogas for algo declarado e difundido. Quer dizer, não é culpa de um governante X ou Y em um período curto de tempo.

**BM:** E no fundo o que a gente vai disputar? Qual é a disputa nessa história? A gente convencer as pessoas, e acho que o medo vem um pouco daí, porque o que a gente está discutindo? A gente está discutindo que uma vida de dinheiro; de prazer excessivo; de mulherada, essa vida misógena e hipermasculina do traficante; de consumo; de “*Eu sou o cara! Eu sou violento, eu...*”, que essa vida não faz sentido. Essa vida não faz sentido, o que faz sentido é uma vida onde não precise consumir tanto; uma vida, talvez, família e amor; filhos; 80 anos; onde talvez você vá ser humilhado às vezes, mas essa é a vida que vale a pena ser vivida, que eu acredito. Que eu acredito! Só que você consegue convencer? Como é que você vai falar sobre isso? E como é que você vai fazer essa discussão? Porque no fundo a gente tá discutindo isso. São valores, são trajetórias de vida e essa vida faz com que todo mundo vibre hoje... Pode ser traficante, mas no fundo esses valores são muito superdimensionados, de consumo; de fama; de sexo; de drogas; de gozo; de prazer; de felicidade, então é difícil você lidar com esses valores também. Eu acho que é questão de: de onde vim? Para onde vou? Quem sou eu? Qual o sentido da vida? Tem uma discussão profundíssima aí a ser feita, mas isso não trabalha com prevenção, com educação, com escola... Mas temos que acreditar nisso! Você tem que acreditar que é isso o que faz sentido!

**RC:** Geralmente o corte da imprensa é sempre muito raso, “*Aumentou o homicídio, porque o número de patrulhamento disponibilizado pelo governo foi diminuído em tal área...*”. Todos esses valores, essas coisas não são trazidas para o debate.

**BM:** É, muito instrumental mesmo. É uma coisa de longo prazo mesmo! Que sociedade que a gente está construindo? Quais são os nossos valores? Qual a nossa identidade como sociedade?

**RC:** Agora Bruno, para hoje, talvez não hoje, mas amanhã ou depois... Como você enxerga o enfrentamento da violência policial? Qual a medida a curto prazo?

**BM:** A curto prazo?! (*risos*)

**RC:** A curto/médio prazo! (*risos*) Enfim, não aquela coisa de voltar para os conflitos sociais...

**BM:** A curto prazo! Assim, quais são os batalhões que mais mataram? Quais são as companhias que mais mataram? Quais são os policiais que [...]

### PARTE 3

**BM:** [...] mais mataram historicamente? Eles estão aí! É patente! Esses caras têm que sair da rua. Então, assim, gancho, eu acho que a curto prazo é possível. Um choque de gestão, porque dados existem, a gente sabe quem mata. Quais são os batalhões? O 16º Batalhão lá do Butantã é o que mais mata, tem o 37º que historicamente teve muitos problemas com mortes, então você consegue, qualquer empresa identifica o problema. É possível trabalhar com gestão nesse



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

sentido, ou será que eles acham que vão comprar uma briga muito grande? Mas, assim, não é um problema impossível, têm 90 mil pessoas, os que matam são apenas alguns e você consegue mexer essas peças, então se você não está mexendo, por que não está mexendo?

**RC:** A vontade política tem que vir de cima, não é?! Isso depende da estrutura.

**BM:** Você tem que ter um apoio político, você tem que discutir isso, não dá para arbitrariamente você fazer isso. Tem que ter uma conversa, não é assim também.

**RC:** “*Não vamos mais admitir esses índices, e agora vai ser assim!*”.

**BM:** É! Havia um policial que era um figuraça, foi matador nos anos 80 e 90, e falou para mim “*Eu já assinei 99 casos de resistência seguida de morte. Eu ia fardado, pegava o ônibus, se eu visse um cara roubando do lado de fora, já saía correndo do ônibus pra pegar o assaltante. Aí eu descobri, em 90, que eu fazia tudo errado e eu tomei um ‘gancho’. Eu falei, ‘Como assim? Eu estava trabalhando errado? Não era pra eu matar as pessoas?’*”, e aí ele disse que esta foi a primeira vez que ele pensou que estava errado, ele nunca tinha imaginado que não era isso o que esperavam dele. E ele tomou o gancho e ficou humilhado por uns 5-6 anos e aí foi trabalhar com policiamento comunitário e, assim, se engajou no policiamento comunitário, ficou apaixonado, meio desbalanceado! O cabo Bruno, por exemplo, foi engraçado, porque também foi um dos grandes matadores da história de São Paulo, era um policial que matou muito nos anos 80, mas foi expulso da corporação, porque virou um justiceiro e tal. Ele foi preso, ficou 22 anos no presídio, recebeu um indulto, virou evangélico, casou no presídio e mudou. Demorou muito para ele mudar, demorou anos, até mesmo para virar evangélico. Quando ele saiu do presídio, eu queria muito entrevistá-lo e tal, e conheci sua mulher, ela disse “*Ele vai virar pastor na igreja, você quer acompanhar a cerimônia?*”, falei “*Putz, quero!*”. Ele iria virar pastor da igreja de Taubaté, aí tinha um monte de gente para falar dele, um monte de pastor e tal, todo mundo para falar bem, fazer discursos em defesa dele, e ele estava controlando a cerimônia. Eram três minutos para cada um falar, passava os três minutos ele falava “*Não, não! Acabou!*”, aí o cara “*Porque o Florisvaldo é o máximo, é excelente...*”, e ele “*Não! Três minutos, acabou seu tempo!*”. Quando eu fui escrever, falei que na verdade ele era um controlador, quando ele era policial virou um justiceiro, agora ele continua o mesmo controlador de sempre, com o tempo, só que agora pastor. Precisava direcionar a energia do cara! Mas era um maníaco obsessivo talvez! *(risos)*

**RC:** Gostaria de agradecer a presença do Bruno, foi uma entrevista muito bacana! A gente conseguiu explorar de modo muito legal as questões. Foi um prazer recebê-lo aqui no IBCCRIM para essa edição, que é de peso, e acho muito importante para esse momento da *Revista Liberdades*, que está discutindo violência policial, letalidade. Mais do que isso, na nossa entrevista, a cultura de violência arraigada na sociedade brasileira.

**MG:** A gente agradece ao Bruno pela contribuição, e desejamos ótima leitura desta edição da *Revista!*



01 02 03



01 02



01 02



01 02



## Dumping e o Direito Penal

Danilo dos Santos Vasconcelos

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais - Universidade de Coimbra. Mestre - Universidade de Coimbra. Graduação - Universidade Federal de Goiás. Professor Universitário. Advogado Criminalista.

**Resumo:** As transações comerciais, a cada dia que passa, estão mais volumosas, fronteiras não são empecilhos. Culturas, línguas e divergências religiosas ou políticas costumam ficar sobrestadas quando o assunto é o comércio. O dinheiro, o comércio que move o mundo. Diante dessa realidade intransponível, a regulamentação de práticas comerciais deve existir. Uma das práticas indesejadas é o Dumping. A Organização Mundial do Comércio tem seus mecanismos para inibir determinadas condutas. A questão cerne do estudo é se o Direito Penal deve abarcar tais práticas e se o Dumping constitui, de fato, um crime. Esse panorama sobre o explanado abrange legislação internacional e de alguns países específicos.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Dumping; Comércio Internacional; Organização Mundial do Comércio; Crime.

**Abstract:** Business transactions, with each passing day, are more voluminous, borders are not obstacles. Cultures, languages and religious or political divergences are often overrun when it comes to trade. Money, trade that moves the world. Faced with this insurmountable reality, the regulation of commercial practices must exist. One of the unwanted practices is Dumping. The World Trade Organization has its mechanisms to inhibit certain conduct. The key issue of the study is whether criminal law should cover such practices and whether Dumping is, in fact, a crime. This panorama on the esplanade covers international legislation and some specific countries.

**Keywords:** Criminal Law; Dumping; International Trade; World Trade Organization; Crime.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O comércio internacional - A razão de ser; 3. A regulamentação do comércio internacional - Breves aspectos históricos a partir do século XX; 3.1 O GATT e a OMC; 4. *Dumping*; 5. O direito penal econômico internacional e o *dumping*; 6. A criminalização do *dumping* no ordenamento jurídico-penal brasileiro; 6.1. *A legislação penal-constitucional brasileira*; 6.2. *Os Tribunais e a jurisprudência*; 7. O direito penal mínimo (*ultima ratio*) e o *dumping*; 8. A pessoa jurídica e o direito penal econômico - A responsabilização e a autoria no caso de *dumping*; 9. O direito penal no espaço e o *dumping*; 10. O direito penal e o princípio da proporcionalidade no caso de *dumping*; 11. Aparando arestas; 12. Conclusão; 13. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução<sup>1</sup>

Vivemos em um momento histórico sem precedentes. A humanidade já passou por guerras de envergadura global e por mudanças que influenciaram sobremaneira nossa sociedade. Uma característica do ser pensante é aprender com os erros e projetar um futuro - em tese - melhor. Os erros não podem ser repetidos, até porque, por conta dessa tão glorificada era digital, com caças não tripulados e armas capazes de destruir toda a civilização, o mundo não suportaria uma terceira guerra mundial. Assim, os conflitos devem ser evitados a todo custo, e, para isso, necessário

<sup>1</sup> As citações em língua estrangeira serão, por nós, traduzidas.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

se faz a política, o diálogo e a cooperação entre os povos. Dentro dessa realidade, organizações de variadas siglas existem para intermediar, regulamentar e equilibrar as diversas pretensões, sobretudo econômicas, existentes nesse emaranhado de interesses distintos.

Outra característica inerente a essa tardo-modernidade em que nos encontramos é a interdisciplinaridade. Não apenas em assuntos acadêmicos, muito pelo contrário. Hoje, para se colocar um automóvel no mercado são necessários físicos, químicos, designers, projetistas, pilotos, advogados, economistas e até engenheiros. A extrema especialização, legado da revolução industrial, é algo natural nessa atual conjuntura: cada profissional é treinado para desempenhar, cada vez mais, uma pequena e essencial tarefa. E essa aparente singela etapa da produção – ou do conhecimento – é de grande complexidade, assim sendo, sob o enfoque da economia, do comércio internacional e das ciências criminais, vamos tentar contribuir para melhorar as relações humanas.

Neste manuscrito, temos a pretensão de expor algumas características do comércio internacional, sobretudo do *dumping*, e, não fugindo à tendência, de forma ainda mais restrita, da relação do *dumping* com o direito penal, e, afunilando novamente, das consequências jurídico-penais no ordenamento jurídico brasileiro. Essa relação, pouco debatida nos tribunais e na doutrina é, também por este motivo, empolgante, porém perigosa, já que navegar por águas desconhecidas sempre traz essa peculiaridade, mas nem por isso nos esquivaremos de atracar em segurança.

Não temos a pretensão, com esse trabalho, de se evitar guerras (apesar de que são por motivos econômicos que normalmente as guerras ocorrem), queremos sim, mostrar e alertar que, algumas modalidades de *dumping* podem ser passíveis de sanção criminal no território brasileiro. É notório que o Brasil ocupa hoje um papel importante nas relações comerciais em âmbito mundial, possuindo um mercado consumidor considerável; este fator, aliado a outros substancialmente financeiros, faz com que inúmeras empresas de outros países se arrisquem a comercializar seus produtos naquele país de dimensão continental. No seio dessas relações do comércio internacional, o empresário pode cometer um crime, apesar de a grande maioria desconhecer essa possibilidade, já que a legislação brasileira atinente à livre concorrência é recente e complexa. Para se chegar, então, ao pretendido, é necessário caminhar por vários assuntos que alicerçarão a compreensão em uma amplitude que a questão impõe. Como esta é uma pesquisa que envolve mais de uma área do direito, vamos, às vezes, exteriorizar conceitos e explicações que para alguns se mostrarão desnecessários. Entretanto, em uma discussão onde se propõe enveredar por vários segmentos do conhecimento jurídico e econômico, tal método se faz imprescindível.

## 2. O comércio internacional – A razão de ser

Desde os primórdios da humanidade, a riqueza e os bens materiais influenciam sobremaneira o modo de vida dos homens. Com o passar dos anos, o “dinheiro” e o que se pode fazer com ele determina e direciona os acontecimentos, desde a roupa a se usar, aos grandes desdobramentos históricos. A maioria dos crimes e das guerras ocorre por questões meramente econômicas. **Infante Mota**, nesta perspectiva, ensina que entre os muitos acontecimentos do período entre as duas grandes guerras que concorreram para o eclodir no último conflito mundial, destaca-se a



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

adoção pelos EUA, em junho de 1930, da célere “Smoot-Hawley Tariff”,<sup>2</sup> que elevou de 38.2 para 55.3 o nível médio dos direitos aduaneiros cobrados pelas autoridades norte-americanas.<sup>3</sup>

Ao nascermos, toda a sociedade nos molda e nos ensina que nosso maior objetivo é ser uma pessoa bem sucedida, ou seja, rica. Os genitores das moças, em um passado não muito distante, escolhiam os futuros maridos de suas filhas, os candidatos mais cotados eram homens de poder, com posses. Por esses e outros vários motivos, os homens sempre desejaram ter riqueza e poder. Hoje em dia, na maioria das civilizações, são as próprias mulheres que escolhem seus destinos, todavia, o dinheiro continua a influenciar a maior parte das escolhas que um cidadão faz em nossa sociedade extremamente capitalista.

Para se chegar ao desejado (riqueza), o ser humano criou e continua criando inúmeros mecanismos com o objetivo de acumular mais dinheiro, mesmo que para isso tenha que prejudicar seus semelhantes. Um dos meios mais propensos para obter êxito financeiro é o comércio. Há vários séculos, a troca de mercadorias era realizada sem o dinheiro, que inexistia. Logo, os produtos eram permutados uns pelos outros. Esse comércio, por questões de logística, era realizado entre os povos vizinhos e em quantidade pequena. Com o passar dos anos, essa troca de mercadorias foi aumentando, a moeda fora inventada, facilitando e potencializando o comércio, que passou a ser a forma mais comum de se obter o tão desejado sucesso patrimonial. É certo que o comércio trouxe e traz muito progresso, torna a vida da população mais agradável, faz com que tenhamos conforto inimaginável décadas atrás. Vivemos, para nós, em uma “já não” camuflada ditadura capitalista, que, diga-se de passagem, apesar dos defeitos, não se conhece uma forma mais agradável de “sobrevivência”.

Como é notório, o ser humano se inventa a cada instante, seu poder de expandir os horizontes é dilatado. Quando a sociedade se deu por si, um inglês estava consumindo um produto chinês, um brasileiro tomando um vinho português, um americano dirigindo um Honda, um marroquino usando um relógio suíço e assim por diante. O comércio internacional estava sedimentado e hoje é praticamente impossível imaginar o mundo sem essa frenética e até pródiga troca de mercadorias.

### 3. A regulamentação do comércio internacional – Breves aspectos históricos a partir do século XX

Com essa imensa e indissolúvel internacionalização do comércio, apesar dos inúmeros benefícios auferidos por essa realidade, várias divergências foram aparecendo à medida que se expandiam as relações comerciais. Com o surgimento das grandes empresas, as denominadas multinacionais, com a interferência maciça dos Estados nas relações cambiais, com as práticas tidas como desonestas ou desleais por alguns entes envolvidos nessas transações, se fez imperativo uma regulamentação que colocasse uma ordem nessa tão importante questão. Vamos focar este capítulo em relação a essa parte e à regulamentação do comércio internacional a partir da segunda década do século XX.

<sup>2</sup> O Hawley-Smoot foi uma lei dos Estados Unidos do ano de 1930 que elevou as tarifas de milhares de mercadorias importadas. Inicialmente concebido para ajudar os agricultores locais contra as importações agrícolas durante a Grande Depressão. Após a primeira grande Guerra Mundial, os países europeus passaram a produzir um excedente de produtos agrícolas, fazendo com que os produtores norte-americanos ficassem desprotegidos, já que os preços dos europeus eram mais competitivos. Tal medida foi contestada por vários seguimentos da sociedade, entretanto, desprezando o alerta, o congresso dos EUA aprovou a lei que desencadeou protestos e retaliações por vários países do mundo.

<sup>3</sup> MOTA, Pedro Infante. *O sistema GATT/OMC: Introdução histórica e princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 17.



01

02

03



01

02



01

02



01

02



O protecionismo de algumas nações era a maior queixa dos demais países. Após a grande depressão de 1929, os EUA iniciaram medidas que deixaram seus parceiros comerciais revoltados. Com isso, desencadeou-se uma avalanche de medidas protecionistas de vários países. Até a Grã-Bretanha, que tinha um histórico de livre-cambismo, começou a agir de modo a proteger seu mercado.<sup>4</sup>

Paralelamente, como preconiza **Infante Mota**, ainda mais importante se revelaria a circunstância de a redução acentuada do comércio internacional e da actividade económica ter debilitado a posição dos moderados em relação aos nacionalistas do Japão e facilitado o caminho para a vitória eleitoral dos Nazis na Alemanha em 1932 e daí **Richard N. Cooper** concluir que as sementes do segundo conflito mundial, no Extremo Oriente e na Europa, foram semeadas pela assinatura da Pauta Smoot-Hawley, e, em consequência, a assinatura por **Herbert Hoover** da Pauta Aduaneira em junho de 1930 o erro mais desastroso alguma vez cometido por um presidente dos Estados Unidos no âmbito das relações internacionais.<sup>5</sup>

Diante da constatação, pelos políticos dos EUA, de que questões econômicas, sobretudo os direitos aduaneiros elevados, causariam guerras de grandes proporções, ainda durante o segundo grande conflito armado de envergadura global, as lideranças inglesas e de sua mais promissora antiga colônia, “desenhavam” metas a serem colocadas em prática após a guerra, criando então, a Carta do Atlântico, que, fora assinada no primeiro dia do ano de 1942 pelos 26 países signatários da Declaração das Nações Unidas.<sup>6</sup>

Nesse e em outros acordos tratados logo após a Carta do Atlântico e posteriormente ao fim da segunda guerra mundial, como a Carta de Havana, foram estabelecidos procedimentos que objetivavam uma maior clareza e lealdade nas relações comerciais que atravessavam fronteiras. Os principais avanços determinavam que todas as nações, fossem elas poderosas ou com poucos recursos, teriam acesso, com tratamento igualitário, às matérias primas necessárias ao seu desenvolvimento, eliminando todas as formas de tratamento discriminatório, o aniquilamento das barreiras comerciais, a redução das tarifas aduaneiras, o desenvolvimento econômico mundial e a criação da Organização Internacional do Comércio.<sup>7</sup>

4 Nesse sentido: POMFRET, Richard. *The Economics of Regional Trading Arrangements*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 56.

E também: MOTA, Pedro Infante. *O sistema GATT/OMC...* cit., p. 18 ss.

5 MOTA, Pedro Infante. *O sistema GATT/OMC...* cit.

6 A Carta do Atlântico (Atlantic Charter) foi negociada na Conferência do Atlântico (codinome Riviera) pelo primeiro-ministro britânico Winston Churchill e pelo presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, a bordo do HMS Prince of Wales em Argentina, na Terra Nova e foi emitida como declaração no dia 14 de agosto de 1941. Curiosamente, a Carta não fora assinada pelos dois estadistas, entretanto teve a adesão da África do Sul, Austrália, Bélgica, Canadá, França Livre, Grécia, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Checoslováquia, URSS e Iugoslávia. Os pontos principais do “acordo” eram: Nenhum ganho territorial seria buscado pelos Estados Unidos ou pelo Reino Unido; Os ajustes territoriais deveriam estar de acordo com os desejos dos interessados; As pessoas teriam direito à auto-determinação; Barreiras comerciais deveriam ser excluídas; Há de ser uma cooperação econômica global e avanço do bem-estar social; Haveria liberdade nos mares e o desarmamento das nações agressoras em comum após a guerra.

7 O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, na primeira reunião, realizada em 1946, decidiu realizar conferência para discutir os estatutos da nova organização. Em 1947, em Genebra, promoveu-se uma reunião com três temas na agenda: a preparação da carta da OIC, as negociações do acordo geral de redução multilateral de tarifas e o estabelecimento de regras gerais para as negociações sobre medidas tarifárias. Em 1948, em Havana, foi aprovada a Carta de Havana, assinada pelos cinquenta e três países presentes à Conferência. Apesar disso, a tentativa de criação da OIC fracassou, pois os Estados Unidos não ratificaram a Carta de Havana. FERRACIOLI, Paulo. *Do GATT à OMC: a regulação do Comércio Internacional*, 2007. Disponível em: <<http://www.eclac.org/dmaah/noticias/paginas/9/28579/OMCna.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



O tempo foi mudando as relações, inclusive as comerciais. Esse nosso (novo) tempo é mais acelerado, voraz e, por isso, os acontecimentos denotam outra dimensão. Antes eram necessários anos e anos para se alterar o sentido das coisas, hoje, um simples “click” pode influenciar o destino de gerações. E o homem precisa ser cuidadoso em suas decisões, sobretudo os senhores dotados de poder, que ditam o rumo de nossa civilização. Sobre o tempo **François Ost** escreve que: “[...] não sei o que é o tempo. Não sei qual a sua verdadeira medida, se é que a possui. A dos relógios, sei que é falsa. Divide o tempo espacialmente, de fora. A das emoções, sei que é falsa: não divide o tempo, mas a sensação do tempo. Fernando Pessoa tem razão, a verdadeira medida do tempo não é relojoeira nem subjectiva”.<sup>8</sup>

O mais importante desses novos tempos é que o homem, aparentemente, está propenso a regular, de forma mais democrática (ou menos arbitrária), o comércio internacional. Os ganhos trazidos pela época das luzes e, mais adiante, dos avanços humanitários pós-segunda guerra mundial, com a solidificação do sentido de dignidade da pessoa humana e da elevação do patamar da proteção dos direitos humanos, nos remete a um sentimento de esperança de que os rumos da política internacional do comércio global irão direcionar e manter a paz.

### 3.1 O GATT e a OMC

Enquanto a Organização Internacional do Comércio estava em criação, fora desenvolvido, após vários debates, o Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT).<sup>9</sup> Esse acordo almejava ser uma prévia, uma diretriz a ser seguida até a efetiva implementação da Organização Internacional do Comércio. Por questões político-econômicas, a Carta de Havana não prosperou e o GATT, que era, em tese, para ser provisório, foi consolidando e tornou-se de suma importância para o sistema do comércio internacional.<sup>10</sup>

**Pedro Cunha** destaca que, a partir de 1947, as partes contratantes do GATT foram promovendo regularmente ciclos de negociações multilaterais com o fim de se avançar na liberalização do comércio internacional.<sup>11</sup>

Vários eram as possibilidades de fracasso do GATT, todavia, ocorreu uma evolução em seu quadro jurídico que propiciou seu sucesso inesperado. O “tratado” tornou-se o maior responsável pelo desenvolvimento e a solidificação do comércio internacional.<sup>12</sup>

8 Ost, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 22-23.

9 General Agreement on Tariffs and Trade.

10 CUNHA, Luís Pedro. *Lições de relações económicas externas*. Almedina, 2005. p. 201. Sobre a questão o autor ensina que: “Podemos considerar o sistema comercial internacional como sendo fundamentalmente constituído por quatro subsistemas internacionais. O primeiro subsistema, designado subsistema multilateral, abrange as regras multilaterais de comércio estabelecidas originariamente no GATT e, posteriormente, desenvolvidas em acordos em acordos multilaterais negociados e concluídos nos sucessivos rounds do GATT. (...) No segundo sistema incluem-se tanto os acordos (ou compromissos similares) de autolimitação das exportações incidindo sobre o comércio de produtos têxteis, de produtos agrícolas, de produtos siderúrgicos e de produtos electrónicos (...). Ao terceiro subsistema correspondem os acordos preferenciais regionais (que constituíram, por exemplo, as CE, a North America Free Trade Association (Nafta) ou o Mercosul) e as medidas, previstas em acordos ou adoptadas unilateralmente, que contemplam a concessão de preferências alfandegárias verticais. O quarto subsistema contempla aqueles acordos ou compromissos que incidem sobre áreas em que existe, ou pode existir, interacção entre (a prática de) o comércio internacional e matérias das ordens jurídicas dos Estados, e que, frequentemente, são o resultado de pressões dos países desenvolvidos sobre os países subdesenvolvidos. (...)”.

11 CUNHA, Luís Pedro. *O sistema comercial multilateral face aos espaços de integração regional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Coimbra, 2006. p. 99.

12 A existência de numerosos factores susceptíveis de comprometer a sua sobrevivência e êxito não impediu, no entanto, o GATT de se tornar a



01 02 03



01 02



01 02



01 02



**Infante Mota**, sobre o assunto leciona que, por tudo isso, não surpreende que o GATT seja considerado “*uma das maravilhas da história econômica internacional do pós-guerra*” e “a instituição mais eficiente dos últimos cinquenta anos em termos de performance econômica mundial. No mesmo sentido **Daniel C. Esty**.<sup>13</sup>

**Pedro Cunha** reconhece a evolução jurídica do GATT, e escreve que a operacionalidade do sistema comercial mundial baseado no GATT serviu sobretudo os interesses dos países desenvolvidos, deixando para trás os interesses dos países em desenvolvimento.<sup>14</sup>

Talvez por isso o GATT tenha obtido tanto sucesso, já que, como é praxe, beneficiava sensivelmente os países de primeira ordem, assim, o domínio econômico mantinha-se na mão das tradicionais potências e estas não viam motivo, como era de se esperar, de alterar as regras que as beneficiavam.

Mesmo diante do sucesso, várias lacunas existiam em sua essência, e não poderia ser diferente, tendo em vista que o GATT nascera para ser provisório e, a complexidade envolvendo o cada vez mais volumoso comércio entre as variadas nações, fez com que iniciasse, em 1986, em Punta Del Leste, a Rodada Uruguai,<sup>15</sup> um ambicioso projeto de melhoramento das relações do comércio internacional.

A Rodada Uruguai tinha a previsão de durar quatro anos, entretanto, devido a sua magnitude, fora necessário o dobro do lapso temporal previsto para findar-se. Foi só em 15 de abril de 1994 que esta rodada de discussão fora formalmente concluída. Além de várias outras questões, como consequência das salutares discussões, fora, finalmente, criada a Organização Mundial do Comércio.<sup>16</sup>

Atualmente, a OMC conta com 159 países participantes. Como frisou **Roberto Azevêdo**, desde sua criação, nenhuma negociação foi concluída.<sup>17</sup>

---

principal organização internacional responsável pelo comércio internacional e de contribuir muitíssimo para o seu desenvolvimento espectacular nos últimos 50 anos. O volume de comércio internacional aumentou cerca de catorze vezes e o seu valor de 57 bilhões de dólares para 4.090 bilhões de dólares, o nível médio dos direitos aduaneiros ad valorem cobrados pelos países industrializados sobre os produtos manufacturados passou de 40%, quando o GATT entrou em vigor, para 3,7%, a parte do comércio internacional no PIB mundial passou de 7%, em 1950, para mais de 20%, em 1995, e o número de partes contratantes das 23 iniciais para 128 em finais de 1994.

13 “Desde suas origens no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), uma pedra angular do sistema de Bretton Woods, que reforçavam o pós segunda Guerra Mundial na ordem econômica internacional (Ruggie, 1983), o regime de comércio foi muito utilizado como um ‘clube coeso’ (Keohane e Nye, 2001). Este modelo Clube persistiu porque foi bem sucedido. De fato, a Organização Mundial do Comércio (e a precursora estrutura criada sob os auspícios do GATT) gerou um recorde invejável de realização no que diz respeito à liberalização do comércio e liquidação bem sucedida de disputas econômicas internacionais. Através de oito rodadas sucessivas de negociações multilaterais, o GATT proporcionou um fórum de compromissos de reduções tarifárias e a criação de um sistema de regras para orientar o comércio internacional (Jackson, 1996)”. ESTY, Daniel C. *The World Trade Organization’s Legitimacy Crisis* (2002). Faculty Scholarship Series.

14 CUNHA, Luís Pedro. *Lições de relações econômicas externas*. Almedina, 2005.

15 CUNHA, Luís Pedro. O *Uruguay Round* é um ciclo de negociações que decorre num período (1986-1994) em que é perfeitamente visível a erosão do regime da (tendencial) livre troca internacional. *Lições de relações econômicas externas* cit.

16 MOTA, Pedro Infante, “Com a sua entrada em funções no início de 1995, a Organização Mundial do Comércio e os diversos acordos comerciais passaram a constituir o fundamento institucional e jurídico do sistema comercial multilateral, consagrando não só os princípios que devem nortear a actividade dos governos em matéria de comércio internacional, mas também o quadro institucional ao abrigo do qual as relações comerciais entre países evoluem através de um processo colectivo de debate, de negociações e de decisão” (*O sistema GATT/OMC... cit.*).

17 Em entrevista concedida à TV Cultura no dia 27.05.2013.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



São vários os princípios basilares do novo sistema GATT/OMC, dentre eles está o princípio da não discriminação, da proteção aduaneira e a que mais nos interessa neste estudo, que são as medidas de defesa comercial.

Sobre o tema, **Pedro Cunha** salienta que, (...) o recurso à cláusula de salvaguarda do art. 19.º do GATT – de que o acordo sobre medidas de salvaguarda do *Uruguay Round* é um desenvolvimento no plano normativo – se revelou útil para a proteção de indústrias senescentes e que se deve entender como algo de natural num acordo que, embora procure estimular a liberalização comercial, não confunde desvios circunstanciais a níveis consolidados de protecção comercial com retrocessos definitivos de níveis de acesso aos mercados garantidos multilateralmente.<sup>18</sup> Dentre as medidas existentes, está o *antidumping*. O art. 6.º do GATT e o acordo da Rodada Uruguai acerca da tributação *antidumping* possibilitam invocar medidas de salvaguarda, através da tributação desde que estejam preenchidos alguns requisitos que trataremos a seguir.

#### 4. Dumping

O protagonista de nosso trabalho é justamente o *dumping*,<sup>19</sup> o qual trataremos, desta feita, ora sob o enfoque penal, ora na perspectiva do comércio internacional, sempre almejando a conexão entre os dois ramos do direito

A título de curiosidade, o primeiro caso de *dumping* remonta ao século XVI, mais exatamente à venda de papel por estrangeiros, com perda de dinheiro, com o objetivo de asfixiar a então nascente indústria do papel em Inglaterra.<sup>20</sup>

Um Código *Antidumping* foi negociado durante a Rodada Kennedy<sup>21</sup> de 1967 e assinado por 17 partes. O Código foi revisado durante a Rodada Tóquio. O Código da Rodada Tóquio teve 25 assinaturas, sendo a Comunidade Europeia – CE (European Communities -EC) uma delas. Apesar de o Código de 1979 não ter sido explicitamente mencionado na Declaração Ministerial da Rodada Uruguai, um número de Partes contratantes do GATT, incluindo a CE, Hong Kong, Japão, Coreia e os Estados Unidos propuseram mudanças ao Código de 1979.<sup>22</sup>

Mais tarde, na Rodada Uruguai, foi criado um Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT [ADA], o artigo VI e o ADA são aplicados conjuntamente. Esse acordo *antidumping* está em vigor até o momento atual e não há indícios de que será alterado em um futuro próximo.

**Douglas Nelson** e **Hylke Vandenbussche**, escrevem que, “*outra mudança após a Rodada Uruguai foi a introdução na Lei Antidumping dos EUA da ‘revisão do sol’, cláusula já presente na Lei Antidumping da UE. Esta cláusula implica que*

18 CUNHA, Luís Pedro. *O sistema comercial multilateral face aos espaços de integração regional* cit., p. 170 e 180.

19 CUNHA, Luis Pedro, acerca do tema explica que: “(...) estas matérias foram sendo objecto de convenções negociadas e concluídas no seio do GATT e que essas convenções foram servindo de base para a elaboração da regulamentação comunitária pertinente. Com a clarificação e o desenvolvimento das regras gerais previstas no GATT tenta evitar-se que a aplicação de tributação *antidumping* ou compensadora acabe por se revelar como um instrumento injustificadamente proteccionista” (op. cit., p. 206).

20 MOTA, Pedro Infante. *O sistema GATT/OMC...* cit. E ainda o mesmo autor na mesma obra: As primeiras medidas legislativas conhecidas, porém, datam de 1904 (Canadá).

21 Ocorreu entre 1963 e 1967: nesta rodada de negociações, reduzem-se de novo os impostos alfandegários, desta vez numa média de 37% (a efectuar em cinco anos), e obtém-se o primeiro acordo sobre a aplicação de tributação *antidumping* (CUNHA, Luís Pedro. *O sistema comercial multilateral face aos espaços de integração regional* cit., p. 99).

22 Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/curso-sobre-solucao-de-controversias-na-omc-portugues/3.6-medidas-antidumping>>. Acesso em: 8 maio 2013.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



as medidas Antidumping, em princípio, cessariam depois de cinco anos. Anteriormente, esse não era o caso nos EUA, cujas medidas poderiam durar indefinidamente (...).<sup>23</sup>

Vamos agora ver os ensinamentos, na perspectiva de alguns doutrinadores, sobre o *dumping*. Para **De Plácido e Silva**, “*dumping* é a expressão usada para indicar a organização, que tem por objetivo vender mercadorias de sua produção ou comércio em país estrangeiro por preço inferior aos artigos similares, neste mercado, a fim de que possa afrontá-los ou retirá-los da concorrência. Para combater o *dumping*, quando este traz prejuízo à economia do país, institui-se o regime de majoração dos direitos aduaneiros, em virtude da qual se procura anular os efeitos da concorrência que o *dumping* estabelece. O *dumping* não somente pode decorrer de organização comercial exportadora, como de proteção às exportações, de modo a vir concorrer com os produtos do país para onde se destinam [...]”.<sup>24</sup>

**Guedes e Pinheiro** ensinam que, para os norte-americanos, *dumping* é a venda para outro país de mercadoria abaixo de seu justo valor, *Less than fair value - LTFV*.<sup>25</sup>

A jurista **Vera Thorstensen** entende que o *dumping* na Comunidade Europeia deve ser definido como uma forma de discriminação de preço, com a prática de vender bens para o exterior com os preços mais baixos do que os praticados no mercado doméstico.<sup>26</sup>

**Infante Mota**, sobre a matéria, escreve que uma empresa pratica *dumping* se vender no mercado de exportação um produto a um preço inferior ao preço cobrado no mercado de origem ou ao seu custo de produção.<sup>27</sup>

**Pedro Cunha**, sobre o *dumping* leciona que, “[...] consiste em fixar um preço à exportação, por parte do produtor/exportador, menos elevado do que aquele que seria normalmente aplicado, v.g. menos elevado do que aquele pelo qual a mesma mercadoria seria vendida no mercado de produção/exportação. Tal prática - pretende-se - permite favorecer as exportações à custa dos consumidores do país exportador - que financiam essas exportações - podendo prejudicar, simultaneamente, os produtores do país de destino das mercadorias em causa”.<sup>28</sup>

Ainda o professor de Coimbra acerca da questão escreve que [...] o art. 6.º do GATT permite tomar medidas de salvaguarda, sob a forma de tributação *antidumping*, desde que a colocação em livre prática da mercadoria importada que foi objecto de *dumping* cause ou ameace causar um prejuízo importante à produção do país importador (ou retarde o desenvolvimento da sua estrutura produtiva) e desde que o montante do imposto não ultrapasse a margem de *dumping* relativa ao produto em questão[...].<sup>29</sup>

23 Douglas Nelson e Hylke Vandenbussche, *The WTO and Antidumping - Critical Perspectives on the Global Trading System and the WTO* 7, v. I, EE, 2005.

24 SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

25 GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Silvia M. *Antidumping, subsídios e medidas compensatórias*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

26 THORSTENSEN, Vera. *Comunidade Européia: líder do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

27 MOTA, Pedro Infante. *O sistema GATT/OMC...* cit., p. 297.

28 CUNHA, Luís Pedro. *Lições de relações económicas externas*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 57-58.

29 Idem, p. 58. Ver também Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico Económicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p. 186.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Superada esta fase conceitual, vejamos as minúcias deste tão complexo emaranhado de normas que objetiva uma relação comercial mais saudável e justa. Sobre o artigo VI do GATT, **Cidreiro Lopes**,<sup>30</sup> explana que, as partes contratantes reconhecem que o *dumping*, que permite a introdução dos produtos de um país no mercado de outro país a um preço inferior ao seu valor normal é condenável se causa ou ameaça causar um prejuízo importante a uma produção organizada de uma parte contratante ou se retarda sensivelmente a criação de uma produção nacional. Para fins de aplicação do presente artigo, um produto exportado de um país para outro deve considerar-se como sendo introduzido no mercado do país importador a um preço inferior ao seu valor normal, se o preço desse produto for:

- a) Inferior ao preço comparável, praticado em operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador; ou
- b) na ausência de tal preço no mercado interno deste último país, se o preço do produto exportador for:
  - i) inferior ao mais elevado preço comparável, para a exportação de um produto similar para terceiro país, em operações comerciais normais; ou
  - ii) inferior ao custo de produção deste produto no país de origem acrescido de um suplemento razoável para cobrir as despesas de venda e o lucro.

Como demonstrado, é indispensável, para a configuração do *dumping*, que ocorra um *prejuízo importante* para a *indústria local* e que o produto seja, ao menos, *similar*.

O termo produto similar (*'produit similaire'*) é definido no artigo 2.6 do ADA como um produto que é idêntico, i.e., igual sob todos os aspectos, ao produto que se está examinando, ou, na ausência de tal produto, outro produto que apresente características muito próximas daqueles que se está considerando. Esta definição é estrita e pode ser contrastada, por exemplo, como o termo mais abrangente do Acordo de Salvaguardas 'produtos similares ou diretamente concorrentes'. No contexto do ADA, o termo é relevante tanto para a determinação do *dumping* quanto do dano.<sup>31</sup>

**Philip Bentley** e **Aubrey Silberston**, sobre o dano ensinam que, o exame do impacto das importações objeto de *dumping* no mercado interno em causa incluirá uma avaliação de todos os fatores econômicos relevantes e a possibilidade de ter uma influência sobre o estado da indústria, incluindo real e potencial declínio nas vendas, lucros, produção, participação no mercado, produtividade, retorno sobre os investimentos ou da utilização da capacidade instalada, os fatores que afetam os preços domésticos (...) Sob este acordo, o termo "prejuízo", salvo disposição em contrário, entende-se como prejuízo à indústria doméstica, ameaça de dano material a um indústria ou material doméstico, atraso importante na criação dessa indústria [...] Esta lista não é exaustiva (...).<sup>32</sup>

30 *Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras (GATT)*, por J. M. Cidreiro Lopes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

31 Itamaraty, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/divulg/documentacao-diplomatica/publicacoes/resenha-de-politica-externo-do-brasil/resenhas/resenha-n98-1sem-2006>>. Acesso em: 10 maio 2013.

32 BENTLEY, Philip; SILBERSTON, Aubrey. *Antidumping and Countervailing Action - Limits Imposed by Economic and Legal Theory*, EE, 2007. p. 147-148.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

A relação de causalidade entre a entrada dos produtos a um preço que configura *dumping* e o efetivo abalo na economia local deve ser comprovada para se admitir medidas de salvaguarda. O nexos de causalidade entre o *dumping* e o conseqüente aniquilamento do mercado é – de forma inexorável – determinante. E é importante frisar que esse dano ou prejuízo deve ser significativo. Não é suficiente apenas uma diminuição dos lucros das empresas nacionais,<sup>33</sup> para se falar em *dumping* passível de intervenção, se faz imperativo um real desequilíbrio gerado pela entrada dos produtos do mercado local. A determinação do caráter prejudicial do *dumping* não pode ocorrer por meras suposições ou alegações desprovidas de bases sólidas.

Em relação à expressão indústria local, esta é entendida quando um produto é fabricado naquele país. É certo que hoje, com a especialização da produção, muitas mercadorias são desenvolvidas em várias partes do mundo, possuindo várias etapas de produção, e, em não esporádicas situações, cada parte deste todo é produzida em uma nação distinta. Em situações análogas a esta, deverá haver uma comprovação que parte significativa da produção é realizada no país que queixou de um eventual *dumping* para se dar início a medidas *antidumping*. No Brasil, o Decreto 1.602/1995 regulamenta a definição de: valor normal; país exportador; dano; indústria doméstica; produto similar além das peculiaridades em relação à investigação e às medidas *antidumping*.

Confirmada a ocorrência do *dumping*, poderá ser aplicada uma medida *antidumping* para balancear o mercado. Essa tributação pode não ocorrer caso a parte causadora comprometa-se a solucionar a questão sem a necessidade da abertura de investigação mais aprofundada. Não iremos adentrar nesta seara, entretanto, como ensina **Pedro Cunha**, existem insuficiências no sistema de tributação *antidumping* e as conseqüências dessas insuficiências permitem a esta tributação cumprir um papel bem distinto daquele que lhe é cometido; não propriamente o de combater faltas de lealdade nas práticas comerciais internacionais, mas antes o de funcionar, como refere **Jackson** (1998: 274), como um mecanismo de amortecimento de dificuldades que são o resultado das crescentes interdependências das economias. A tributação *antidumping* poderá então actuar como um instrumento de repartição dos encargos dos ajustamentos aos fluxos comerciais internacionais.<sup>34</sup>

Existem várias modalidades de *dumping*, **Jackson** enumera basicamente três formas: fixação predatória de preços; *dumping* esporádico e a discriminação internacional de preços.<sup>35</sup>

O *dumping* esporádico ou intermitente ocorre, muitas vezes, de maneira involuntária. Imaginemos que a safra de tomate brasileira tenha superado em muito as expectativas e o mercado esteja saturado. Os produtores não conseguem vender seu produto ao preço normal. Neste caso, há duas soluções, deixar a produção perder ou vender os tomates a um preço bem inferior ao habitual. No segundo caso, de maximização dos lucros, pode ocorrer da seguinte forma: uma empresa de calçado tem um custo fixo de cem mil dólares. O custo da matéria prima, energia e demais itens para produzir um sapato é de vinte dólares. Logo, diluindo o custo fixo e o de produção em todos os sapatos, este terá o custo de trinta dólares o par. Quando o montante das vendas chegar a um patamar suficiente para pagar os custos fixos, a empresa estará apta para vender o produto abaixo de trinta dólares, desde que acima de vinte, e ainda terá

33 “Para os fins do presente Acordo, o termo ‘indústria doméstica’ deverá ser interpretado como referindo-se aos produtores nacionais como um todo, de como o produtos ou para aqueles cuja produção conjunta de produtos constitui uma parte importante da produção nacional total desses produtos (...)”. BENTLEY, Philip; SILBERSTON, Aubrey. *Antidumping and Countervailing Action...* cit.

34 CUNHA, Luís Pedro. *O sistema comercial multilateral face aos espaços de integração regional* cit., p. 194 e 195.

35 JACKSON, John. *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*. 2. ed. Cambridge, 1998.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



lucro. Já o *dumping* predatório é o que geralmente as empresas fazem com o intuito de dominar o mercado e aniquilar a concorrência, e, é este que mais nos interessa no presente trabalho, já que, para o direito penal, é preponderante a intenção, o dolo para se falar em criminalização, mas esse é assunto para os capítulos seguintes.

Como foi visto, há várias peculiaridades acerca do *dumping* que merecem um maior aprofundamento, todavia, nos propomos a relacionar o *dumping* com o direito penal e é isso que trataremos a seguir. Nas obras citadas existe um vasto e proveitoso conteúdo sobre esta interessante matéria que objetiva, em sentido amplo, dar uma maior retidão nas relações político-empresariais no seio do comércio global.

### 5. O direito penal econômico internacional e o *dumping*

Como explicitado, existe uma regulamentação acerca do *dumping* que todos os países aderentes à OMC estão vinculados. É importante ressaltar que tal regulamentação se relaciona com os Estado e não com as empresas em si. Essas regras são, em nosso entendimento, opacas, deixando uma nebulosidade que necessita ser sanada. Não obstante ao explanado, cada país possui legislação própria que trata do assunto. Neste estudo, propomo-nos a fazer uma conexão entre o *dumping* e o direito penal brasileiro, de modo a alertar a comunidade empresarial da possibilidade de sanções jurídico penais em algumas condutas do *dumping*.

De forma correlata ao assunto, em 1982, os agora Catedráticos da Universidade de Coimbra, **Faria Costa** e **Costa Anadrade** escreveram que, fácil é compreender que a economia, mesmo para os mais nacionalistas, se caracteriza por uma forte componente de relações internacionais. E as coisas tornam-se ainda mais complexas se tivermos em mente economias sub-desenvolvidas ou mesmo em via de desenvolvimento. É que os Estados que se debatem com estas estruturas económicas têm normalmente de equacionar políticas económicas aparentemente antagónicas: por um lado, um forte pendor intervencionista (proteccionismo) – e aí temos eventualmente o direito penal a ser chamado – e, por outro, necessidade de abertura ao exterior por manifesta carência, quer de capitais, matérias-primas e mesmo *Know-how*.<sup>36</sup>

A globalização está impregnada em nossa sociedade, sendo, a todo instante, potencializada pelo aprimoramento dos meios de comunicação e de transporte, fazendo com que a relação humana, em sentido amplo, fique, ao mesmo tempo, mais fácil, volúvel e imediatista. Tudo que é trabalhoso e demorado é visto como algo ultrapassado, que não vale a pena, assim, as transações internacionais, sobretudo de capitais, seguindo a tendência, são imperceptíveis e instantâneas. Mesmo as trocas comerciais intercontinentais possuem uma velocidade inimaginável em tempos de carruagem. Nesta perspectiva, os negócios são realizados a todo vapor, apesar do vapor estar ultrapassado. Para acompanhar essa locomotiva de transações, os Estados são obrigados a aprimorar sua regulamentação e fiscalização no que se refere ao comércio internacional. Diante, muitas vezes, da incapacidade do Estado em proporcionar à coletividade uma paz social nas relações comerciais por vias cíveis e administrativas, para, quiçá, inibir a imposição – via o poderio econômico, de determinadas empresas – de métodos não lícitos ou mesmo meramente desleais, o *Leviatã* emerge através de seu exclusivo *jus puniendi* em matéria penal e edita normas incriminadoras com o intuito de deixar o “mercado” mais, sob a ótica protecionista ou intervencionista, “seguro”. Não em esporádicas vezes, o

36 COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico, notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982), *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano 8 (1992), p. 277 ss.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



legislador ordinário, pródigo para solucionar um pontual problema, sem o devido cuidado e reflexão que a matéria exige, cria leis, muitas vezes, desnecessárias, desproporcionais e sem executividade.

Como foi demonstrado, o *dumping* possui uma regulamentação internacional consolidada, que, apesar dos hiatos, desempenha seu papel no que se propõe a fazer; além disso, existem vários mecanismos extrapenais que podem ser utilizados por uma nação para vetar as mais variadas práticas indesejadas nas relações comerciais.

O Brasil, na contramão da tendência mundial, em 2011, criou uma lei que, em nosso entendimento, pune criminalmente algumas condutas características do *dumping*.

Neste caminhar da política-criminal brasileira, vários são os pontos que precisam ser esclarecidos e debatidos neste trabalho, vamos ao próximo passo para se chegar ao pretendido.

## 6. A criminalização do *dumping* no ordenamento jurídico-penal brasileiro

### 6.1 A legislação penal-constitucional brasileira

Como explicitado a pouco, o Brasil adota medidas penais para inibir, dentre outras práticas, o *dumping*. Mostraremos então, a legislação brasileira acerca do proposto.

A Constituição Federal brasileira trata da ordem econômica em seu corpo, vejamos:

*“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.*

(...)

*IV – livre concorrência;*

[...]

*Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

[...]

*§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

*§ 5.º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.*

Diante da diretriz constitucional, o legislador ordinário, em 30 de novembro de 2011 editou a Lei 12.529 que trata da matéria em tela, segue:



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

*“Art. 1.º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*

*Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.*

*Art. 2.º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.*

*§ 1.º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante”.*

É salutar uma especial atenção para a norma a seguir, que, formalmente, enquadra algumas modalidades de *dumping* como crime.

*“Art. 116. O art. 4.º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*Art. 4.º Constitui crime contra a ordem econômica:*

*I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;*

*Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.*

O Código Penal brasileiro, em seu art. 6.º, acerca da lei penal no espaço,<sup>37</sup> não diferentemente do já exposto, preconiza que:

*“Art. 6.º Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.(Redação dada pela Lei 7.209, de 1984)”.*

A legislação retro veio também para combater o cartel,<sup>38</sup> que, apesar da semelhança com o *dumping*, os institutos não são idênticos, entretanto, não é nosso objetivo adentrarmos neste campo de discussão. O projeto do novo<sup>39</sup> Código

<sup>37</sup> Esta expressão. Adotada por uma boa parte da doutrina, mesmo fora do direito penal, deriva da concepção moderna da relação entre a soberania do Estado e os limites territoriais da eficácia da lei. Num mundo partilhado por Estados soberanos e iguais, divididos por fronteiras jurídico-políticas rigorosas, cabe a cada Estado julgar os factos praticados dentro do seu território – em regra, todos e apenas esses factos. Por tal via, o território define o desenho da partilha da soberania sobre o espaço e, em consequência, o da partilha do direito de punir, tendencialmente sobreponível ao primeiro. O território funciona aqui, não como simples elemento de conexão do facto com a lei, mas como verdadeira categoria transcendental do *ius puniendi* e não surpreende, por isso, que o âmbito de aplicabilidade da lei penal seja compreendido como um problema de aplicação da lei “no espaço”, nem que o critério da territorialidade seja elevado à categoria de princípio geral em relação ao qual os outros critérios são vistos como “subsidiários” ou complementares, nem que as regras de aplicabilidade real da lei penal sejam agrupadas na dicotomia “competência territorial” e “competência extraterritorial”. É importante esclarecer que o autor entende que a terminologia usada não parece adequada. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010. p. 31-32.

<sup>38</sup> De acordo com o Ministério da Justiça do Brasil, Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. O objetivo é, por meio da ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o conseqüente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor.

<sup>39</sup> “Art. 372. Abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas: Pena – prisão, de dois a cinco anos. Art. 373. Formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Penal brasileiro prevê a inclusão de dois artigos sobre o tema, sendo um deles idêntico ao que entendemos punir o *dumping*.

Como visto, se mais de uma empresa, independente de onde se localizarem geograficamente, acordarem para manipular preços de tal forma que elimine total ou parcialmente os concorrentes do mercado, estarão sujeitas às sanções penais.

Mas a empresa pode responder criminalmente em situações como esta? Isso será debatido em capítulo próprio, o importante, por ora, é termos cristalizado que tal conduta é crime. Vejamos um caso concreto para clarear o entendimento:

Uma empresa chinesa fabrica e vende o produto X. Uma empresa portuguesa também fabrica e comercializa o mesmo produto. No mercado brasileiro existem empresas locais que fabricam a mesma mercadoria e comercializa cada unidade ao preço do equivalente a dez dólares. A empresa chinesa vende este produto na China pelo equivalente a 9 dólares e exporta para o Japão ao equivalente a 11 dólares. A empresa portuguesa vende seu produto no mercado nacional ao equivalente a 12 dólares e exporta para o Canadá ao preço de 14 dólares. As empresas brasileiras possuem pouco poderio econômico e o mercado brasileiro é muito lucrativo neste segmento, assim, os diretores das empresas asiática e europeia se reúnem para organizar uma estratégia para expandir seus negócios e conquistarem o crescente mercado consumidor brasileiro. Desta feita, os representantes das empresas resolvem exportar o produto X ao Brasil ao preço unitário de 7 dólares, com o objetivo de dominar o mercado brasileiro e aniquilar os concorrentes daquele país. Tal procedimento é colocado em prática e as empresas brasileiras vão à falência por consequência da conduta das empresas exportadoras.

Tal conduta é *dumping*?

Tal conduta é crime, tendo em vista a legislação brasileira retro? Para nós, a resposta é afirmativa para as duas indagações, porém, as perguntas não cessaram, há muitas dúvidas e discussões que se fazem necessárias, continuemos.

### 6.2 Os Tribunais e a jurisprudência

Como a lei em tela é de novembro 2011 – possuindo pouco mais de um ano de vigência – e o lapso temporal para se ter uma sentença penal no Brasil é dilatado, não há jurisprudência sobre o assunto, entretanto, antes da edição desta norma há decisões de tribunais brasileiros que ventilam, de forma tímida, a possibilidade de responsabilidade penal da prática do *dumping*, vejamos trecho de um acórdão,<sup>40</sup> que direciona que, “[...] quando uma pessoa qualquer faz um contrato, e compra por valor mais favorável, ainda se provado que a compra por valor mais favorável decorre de prática desleal de mercado, por parte do vendedor (digamos, por exemplo, *dumping*), isto não leva, em regra, à nulidade da compra, mas apenas à necessidade de punição da prática desleal, civil, administrativa e penalmente. De novo, nesse ângulo não retira o direito do prejudicado, que deve ser plenamente indenizado, e nem o da sociedade, de

visando: I – à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; II – ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ou III – ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores: Pena – prisão, de dois a cinco anos.”

40 N. CNJ: 0002825-02.2012.4.02.0000, rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Origem 23.<sup>a</sup> Vara Justiça Federal Rio de Janeiro/RJ (201251010002960).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*ver punido os responsáveis (no caso, seja reiterado, diante da posição que exterioriza, é dever do Ministério Público tomar as imediatas providências penais, e na certa o fará e pode e deve ser cobrado pela agravada). [...]”.*

Durante esta pesquisa e diante da falta de jurisprudência sobre a temática, tivemos o trabalho de indagar alguns juízes<sup>41</sup> e promotores<sup>42</sup> brasileiros acerca desta questão. Fora perguntado se o exemplo do caso concreto transcrito na página anterior se enquadra como *dumping* e se constitui crime. Todos foram unânimes em responder que sim, para as duas questões.

Como visto, tudo inclina para a punibilidade (criminal) de certas modalidades de *dumping*. Mesmo diante da vigência da lei e da convicção que, formalmente, algumas formas de *dumping* são penalmente puníveis, se faz imperativo explicar várias nuances que cercam a questão. O assunto ainda merece vários debates e questionamentos.

### 7. O direito penal mínimo (*ultima ratio*) e o *dumping*

Importante discorrermos sobre a peculiaridade de último recurso do direito penal. Para isso, vamos iniciar utilizando as palavras dos professores italianos **Giorgio Marinucci** e **Emilio Dolcini**, que lecionam que, a característica comum das diversas versões do direito penal mínimo reside na ideia de que o direito penal deve limitar-se, renunciando a penetrar em todos os aspectos da vida social, e, quando isso acontece, reduzir a severidade de suas sanções. Essas ideias se prestam a serem sintetizadas em dois aspectos significativos: a punição só deve ser utilizada como último recurso em matéria de política social e as formas de controle extrapenal; entre as sanções penais, a pena privativa de liberdade deve ser a *ultima ratio*, reservados para as condutas mais graves, que não pode ser controlada com instrumentos menos rigorosos.<sup>43</sup>

O Direito Penal, para nós, deve ser chamado apenas em situações em que outros segmentos regulatórios não sejam capazes de reprimir futuras condutas ilícitas. Assim, já adiantamos que somos críticos da intervenção estatal jurídico-penal em casos de *dumping*.

**Faria Costa**, ao escrever sobre tema correlato explica que (...) a elevação de um bem jurídico à categoria de bem jurídico-penal se refracte, simultaneamente, em expressão de fragmentariedade e de neocriminalização. Expressão de fragmentariedade porque a protecção penal não é indistinta e indiferenciada, mesmo quando nos debruçamos sobre um largo pedaço da realidade. Assim, o direito penal não pode proteger toda a economia, todo o patrimônio, toda a saúde pública, toda a natureza. Ele tem que fragmentar essas grandes zonas do viver comunitário e eleger específicas relações que traduzam condutas humanas merecedoras de um juízo de desvalor. E mais. Tem ainda de as traduzir em comportamentos proibidos que sejam efectivamente violadores daquilo que é verdadeiramente essencial – porque

41 Os juízes consultados foram: Jesus Crisóstomo de Almeida (Tribunal Regional Federal da primeira região, segunda vara federal da Seção Judiciária de Goiás); Wladimir Paes de Lira (Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas) e Adriana Carla Feitosa Martins (Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas).

42 Os promotores consultados foram: Marlon Carlos Fernandes (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios) e Patrícia Otoni (Tribunal de Justiça do Estado de Goiás).

43 E ainda os mesmo autores: Entre esses limites, não se pode discordar, dado o princípio da subsidiariedade do direito penal – bem como os princípios da proporcionalidade, legalidade, irretroatividade, culpabilidade etc. – pertencem longa herança de política criminal liberal, a partir dos ensinamentos de Cesare Beccaria, ilustrado com sabedoria e paixão pelo Mestre honramos. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2002.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



só disso cura o direito penal enquanto *ultima ratio* – ao livre e autónomo desenvolvimento, individual e colectivo, da personalidade humana.<sup>44</sup>

E ainda o mesmo autor afirma que “[...] a comunidade politicamente organizada só se sente na necessidade de intervir penalmente quando a repercussão socialmente relevante – que varia, é óbvio, conforme os momentos históricos – do rompimento da relação de cuidado-de-perigo é tida como insustentável. Para além de que, aquele desvalor só é apreendido socialmente, em linha de máxima, se se reflectir ou consubstanciar em um desvalor de resultado”.<sup>45</sup>

Assim, não nos parece pertinente o direito penal se preocupar com uma questão que o direito internacional, comercial, empresarial, civil e administrativo são suficientemente capazes de cumprir a sua função. Até por questão de efetividade, com cariz funcionalista, a via penal nestes caso não é recomendada, tende a ser infrutífera, tendo em vista a morosidade peculiar da justiça penal.

Diferentemente dos demais campos do direito, o penal atinge diretamente a liberdade do cidadão, logo, é necessário um cuidado especial na hora de julgar uma pessoa. No ordenamento jurídico brasileiro existem inúmeros recursos penais que fazem que uma sentença transitada em julgado demore anos. Em se tratando de um crime envolvendo agentes localizados em outro país ou países, esse tempo tende a aumentar de forma vertiginosa. Quem trabalha na área sabe que uma carta rogatória expedida pela justiça brasileira não demora menos de dois anos para ser cumprida. Nesta perspectiva, para um processo de tamanha complexidade findar-se, será preciso vários anos. A prescrição penal, que já ocorre frequentemente no Brasil, por falta de estrutura do judiciário brasileiro, dentre outros motivos, irá ser regra em casos de processo penal por *dumping*. No Brasil, a condenação é dada, normalmente (quando primário e de bons antecedentes), em seu patamar mínimo, assim, em caso de uma eventual condenação por *dumping*, será no montante de dois anos. Como preconiza o art. 109, V, do Código Penal brasileiro,<sup>46</sup> nesta situação a prescrição ocorrerá em quatro anos. Ninguém em sã consciência, conhecedor da realidade brasileira, acredita que um processo criminal envolvendo *dumping* findará em menos de uma década, ficando, para nós, cristalino a desnecessidade de envolver a engrenagem penal para casos de *dumping*.

## 8. A pessoa jurídica e o direito penal econômico – A responsabilização e a autoria no caso de *dumping*

No direito penal econômico e em relação aos crimes porventura cometidos no seio das relações comerciais, surge uma discussão dogmática acerca da possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica na seara penal. Renomados doutrinadores de várias partes do globo divergem quanto à possibilidade.

Um grande estudioso nesta matéria em Portugal é o professor **Faria Costa**, sobre o assunto o mesmo discorre que, “[...] a empresa foi ‘descoberta’ pelo direito penal e pela criminologia como um centro susceptível de gerar ou de favorecer

44 COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. O direito, a fragmentariedade e o nosso tempo. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

45 COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

46 “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...) V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; Art. 110 – A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente” (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social. A empresa passou a ser um centro, em redor do qual se podem conceber diferenciadas actividades ilícitas. Assim, podemos recortar vários tipos de criminalidade económica: a) a criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, a própria empresa; b) a criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; c) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa; e, finalmente, d) a criminalidade que se projeta a partir da empresa”.*<sup>47</sup>

E ainda, sobre a empresa, na mesma obra, ensina que, ela não é só o lugar “onde” ou “por onde” a criminalidade económica se pode desencadear, ela é fundamentalmente o *topos* “de onde” a criminalidade económica pode advir. E porque assim é, uma tal concepção das coisas leva a que a empresa se apresente ou possa apresentar como um verdadeiro centro gerador de imputação penal. Neste sentido, a empresa aparece-nos em lugar paralelo àquele que o agente assume ao nível da doutrina geral da infração. Com efeito, sendo as empresas revestidas de forma jurídica, “o mais importante e definido sujeito da vida económica e dos mais influentes no xadrez político, a possibilidade da sua sujeição à tutela punitiva do Estado não é mais do que o contrapólo implícito na dimensão de sujeito activo de direito”. A empresa, consubstanciada através da prefiguração jurídica, surge no campo da discursividade jurídica e jurídico-penal como uma entidade capaz de suportar legitimamente o fluxo de direitos e deveres decorrentes de qualquer centro de imputação, por mais simples e rudimentar que seja.

Como nota-se, o Catedrático de Coimbra é no sentido de que a pessoa jurídica é passível de sanção jurídico-penal.<sup>48</sup> Não diferentemente, **Figueiredo Dias** milita pela responsabilização da pessoa jurídica, escrevendo que, pela alta conveniência ou mesmo imperiosa necessidade de responsabilização das pessoas colectivas em direito penal secundário, não se vê razão dogmática de princípio a impedir que elas se considerem agentes possíveis dos tipos-de-ilícitos respectivos.<sup>49</sup> E continua ensinando que, a tese contrária só pode louvar-se numa ontologização e autonomização inadmissíveis do conceito de acção, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipo-de-ilícito exigências normativas que o conformam com uma certa unidade de sentido social.

**Figueiredo Dias**, na sequência, ainda afirma que ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime.

Em outra obra, décadas após, **Faria Costa** exprime várias considerações acerca da questão,<sup>50</sup> que, diga-se de passagem, apesar de discordarmos, é carregada de plausível fundamentação dogmática, vejamos seu derradeiro argumento,

47 COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal). In: *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 158 ss.

48 “(...) Das bandas do direito penal de raiz continental, porquanto o common law, mais do que nunca ter oferecido resistência, foi sempre a linha avançada de aceitação, dir-se-ia incondicional, da responsabilidade penal das pessoas colectivas”. DIAS, Jorge Figueiredo. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal). In: *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 158 ss.

49 DIAS, Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 117/73 (1984, 1985).

50 Dentro deste quadro de representações jurídicas, o papel do direito penal económico foi aqui determinante. Talvez melhor: foi determinante a sensibilidade quanto a situações fortemente desvaliosas de um ponto de vista jurídico-penal e manifestamente perpetradas por pessoas colectivas. Se, sociologicamente, as pessoas colectivas já tinham adquirido uma notoriedade indelével, é também verdade que, pouco a pouco, o mundo do direito penal se foi apercebendo da importância das pessoas jurídicas. p. 235. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de*



01 02 03



01 02



01 02



01 02



onde escreve que, em termos conclusivos, a fundamentação para a responsabilidade penal das pessoas colectivas pode detectar-se em dois eixos fundamentais: a) na analogia material entre a culpa individual e a responsabilidade por culpa relativamente às pessoas colectivas; b) no raciocinar inverso àquele que fundamenta a categoria da imputabilidade (...).<sup>51</sup>

Assim, seguindo este posicionamento e de acordo com o art. 11.º do Código Penal<sup>52</sup> português, a pessoa jurídica responde pelas condutas ilícitas que a “sociedade” desempenhar em seu nome, clareando: Se seres humanos, em nome da pessoa coletiva, agir de modo criminoso, esta será responsabilizada penalmente. Importante ressaltar que, de acordo com o n. 7 do mesmo artigo, tal responsabilização da pessoa jurídica não exclui a da pessoa humana.<sup>53</sup>

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas vem-se revelando um instrumento de real valia para o engajamento criminal dos verdadeiros responsáveis pela prática punitiva, fato reconhecido nos mais variados países do mundo civilizado (Estados Unidos da América, Canadá, Inglaterra, França, Holanda, Japão).<sup>54</sup>

Em sentido divergente da Escola de Coimbra estão alguns juristas de envergadura respeitável. Quem defende a impossibilidade de tal responsabilização está amparado por fortes argumentos.

A Teoria da Pena e a Teoria do Delito foram desenvolvidas e possuem seus alicerces voltados à punição do ser humano individualmente considerado, sendo que todas as normas de proteção e garantia visam à aplicação adequada desse campo normativo. Segundo a doutrina tradicional, o conceito analítico de crime é composto por três elementos: fato típico, ilícito e culpável. Como não é nossa intenção esmiuçar estas teorias, vamos, de forma sucinta, transcrever alguns aspectos que nos interessa para o objeto essencial do estudo. Imbricado nas “exigências” para a configuração de um crime está a conduta. Como bem ensina **Doro Pereira**,<sup>55</sup> é importante visualizar que, independentemente da teoria<sup>56</sup> adotada, o conceito de conduta (ou ação no caso da teoria causal-naturalística) volta-se a ação ou omissão humana, reguladas pela voluntariedade. Em um de seus conceitos mais elaborados (teoria finalista), há, inclusive,

*direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012. p. 83.

51 E continua o professor da Universidade de Coimbra: “(...) isto é: enquanto na imputabilidade formal (idade) o direito penal esquece, esmaga ou ficciona a inexistência de uma liberdade onto-antropológica – e por isso diz que o menor jamais deixa de ter, na responsabilidade penal das pessoas colectivas, inversamente, o direito penal liberta, cria, expande aquilo que os órgãos das pessoas colectivas assumem como vontade própria e, por isso, tem legitimidade para as responsabilizar penalmente”. Idem, p. 239.

52 “1 – Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. 2 – As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes (...) a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.”

53 7 – A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

54 SANCTIS, Fausto de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 153.

55 PEREIRA, Vania Samira Doro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem económico-financeira. *Revista Liberdades*, n. 9, jan.-abr. 2012.

56 As teorias mais difundidas são: Teoria causal-naturalística; Teoria Neokantista; Teoria finalista; Teoria social; Teoria funcionalista-teleológica; Teoria funcionalista-radical ou sistêmica.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

referência à capacidade humana de prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme um plano endereçado à realização desses fins.

Na mesma direção, **Galvão da Rocha** explana que [...] a noção de tipo, introduzida por Beling, deu o impulso inicial para a formulação dos conceitos analíticos do delito, sendo que todas as elaborações posteriores ao sistema causalista tomaram como ponto de partida a consideração de que o delito deve ser analisado sob o enfoque da conduta humana. O tipo como ponto de referência para os juízos de ilicitude e culpabilidade, na realidade, representa importante suporte para a função de garantia da lei penal, na medida em que define com clareza o comportamento juridicamente proibido.<sup>57</sup>

Esta conduta humana precisa estar acompanhada pelo elemento subjetivo, qual seja: dolo ou culpa (negligência). Além do elencado, a grosso modo, ainda é necessário a existência da culpabilidade para o preenchimento dos elementos do crime. A culpabilidade consiste no juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato típico e ilícito. Esta culpabilidade é composta por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Fundamentando-se no princípio *Societas Delinquere Non Potest*, na senda da tradição do Direito Romano, a teoria ficção jurídica sustentada por Savigny, afirma que a pessoa jurídica tem existência fictícia e, portanto, não poderia delinquir, seguida nesse ponto pelo Iluminismo, bem como pela Escola clássica.

Não é heresia pensar como **Doro Pereira**,<sup>58</sup> no sentido de que apenas a pessoa natural, o ser humano pode ser ou não considerado imputável dentro do sistema jurídico-penal brasileiro, já que são necessárias tanto a capacidade de entender quanto a capacidade de determinação conforme o entendimento para que ocorra a imputabilidade penal. Não faz sentido falar em imputabilidade penal da pessoa jurídica (pelo menos não nos termos atualmente traçados pelo ordenamento).

Quanto a potencial consciência da ilicitude, também há o forte argumento de que estamos diante de um elemento puramente intelectual, inerente ao humano, já que consciência é exclusividade do único ser pensante conhecido.

Em relação à exigibilidade de conduta diversa, parafraseando **Greco**,<sup>59</sup> trata-se da possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando sua particular condição de pessoa humana.

57 ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 41-42.

58 PEREIRA, Vania Samira Doro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica... cit.

59 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 415.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Nestas perspectivas, apesar da pessoa jurídica fazer parte do mundo jurídico, com personalidade e autonomia para vários atos, no seio criminal não parece razoável sua responsabilização. Nessa senda está **Galvão da Rocha**,<sup>60</sup> **Juarez Cirino**,<sup>61</sup> **Reale Júnior**,<sup>62</sup> **Dotti**,<sup>63</sup> **Duek Marques**<sup>64</sup> dentre outros.

Já no que diz respeito à teoria da pena, seja ela retributiva, preventiva ou mista, todas são destinadas à pessoa. Há uma patente incompatibilidade, já que, por exemplo, de qual maneira uma empresa iria ressocializar? Para se falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica deve-se desprezar inúmeras teorias que são aplicadas no ordenamento jurídico atual.

**Greco**, também discordando desta possibilidade, explana que, com a devida vênia das posições em contrário, entendemos que responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é um verdadeiro retrocesso em nosso Direito Penal. A teoria do crime que temos hoje, depois de tantos avanços terá de ser completamente revista para que possa ter aplicação a Lei 9.605/98. Isso porque, conforme frisou o Min. Cernicchiaro, já encontraremos dificuldades logo no estudo do fato típico. A pessoa jurídica, como sabemos, não possui vontade própria. Quem atua por ela são seus representantes. Ela, como ente jurídico, sem auxílio das pessoas físicas que a dirigem, nada faz. Não se pode falar,

60 O autor sobre o assunto preconiza que a construção teórica do injusto trabalha com elementos subjetivos da conduta que não podem ser aplicados ao exame da atividade ilícita atribuída à pessoa jurídica. Embora capazes de infringir as normas jurídicas a que estão submetidas, as pessoas jurídicas não possuem elemento volitivo em sentido estrito. Não se pode entender que a decisão dos diretores ou do órgão colegiado da pessoa jurídica possa caracterizar uma ação institucional finalisticamente orientada para o ataque ao bem jurídico e, portanto, subsumida ao conceito de dolo. Dolo é o conceito jurídico-penal referido à vontade humana e a pessoa jurídica não tem vontade. Também não se pode falar em tipificar, nos moldes tradicionais, o comportamento da pessoa jurídica. A pessoa jurídica não tem comportamento, não desenvolve conduta. Somente a pessoa física tem comportamento. A pessoa jurídica desenvolve atividades e não se pode considerar tais atividades como ações, no sentido jurídico-penal e ainda: "a aplicação do modelo tradicional da teoria do delito ainda enfrenta importantes problemas relacionados à culpabilidade. O conceito jurídico-penal de culpabilidade é referido à consciência da ilicitude do fato que se expressa na finalidade delitiva da pessoa física. Somente a pessoa humana pode vivenciar o entendimento sobre a ilicitude do fato praticado. Não se pode utilizar o conceito de culpabilidade para responsabilizar a pessoa jurídica. O conceito de culpabilidade não foi elaborado para isso. Nem mesmo a noção normativo-social de culpabilidade se presta a reprovar a pessoa jurídica, como sustentam alguns autores. Para aplicação à pessoa jurídica, o conceito de culpabilidade deve ser modificado em sua essência, passando a apresentar outro conteúdo [...]". Rocha, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica* cit., p. 39.

61 CIRINO, Juarez. Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, em 6 de março de 2001, Curitiba, PR, escreve que: "O conceito de crime, representado pelas categorias do tipo de injusto e da culpabilidade, desenvolvido exclusivamente para o ser humano, capaz de representação e de vontade do fato (dolo, excluído pelo erro de tipo) e do valor do fato (consciência do injusto, excluída pelo erro de proibição), não pode ser (re)construído com base na indefinível vontade pragmática produtora da ação institucional da pessoa jurídica. O conceito de pena, representado pelos objetivos de retribuição da culpabilidade e de prevenção da criminalidade (geral e especial, positiva e negativa), desenvolvido para atuar sobre o complexo de afetos, emoções ou sentimentos da psique humana, capaz de arrependimento, de intimidação e de aprendizagem, não pode incidir sobre a psique impessoal e incorpórea da pessoa jurídica, insuscetível de produzir qualquer das atitudes, estados ou sentimentos humanos pressupostos no discurso jurídico da pena criminal".

62 Toma como base o princípio da individualização da pena, afirma faltar à pessoa jurídica capacidade criminal; bastando-lhe a punição por via administrativa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137-139.

63 O autor considera que os crimes ou delitos e as contravenções não possam ser praticadas pelas pessoas jurídicas, uma vez que a imputabilidade penal só é aplicável aos seres humanos. DOTTI, René Ariel, A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito brasileiro. *RBCCrim*, n. 11, p. 201, jul.-set. 1995.

64 O estudioso admite que aos entes coletivos só se possam atribuir sanções civil ou administrativa, pois a responsabilidade desses entes deriva da vontade de seus representantes, a quem devem ser imputadas as infrações penais. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim I BCCrim*, São Paulo, n. 65, abr. 1998. Edição especial. p. 7.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

portanto, em conduta de pessoa jurídica, pois que, na lição de Pierangeli, “*a vontade de ação ou vontade de conduta é um fenômeno psíquico que inexiste na pessoa jurídica*”.<sup>65</sup>

Para nós, um argumento que milita pela impossibilidade é o de que ninguém será penalmente responsável pela conduta de outrem, logo, partindo da premissa de que pessoa jurídica não tem vontade ou conduta, ela não pode ser sancionada criminalmente por uma conduta meramente humana (princípio da intranscendência penal).

**Galvão da Rocha**<sup>66</sup> ventila a possibilidade de tal punição de forma indireta, como presunção de culpa da pessoa jurídica. Não podemos concordar, já que o sistema vigente não compactua com punição penal por mera presunção.

Por todo o exposto, somos pela impossibilidade da responsabilização da pessoa jurídica em crimes econômicos no ordenamento jurídico brasileiro, até porque a legislação do Brasil admite, de forma incontroversa, a punição da pessoa jurídica, apenas quando se tratar de crimes ambientais. Como visto, a legislação portuguesa autoriza a punição da pessoa coletiva. Apesar da vedação pela legislação brasileira (em nossa ótica e na doutrina e jurisprudência majoritária), existe uma forte corrente que milita para seguir o modelo português, e, ao que tudo parece, apesar de nosso descontentamento, esse é o caminho que o Brasil irá trilhar em um futuro próximo, já que a criminalidade econômica, sobretudo transnacional, está cada dia mais latente em nossa civilização, e, o atual modelo jurídico-penal brasileiro se mostra ineficaz para combater essas novas organizações, porém, somos que o direito penal não pode perder sua essência por fins de política criminal. O Estado deve buscar os meios adequados para garantir a paz social sem macular o sistema da dogmática que vige naquele país continental.

## 9. O direito penal no espaço e o *dumping*

Mesmo duramente críticos à legislação vigente, não podemos nos esquivar de analisar as principais questões acerca do *dumping* e o direito penal. Sendo assim, continuemos.

Caso uma empresa, localizada fora dos domínios territoriais brasileiros, praticar *dumping* no mercado brasileiro, estaria suscetível de responsabilidade jurídico penal? Antes de responder, de fato, a pergunta, vamos tecer algumas considerações sobre o direito penal no espaço.

O movimento iluminista foi, como é notório, de grande importância e influência para a nossa sociedade atual. Um dos legados do período da ilustração e do Tratado de Westfália<sup>67</sup> foi o sentido de que o direito penal e o *jus puniendi*

65 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* cit., p. 179.

66 ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica* cit.

67 Como uma das consequências da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) surgiu o Tratado de Westfália, que marcou não só o fim da batalha, mas também o início de uma nova ordem no velho continente. Foi a partir deste tratado que se solidificou o sentido de soberania estatal. Nasceu ali a igualdade, a horizontalidade da relação entre Estados, desencadeando um acordo de não intervenção e de soberania plena sobre um território (nacional) demarcado, sobre seu Estado-nação. A Lei Fundamental seria peculiar a cada Estado, autônoma e soberana. Apenas o Estado teria “poder” sobre seu povo e este só estaria vinculado às leis nacionais. Além disso, foi inaugurada uma política de relação internacional, onde os países signatários deste acordo poderiam evitar guerras através da política e do diálogo. Como consequência – quase que natural – deste Tratado e da criação formal do Estado-nação, tornou-se exclusivo o *jus puniendi* estatal, onde, qualquer conduta criminosa ocorrida nos limites de seu(s) território(s), por qualquer cidadão, seria de competência do Estado julgar e punir. A recíproca é imperativa, na qual o Estado é obrigado a aceitar que seu cidadão seja punido por outro Estado, se lá infringir as normas penais (princípio da territorialidade). E mais, cabe ao Estado determinar o que é crime. O monopólio da força tornou-se – mais do que nunca – estatal. Hobbes, em sua obra *Leviatã* – de forma mais radical – já ensaiava



01 02 03



01 02



01 02



01 02



estatal deve limitar-se ao território do Estado-nação, assim, as leis de um país, *a priori*, só terão validade e eficácia dentro de seus limites, o *Leviatã* só estará “autorizado” a agir no perímetro (pré) estabelecido, sendo uma questão de soberania.<sup>68</sup> Esta é a regra, sob a guarida do princípio da territorialidade.

Como já elencado, no ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa jurídica (empresa) não é responsabilizada criminalmente, a não ser em situações de crimes ambientais.<sup>69</sup> Assim, adiante iremos nos referir sempre ao indivíduo, que, para a responsabilização jurídico-penal, nestes casos, será a pessoa que, de fato, tinha o domínio da situação, com poder de comando, que realizou o *dumping*, ou seja, o gerente, diretor, a pessoa que o estatuto da empresa outorga o poder de decisão atinente a este procedimento, ou seja, a (s) pessoa (s) responsável (s) pela conduta ilícita.

Se considerarmos que *dumping* é, de fato, crime no ordenamento jurídico brasileiro, tal conduta realizada em outra nação estará passível de sanção penal, já que o art. 6.º do Código Penal brasileiro considera praticado o crime também onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado, assim, mesmo que o *dumping* seja praticado por pessoas no território indiano, desde que o resultado seja produzido no Brasil, estará a justiça brasileira autorizada a processar criminalmente a(s) pessoa(s) responsáveis pela conduta ilícita. Fazendo uma analogia para melhor entendimento, se um cidadão manda uma carta de Portugal para o Brasil com uma substância letal e tal conduta causa a morte de alguém no território brasileiro, a pessoa que enviou a carta poderá ser processada pela justiça brasileira. Além do mais, a lei específica que trata do assunto protagonista deste estudo preconiza, em seu art. 2.º, que práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos serão punidas no Brasil.

Assim como em Portugal, o Brasil adotou a teoria mista<sup>70</sup> em relação ao direito penal no espaço, desta feita, é passível de punição a ação ou omissão criminosa ocorridas em território nacional ou, mesmo se tal conduta for realizada em

tais moldes. O Estado passou – de fato e de direito – a ser o detentor do poder soberano.

68 CAEIRO, Pedro, é no sentido de que, na atualidade, o poder de punir é mais uma responsabilidade para a continuidade da paz social e da segurança da coletividade do que meramente uma questão de soberania. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado – O caso português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010. p. 203 ss.

69 A Constituição Federal brasileira, no § 3.º do art. 255 preconiza que: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. A Lei 9.605/98 determina que: “Art. 2.º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Art. 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. Art. 4.º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. A jurisprudência já se manifestou pela possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em crimes ambientais. Em sentido oposto, René Ariel Dotti, defende que só a pessoa humana tem capacidade genérica de entender e querer, sendo a potencial consciência de ilicitude, isto é, a culpabilidade em si, uma qualidade exclusiva da pessoa física e impossível de ser encontrada no ente jurídico. Assim, por ser desprovida da capacidade de ação, a pessoa coletiva não seria, então, capaz de praticar uma conduta infratora, pois não poderia ser a ela atribuída a culpabilidade inerente à pessoa natural. DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

70 “(...) o legislador, aqui, adoptou uma solução mista, também designada por plurilateral. Queremos com isso significar que não deu primazia ao critério da acção sobre o critério do resultado, nem vice-versa. O lugar da prática do facto é tanto aquele da conduta como aqueloutro da produção do resultado, sendo ambos os critérios igualmente válidos e de valor equivalente”. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito*



01 02 03



01 02



01 02



01 02



qualquer outro lugar do globo, desde que o resultado seja produzido dentro dos domínios brasileiros, a lei penal estará apta a agir. Assim, não há dúvidas que a justiça brasileira está autorizada a punir criminalmente o *dumping* praticado em qualquer lugar do planeta, desde que os resultados sejam produzidos em território brasileiro. Entretanto, aqui pode vir uma dúvida, qual seja? Quando existir um importador no Brasil, quem responderá pela ilicitude?

Em 27.11.2008, o Brasil apresentou pedido de consultas aos EUA a respeito de medidas *antidumping* adotadas pelo Departamento de Comércio desse país (USDOC) com relação à importação de determinados tipos de suco de laranja provenientes do Brasil. (...) Em linhas gerais, o Brasil defendeu que o *dumping* é um conceito relativo ao comportamento do exportador e deve ser definido em relação ao “produto como um todo”. Em outras palavras, quem pratica *dumping* é o exportador – e não o importador (...).<sup>71</sup> Entretanto, na esfera penal a situação é mais complexa. Em casos como o elencado, existirá uma coautoria,<sup>72</sup> logo, em teste, tanto o exportador quanto o importador estarão sujeitos às sanções penais.

### 10. O direito penal e o princípio da proporcionalidade no caso de *dumping*

Existem vários mecanismos para se coibir o *dumping*, razão pela qual nos parece desnecessária e desproporcional a intromissão do direito penal nesta questão. Independentemente da plausibilidade da criminalização do *dumping* ou não, a matéria deve ser tratada de forma proporcional.

Sobre a proporcionalidade no direito penal econômico, não podemos deixar de explanar os dizeres de **Ribeiro Lopes**,<sup>73</sup> quando tece comentário que, é certo, por um lado, que não há nenhum critério formalmente assente para ser utilizado como medida de proporcionalidade, mas tudo está a indicar que tal critério deve ser buscado num juízo de adequabilidade entre a gravidade do preceito sancionatório e a danosidade social do comportamento incriminado.<sup>74</sup>

E ainda, o mesmo autor em outra obra, diz que, a protecção de bens jurídico-penais, principal função do Direito Penal, é conseguida por via da criação de tipos legais de crime, os quais, além de descreverem os comportamentos proibidos (ou impostos), determinam a sanção aplicável ao delito e que varia em função da gravidade daquele. Deste modo, infracções criminais consideradas mais graves reclamam, logo em abstracto, uma reacção penal mais elevada.<sup>75</sup>

penal. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 86.

71 PEREIRA, Celso de Tarso; COSTA, Valéria Mendes; ARAUJO, Leandro Rocha. *100 Casos na OMC: a experiência brasileira em solução de controvérsias*. v. 20, n. 4, p. 130, mar.-maio 2012.

72 “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Código Penal brasileiro.”

73 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

74 Nesta perspectiva, Carbonell Mateu ensina que do princípio da proporcionalidade se deduz a necessidade de que o bem jurídico tenha a suficiente relevância para justificar uma ameaça de privação de liberdade em geral, e uma efetiva limitação da mesma em concreto. Assim, não parece proporcionada a utilização do Direito Penal para obter a limpeza de passeios públicos em face da sujeira provocada pela defecação de cachorros. Também a gravidade da conduta, isto é o grau de lesão ou de perigo por que passa o bem jurídico, tem de ser suficientemente importante para justificar a intervenção do Direito Penal. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996. p. 203.

75 COSTA, José de Faria. *Direito penal especial – Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. p. 15 ss.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Segundo **Anabela Leão**, defendendo o equilíbrio, ensina que, o motivo é, porque a ideia de proporcionalidade é conatural à própria ideia de justiça, que é instituída sempre, não só, mas também, como proporção, justa medida.<sup>76</sup>

O constitucionalista **Gomes Canotilho**, sobre este assunto ensina que, o princípio da proporcionalidade (também chamado princípio da proibição de excesso) desdobra-se em três subprincípios: (a) princípio da adequação (também designado por princípio da idoneidade), isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) princípio da exigibilidade (também chamado princípio da necessidade ou da indispensabilidade), ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; (c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionais, excessivas em relação aos fins obtidos.<sup>77</sup>

Neste compasso, estaríamos, da mesma forma, perante um desequilíbrio quando o legislador exacerba, apenando de forma desproporcional (severamente) determinadas condutas em dicotomia com sanções menos drásticas, ou que, esteja em desacordo (desproporcional) com outra pena em abstrato positivada no mesmo ordenamento jurídico “unitário”, sem existir uma real necessidade para essa desproporção. Esse procedimento também é vedado ao magistrado.

**Lenio Streck**, na mesma senda explícita que, não se ignora que a determinação acerca do tipo de proteção (sanção) a ser aplicada aos bens jurídicos é tarefa precípua do legislador. Isto parece mais do que óbvio, sob pena de violação do princípio da reserva legal. Entretanto, como ficou bem assentado pelo Bundesverfassungsgericht na discussão do acórdão BVerfGE 88, 203, é também verdade que o legislador deverá observar a proibição de proteção deficiente, sendo que, sob tais circunstâncias, estará ele sujeito ao controle jurisdicional de constitucionalidade, uma vez que – e aqui vem a questão principal daquele julgamento, “*as prescrições que o legislador expede devem ser suficientes a uma adequada e efetiva proteção, devendo estar fundamentadas em cuidadosas investigações e em avaliações plausíveis*” (BVerfGE, 88, 203).<sup>78</sup>

E ainda: Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas. Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais.

**Vitalino Canas** ensina que, como percussora do princípio da proibição do excesso, poderá aludir-se apenas a uma intuição ou uma ideia mais ou menos difusa de proporção, de repulsa pelo excesso, ou de necessidade. Com efeito,

<sup>76</sup> LEÃO, Anabela. *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*. Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito do Porto. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001. p. 999-1039.

<sup>77</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>78</sup> STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, ano 2004.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



muito antes de se suspeitar sequer que iria haver um princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade já era possível vislumbrar sinais de uma idéia de proibição do excesso ou de proporção. Invocam-se, aliás, trabalhos de Blackstone e de Beccaria como prova de que se trata de conceitos nutridos no próprio berço da modernidade.<sup>79</sup>

Diante do elencando, temos que, além da equivocada criminalização de determinadas modalidades do *dumping*, a pena cominada é desproporcional em relação a de outros crimes existentes. Segue alguns exemplos de crimes no ordenamento jurídico brasileiro que têm a pena menor ou igual à do *dumping*: aborto (art. 124), abandono de incapaz (art. 133), sequestro e cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), estelionato (art. 171), receptação (art. 180), assédio sexual (art. 216-a), corrupção de menores (art. 218), formação de quadrilha (art. 288), porte ilegal de arma (art. 14 da Lei 10.826).

Como visto, não nos parece razoável a sanção determinada pelo artigo em estudo. O legislador brasileiro precisa vincular as novas leis com todo o sistema. Não se deve sancionar uma lei esquecendo o todo, entretanto, essa parece ser a tendência do atual legislativo do país sul-americano. O projeto do novo<sup>80</sup> Código Penal do Brasil possui cada desproporcionalidade que deixa a nação perplexa e envergonhada. São tendências populistas para dar uma satisfação momentânea à sociedade e à imprensa sensacionalista, fazendo que as leis jurídico-penais brasileiras tenham disparates inaceitáveis.

## 11. Aparando arestas

O tema proposto é complexo e, por se tratar de uma lei nova, torna nosso caminho sinuoso, assim, podemos deixar passar alguns pontos importantes sem uma devida análise, todavia vamos, neste capítulo, tentar levantar algumas questões que nos parecem imprescindíveis.

Temos que ter, de forma clara, que, para configurar crime, o ordenamento jurídico brasileiro exige, quando não prevista a modalidade culposa (negligente), o dolo. E como no tipo penal em análise não existe a forma culposa, é indispensável à caracterização do dolo para se falar em crime. Assim, se dentro de uma empresa, um colegiado de diretores se reúne para decidir estratégias comerciais, ficando acordado, por maioria, a prática do *dumping* criminoso no Brasil, *a priori*, apenas os diretores que votaram pelo procedimento estarão suscetíveis de punição criminal.

Também é de suma importância deixar claro que, mesmo se a conduta (e a pessoa ou empresa por ela responsável) for condenada na esfera cível, tributária ou administrativa, não desautoriza a justiça penal em sancionar, os processos são autônomos.<sup>81</sup>

79 CANAS, Vitalino. O princípio da proibição de excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976*. 1997. v. II.

80 "Art. 394. Deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Pena - prisão, de um a dois anos. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço a um sexto, se o crime é cometido por servidor público com atribuição em matéria ambiental. Nota-se que este crime possui a pena maior que a omissão de socorro de humanos. Art. 132. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - prisão, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, em qualquer grau, e triplicada, se resulta a morte."

81 "Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (Cade e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário in casu, por força



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Já superada a fase do direito penal no espaço, onde ficou evidenciado que a lei brasileira ataca práticas desempenhadas fora de seus domínios, desde que, o resultado se produza em solo brasileiro, e de que, para a configuração do crime tipificado no art. 4.º da Lei 8.137, com a nova redação dada pela Lei 12.529, é indispensável o ajuste de mais de uma empresa. Logo, o *dumping*, praticado isoladamente, por uma empresa, não configura crime, no teor da referida lei. Só será crime se participarem da prática ilícita duas ou mais empresas. A lei penal não admite alargamento em sua interpretação.

Imaginemos duas empresas, uma portuguesa (P) e uma brasileira (B). As duas fazem negócios há anos. A empresa P vende o produto X para a empresa B distribuir no Brasil. Em um determinado momento, as duas empresas articulam para praticar *dumping* do produto X, no Brasil. Tal fato configurará crime tipificado no artigo supra, já que o *dumping* ocorreu com o conluio de mais de uma empresa.

Agora, se uma empresa mexicana possuir filial no Brasil e a transação (exportação e importação), mesmo com o *dumping*, ocorrer entre o mesmo grupo empresarial, entendemos não ser crime, já que, apesar de, formalmente existir duas empresas, com registros diferentes, a empresa, de fato, é única.

Como é notório, o Brasil é um país de dimensão continental e possui uma economia forte. Assim e como preconiza a lei em tela, não é necessário o domínio de todo o mercado brasileiro para se falar em crime, é exigido que esta hegemonia seja apenas parcial. Logo, se duas empresas, com o *dumping*, aniquilarem e dominarem o mercado de uma cidade de médio porte, já estaremos diante de uma situação criminosa. Nota-se, que a comprovação na esfera criminal é de extrema dificuldade, o processo penal possui uma peculiaridade ímpar, onde as garantias e os direitos fundamentais não podem ser suprimidos, onde o contraditório vigora de forma alargada, onde o acusado não está obrigado a produzir provas contra ele mesmo, dentre outras formalidades que torna uma condenação em tempo hábil em casos de *dumping* improvável.

Independente de nossa opinião acerca da razoabilidade do tipo penal que pune determinados tipos de *dumping*, a lei existe e deve ser cumprida, esse é o sistema. Um Estado Democrático de Direito que se preze não admite, em situações ordinárias, abdicar de apenar um cidadão que comete um crime. Assim, entendemos que, para uma eficaz aplicabilidade da lei, deveria ser acordado entre as nações formas de melhor interação entre as justiças, a fim de se evitar a prescrição, e, conseqüentemente, a impunibilidade. Nosso tempo, como já discorreremos, não “tolera” lentidão, o digital é a regra, a comunicação é instantânea, as fronteiras e as barreiras estão desaparecendo, as relações são “gasosas” e tempo é dinheiro. Nessa realidade, não seria demais o judiciário de um país estar em direta (sem

---

*do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, a fortiori, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional. (...) Explica-se a inovação legislativa pelas modificações sofridas pela economia brasileira, com a sua recente abertura para o capital estrangeiro, em virtude da globalização que impera no mundo inteiro. A fim de evitar situações de dumping ou outras manobras ilegais, a ação civil pública tem a necessária dimensão, densidade e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 26. ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 198-199). “16. Inexiste violação ao princípio do ne bis in idem, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, in casu, perante a SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes” (STJ, REsp 677585 RS 2004/0126889-8, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.12.2005).*



01 02 03



01 02



01 02



01 02



exacerbada burocracia) comunicação com o de outra nação. Acordos devem ser firmados, para interligar, de forma ágil, as justiças, e, assim, permitir a oitiva de testemunhas e réus antes que a prescrição ocorra.

Em sentido não muito diverso, os variados Estados precisam “modernizar”, de forma conjunta e recíproca, meios de se executar uma sentença (pena) prolatada em outro país. Nada adianta um dispendioso e complexo processo chegar ao fim se a sentença não será, de fato, executada. Esse é um caminho que precisa ser trilhado com urgência. Há indícios de que essa é a tendência. O Tribunal Penal Internacional, apesar de não ser propriamente o que estamos exprimindo, é uma prova de que a comunidade mundial já atentou para a necessidade de se punir determinados tipos de crimes independentemente da nacionalidade do acusado e local do delito. Nesta perspectiva, salutar seria a implementação de meios de cumprimento de sentença, ou mesmo de extradição, através de acordos internacionais, de fato, executáveis.

## 12. Conclusão

Concluimos que o comércio é inerente à raça humana, sendo mais uma forma comunicacional, onde, através dele, é possibilitado ao cidadão, além de produzir riqueza, usufruir de produtos fundamentais e outros até dispensáveis. Nesta perspectiva, o comércio se expandiu, atravessando fronteiras e oceanos. Diante dessa cada vez mais volumosa relação comercial, para se evitar conflitos (armados ou não), mostrou-se imprescindível uma devida e complexa regulamentação, surgindo aí, o GATT e, décadas após, a OMC.

Um dos pontos amplamente debatidos e regulamentados neste contexto se relaciona ao *dumping* e, conseqüentemente, à tributação *antidumping*. Essa prática comercial é passível de medidas de salvaguarda na esfera da OMC e de algumas sanções em determinadas legislações nacionais, sobretudo no âmbito administrativo. Esse é o caminho, entretanto, de forma desnecessária, que a legislação brasileira pune algumas práticas de *dumping* na esfera penal. O art. 4.º da Lei 8.137, com a nova redação dada pela Lei 12.529 sanciona, com pena de dois a cinco anos de reclusão, o *dumping* quando ajustado por mais de uma empresa.

Somos críticos, como ficou evidenciado, da intromissão do direito criminal em situações de *dumping*. Partindo da premissa de fragmentariedade, subsidiariedade e desaguando no direito penal como *ultima ratio*, parece-nos inoportuno que este ramo do direito movimente sua máquina, tendo em vista que, como explicitado, as esferas administrativas, cíveis e mesmo no seio da OMC são suficientemente capazes de solucionar e inibir essa prática indesejada. A engrenagem do direito penal, em um Estado Democrático de Direito, não deve, ou não deveria, ser acionada nestas situações. Utilizando outro panorama como horizonte, agora sob o viés utilitarista (ou mesmo funcionalista), temos que, o trâmite processual em casos de *dumping* internacional seria extremamente demorado e de difícil execução de pena, em caso de uma eventual condenação. Os processos, em situações complexas envolvendo réus residentes em outro ou outros países, costumam, em sua maioria (absoluta, para não dizer todos), demorar vários e vários anos para findar-se, fazendo com que a prescrição seja a regra.

Acerca da possibilidade, ou não, de responsabilização da pessoa jurídica no domínio criminal, apesar de vários ordenamentos jurídicos admitirem, o sistema brasileiro “ainda” o proíbe. Essa vedação se justifica por vários princípios da dogmática penal, dentre eles a função da pena e a teoria do delito, entretanto, a tendência mundial, tendo em vista



01

02

03



01

02



01

02



01

02



o aumento da criminalidade econômica, é pela admissão de tal procedimento, permitindo que a empresa “sente” no banco dos réus.

O Brasil, assim como Portugal e a maioria dos países ocidentais, está apto a processar e punir, na esfera penal, crimes em que a ação ocorra em qualquer nação, entretanto, para isso, imperativo que o resultado danoso se produza em território brasileiro. Assim, o *dumping* praticado no curso das relações do comércio internacional, independente do país exportador, será passível de sanção jurídico criminal.

Além de ser prescindível, o crime de *dumping* possui uma pena desproporcional, se levarmos em consideração outros tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro. O legislador não se ateu a todo conteúdo normativo e excedeu ao editar a legislação atinente à matéria. O crime de formação de quadrilha ou de sequestro e cárcere privado possui uma sanção inferior à de *dumping*, ficando patente o desequilíbrio.

Enfim, o *dumping* é uma prática usual que ocorre há vários anos e precisa ser regulada com o devido cuidado que a complexidade atinente à matéria exige, até porque existem modalidades e circunstâncias que o *dumping* é aceitável e até “recomendado”. O comércio internacional tende a expandir ainda mais, se consolidando como uma das mais importantes relações humanas. O direito penal ainda não está, em sua atual configuração, preparado para, de forma satisfatória, intervir nessa relação extremamente múltipla.

### 13. Referências bibliográficas

BENTLEY, Philip; SILBERSTON, Aubrey. *Antidumping and Countervailing Action - Limits Imposed by Economic and Legal Theory*, EE, 2007.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição de excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976*. 1997. v. II.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado - O caso português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

CIRINO, Juarez. Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC, Curitiba, PR, 06.03.2001.

COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal). In: *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

COSTA, José de Faria. *Direito penal especial - Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. O direito, a fragmentariedade e o nosso tempo. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Breves reflexões sobre o Decreto-Lei 207-B/75 e o direito penal económico. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1976. Sep. de: *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano 2 (1976).

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico, notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982), *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano 8 (1992).

CUNHA, Luís Pedro. *Lições de relações económicas externas*. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. *O sistema comercial multilateral face aos espaços de integração regional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Coimbra, 2006.

DIAS, Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 117/73 (1984, 1985).

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito brasileiro. *RBCrim*, n. 11, jul.-set. 1995.

\_\_\_\_\_. Incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DOUGLAS NELSON e HYLKE VANDENBUSSCHE, *The WTO and Antidumping - Critical Perspectives on the Global Trading System and the WTO 7*, v. I, EE, 2005.

ESTY, Daniel C. *The World Trade Organization's Legitimacy Crisis* (2002). Faculty Scholarship Series.

FERRACIOLI, Paulo. Do GATT à OMC: a regulação do Comércio Internacional, 2007. Disponível em: <<http://www.eclac.org/dmaah/noticias/paginas/9/28579/OMCna.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Silvia M. *Antidumping, subsídios e medidas compensatórias*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

JACKSON, John. *The World Trading System - Law and Policy of International Economic Relations*. 2. ed. Cambridge, 1998.

LEÃO, Anabela. *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*. Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito do Porto. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

LOPES, Cidreiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2002.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim I BCCrim*, São Paulo, n. 65, abr. 1998. Edição especial.

MOTA, Pedro Infante. *O sistema GATT/OMC: Introdução histórica e princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEREIRA, Celso de Tarso; COSTA, Valéria Mendes; ARAUJO, Leandro Rocha. 100 Casos na OMC: a experiência brasileira em solução de controvérsias. v. 20, n. 4, p. 130, mar.-maio 2012.

PEREIRA, Vania Samira Doro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômico-financeira. *Revista Liberdades*, n. 9, jan.-abr. 2012.

POMFRET, Richard. *The Economics of Regional Trading Arrangements*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANCTIS, Fausto de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas, SP: Millennium, 2003.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, ano 2004.

THORSTENSEN, Vera. *Comunidade Européia: líder do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

Site consultado: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-oministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/curso-sobre-solucao-de-controversias-na-omc-portugues/3.6-medidas-antidumping>>, acesso em: 8 maio 2013.



01

02

03



01

02



01

02



01

02



## Marcha da maconha: da apologia ao exercício de direitos fundamentais

Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Advogado criminal, graduado em direito pela FGV Direito SP.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é produzir uma reflexão sociologicamente orientada a respeito da mobilização institucional operacionalizada no sistema de justiça criminal brasileiro entre os anos de 2008 e 2011 para proibir a realização da Marcha da Maconha em diversas cidades do país. O argumento central desenvolvido no artigo entre os anos de 2008 e 2011 a criminalização do movimento Marcha da Maconha operou de modo a rotular um grupo como desviante em razão da aversão ao tema proposto para discussão pelo movimento. O argumento é desenvolvido a partir da concepção de *desvio* de Howard Becker, complementada pelo diagnóstico de George Mead sobre a racionalidade das instituições de direito criminal.

**Palavras-chave:** Marcha da Maconha; Política de drogas; Liberdade de expressão; Desvio; Criminalização da liberdade.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. O desvio e o sistema de justiça criminal: 2.1 O desvio; 2.2 *Outsiders* e o Sistema de Justiça Criminal - 3. Marcha da Maconha: da repressão à afirmação de direitos fundamentais: 3.1 Reconstruindo a repressão: 3.1.1 Mobilização institucional; 3.1.2 Estratégia não tão óbvia; 3.1.3 As decisões: de maconha não se fala; 3.2 Podem falar, podem gritar, só não podem fumar: o STF e a liberdade de expressão - 4. Mobilização institucional e formação do desvio: criminalização da liberdade de expressão: 4.1 Marchantes falsamente acusados de desviantes - 5. Conclusão - Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

*“Legalize já, legalize já, uma erva natural não pode te prejudicar!”* - Assim terminava o show da banda Planet Hemp em Brasília, no dia 09.11.1997, e começava sua primeira batalha jurídica oficial contra a criminalização da maconha no Brasil. Tão logo os integrantes da banda retornaram ao camarim foram surpreendidos por vinte policiais civis da Coordenação de Polícia Especializada (CPE/DF): *“Vocês estão presos em flagrante por apologia ao uso de entorpecentes. Lei Antitóxica, art. 12, § 2.º, III”*.<sup>1</sup>

Desde sua criação, em 1993, a banda Planet Hemp levantou publicamente a bandeira da descriminalização da maconha no Brasil. A missão do grupo parece nunca ter se restringido à produção musical. Com a prisão de todos os integrantes da banda em novembro de 1997 sua missão política atingiu um novo patamar: ativistas, políticos, advogados, artistas e ONGs saíram em defesa grupo urrando a necessidade de cessar a arbitrariedade cometida. Mais que isso, a prisão da banda acendeu as primeiras chamas do debate público sobre a política de controle da canábis e forneceu os primeiros pilares sobre os quais a militância antiproibicionista brasileira iria se constituir.

<sup>1</sup> Relato apresentado pelo vocalista da banda, Marcelo Maldonado Peixoto, o Marcelo D2, à Revista Veja em novembro de 1997. A reportagem está disponível em: <[http://veja.abril.com.br/191197/p\\_124.html](http://veja.abril.com.br/191197/p_124.html)>. Acesso em: 22 nov. 2014.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



O objetivo deste artigo é produzir uma reflexão sociologicamente orientada a respeito da mobilização institucional operacionalizada no sistema de justiça criminal brasileiro entre os anos de 2008 e 2011 para proibir a realização da Marcha da Maconha em diversas cidades do país. Uma reflexão porque aqui se pretende, essencialmente, apresentar um conjunto de ideias. Sociologicamente orientada porque a construção destas ideias se dará através da articulação de elementos e *categorias*<sup>2</sup> apresentados por alguns dos sociólogos que se debruçaram sobre os aspectos aqui abordados.

Uma particularidade da reflexão desenvolvida aqui deve ser exposta: a relação entre os elementos da sociologia jurídica e o conjunto de eventos descrito será em grande parte estabelecida por meio da interpretação e decodificação de documentos jurídicos – as decisões judiciais. Aspectos qualitativos da fundamentação jurídica, em seus detalhes, serão considerados e comporão as ideias ao redor da hipótese que se apresentará.<sup>3</sup>

As palavras interpretação e decodificação aqui serão utilizadas em um sentido específico e complementar. Interpretação refere-se a uma leitura singular<sup>4</sup> de argumentos jurídicos lançados nas decisões judiciais. Não se pretende, porém, realizar qualquer tipo de avaliação, jurídica ou não, sobre esses argumentos.<sup>5</sup> O objetivo é, nessa parte, decodificar a argumentação jurídica, traduzir a linguagem técnica do direito lançada nas decisões judiciais de modo a extrair elementos para compor a reflexão proposta. Decodificar, portanto, refere-se à tradução do *código*<sup>6</sup> jurídico, da linguagem técnica, em linguagem acessível a não juristas. A interpretação e a decodificação dos documentos jurídicos,

2 *Categoria* será aqui entendida como expressão linguística que remete a um conjunto específico de ideias. As *categorias*, no sentido exposto, servirão para orientar a reflexão desenvolvida. A concepção é ampla, refere-se a “[...] qualquer noção que sirva como regra para a investigação ou para sua expressão linguística em um campo” (ABBAGNANO, 1974: 147). Conquanto a utilização do vocábulo se dê de várias formas em diferentes contextos, a escolha foi proposital: as *categorias* aqui serão utilizadas tão somente para conduzir a reflexão e nortear as interpretações lançadas. Não se pretende discutir a validade das *categorias* ou de seus pressupostos. Também não se pretende apontar que apenas essas *categorias* e seus elementos fornecem subsídios válidos para compreender os eventos de que trata este artigo. Muito ao contrário, reconhece-se de início que as ideias aqui articuladas são apenas uma de muitas formas de compreender a cruzada judicial emplacada contra a Marcha da Maconha no Brasil.

3 Para desenvolver as ideias pretendidas neste artigo utilizarei a concepção de *fundamentação jurídica* de Alexy (2008: 117-139; 2011: 19-40). Para o autor, a fundamentação, sobretudo das decisões de quaisquer entes estatais com poderes adjudicatórios, tem um papel importante na determinação da coerência interna da ordem jurídica enquanto sistema (ALEXY, 2011: 20-22). Fundamentação é a argumentação jurídica utilizada para motivar decisões estatais. A argumentação, por sua vez, envolve ao menos a articulação de dois elementos básicos: uma norma jurídica extraída de alguma fonte do direito (leis, diplomas normativos de qualquer natureza, precedentes judiciais, direito consuetudinário, doutrina jurídica) que se aplica a um evento ou conjunto de eventos do mundo empírico (ALEXY, 2008: 121-124). No caso do direito brasileiro, a fundamentação jurídica é reconhecida como um dever estatal de ordem constitucional, já que tem previsão no art. 93, IX, da Constituição Federal do Brasil, do qual deriva um princípio conhecido na literatura jurídica como princípio da motivação das decisões judiciais.

4 Embora possa soar pleonástica a expressão “uma leitura singular” (afinal, o artigo *uma* indica, por si, a singularidade), sinto que aqui vale a precisão comunicacional do sentido em detrimento da imperfeição técnica semântica. Pretendo com isso dizer que aqui apresento uma leitura, das muitas possíveis, sobre os argumentos jurídicos e as mobilizações institucionais que giraram em torno da proibição da Marcha da Maconha. Não tenho qualquer pretensão de avaliar a correção jurídica das decisões ou a qualidade da fundamentação nelas presente. A única avaliação sobre as decisões e sua fundamentação que comporá este trabalho é explicitada no corpo do artigo e tem por base o contraste com o que decidiu o STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274.

5 Daí a complementaridade dos sentidos de interpretação e decodificação aludida: é uma interpretação na medida em que reflete uma visão, uma perspectiva singular, e é uma decodificação na medida em que essa perspectiva singular é sobre a leitura e tradução de argumentos jurídicos e elementos técnicos do direito.

6 Código é, segundo Luhmann, a comunicação distintiva de que os sistemas sociais se utilizam para diferenciar-se dos demais. O direito enquanto sistema social opera segundo um código específico, o código *lícito/ilícito* (MOELLER, 2006: 216). A argumentação jurídica, no sentido aqui apresentado (ALEXY, 2008: 121-124) é um dos componentes da determinação do código jurídico, notadamente quando se está diante da argumentação jurídica lançada em decisões judiciais.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



no entanto, servirão aqui de instrumento ou ferramenta para uma reflexão orientada pela perspectiva da sociologia, sobretudo da sociologia do desvio, como se verá adiante.

O argumento central que norteará as reflexões deste artigo é o seguinte: entre os anos de 2008 e 2011 a criminalização do movimento Marcha da Maconha operou de modo a rotular um grupo como desviante – os participantes da Marcha<sup>7</sup> – em razão da aversão ao tema proposto para discussão pelo movimento – a descriminalização da maconha.

O argumento será desenvolvido a partir da reconstrução de parte significativa dos conflitos jurídicos que circunscreveram os primeiros anos de atuação da Marcha da Maconha. Aqui não se pretende promover uma investigação científica minuciosa sobre os eventos. Também não há qualquer pretensão de afirmar que as reflexões apresentadas são as únicas formas de compreensão e interpretação dos eventos tratados. Muito ao contrário: é justamente por reconhecer a possibilidade de múltiplas reflexões orientadas por perspectivas distintas que este artigo é elaborado neste formato, com as limitações que dele advêm e que a todo tempo serão expostas para indicar o sentido para o qual os argumentos desenvolvidos apontam.

No decorrer do artigo utilizarei elementos das obras de dois sociólogos, ao menos em dois aspectos distintos: (a) as reflexões sobre a atuação do sistema de justiça criminal serão orientadas principalmente pela categoria do *desvio* enquanto resultado de um processo bem-sucedido de rotulação, na formulação de **Howard Becker**, e (b) complementadas pelo diagnóstico de **George Mead** sobre a finalidade e a racionalidade das instituições de direito criminal.

Pretendo estabelecer uma relação de composição entre os elementos selecionados desses dois autores para permitir a observação de etapas distintas de um processo (aqui entendido como sequência temporal de eventos), sob as perspectivas que melhor se adequam ao que está sendo observado. Nesse sentido, para compreender o movimento concreto de criminalização da Marcha da Maconha emprestarei a noção de desvio e rotulação do desviante na formulação de **Becker**. Para compreender *porque* a proibição da Marcha operou através da mobilização do sistema de justiça criminal, com a imputação de crimes aos participantes do movimento, emprestarei de **Mead** a ideia de que o direito criminal tem papel importante na determinação do (não) pertencimento de um sujeito a uma comunidade e o processo criminal é um processo de verificação de requisitos para a perda da cidadania.<sup>8</sup>

Essa abordagem traz consigo ao menos um grande desafio e duas limitações. O desafio é o de conseguir sistematizar os elementos emprestados dos dois autores para articular as singularidades de cada perspectiva na compreensão de um fenômeno complexo e multifacetado. Será preciso, portanto, operacionalizar os conceitos inserindo-os em uma linha de raciocínio coesa a respeito dos eventos que serão abordados.

<sup>7</sup> Neste artigo o movimento Marcha da Maconha será tratado por vezes apenas como “Marcha”.

<sup>8</sup> Refiro-me aqui à noção apresentada por Mead de que a perda da cidadania opera com supressão de direitos individuais, políticos e sociais que pode decorrer da imputação criminal. Conquanto a concepção seja jurídica e talvez demasiadamente restritiva, é suficiente para desenvolver o argumento pretendido neste artigo. Há outros aspectos de frustração da cidadania, em concepção que transcende o sistema jurídico, decorrentes da imputação criminal bem-sucedida, como reconhece Mead (1918: 588-589). Basta aqui, porém, apontar que o exercício da cidadania é em grande medida frustrado em decorrência da persecução penal, o que se mostra ainda mais evidente diante de uma condenação criminal transitada em julgado.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



As limitações da abordagem são comuns a estudos deste tipo e, em geral, se manifestam em duas ordens. Por um lado, ao emprestar apenas alguns elementos de autores distintos abre-se mão da possibilidade de explorá-los com maior profundidade, sobretudo no que diz respeito à articulação com outros elementos das obras dos próprios autores. Por outro lado, conquanto essa abordagem “multifacetada” contribua para orientar melhor a compreensão dos eventos, trata-se de apenas uma das múltiplas formas de interpretação possíveis.

As quatro seções subsequentes são estruturadas para discutir a articulação institucional no sistema de justiça criminal brasileiro operada para proibir a realização da Marcha da Maconha à luz da sociologia do desvio. A próxima seção apresenta as especificidades dos elementos da sociologia que pretendo utilizar e a forma pela qual pretendo sistematizá-los na condução das reflexões deste artigo. A seção seguinte apresenta um breve panorama do que é a Marcha da Maconha e do formato da articulação institucional para proibir a realização dos eventos. A quarta seção discute como o “caso” da Marcha, com suas particularidades, se relaciona com os elementos conceituais teóricos que norteiam este artigo, com ênfase na discussão do processo de rotulação e de construção do desvio através do sistema de justiça criminal. A última seção apresenta as considerações finais e algumas provocações para futuras discussões.

Estas são as questões que pretendo abordar neste artigo, no formato de reflexões destinadas a contribuir para a produção de conhecimento sobre o sistema de justiça criminal.

## 2. O desvio e o sistema de justiça criminal

### 2.1 O desvio

Para desenvolver a reflexão central aqui pretendida emprestarei a concepção de *desvio* tal qual formulada por **Howard Becker** em *Outsiders*. Muito embora a sociologia do desvio tenha se debruçado sobre a conceptualização do desvio desde o início do século XX,<sup>9</sup> é com a formulação de **Becker** que o campo sofre uma virada importante no direcionamento das pesquisas. *Outsiders* teve um papel fundamental na reestruturação da chamada “teoria da rotulação” (BECKER, 2008: 179-194) para incorporar novos pressupostos, novas abordagens e, conseqüentemente, novos métodos de pesquisa.

**Becker** propõe que o desvio seja compreendido como uma criação social oriunda de um processo que envolve, de um lado, (a) a criação de regras e aplicação delas a indivíduos particulares e, de outro, (b) a percepção da conduta como desviante. Nas suas palavras:

*“Quero dizer, isto sim, que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘infrator’.*”

9 Merton (1957) e Parsons (1957: 249-325), por exemplo, cuja produção acadêmica é associada à Escola de Chicago, capitanearam o debate acadêmico sobre o desvio através da teoria da desorganização social. Essa construção do desvio através da noção de desorganização social é rejeitada por Becker (2008: 20), sob o argumento de que ela parte de um pressuposto de categorização dos atos (e valores) sociais como funcionais ou disfuncionais, em analogia à noção médica de saúde/doença.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

*O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal” (BECKER, 2008: 21-22).<sup>10</sup>*

Nessa formulação, portanto, “*se um dado ato é desviante ou não depende em parte da natureza do ato (isto é, se ele viola ou não viola alguma regra) e em parte do que outras pessoas fazem acerca dele*” (BECKER, 2008: 26). Ou seja, para que uma conduta seja rotulada como desviante é necessário: (i) que exista uma regra (de qualquer tipo, moral, ética, jurídica, cultural, religiosa); (ii) que esta regra seja aplicada a um indivíduo ou grupo de indivíduos; e (iii) que haja uma reação social à conduta, percebendo-a como desviante.<sup>11</sup> Preenchidos estes três requisitos, aplica-se com sucesso ao indivíduo o rótulo de desviante, o que lhe garantirá o atributo de *outsider* – e é justamente nesse aspecto que buscarei a complementaridade teórica na obra de Mead para compreender o papel do sistema de justiça criminal no caso da Marcha da Maconha.

Há ainda duas outras contribuições de **Becker** que pretendo utilizar neste artigo. A primeira delas é a ideia de que o desvio é fruto de um empreendimento das instituições de controle social que opera tanto para criação das regras quanto para a aplicação de regras já existentes a indivíduos, como parte do processo de formação do desvio. Importa-nos especialmente para o presente artigo o “empreendimento na aplicação de regras já existentes”:

*“O desvio é também produto de empreendimento no mais estreito e particular sentido. Depois que passou a existir, uma regra deve ser aplicada a pessoas particulares antes que a classe abstrata dos outsiders criada pela regra se veja povoada. Infratores devem ser descobertos, identificados, presos e condenados (ou notados como ‘diferentes’ e estigmatizados por sua não conformidade, como no caso de grupos desviantes legais como os músicos de casa noturna). Essa tarefa em geral é atribuição dos impositores profissionais, os quais, ao impor regras já existentes, criam desviantes particulares que a sociedade vê como outsiders” (BECKER, 2008: 167).*

Empreendimentos feitos para aplicação de regras já existentes, portanto, compreendem o conjunto de esforços empregados pelas agências de controle para fazer valer a incidência de normas sobre determinadas condutas. Compõem, portanto, parte importante do processo de rotulação, impactando de forma considerável a definição dos indivíduos e grupos desviantes em determinada comunidade.

A outra contribuição de **Becker** que utilizarei é a de que o processo de rotulação não necessariamente implicará o reconhecimento de um indivíduo que realmente infringiu uma norma e cometeu um ato desviante. O autor alerta que os estudiosos do desvio “*não podem supor que essas pessoas cometeram realmente um ato desviante ou infringiram alguma regra, porque o processo de rotulação pode não ser infalível*” (2008: 22).

<sup>10</sup> Becker aponta, porém, que outras formulações em sentido parecido haviam sido lançadas por Tannembaum (1938), Lemert (1972) e Kitsuse (1962: 247-256). Becker reconhece que esses três autores apresentaram concepções do desvio que incorporavam as questões centrais que *Outsiders* aborda: trata-se uma consequência, um resultado criado por um processo de rotulação que envolve criação e aplicação de regras, bem como a percepção social ou da comunidade do indivíduo como desviante (BECKER, 2008: 22 e 210 – nota de rodapé 2).

<sup>11</sup> “[...] (o desvio) [é] antes o produto de um processo que envolve reações de outras pessoas ao comportamento. O mesmo comportamento pode ser uma infração das regras num momento e não em outro; pode ser uma infração quando cometido por uma pessoa, mas não quando cometido por outra; algumas regras são infringidas com impunidade, outras não” (BECKER, 2008: 26).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



A dimensão da reação social<sup>12</sup> à conduta é o que, para **Becker**, escancara a falibilidade do processo de rotulação, já que nem todas as condutas que violam regras são percebidas como desviantes e nem todos que são percebidos como desviantes violaram alguma regra (sendo esse segundo aspecto de particular relevância para este artigo, como se verá).

Para conjugar as duas dimensões distintas que afetam o processo de criação do desvio, **Becker** cria uma *tipologia* própria para o desvio, com quatro tipos de desviantes. A tipologia é estabelecida com base no cruzamento entre dois eixos, que correspondem às duas dimensões centrais do processo de rotulação – a dimensão da violação ou não de uma norma e a dimensão da percepção ou não da conduta como desviante. O resultado pode ser apresentado da seguinte maneira:

|                              | Comportamento apropriado | Comportamento infrator |
|------------------------------|--------------------------|------------------------|
| Percebido como desviante     | FALSAMENTE ACUSADO       | DESVIANTE PURO         |
| Não percebido como desviante | APROPRIADO               | DESVIANTE SECRETO      |

Tabela 1 – Extraído de **Becker**, 2008: 32.

Neste artigo, como se argumentará adiante, sugiro uma leitura dos eventos que culminaram na proibição da Marcha da Maconha entre 2008 e 2011 que implica reconhecer que, durante este período e em alguns lugares do Brasil, os integrantes do movimento foram rotulados como desviantes, do tipo “falsamente acusados”.

Voltaremos a este ponto na quarta seção deste artigo, em que será fundamentado o cabimento da qualificação dos participantes da Marcha no tipo “desviantes falsamente acusados”. Utilizarei um parâmetro objetivo e pressuposto, que não discutirei, para definir a apropriação da conduta dos integrantes e argumentarei em torno da articulação institucional para mobilização do sistema de justiça criminal como indicativo da percepção da conduta como desviante.

### 2.2 Outsiders e o Sistema de Justiça Criminal

A consequência da rotulação bem-sucedida é a criação do desvio e a qualificação do indivíduo como desviante. O rótulo aplicado ao desviante com sucesso traz consigo uma importante implicação da perspectiva da inserção do indivíduo na comunidade. O desviante é, em geral,<sup>13</sup> percebido como um *outsider*, alguém que não *pertence* à

<sup>12</sup> “Se um ato é ou não desviante, portanto, depende de como outras pessoas reagem a ele” (BECKER, 2008: 24).

<sup>13</sup> Em geral porque é preciso reconhecer a excepcionalidade do caso do *desviante secreto* – ou seja, aquele que viola uma norma e não é percebido como desviante. Nesses casos, como aponta Becker (2008: 32-33), o indivíduo não é encarado como um *outsider* porque não há a reação social – seja porque o desvio ocorre secretamente, seja porque o indivíduo é valorado socialmente, seja porque a norma violada não é tida como relevante etc.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

sociedade, que não partilha os valores comumente aceitos dentro daquele grupo. É nesse ponto que a abordagem de **Mead** fornece o último subsídio teórico para formação do quadro conceitual que pretendo estabelecer neste artigo para orientar as reflexões sobre o caso da Marcha.

**Mead** observa no sistema de justiça criminal o desempenho de um forte papel de coesão social atrelado à repulsa empregada contra o indivíduo que viola regras jurídicas – no caso, penais (1918: 590). Trata-se de uma perspectiva da “psicologia do sistema punitivo” segundo a qual o direito criminal e as instituições orientadas para sua aplicação desempenham um papel de estabelecimento dos valores sociais tutelados na comunidade e no fortalecimento dos laços de solidariedade entre os cidadãos através da união contra o sujeito que transgride as regras e desrespeita os valores estabelecidos (1918: 591).

Ao desrespeitar os valores socialmente estabelecidos o transgressor tende a ser encarado como alguém que não faz parte da comunidade política. Neste contexto, o sistema de justiça criminal, sobretudo o processo criminal, opera para determinar o *pertencimento* do sujeito acusado de transgressor à comunidade em que está inserido. **Mead** explica:

*“For while the institutions which inspire our respect are concrete institutions with a definite function, they are responsible for a quite abstract and inadequate evaluation of society and its goods. These legal and political institutions organized with reference to the enemy or at least the outsider give a statement of social goods which is based upon defense and not upon function. The aim of the criminal proceeding is to determine whether the accused is innocent, i.e., still belongs to the group or whether he is guilty, i.e., is put under the ban which criminal punishment carries with it”* (1918: 588).

A condenação criminal representa uma afirmação da comunidade de que o indivíduo não pertence àquela comunidade, o que é evidenciado, por exemplo, pela perda de direitos políticos decorrentes de condenação criminal<sup>14</sup> (MEAD, 1918: 589). Mas não é só isso. Há uma chaga quase sempre associada àqueles que passaram pelo sistema de justiça criminal que implica sérias consequências para a reinserção social do sujeito na comunidade.

Essa característica do sistema de justiça criminal (conjunto de instituições que irá determinar o *pertencimento* do sujeito ao grupo) indica sua potencial utilidade instrumental dentro do processo de criação do desvio. Enxergo, nesse aspecto, a composição a que me referi anteriormente, entre esses elementos da sociologia do desvio de **Becker** e da psicologia do sistema punitivo de **Mead**: esse caráter de determinação do *pertencimento* da justiça criminal relaciona-se diretamente com a utilização das instituições do sistema de justiça criminal no processo de criação do desvio.

Assim, encontro nessas duas contribuições sociológicas o quadro teórico sobre o qual produzirei as reflexões sobre o caso da Marcha da Maconha. O argumento desenvolvido neste artigo apresenta o sistema de justiça criminal, destinado à determinação do *pertencimento* social do indivíduo, como um dos muitos instrumentos utilizados para criação do desvio.

<sup>14</sup> No Brasil, a sentença condenatória criminal transitada em julgado (ou seja, contra a qual não mais cabem recursos no âmbito da mesma relação processual já estabelecida), implica a suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da sentença (ou seja, durante o período de cumprimento da pena). A previsão consta do art. 15, III, da Constituição Federal do Brasil e o STF entende que a regra é de aplicação automática, no sentido de que toda sentença condenatória criminal automaticamente implicará a suspensão. Neste sentido: BRASIL, STF, Tribunal Pleno, RE 179.502-6, j. 31.05.1995, rel. Min. Moreira Alves.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



### 3. Marcha da Maconha: da repressão à afirmação de direitos fundamentais<sup>15</sup>

A virada do século XXI no Brasil trouxe consigo a inserção da descriminalização das drogas na pauta dos movimentos sociais. Nos anos 2000 escancarou-se o fenômeno do encarceramento em massa no país, evidenciando os gravíssimos problemas do sistema carcerário brasileiro, sobretudo o gigantesco déficit de vagas no sistema que deu ensejo ao caótico cenário de superlotação generalizada dos estabelecimentos prisionais.

Concomitantemente, a repressão às drogas endurecia cada vez mais à mesma medida em que o fracasso dessa política se tornava mais evidente, especialmente no que concerne à utilização do sistema de justiça criminal para controlar o uso e a comercialização de substâncias ilícitas.

É nesse contexto que a Marcha da Maconha surge “*como movimento social espontâneo, reivindicatório e de livre exposição do pensamento*”, que “*objetiva realização de manifestações pacíficas, performances culturais e atos de livre expressão para informação e discussão de políticas públicas que envolvem a (des)criminalização da cannabis*” (CARVALHO, 2010: 260). A Marcha se insere no contexto do que **Castells** (1997) denomina “Novos Movimentos Sociais”, compostos por organizações não formalizadas da sociedade civil, sem liderança estabelecida, com uma estrutura horizontalizada de participação e articulação entre seus membros.<sup>16</sup>

A proposta da Marcha, portanto, sempre foi a de estimular o debate sobre a necessidade de revisão da política de drogas e apoiar políticas antiproibicionistas<sup>17</sup> e de redução de danos (CARVALHO, 2010: 261). Dentro do conjunto de atividades propostas pela Marcha insere-se a realização de *eventos* e *passatas* no primeiro sábado do mês de maio, em que se comemora o Dia Mundial da Legalização da *Cannabis*.<sup>18</sup>

Conquanto a Marcha da Maconha possa ser compreendida como um movimento social muito mais amplo que apenas uma de suas atividades, foi através das *passatas* de maio que se tornou conhecida e ganhou visibilidade no país, nos moldes do que ocorrera em várias outras partes do globo. A Marcha enquanto movimento social aparece no Brasil desde o início dos anos 2000, mas é apenas em 2007 que ocorre o primeiro evento oficial promovido nos moldes

<sup>15</sup> A breve reconstrução do histórico da Marcha da Maconha enquanto movimento social que luta pela descriminalização da maconha foi feita com base em análise documental e na revisão da curta literatura sobre o tema. A narrativa é conduzida para fornecer os subsídios empíricos que compõem a reflexão pretendida neste artigo. Todas as referências serão indicadas no caminho percorrido na narrativa.

<sup>16</sup> Neste sentido: MELUCCI, 1994; MOSCOSO, 2011: 255-267; HOUTZAGER, 2000: 59-70.

<sup>17</sup> Refiro-me aqui à política proibicionista estabelecida internacionalmente no âmbito da ONU desde 1961, com a Convenção de Viena, que obriga os Estados signatários a criminalizarem quaisquer condutas relacionadas a drogas – tanto consumo quanto plantio e comercialização. Para mais informações sobre o proibicionismo e a política internacional de drogas: BOITEUX et al., 2009.

<sup>18</sup> “Realizada anualmente a partir de 1999 em várias cidades do planeta, a Marcha da Maconha é caracterizada por série de eventos de apoio às políticas antiproibicionistas e de redução de danos. Em festividades realizadas no primeiro sábado do mês de maio, considerado o Dia Mundial pela Descriminalização da ‘Cannabis’, são organizados encontros, *passatas*, fóruns de debates, festas, concertos e festivais. Idealizada e coordenada por organizações civis e públicas não-governamentais” (CARVALHO, 2010: 160).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



em que o movimento se constitui hoje. Inspirados pela *Million Marijuana March*,<sup>19</sup> os organizadores do *Growroom*,<sup>20</sup> primeiro e maior fórum nacional de cultivo de maconha, emplacaram em 2007 a primeira edição da Marcha da Maconha, no formato que ela possui hoje,<sup>21</sup> com a realização de uma passeata pacífica pela orla da zona sul do Rio de Janeiro.

Tão logo fora realizado o primeiro evento oficial da Marcha da Maconha surge a primeira oposição ao movimento: o então prior do apostolado da Opus Christi, João Carlos Costa, informou o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre a passeata alegando que o movimento realizaria apologia ao consumo de drogas em locais públicos e próximos a aglomerações de crianças.<sup>22</sup> A mobilização da Promotoria, então, mudaria radicalmente o destino do movimento e impactaria fortemente a sua consolidação na militância antiproibicionista.

### 3.1 Reconstruindo a repressão

A partir de 2008 os rumos da breve história da Marcha da Maconha mudariam radicalmente. De um lado, a atuação de juízes e promotores de diferentes Estados do país destinou-se a silenciar o movimento e coibir a realização das passeatas de maio da Marcha. De outro lado, os participantes do movimento engajaram-se na luta pela possibilidade de gritar, questionar, discutir, pondo à prova uma prerrogativa essencial de um Estado Democrático: a liberdade de expressão.

Entre 2008 e 2011<sup>23</sup> foram ajuizadas, pelos Ministérios Públicos de alguns Estados do Brasil, demandas que objetivavam a proibição da realização das passeatas de maio da Marcha da Maconha. O argumento lançado pelas Promotorias era o de que os atos públicos promovidos pela Marcha configurariam apologia ao crime,<sup>24</sup> tipo penal previsto no art. 287 do Código Penal Brasileiro,<sup>25</sup> ou incitação ao uso indevido de drogas, tipo penal previsto no § 2.º do art. 33 da Lei

19 “Million Marijuana March” é o nome originalmente atribuído ao movimento hoje conhecido como “Global Marijuana March”. A “Million Marijuana March” se estabeleceu inicialmente em 1999 (CARVALHO, 2010: 158) como um evento de celebração da cultura canábica que tomara a forma de uma passeata (daí o nome *marcha*) pública no primeiro sábado de maio. Além da celebração da cultura canábica, a *March* objetivava trazer ao debate público a questão das drogas, com enfoque na crítica ao modelo proibicionista estabelecido internacionalmente. Um relato jornalístico da primeira edição da “Million Marijuana March” encontra-se disponível em: <<http://www.villagevoice.com/1999-05-04/news/smoke-and-jeers/>>. Acesso em: 20.05.2014. Informações sobre a Global Marijuana March em seu formato atual podem ser encontradas em: <<http://globalmarijuanamarch.ca/march-info/>>. Acesso em: 20.05.2014.

20 O *Growroom* é, basicamente, um fórum online brasileiro destinado ao compartilhamento de informações e experiências sobre o cultivo de maconha. O fórum online foi criado por William Lantelme Filho em 2002 e desde então os organizadores do *Growroom* passaram a se engajar na militância antiproibicionista.

21 Há relatos de que no ano de 2002 foi realizada uma pequena mobilização no Rio de Janeiro, no primeiro sábado de maio, organizada por uma portuguesa que havia participado da Global Marijuana March na Europa (cf. <<http://www.growroom.net/marchadamaconha/>>. Acesso em: 22.06.2014). É apenas em 2007, porém, que há uma organização do movimento e do evento com a utilização do nome Marcha da Maconha, proposta pelo então fundador do *Growroom*, William Lantelme Filho.

22 “Marcha da Maconha vira festa em Ipanema”, Reportagem de 06.05.2007 veiculada no portal “G1” disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL32243-5606,00.html>>. Acesso em: 28.05.2014.

23 Como se apresentará adiante, após a decisão do STF de 2011 não foram mais ajuizadas ações cautelares visando à proibição dos eventos promovidos pela Marcha da Maconha.

24 Apologia ao uso de drogas, que corresponde ao tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

25 “Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:



01 02 03



01 02



01 02



01 02



11.343/2006.<sup>26</sup> Em contrapartida, os organizadores da Marcha sustentaram que os atos públicos do movimento visam tão somente questionar a política criminal de drogas e promover o debate público sobre a questão, o que constitui exercício legítimo da liberdade de reunião e de manifestação do pensamento, corolários da liberdade de expressão, previstas na Constituição Federal em seu art. 5.º, incs. IV e XVI.<sup>27</sup>

A realização da Marcha foi proibida por decisões do Poder Judiciário brasileiro: (i) no ano de 2008, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE); (ii) no ano de 2009, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), Fortaleza (CE) e João Pessoa (PB); e (iii) em 2010, nas cidades de São Paulo (SP), Salvador (BA) e Curitiba (PR).<sup>28</sup>

A estratégia utilizada para emplacar a proibição dos eventos da Marcha no Brasil envolveu ao menos três aspectos: (i) a comunicação entre membros dos Ministérios Públicos estaduais para mobilização do sistema de justiça criminal;<sup>29</sup> (ii) a utilização de instrumentos jurídicos pouco convencionais em sede de jurisdição penal; e (iii) a prolação de

*Pena -detenção, de três a seis meses, ou multa”.*

BRASIL, Decreto-lei 2.848/1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20.05.2014.

26 “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

*Pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa”.*

BRASIL, Lei 11.343/2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 20.05.2014.

27 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”

BRASIL, Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20.05.2014.

28 BRASIL, STF, Tribunal Pleno, ADPF 187, relatoria do Sr. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011 - Informações extraídas de trecho do Relatório apresentado pelo Min. Celso de Mello, p. 3.

29 Isto porque vigora no Brasil o chamado princípio da inércia de jurisdição, segundo o qual o Poder Judiciário só age mediante provocação daqueles que são legitimados a postular em juízo. No caso da justiça criminal, o Ministério Público é, em regra, o titular da ação penal incondicionada, razão pela qual a jurisdição penal é iniciada pelo ajuizamento de uma demanda pelas Promotorias.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



decisões pelo Poder Judiciário, quase sempre liminares,<sup>30</sup> calcadas na assertiva genérica de que, sob o pretexto de exercitar legitimamente um direito fundamental, os atos públicos da Marcha da Maconha constituem apologia ao crime (de consumo de drogas) já que, supostamente, destinam-se a incentivar o consumo de maconha.

### 3.1.1 Mobilização institucional

Desde sua concepção no país, a Marcha sempre esteve sob o radar das agências de controle, sobretudo das Promotorias de Justiça. Com a bem-sucedida realização da passeata de maio de 2007, seguida da denúncia<sup>31</sup> ao Ministério Público do Rio de Janeiro feita pelo prior do apostolado da Opus Christi, o movimento deixou de ser monitorado e passou a ser investigado, dando início às tentativas de coibir sua expansão e suas manifestações públicas.<sup>32</sup>

Em 2008 a Marcha já havia se constituído em diversos estados do Brasil, sobretudo em função da articulação dos membros do *Growroom* nos quatro cantos do país. Pretendia-se naquele ano realizar a passeata de maio nas várias cidades em que o movimento já havia se consolidado, o que colocou a Marcha ainda mais em evidência aos olhos dos representantes dos Ministérios Públicos.

Augusto Eduardo de Souza Rossini, à época Promotor de Justiça da 5.<sup>a</sup> Promotoria de Justiça do Estado de São Paulo alocado ao Grupo de Atuação Especial de Repressão e Prevenção dos Crimes Previstos na Lei Antitóxicos (GAERPA),<sup>33</sup> relata que, em meados do ano de 2008, promotores dos vários Estados brasileiros trocaram informações e compartilharam estratégias de atuação para coibir a realização da Marcha da Maconha através dos Centros de Apoio às Promotorias de Justiça dos Estados respectivos.<sup>34</sup>

Rossini afirma que a convicção dos promotores sobre o acerto da necessidade de proibir a realização da Marcha se firmou com base em dois pontos principais: (i) o sítio eletrônico da Marcha (<http://marchadamaconha.org/>) continha, à época, um vídeo com uma “convocação” geral para participar do evento de maio que, segundo entendimento dos promotores, veiculava imagens apologéticas e fazia expressamente referência ao induzimento do consumo de maconha;<sup>35</sup> e (ii) não era possível indicar um representante que pudesse responder legalmente por quaisquer problemas que pudessem vir a ser causados nos eventos (MARONNA; ROSSINI, 2010). Diante disso, concluíram os promotores que os atos promovidos pela Marcha extrapolariam os limites constitucionais e constituiriam verdadeiros atos de incitamento, que não podem se sobrepor aos “limites morais e jurídicos”.

30 Decisões liminares são medidas judiciais de urgência utilizadas para garantir a preservação de um direito ou garantir a integridade da relação processual até que a demanda possa ser julgada em definitivo. Geralmente as decisões liminares são proferidas *inaudita altera pars*, ou seja, sem que a parte demandada no processo tenha sido citada, inviabilizando sua manifestação de antemão.

31 Denúncia aqui entendida não como peça processual que dá início à ação penal, mas sim no sentido comum da palavra.

32 Cf. OTERO, 2013: 35-41.

33 O GAERPA é um grupo especializado do Ministério Público de São Paulo que apura o cometimento de crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). O grupo foi criado em 1999 pelo Ato Normativo 181 da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo. Disponível em: <[http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL\\_img/ATOS/181.pdf](http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_img/ATOS/181.pdf)>.

34 MARONNA, Cristiano Ávila; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Marcha da maconha: apologia ou liberdade de expressão*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Volume único. 1374-C (Mesas de estudos e debates).

35 O sítio eletrônico da Marcha da Maconha estava disponível para acesso público na data de elaboração do artigo e não veiculava o vídeo referido pelo promotor.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



### 3.1.2 Estratégia não tão óbvia

A peculiar estratégia utilizada pelos promotores nas cidades brasileiras foi uníssona: às vésperas das datas marcadas para realização das passeatas de maio da Marcha, ajuizavam Ações Cautelares inominadas perante as Varas Criminais locais, aduzindo pedidos de medidas liminares de urgência visando a determinação da suspensão da realização dos eventos. A lógica por trás da estratégia era clara: dificultar a defesa dos manifestantes, que se viam quase sempre surpreendidos por decisões liminares contra as quais não teriam tempo de recorrer antes da data prevista para os eventos.

As Ações Cautelares não possuem previsão expressa na legislação penal brasileira.<sup>36</sup> O Código de Processo Penal brasileiro apenas regula algumas *medidas cautelares*, em seus arts. 282 a 300 e 312, que são ordens excepcionais admitidas para resguardar a integridade da instrução e do processo criminal.

Excepcionalmente, contudo, admite-se a utilização de Ações Cautelares penais com base em um princípio geral de direito: o poder geral de cautela dos magistrados. Nos termos do art. 3.º Código de Processo Penal, a lei processual penal poderá ser interpretada extensivamente, aplicada analogicamente e ainda complementada com a aplicação de princípios gerais de direito.<sup>37</sup>

É com base nesse dispositivo que as ações cautelares são admitidas no processo penal brasileiro. Aplica-se às cautelares penais analogicamente o art. 798 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

*“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.*

São raros os casos em que essa modalidade de ação é utilizada na esfera penal, sobretudo quando não há clareza na identificação e determinação dos indivíduos que serão demandados. No caso da Marcha da Maconha, alegou-se que a realização das passeatas de maio poderia causar um dano grave à medida que o consumo de canábis seria supostamente incentivado durante os eventos.

Em tese, as ações cautelares devem ser seguidas de uma “ação principal”, em que se discute o mérito da demanda. É o que dispõe o art. 806 do Código de Processo Civil,<sup>38</sup> que se aplica analogicamente ao processo penal. As ações cautelares intentadas contra a realização das passeatas da Marcha, contudo, não foram seguidas de ações individuais contra seus realizadores.

<sup>36</sup> As ações cautelares aqui referidas não são as medidas cautelares previstas nos arts. 282 a 300 e 312 do Código de Processo Penal. Estas últimas são ordens de cautela emitidas no curso do processo penal, ainda que em fase pré-processual (ou seja, no inquérito policial), e têm papel instrumental para salvaguardar a integridade do processo até que se encontre em posição de ser julgado. As ações cautelares utilizadas na controvérsia da Marcha da Maconha são atípicas, como se demonstrará adiante.

<sup>37</sup> *In verbis*: “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”. BRASIL, Decreto-lei 3.689/1941 – Código de Processo Penal.

<sup>38</sup> *In verbis*: “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

Quando as cautelares ajuizadas pelos promotores eram eventualmente indeferidas em primeira instância, recorria-se aos Tribunais de Justiça através de Mandados de Segurança.<sup>39-40</sup> Da mesma forma, quando participantes da Marcha eventualmente se antecipavam e conseguiam a concessão de salvo-conduto mediante *habeas corpus*,<sup>41</sup> recorriam igualmente os promotores aos Mandados de Segurança nos Tribunais para reverter as decisões e obter a determinação da suspensão da realização dos eventos.

### 3.1.3 As decisões: de maconha não se fala

A estratégia dominante dos promotores de justiça surtiu efeito: a esmagadora maioria das decisões proferidas pelo Judiciário entre 2008 e 2011 entendeu que os eventos promovidos pela Marcha da Maconha, notadamente as passeatas de maio, configurariam atos de apologia ao crime, de incitação ao consumo de *cannabis*. Argumentou-se que o exercício da liberdade de expressão e de reunião não será legítimo nos casos em que implique, direta ou indiretamente, promoção de práticas criminosas através de discursos apologéticos.

Uma ressalva é necessária neste ponto: mesmo no período compreendido entre os anos de 2008 e 2011 houve manifestações do Poder Judiciário reconhecendo a legitimidade da realização da Marcha, sob o argumento de que questionar publicamente a validade de uma lei criminal não é o mesmo que incitar o cometimento de um crime previsto nessa lei.<sup>42</sup> Conquanto estas decisões tenham representado um entendimento minoritário no período, o fundamento de sua prolação indica que havia ao menos argumentos jurídicos razoáveis para a não proibição da Marcha desde sua primeira edição. Argumentos estes que, em 2011, seriam lançados pelo STF para decidir em definitivo a questão.

39 Mandado de segurança é uma ação autônoma com previsão no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal do Brasil, que objetiva a salvaguarda de direito líquido e certo que venha a ser frustrado por ato ilegal ou por abuso de poder. A ação é disciplinada pela Lei 12.016/2009, que determina em seu art. 1º:

*“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”*

40 Foi o que aconteceu, por exemplo, nas cidades de São Paulo e Belo Horizonte no ano de 2008, em que a liminar fora indeferida em primeira instância nas ações cautelares ajuizadas pelos Ministérios Públicos, que subiram aos respectivos Tribunais de Justiça através de mandados de segurança para reverter o indeferimento liminar. Neste sentido, cf.: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, MS 12198963/2-00, j. 19.08.2008, rel. Des. Euvaldo Chaib; BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, MS 4744713-36.2008.8.13.0000, 2ª Câmara Criminal, j. 07.08.2008, rel. Des. Vieira de Brito.

41 Como, por exemplo, acontecera em Porto Alegre, no ano de 2008, quando a Juíza de Direito Laura de Borba Maciel concedeu salvo-conduto aos manifestantes que haviam impetrado *habeas corpus* preventivo. Cf., neste sentido: BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, HC 1080118354-9, j. 03.05.2008, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck.

42 Cf, neste sentido:

BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, HC 1080118354-9, j. 03.05.2008, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, HC 70030025068, 5ª Câmara Criminal, j. 03.06.2009, rel. Des. Genacéia da Silva Alberton;

BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, IV Juizado Especial Criminal - Leblon, HC 2009.001.0900257-7, j. 14.04.2009., Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, HC 70036328334/2010, j. 24.06.2010, rel. Des. Cláudio Baldino Maciel.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Todas as decisões que proibiram a Marcha compartilham uma característica: a fragilidade do suporte empírico utilizado para demonstrar se os atos públicos do movimento efetivamente faziam apologia ao consumo de maconha ou não. São todas calcadas em afirmações genéricas sobre o movimento, sem qualquer preocupação com o detalhamento das condutas dos integrantes. Assumem como premissa, por exemplo, que o conteúdo do sítio eletrônico da Marcha “deseja convencer e incrementar a legalidade do uso indevido de droga (induzir e instigar)” o que se evidencia com a “escrita em letras maiúsculas FUME MACONHA”.<sup>43</sup>

Por vezes as premissas assumidas pelos magistrados eram ainda mais genéricas e alarmantes. Para Euvaldo Chaib, por exemplo, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo que apreciou a discussão sobre a legalidade da Marcha em 2008, conquanto a liberdade de reunião seja legítima, as passeatas promovidas pelo movimento acabariam redundando necessariamente no consumo de drogas:

*“Embora não se desconheça que, em princípio é livre a manifestação do pensamento, conforme regra inserida na Constituição da República, não há dúvida que não só o tráfico, mas o simples uso de maconha, substância entorpecente, é crime, de sorte que a realização do evento torna-se inviável, porque acabaria redundando na prática de conduta ilícita, de conduta criminosa, nos precisos termos do art. 287 do Código Penal e do art. 33, parágrafo 2.º, da nova Lei de Combate as Drogas, n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006”<sup>44</sup> (grifou-se).*

Chegou-se até a afirmar que “este debate deve ser realizado nas dependências das Universidades, nas plenárias e não nas ruas ao sabor de cigarros de maconha na frente das pessoas, de crianças que não têm discernimento”.<sup>45</sup> Ou ainda:

*“[...] a plena liberdade de associação só é assegurada para fins lícitos (art. 5.º da CF de 1988, inciso XVII). O objetivo primário do evento se reveste a princípio de interesse legítimo, posto que almeje ação de cunho político, pretendendo revisão legislativa. Todavia o efeito secundário é inegável – há nítida apologia do uso de droga ilícita e, por conseguinte, ao tráfico ilícito de entorpecentes. Como muito bem argumenta o Parquet.”<sup>46</sup>*

Na última decisão contrária à realização da Marcha, proferida liminarmente pelo desembargador paulista Teodomiro Mendez, da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2011, poucas semanas antes do julgamento da ADPF 187 pelo STF, escancarou-se o que estava por trás da cruzada estabelecida contra o movimento: a maconha, na perspectiva das agências de controle, é tão prejudicial que não pode ser sequer discutida publicamente. Nas palavras do desembargador:

*“Enquanto não houver provas científicas de que o ‘uso da maconha’ não constitui malefícios à saúde pública e que a referida substância deva sair do rol das drogas ilícitas, toda tentativa de se fazer uma manifestação no sentido de legalização da ‘maconha’ não poderá ser tida como mero exercício do direito de expressão ou da livre expressão do pensamento, mas sim, como sugestão ao uso [do] estupefaciente denominado vulgarmente ‘maconha’, incitando*

43 BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, Ação Cautelar Inominada 2008.001.103260-6, 40ª Vara Criminal, j. 03.05.2008, Juiz de Direito Roberto Câmara Lacerda Brandão.

44 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, MS 12198963/2-00, j. 19.08.2008, rel. Euvaldo Chaib.

45 BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, MS (criminal) 1.0000.08.474471-3/000, j. 07.08.2008, rel. Des. Vieira de Brito.

46 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, HC preventivo 3144/2008, j. 11.06.2008, rel. Valmir de Oliveira Silva.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*ao crime, como previsto no art. 286, do Código Penal, ou ainda, como previsto na lei especial, art. 33, 2.º, da Lei 11.343/2006.”<sup>47</sup>*

As represálias ao movimento, porém, não foram suficientes para silenciar os integrantes da Marcha. Ao contrário, ao evidenciarem manifestações autoritárias e ilegítimas de censura de pensamento inflamaram os ânimos dos militantes e os uniram na tentativa de encontrar dentro do sistema jurídico brasileiro uma forma de fazer cessar a perseguição ao movimento.

### *3.2 Podem falar, podem gritar, só não podem fumar: o STF e a liberdade de expressão*

Cansados de assistir de braços amarrados à frustração do exercício de seus direitos fundamentais, em 2009 os organizadores e integrantes da Marcha passaram a discutir a possibilidade de ajuizar uma ação perante o STF para obter uma manifestação da corte constitucional sobre o exercício da liberdade de expressão, na forma de livre manifestação do pensamento e, sobretudo, através do exercício do direito de reunião.<sup>48</sup>

Capitaneados pelo hoje Deputado Estadual carioca Renato Cinco, integrantes do movimento apresentaram ao então Procurador-Regional da República do Rio de Janeiro, Daniel Sarmento, pedido para que ele intercedesse junto à Procuradoria-Geral da República, com vistas ao ajuizamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>49</sup> e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>50</sup> no STF.

Sarmento assim o fez e, em 21.07.2009 a Procuradora-Geral da República Deborah Duprat ajuizou perante o STF a ADPF 187 e a ADI 4.274. As ações requeriam ao tribunal que analisasse a constitucionalidade da interpretação dos tribunais estaduais de que o questionamento público promovido pela Marcha configuraria apologia ao crime ou incitação ao consumo de drogas. Na ADPF requereu-se ao STF que desse *“ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”*.<sup>51</sup> Na ADI, por sua vez, requereu-se que o STF *“realize interpretação conforme à Constituição do § 2.º do art. 33 da Lei 11.343/06, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”*.<sup>52</sup>

47 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, MS 0100200-35.2011.8.26.0000, 2ª Câmara Criminal, j. 15.08.2011, rel. Des. Teodomiro Mendez.

48 Um caminho possível: arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9882/99). Disponível em: <<http://ecognitiva.blogspot.com.br/2009/02/um-caminho-possivel-arguicao-de.html>>. Acesso em: 20.05.2014.

49 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – é uma ação de competência originária do STF que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público não abarcado pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. A ADPF é comumente utilizada para discutir a constitucionalidade de leis e atos normativos promulgados antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, bem como leis e atos normativos municipais que conflitem diretamente com a Constituição. A ADPF é prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal do Brasil e é regulamentada pela Lei 9.882/1999.

50 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – é uma ação de competência originária do STF que tem por objetivo a discussão da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais. A ADI está prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal e é regulamentada pela Lei 9.868/1999.

51 BRASIL, STF, Tribunal Pleno, ADPF 187, j. 15.06.2011, rel. Min. Celso de Mello, p. 1.

52 BRASIL, STF, Tribunal Pleno, ADI 4.274, j. 23.11.2011, rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 3.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Muito embora as ações tenham sido ajuizadas em julho de 2009, foi apenas em junho de 2011 que, a pedido do Min. Celso de Mello, a ADPF 187 foi incluída na pauta do Plenário do STF. O pedido do ministro foi em grande parte influenciado pelo que ocorrera nas ruas de São Paulo no dia 21.05.2011, quando integrantes da Marcha resistiram à decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que proibia mais uma vez a realização da passeata com base no argumento de que a discussão da legalização da maconha promove incitação ao consumo de drogas. A violência com a qual a Polícia Militar do Estado de São Paulo coibiu a passeata de maio estampou as manchetes dos principais jornais do país,<sup>53</sup> evidenciando a necessidade de se discutir a questão controversa, decidindo de uma vez por todas o destino da Marcha da Maconha no Brasil.

No dia 15.06.2011 a ADPF foi incluída na pauta de julgamentos do Plenário do STF e, conforme disposto nas notas taquigráficas do julgamento, “o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’, tudo nos termos do voto do Relator”.

Conquanto a questão tenha sido amplamente debatida na corte, a razão de decidir da ADPF 187 é bastante simples e objetiva: discutir a legalização das drogas não significa realizar apologia ao consumo e não é possível coibir um movimento social inteiro e frustrar o exercício de direitos fundamentais com base em alegações genéricas e assunções discricionárias. Como aponta o Min. Celso de Mello em seu voto:

*“A Marcha da Maconha’: expressão concreta do exercício legítimo, porque fundado na Constituição da República, das liberdades fundamentais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição.*

*É importante destacar, de outro lado, Senhor Presidente, que, ao contrário do que algumas mentalidades repressivas sugerem, a denominada ‘Marcha da Maconha’, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as ideias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes, desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição.*

*Nesse contexto, a questionada (e tão reprimida) ‘Marcha da Maconha’ é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa, ‘direito-escopo’), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades – longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais – deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões,*

53 Folha de São Paulo. Polícia agride repórter e manifestantes da Marcha da Maconha em São Paulo, 22.05.2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/multimedia/videocasts/919102-policia-agride-reporter-emanifestantes-na-marcha-da-maconha-em-sp-veja.shtml>>. Acesso em: 15.05.2014.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas.”<sup>54</sup>*

A passagem acima constitui precisamente o entendimento do tribunal. Longe de enxergar na Marcha da Maconha uma ameaça aos valores da ordem constitucional brasileira, o STF entendeu que se trata de um movimento social com uma pauta muito mais do que legítima, que, com suas atividades, exerce regularmente a liberdade de expressão e a liberdade de reunião, com as passeatas de maio, sendo ilegítima qualquer tentativa estatal de cercear o exercício destes direitos.

#### 4. Mobilização institucional e formação do desvio: criminalização da liberdade de expressão

*“O grau em que outras pessoas reagirão a um ato dado como desviante varia enormemente. Diversos tipos de variação parecem dignos de nota. Antes de mais nada, há variação ao longo do tempo. Uma pessoa que se considera praticante de certo ato ‘desviante’ pode em um momento despertar reações muito mais lenientes do que em algum outro momento. A ocorrência de ‘campanhas’ contra vários tipos de desvio ilustra isso claramente. Em diversos momentos, os agentes da lei podem decidir fazer um ataque em regra a algum tipo particular de desvio, como jogos de azar, vício em drogas ou homossexualidade” (BECKER, 2008: 24-25)*

A noção de “campanhas” a que alude **Becker** parece interessante para refletir o histórico da proibição da Marcha da Maconha no Brasil. A mobilização dos Ministérios Públicos e as respostas dos Poderes Judiciários<sup>55</sup> estaduais, sobretudo através das ações cautelares inominadas, difere muito da estratégia geralmente utilizada no país para coibir manifestações em geral. A Marcha não foi reprimida simplesmente nas ruas, pelas polícias, sob o pretexto geral de manutenção da ordem, como se fez com boa parte das passeatas e manifestações que ocuparam as ruas do Brasil em 2013 e 2014. Foi, isto sim, proibida sempre com base em ordens judiciais. Ordens estas que significaram a afirmação do Estado brasileiro, por intermédio dos representantes do Judiciário, de que sobre maconha não se poderia falar, sob pena de prisão.

Mas não só isso. Toda a mobilização do sistema de justiça criminal brasileiro para proibir o movimento girou em torno de uma ideia central: o questionamento público da Lei de Drogas<sup>56</sup> e a militância pela descriminalização promovidos pela Marcha constituem necessariamente apologia ao crime de uso de drogas. O consumo de droga ilícita é tipificado como crime pelo art. 28 da Lei de Drogas, mas não há previsão de pena de prisão para o tipo penal.<sup>57</sup> Trata-se do único tipo penal na legislação brasileira ao qual não se estipula pena de prisão como sanção.

54 BRASIL, STF, ADPF 187 – trecho extraído do voto do relator, Min. Celso de Mello, p. 39-40.

55 A ressalva é mais uma vez necessária: houve algumas manifestações judiciais favoráveis à realização da Marcha (cf. nota 44) desde a sua segunda edição, em 2008. Foram, porém, minoritárias, razão pela qual desenvolverei todo o argumento aqui exposto em torno do posicionamento majoritário, de proibição do movimento.

56 BRASIL, Congresso Nacional, Lei Federal 11.343/2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>.

57 A lei prevê três penas não restritivas de liberdade para o consumo pessoal de drogas ilícitas:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Muito embora o legislador tenha entendido que o consumo de drogas é conduta merecedora de tratamento penal diferenciado, mais brando, durante quatro anos promotores de justiça do país inteiro se dispuseram a provocar o Judiciário com vistas a obter determinações judiciais para proibição da realização de um evento específico promovido pela Marcha da Maconha, que acontece apenas uma vez ao ano.

#### 4.1 Marchantes falsamente acusados de desviantes

A saga da Marcha da Maconha pode ser pensada para ilustrar uma forma de apresentação de um caso peculiar apresentado por **Becker**: o dos desviantes falsamente acusados (2008: 31-33). O autor aponta que há casos em que o indivíduo comporta-se de forma apropriada – ou seja, sem violar nenhuma regra – e ainda assim é percebido como desviante, estampando-se nele a etiqueta do desvio. A existência desses casos é, para **Becker**, essencial para compreender a dupla dimensão do processo de formação do desvio – violação de uma regra e percepção social do comportamento como desviante (2008: 32).

O histórico da proibição da Marcha no país parece indicar que, ao menos entre os anos de 2008 e 2011, os integrantes do movimento foram rotulados como desviantes mesmo sem violar nenhuma regra.

Em primeiro lugar, a conduta dos *marchantes* é, da perspectiva jurídica, apropriada. As atividades e atos públicos do movimento não violam nenhuma regra. Muito ao contrário: nos termos do que decidiu o STF na ADPF 187, as atividades da Marcha constituem o exercício regular de um direito fundamental básico, essencial para consolidação da democracia no país.<sup>58</sup> Ainda que se possa argumentar que a violação ou não de regras jurídicas pelos manifestantes era questão controvertida, os fundamentos da decisão do STF indicam que a incriminação dos manifestantes jamais poderia ser válida diante do ordenamento constitucional brasileiro. Ao se afirmar que a tipificação dos participantes da Marcha viola direitos fundamentais está-se dizendo que esta estratégia jamais poderia ter produzido efeitos de forma válida.

Conquanto a decisão do STF sobre a regularidade das atividades e eventos da Marcha tenha sido proferida em 2011, desde as primeiras manifestações do movimento sempre foi possível identificar se tratar de comportamento juridicamente apropriado. A pauta política da Marcha sempre foi apresentada de forma clara, com a proposta legítima de discussão de políticas alternativas de drogas. A Carta de Princípios da Marcha da Maconha do Brasil, elaborada em 2008 pelos organizadores e divulgada na internet explicita precisamente os objetivos políticos do movimento:

*“A Marcha da Maconha Brasil é um movimento social, cultural e político, cujo objetivo é levantar a proibição hoje vigente em nosso país em relação ao plantio e consumo da Cannabis, tanto para fins medicinais como recreativos. Também é nosso entendimento que o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental.*”

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

58 BRASIL, STF, ADPF 187, voto do relator, Min. Celso de Mello, p. 39-40.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*A Marcha da Maconha Brasil não é um movimento de apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, o que inclui a Cannabis. No entanto, partilhamos do entendimento de que a política proibicionista radical hoje vigente no Brasil e na esmagadora maioria dos países do mundo é um completo fracasso, que cobra um alto preço em vidas humanas e recursos públicos desperdiçados. [...].”<sup>59</sup>*

Todo histórico de proibição da Marcha no Brasil foi estruturado ao redor de uma ideia central, que se revestiu no formato de argumento jurídico para embasar todas as decisões judiciais repressivas do movimento: a de que questionar a criminalização do consumo de *cannabis* e defender publicamente sua legalização implica realizar apologia ao crime.

O argumento jurídico é muito frágil. A assunção de que defender a legalização das drogas implica ato de incitamento ao consumo não tem fundamento – nem de fato nem de direito. A complexidade do caso da Marcha nunca foi jurídica. Como apontou o Ministro Luiz Fux, “a questão é particularmente complexa por envolver juízo a respeito de tema sobre o qual existe razoável desacordo moral”.<sup>60</sup> E é justamente este desacordo moral que impulsionou a mobilização do sistema de justiça criminal brasileiro para coibir a realização dos eventos da Marcha.

A imagem negativa associada aos usuários de drogas parece ter sido o fator central na articulação institucional contra o movimento. As demandas judiciais foram impulsionadas por fatores morais e quase não discutiram o repertório de fatos sobre a Marcha da Maconha. O estigma associado às drogas é, sem dúvida, algo que influenciou toda mobilização das agências de controle para coibir a realização de atividades lícitas promovidas por um movimento social legítimo.

## 5. Conclusão

*“É um fato interessante que a maior parte da pesquisa e da especulação científica sobre o desvio diga respeito às pessoas que infringem regras, não àquelas que as criam e impõem. Se quisermos alcançar uma compreensão plena do comportamento desviante, precisamos levar em conta esses dois focos possíveis de investigação” (BECKER, 2008: 168).*

Ao longo deste trabalho, sugeriu-se que o breve histórico da proibição da Marcha da Maconha no Brasil pode ilustrar alguns aspectos importantes do processo de formação do desvio descrito por Becker. Muito embora aqui não se pretenda fazer algum tipo de diagnóstico do funcionamento do sistema de justiça criminal, argumentou-se que houve uma mobilização atípica das agências de controle brasileiras para coibir a realização da Marcha da Maconha. Esta mobilização foi calcada no estigma negativo associado às drogas e revestida juridicamente no formato de decisões com fundamentos frágeis.

Levando-se em conta a decisão do STF que reconheceu definitivamente a licitude das atividades e eventos da Marcha, é possível identificar na articulação institucional aqui descrita uma característica peculiar: a operação das agências de controle atuou para rotular como desviantes os integrantes de um movimento social juridicamente legítimo, mas que, pela natureza de sua pauta, encontra grande oposição moral na sociedade.

À parte de qualquer tipo de avaliação que se possa fazer a respeito da movimentação das agências de controle e das decisões judiciais que proibiram a Marcha, a cruzada emplacada contra o movimento parece ilustrar a necessidade de

<sup>59</sup> Marcha da Maconha. Carta de princípios da Marcha da Maconha Brasil. Disponível em: <<http://forum.marchadamaconha.org/lofiversion/index.php?t450.html>>. Acesso em: 19.05.2014.

<sup>60</sup> BRASIL, STF, ADPF 187, trecho do voto do Min. Luiz Fux.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

complementar a literatura da sociologia do desvio com estudos sobre o comportamento dos indivíduos e agências responsáveis pela criação e aplicação das regras. Compreender o comportamento daqueles que são rotulados como desviantes não é suficiente para compreender o fenômeno social do desvio. Há aspectos importantes no processo de formação do desvio que não dizem respeito ao comportamento rotulado desviante, mas sim aos que rotulam o comportamento e à racionalidade que é por eles empregada na reação à conduta rotulada.

### Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2011. p. 19-40.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 117-139.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. São Paulo: Zahar, 2009.

BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição*. Rio de Janeiro/Brasília, jul. 2009. Série Pensando o Direito n. 1.

BRENNER, Saul. Fluidity on the United States Supreme Court: a reexamination. *American Journal of Political Science*, v. 24, n. 3, p. 526-535, aug. 1980.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

EASTON, David. *A Framework for Political Analysis*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1965.

GOFFMAN, Erving. *Estigma - Nota sobre a manipulação da identidade deteriorada*. São Paulo: RTD, 1988.

GROSSMAN, Joel; WELLS, R. *Constitutional Law and Judicial Policy Making*. 2. ed. Nova Iorque: John Wiley, 1980. p. 3-76.

HOUTZAGER, Peter. Social Movements amidst Democratic Transitions: Lessons from the Brazilian Countryside. *Journal of Development Studies*, v. 36 (5), p. 59 e ss., jun. 2000.

KITSUSE, John. Societal reaction to deviant behaviour: problems of theory and method. *Social Problems*, n. 9, p. 247-256, 1962.

LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*. 2. ed. Nova Jersey (Englewood Cliffs): Prentice Hall, 1972.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 135-141.

MARONNA, Cristiano Ávila; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Marcha da maconha: apologia ou liberdade de expressão*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Volume único. 1374-C. (Mesas de estudos e debates).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

MEAD, George H. The psychology of punitive justice. *American Journal of Sociology*, The University of Chicago Press, vol. 23, n. 5, p. 577-602, 1918.

MERTON, Robert. *Social theory and social structure*. Nova Iorque: The Free Press of Glencoe, 1957.

MELUCCI, A. ¿Qué hay de nuevo en los nuevos movimientos sociales?. In: LARAÑA, E. y GUSFIELD, J. (Eds.). *Los nuevos movimientos sociales: de la ideología a la identidad*. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). España, 1994.

MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained: from souls to systems*. Chicago: Open Court, 2006.

MOSCOLO, Pedro. Uma aproximação aos movimentos de renovação pedagógica a partir do rompimento epistemológico dos novos movimentos sociais. *Rev. Estudos Pedagógicos*, Valdivia, vol. 37, n. 1, p. 255-267, 2011.

OTERO, Lorena. *Das ruas ao Supremo Tribunal Federal: a criminalização da Marcha da Maconha no Brasil. 2013*. 135 f. Relatório Final de Iniciação Científica - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.

PARSONS, Talcott. *The Social System*. Nova Iorque: The Free Press of Glencoe, 1957. p. 249-325

SCHUBERT, Glendon. Behavioral Jurisprudence. *Law & Society Review*, vol. 2, n. 3, p. 407-428, may, 1968.

\_\_\_\_\_. Ideologies and Attitudes, Academic and Judicial. *The Journal of Politics*, Cambridge, vol. 29, p. 3-40, 1967.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 21, p. 11-44, 1986. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao\\_a\\_sociologia\\_da\\_adm\\_justica\\_RCCS21.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF)>.

TANNENBAUM, Frank. *Crime and the community*. Nova Iorque: Ginn and Co., 1938.



01

02

03



01

02



01

02



01

02



## A problemática do exame criminológico

Rômulo de Souza Carvalhaes

Pós-graduando em Ciências Criminais e Segurança Pública-UERJ. Advogado.

Carlos Eduardo Adriano Japiassu

Professor Doutor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, UERJ.

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho acadêmico é abordar de forma concisa, mas sem abrir mão da qualidade argumentativa, uma questão muito polêmica em sede de execução penal, a saber, o instituto do exame criminológico. Perpassa durante a leitura do trabalho engendrado, a convicção segundo a qual a mutação legislativa e jurisprudencial, nem sempre atende aos requisitos ontológicos, cuja observância a categoria jurídica modificada requer. Em se tratando de exame criminológico, há um permanente duelo entre a necessidade de se esvaziar o sistema prisional e a conveniência de salvaguardar à ordem pública e à paz social. A partir destas diretrizes, foram desenvolvidos em sede doutrinária, argumentos reacionários, de vanguarda e até mesmo contemporizadores, no que diz respeito à necessidade de manutenção e de como deve ser utilizado, o mencionado exame criminológico. A adoção de um entendimento ou outro, em sua essência, varia de acordo com a primazia conferida a um ou outro valor. É sobre as respectivas linhas de compreensões, que os acadêmicos hão de se debruçar.

**Palavras chaves:** Exame Criminológico. Condenação Penal. Criminologia.

**Abstract:** The scope of this academic paperwork is a brief quality discussion about the polemic fact of the penal condemnation, the theoretical test in criminology. It comes to our conclusion that lawing and judging mutation not always fulfill the ontological requirements that one juridical category needs. Surrounding the theoretical test in criminology, there is a everlasting duel between the need for emptying the prison facilities and the guaranties of the peace and order. Based on these facts, some scholars disagree about the need for keeping and how to use the theoretical test in criminology.

**Keywords:** Penal Condemnation, Criminology.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. a problemática do exame criminológico - 3. Conclusão - Referências.

### 1. Introdução

A execução penal, embora relegada por muitos operadores do direito e até mesmo por nosso Poder Legislativo, decerto é um dos problemas mais crônicos de nossa sociedade. Superlotação carcerária, ausência de ressocialização do apenado; crime organizado no interior das unidades prisionais; inexistência de condições dignas em geral para o cumprimento da pena, dentre outros assuntos, são temas frequentemente veiculados nos noticiários, na imprensa escrita e no cotidiano da população brasileira.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Os problemas que gravitam antes, em torno e após o cumprimento da pena privativa de liberdade na República Federativa do Brasil, são indissociáveis entre si, portanto, canalizar forças apenas no âmbito orçamentário, educacional, legislativo, ou no aprimoramento dos institutos jurídicos, de maneira isolada, decerto será tentativa inócua, inidônea, por si só, a solapar a gama de entraves que o sistema penitenciário contemporâneo e a própria sociedade, como efeito reflexo destes problemas, enfrentam.

Vem de priscas eras o problema ínsito aos motivos ensejadores da delinquência, ao cumprimento da pena e à posterior ressocialização do recuperando, porque esta, ao contrário do que muitos pretendem fazer acreditar, vai além das grades e muros do sistema prisional.

Diversos paradigmas de execução penal se mostraram ineficientes no decurso do tempo, para exemplificar, podemos citar o suplício, os sistemas austeros de cumprimento de pena (auburniano e pensilvânico) e o próprio sistema progressivo inglês por nós adotado.

Partindo de tais premissas, isto é, da relevância que o tema execução penal possui e ao mesmo tempo, considerando a vastidão de conteúdo cuja análise integral seria impossível, o trabalho desenvolvido foi direcionado apenas à vereda jurídica do tema e, por conseguinte, dentro dela, à abordagem de uma questão muito relevante no decurso do cumprimento da pena, o instituto jurídico do exame criminológico.

Mesmo sabendo que a tese doravante defendida, no caso a necessidade de adoção do exame criminológico, aparentemente já se encontra superada (ao menos no âmbito legislativo), cabe dizer que esta peculiaridade não é assaz para diminuir a importância do debate, ao que parece supostamente sepultado pelo legislador. O Direito compreendido como ciência é dinâmico, portanto, mutável. A superação de um entendimento por outro, não significa o desacerto da concepção passada, tampouco o inegável acerto da concepção recente. A análise crítica de um instituto jurídico mais tradicional e estável nunca será prescindível, se assim não fosse o Direito não teria a natureza jurídica de ciência não exata.

O operador do Direito jamais poderá ser um assecla incondicional da lei escrita, de jurisprudências, verbetes sumulares e de qualquer tipo de orientação jurídica que contrariem os ditames de sua consciência. Certa feita o eminente Ministro Marco Aurélio, integrante do Supremo Tribunal Federal, disse que ao analisar os Embargos de Declaração, o condutor do processo deveria fazê-lo com espírito reflexivo, desprendido de qualquer ideia preconcebida ou animosidade para com o embargante, haja vista, consistir o referido recurso em um meio de aprimoramento da atividade jurisdicional e não crítica ou ofensa à pessoa do magistrado<sup>1</sup>

A lógica que se extrai da lição de Sua Excelência, serve como diretriz não só para os magistrados, mas para toda a classe jurídica. É dizer, ao analisar um instituto jurídico, ainda que o intérprete já possua um entendimento quanto ao tema, será sempre válido ponderar os argumentos opostos, esquadriñar as falhas apontadas em cada linha de

<sup>1</sup> “Embargos declaratórios – Aperfeiçoamento do acórdão – Óptica flexível. Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com o espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal. *Crédito de natureza alimentar – Atualização – Normatividade.* A atualização do crédito de natureza alimentar a que o Estado esteja obrigado a satisfazer prescinde de norma local. Decorre do regime e dos princípios constantes da Carta Política da República” (AI 163047 AgR-ED, rel. Min. Marco Aurélio, 2.ª Turma, j. 18.12.1995, publ. 08.03.2019).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



compreensão da matéria, recorrer aos mais diversos subsídios intelectuais que permeiam a questão etc. É assim que se alcança o aprimoramento das figuras jurídicas.

O trabalho proposto não se resume ao estudo doutrinário das questões, ao revés, contempla, outrossim, uma análise crítica em torno do assunto selecionado e pretende apontar um entendimento mais harmônico com os princípios constitucionais e gerais de direito.

Espera-se com isso, contribuir para a maior clareza no debate da matéria trazida à baila, assim como para a construção de uma fundamentação jurídica mais sólida sobre o tema, condição essencial para o aprimoramento dos institutos jurídicos e à evolução da Ciência do Direito, vale repetir.

## 2. A problemática do exame criminológico

Questão que hodiernamente tem suscitado especial polêmica na temática ampla da execução penal consiste na utilidade do exame criminológico e nas consequências de sua parcial revogação com o advento da Lei 10.792/2003.<sup>2</sup> O tema em alusão também poderá ser perscrutado no plano *de lege ferenda*, isto é, considerando as novas diretrizes preconizadas pelo projeto de Lei 513/2013,<sup>3</sup> em tramitação perante o Senado Federal, que visa alterar o teor da Lei 7.210/1984,<sup>4</sup> atualmente regulamentadora da execução penal no Brasil.

Tem-se que a raiz história do exame criminológico se encontra na filosofia de Michel Foucault, que em sua clássica obra *Vigiar e Punir*, preconiza como uma das máximas da boa administração penitenciária, a realização do exame nos condenados, com a finalidade de classificá-los para uma esmerada execução penal.

Eis no que consiste a convicção do autor Foucault (2012, p. 254):

*“[...] Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação. Deve-se levar em conta, no uso dos meios modificadores, das grandes diferenças físicas e morais, que comportam a organização dos condenados, de seu grau de perversidade, das chances desiguais de correção que podem oferecer (fevereiro de 1850). [1945]: a repartição nos estabelecimentos penitenciários dos indivíduos com pena inferior a um ano, tem por base o sexo, a personalidade e o grau de perversão do delinquente (Princípio da classificação)” (FOUCAULT, 2012, p.254).*

Na verdade jurídica, a finalidade do exame criminológico, além da classificação<sup>5</sup> para uma adequada execução penal, consiste na aferição do estado de temibilidade do agente, assim entendido o seu grau de periculosidade. É que, diante das vicissitudes da personalidade humana e, por conseguinte, da existência de uma classe de criminosos mais

2 Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

3 De autoria do Senador Renan Calheiros .[www.12.senado.leg.br/ecidadania/principalmateria?palavraChave=&sigla=PLS&numero=513&ano=2013](http://www.12.senado.leg.br/ecidadania/principalmateria?palavraChave=&sigla=PLS&numero=513&ano=2013).

4 Institui a Lei de Execução Penal.

5 Art. 5.º da Lei 7.210/84: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



daninha à sociedade, o legislador deve buscar medidas de exceção, com o fito de resguardar a paz e o convívio coletivo.

Na esteira da observação consignada, segue a lição de Luiz Roberto de Almeida e Evaldo Veríssimo Monteiro dos Santos (1975, p. 65):

*“O exame criminológico é a compilação dos dados pessoais que revelam os traços essenciais de um delinquente na perspectiva de intensa ou escassa temibilidade. O exame psicológico ou mais propriamente, a perícia psicotécnica busca revelar os níveis de inteligência, habilidade, atenção, afetividade, e por sua vez, fornecerá evidentemente os dados necessários para se pôr em evidência uma personalidade anormal e indicar, em consequência, o tratamento necessário”* (SANTOS, 1975, p. 65).

No plano legislativo, impende trazer à baila que o exame criminológico possuía antes da vigência da Lei 10.792/2003, dupla finalidade. A primeira delas, seria a classificação do condenado, conforme os antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal, sendo obrigatório em relação aos presos sentenciados no regime fechado e facultativo no tocante aos que cumpriam pena no regime semiaberto, conclusão que se extrai do cotejo entre os arts. 5.<sup>o</sup><sup>6</sup> e 8.<sup>o</sup>,<sup>7</sup> da Lei 7.210/1984. O segundo objetivo consistia em servir de suplemento para a avaliação do mérito do apenado, o que era exigido pela antiga redação gramatical do art. 112<sup>8</sup> da Lei 7.210/84, de modo a viabilizar o deferimento da progressão de regime ou livramento condicional, conforme fosse o caso.

Extrai-se da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que o primeiro objetivo do instituto do exame criminológico vai de encontro ao princípio da individualização da pena, expressamente positivado no art. 5.<sup>o</sup>, XLVI,<sup>9</sup> do Texto Constitucional. A segunda finalidade, indo além da importante individualização da pena pretende esquadriñar os caracteres psicológicos do acautelado, antes de reaproximá-lo com maior ou menor intensidade do convívio social.

Com a vinda da Lei 10.792/2003, a redação do art. 112<sup>10</sup> da Lei 7.210/1984 foi modificada, de modo que em sua redação gramatical, não consta mais a menção ao termo mérito, mas, apenas, a exigência do cumprimento de um sexto da pena privativa de liberdade e o bom comportamento carcerário, o que, na prática se traduz em um documento denominado “Atestado Carcerário”, em que o diretor da unidade prisional se limita a informar ao Juízo das Execuções Penais, a existência ou inexistência da prática de uma ou mais faltas disciplinares, mormente aquelas consideradas

6 “Art. 5.<sup>o</sup> Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

7 “Art. 8.<sup>o</sup> O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.”

8 “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.”

9 “XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa.”

10 “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”



01 02 03



01 02



01 02



01 02



como graves, catalogadas no art. 50<sup>11</sup> da Lei 7.210/1984. É que, na esteira da casuística iterativa e majoritária dos Tribunais, a falta grave interrompe o prazo para a concessão da progressão de regime,<sup>12</sup> porquanto revela a ausência de requisito subjetivo do postulante.

Assim, na esteira das considerações articuladas pelo jurista **Renato Flávio Marcão** (2011, p. 45-46):

*“Não é correto dizer, como se tem feito amiúde, que a Lei 10.792/03, de 1.º de dezembro de 2003, acabou com o exame criminológico. Com efeito, é certo que, mesmo após o advento do novo Diploma legal, a teor do disposto no art. 5.º da Lei de Execução Penal, que permaneceu intocado ‘os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal’. A classificação será feita por Comissão Técnica, a quem incumbirá elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou ao preso provisório, como determina o art. 6.º. Visando a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução, nos termos do art. 8.º da Lei de Execução Penal, o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado ainda deverá ser submetido ao exame criminológico, sendo o mesmo exame apenas facultativo para o condenado que tiver de iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto. No processo individualizador, a individualização executória continua intacta, decorrendo, como o já dissemos, de imperativo constitucional (art. 5.º, XLVI, da CF). O problema é que muitos se esquecem de que o exame criminológico nunca se destinou apenas e tão somente à aferição do mérito que se exigia expressamente para a progressão do regime prisional e outros benefícios. Antes, e com maior relevância, propõe-se a orientar a classificação dos condenados e a imprescindível individualização executória, e por aqui nada mudou. É incorreta, pois, a afirmação de que a Lei n.º. 10.792, de 1.º de dezembro de 2003, extinguiu o exame criminológico”* (MARCÃO, 2011, p. 45-46).

Como a primeira nuance do exame criminológico já foi mencionada *en passant*, quando da menção à filosofia de Michel Foucault, devidamente absorvida pela Lei 7.210/1984, doravante será objeto de reflexão apenas a sua segunda finalidade, a saber, a aferição do mérito do condenado dentro do sistema progressivo de cumprimento de pena por nós adotado.

Segundo preleciona o emérito jurista **Rogério Greco** (2011, p. 479):

*“O sistema progressivo surgiu inicialmente na Inglaterra, sendo posteriormente adotado pela Irlanda. Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX. Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado*

11 “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art. 39, desta Lei. VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.”

12 “Ementa: Reexame de acórdão – Agravo em execução penal – Falta grave – Novo marco para concessão de benefícios executórios – Apenas para progressão de regime – Acórdão modificado. O cometimento de falta grave pelo preso acarreta a interrupção do tempo de cumprimento da pena para fins de obtenção apenas do benefício da progressão de regime. VV. Agravo em execução – Recurso especial – Determinação pela terceira vice-presidência de reanálise do agravo – Art. 543-C do CPC – Manutenção do voto – Orientação não contrariada na decisão. 1. Não obstante a orientação da Terceira Vice-Presidência deste Eg. Tribunal de Justiça, tenho que deve ser mantido, por este relator, o voto proferido quando do julgamento do agravo, até mesmo porque não contraria o entendimento consolidado pelo STJ – 5.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.”



01 02 03



01 02



01 02



01 02



com o tratamento desumano que era destinado aos presos degredados pela Austrália, resolver modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, ‘passando depois de algum tempo para as chamadas public work houses, com vantagens maiores’; o terceiro período permitia o livramento condicional” (GRECO, 2011, p. 479).

O sistema progressivo de cumprimento de pena vigente no Brasil, regra geral, comporta quatro etapas, sendo a primeira delas cumprida em regime fechado,<sup>13</sup> a segunda no regime semiaberto,<sup>14</sup> a terceira no regime aberto,<sup>15</sup> seguida da concessão do livramento condicional<sup>16</sup> que é a última etapa de cumprimento de pena.

No regime fechado, há a segregação absoluta do sentenciado, período no qual poderá trabalhar e estudar dentro da unidade prisional, ou, excepcionalmente, fora da penitenciária, em se tratando de serviço ou obra pública realizada pelos órgãos da administração direta e indireta, ou entidades privadas, tomadas as providências para evitar a evasão, mediante autorização do diretor do estabelecimento prisional.<sup>17</sup>

13 Art. 33, § 2.º, a, do CP: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado [...] § 2.º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado”.

14 Cf. art. 33, § 2.º, b, do CP: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado [...] § 2.º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...] b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto”.

15 Art. 33, § 2.º, c, do Código Penal: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado [...] § 2.º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...] c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

16 Art. 83 do CP: “O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único – Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”.

17 “Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1.º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2.º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3.º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.”



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Ao galgar para o regime semiaberto, o preso é transferido para a colônia agrícola, industrial ou similar, momento em que terá direito ao trabalho e estudo externo,<sup>18</sup> assim como a fruição de cinco saídas temporárias por ano, com duração de sete dias cada uma.<sup>19</sup>

Após esta etapa intermediária, o recuperando será transferido para o regime aberto, no qual o cumprimento da pena correspondente ocorrerá na chamada 'Casa do Albergado'<sup>20</sup>, que é um prédio situado no centro urbano, caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, com repartições para a ministração de cursos e palestras.

Por derradeiro, vem como última etapa de cumprimento de pena, a concessão do livramento condicional. Nesta modalidade de cumprimento de pena, o sentenciado volta a residir em seu domicílio, estando subordinado apenas ao cumprimento de certas condições, tal como sugere a nomenclatura do instituto.<sup>21</sup>

Conforme se depreende da singela lição acima engendrada, a execução penal no Brasil é dinâmica, sendo caracterizada pela aproximação cada vez maior do condenado com a liberdade. Ora, isso sugere que esta transição de regime está condicionada a certos requisitos, pois não seria concebível a simples transferência desvinculada de determinado preso de um regime para o outro, sem que ao menos existissem suplementos que sinalizassem a conveniência da medida.

Preocupado com isso, o legislador infraconstitucional estabeleceu regras próprias para a aferição de eventuais benefícios. No passado, é dizer, antes do advento da Lei 7.210/1984, exigia-se como regra geral para a aferição do benefício prisional da progressão de regime, o cumprimento de um sexto da pena,<sup>22</sup> aliado à comprovação do mérito do condenado, que era constado através de exame criminológico realizado no Centro de Observação, cujo resultado era posteriormente remetido para a Comissão Técnica de Classificação,<sup>23</sup> que então opinaria pelo deferimento ou indeferimento da progressão de regime.

Nesse período, a *mens legislatoris* revelava a grande preocupação com a escorreita aferição dos caracteres de personalidade do sentenciado, até mesmo para propiciar ao recuperando a execução penal adequada.

18 "Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto. § 1.º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2.º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior."

19 Art. 124 da Lei 7.210/1984: "A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano".

20 Art. 93 do CP: "A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana".

21 Ver art. 132, usque 146 da Lei 7.210/1984.

22 "Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário."

23 "Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação." LEP.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Vale trazer à baila alguns itens específicos da Exposição de Motivos 213, de 9 de maio de 1983, que empresta origem à Lei 7.210/1984, com o escopo de referendar o juízo de convicção adotado no parágrafo precedente:

*“31. A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.*

*32. A ausência de tal exame e de outras cautelas tem permitido a transferência de reclusos para o regime de semiliberdade ou de prisão-albergue, bem como a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social”.*

*35. O exame criminológico e o dossiê de personalidade constituem pontos de conexão necessários entre a Criminologia e o Direito Penal, particularmente sob as perspectivas da causalidade e da prevenção do delito” (VADE MECUM, 2014).*

A princípio esta também era a linha de compreensão que norteou muitas decisões no âmbito dos Tribunais, segue um aresto emblemático:

*“Ementa: Habeas Corpus – Paciente condenado a cumprir pena de 16 anos de reclusão em regime fechado – Exame criminológico e parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) contrários à concessão do livramento condicional – Indeferimento pelo Juiz – Ausência de constrangimento ilegal – Ordem denegada” (TJMG – Habeas Corpus Criminal 1.0000.00.165514-1/000, rel. Des. Sérgio Resende, 1.ª Câmara Criminal, j. 26.10.1999, publicação da súmula em 04.11.1999).*

Com o passar do tempo e posterior advento da Lei 10.792/2003 criou-se outro cenário jurídico em relação ao exame criminológico, na medida em que a novel redação do art. 112 da Lei 7210/1984 passou a exigir o bom comportamento carcerário, ao revés da redação antiga que exigia a comprovação do mérito do condenado. Não há dúvida de que a alteração terminológica projetou implicações jurídicas, haja vista, estar o bom comportamento carcerário vinculado muito mais a um padrão objetivo de aferição de conduta, contrariando à análise do mérito, que, por sua vez, estava associada ao diagnóstico de questões afetas à personalidade do acusado.

É inegável que este entendimento diáde não possa ser extraído do excerto doutrinário que segue (MARCÃO, 2011, p. 45-46):

*“Bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional; bem por isso não há cogitar, no momento da elaboração do ‘atestado carcerário’, sobre eventual propensão à reincidência, consciência e arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido o preso. Se a lei exige apenas o cumprimento de parte da pena à satisfação do requisito objetivo e a comprovação de bom comportamento carcerário para atender a alguma valoração subjetiva, embora falha, é o que basta que se comprove para a progressão” (MARCÃO, 2011, p. 45-46).*

Se por um lado o novo tratamento conferido à progressão de regime e ao livramento condicional, serve como instrumento de controle da superlotação carcerária, por outro relega os interesses da ordem pública e à conveniência social, na medida em que o reingresso dos presos no convívio em sociedade passa a acontecer de maneira temerária e até mesmo tresloucada. É dizer, psicopatas, criminosos contumazes, líderes de grandes organizações criminosas



01 02 03



01 02



01 02



01 02



e infratores de maior envergadura, são “avaliados” e considerados aptos ao reingresso social, mediante a simples existência de um “Atestado Carcerário” impoluto, o que não se admite.

Urge rememorarmos à admoestação de **Manoel Pedro Pimentel** (1983, p. 138):

*“Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado”* (PIMENTEL, 1983, p. 138).

Esta linha de compreensão, embora nos pareça a mais lúcida, em sede doutrinária não tem sido a mais atraente nos dias atuais. Os opositores desta convicção, asseveram que o exame criminológico não cumpre a finalidade para o qual foi criado, porquanto não é possível precisar com alto grau de certeza, que eventuais pechas subjetivas apontadas pelo resultado do referido exame, estavam presentes quando da prática de eventual infração penal; que a aferição de caracteres de personalidade para fins de devolução da liberdade, caracteriza o famigerado Direito Penal do autor e que não há como garantir que as eventuais características negativas de personalidade, apontadas no resultado do exame, foram ensejadoras da prática do crime, v.g., há relação entre a prática de tráfico de influência e o fato de o agente ter sido abandonado e espancado pelos genitores quando criança?

Para ilustrar o entendimento opositor, vale transcrever excerto do parecer lavrado pelo conselheiro **Alvino Augusto de Sá**, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no tocante ao Projeto de Lei 513, em tramitação perante o Senado Federal:

*“[...] O primeiro problema corresponde a um duplo desafio: a) como garantir que as características psicológicas apontadas no atual exame estavam presentes quando da prática criminosa, há dois, três ou mais anos atrás? b) como garantir que elas foram fatores psicológicos motivadores do crime? Se a resposta ao desafio for a de dizer que as características de personalidade importantes tendem a ser mais estáveis e que, por conseguinte, já estariam presentes quando da prática delitiva, então há que se concluir que, o preso que hoje não tem condições de obter o benefício, nunca as terá, e que o preso que hoje tem condições, sempre as teve e sempre as terá. Por outro lado, se se acreditar na possibilidade da pessoa mudar suas características psicológicas, para “melhor” ou para “pior”, como garantir que as características tidas como “negativas” já estariam presentes na época da prática delitiva e que teriam sido motivadoras do crime? Como garantir que tais características não teriam sido fomentadas no processo de prisionização, de aculturação no cárcere? Diversos fatores “negativos” que comumente vêm reforçando conclusões contrárias à concessão dos benefícios podem facilmente ser associados à experiência de encarceramento. Exemplos ilustrativos: estereotipia de pensamento, com baixa capacidade de reflexão e auto-crítica (reflexos da estereotipia do cárcere), valores ético-morais centrados em benefícios próprios (mecanismo de sobrevivência), aspectos regressivos, infantis, de imaturidade e de insegurança (produtos mais do que esperados de uma vida totalmente controlada, de total dependência de outros), dificuldade de elaboração de planos de futuro consistentes (reflexos da estereotipia do cárcere e da falta de perspectivas na vida carcerária, a não ser, quando muito, a de conquistar a liberdade). Esse duplo desafio seria mais facilmente enfrentado, caso o examinando tivesse sido submetido a exame criminológico*



01 02 03



01 02



01 02



01 02



quando do início da execução de sua pena, conforme previsto nos arts. 8.º da LEP e 34 do Código Penal. O segundo problema, diretamente decorrente do primeiro, é o risco de que os técnicos deem às características “negativas” de seu examinando um realce maior, comparativamente com as “positivas”, sem se preocuparem, contudo, por saber se as tais características “negativas” teriam sido motivadoras do crime. Na medida em que essa associação deixa de ser objeto de preocupação, o exame deixa de ser criminológico para ser unicamente um exame de personalidade e do histórico pessoal do preso, o qual é previsto na LEP como uma avaliação à parte, distinta do criminológico, conforme fica muito claro no item 34 da Exposição de Motivos da lei. Nesse caso, na medida em que se nega ao preso o benefício pleiteado por conta dos resultados do tal exame (de personalidade), o preso estaria sendo punido pelo fato de ter determinadas características de personalidade e de histórico pessoal. A prevalecer este tipo de raciocínio, por certo se estaria regredindo ao vetusto direito penal do autor, agora travestido de direito penal do inimigo e invadindo as searas da execução penal sob o manto protetor de um pseudo-exame criminológico. Pelo prognóstico, o exame criminológico oferece uma conclusão acerca da probabilidade de reincidência. Forçoso é destacar aqui outro problema. É que algumas das características psicológicas comumente levantadas e tidas como particularmente relevantes costumam ser relativamente estáveis. Além disso, os dados do passado são irremovíveis. Tudo isso em sério prejuízo da validade do prognóstico. Suponha-se, por exemplo, a seguinte síntese de dados, muito freqüentes em exame criminológico: Examinando proveniente de lar desestruturado e desagregado, desadaptação escolar, passagens por instituições correcionais, traços de agressividade, tendência ao comando e liderança, ambição, perspectiva de futuro vaga e inconsistente ou não condizente com sua situação real. Diante de tal quadro, muito provavelmente o prognóstico não seria nada favorável e a conclusão da justiça seria pelo indeferimento do benefício. Entretanto, quem tem esse passado acima descrito, sempre o terá, já que o passado é irrevogável. Quanto aos traços de personalidade exemplificados, eles tendem a ser relativamente estáveis e, o que é mais importante, não são “negativos”, embora assim sejam avaliados. Quanto à perspectiva de futuro, como se exigir que o preso tenha uma visão consistente do que pretende em liberdade, se ele está sujeito aos rigores do cárcere? Portanto, o problema não está unicamente em saber como foi o histórico do preso e quais são suas características psicológicas associadas à prática delitiva, à época dos fatos. Questão de crucial importância é saber como ele atualmente está lidando com tudo isso, como vem direcionando sua conduta frente a toda sua bagagem pessoal, consideradas as limitações do cárcere. Ocorre que o instrumento mais adequado para se fazer esse tipo de avaliação não é o exame criminológico, e sim o parecer das Comissões Técnicas de Classificação [...]” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 2010).

O escólio reproduzido acima é muito coerente, porém, não resiste a uma reflexão mais profunda e abalizada em torno do tema. É dizer, inicialmente, vale registrar que no contexto de execução da pena é prescindível e até mesmo proibido perquirir as condições pessoais do acusado à época da prática da infração penal. Assim ocorre, por que a prestação jurisdicional neste particular já foi esgotada, haja vista, quase sempre os fatores ligados ao psicológico do agente e à sua personalidade, guardar correspondência com os elementos imputabilidade e potencial consciência da ilicitude do fato, integrantes da culpabilidade, que por sua vez, funciona como terceiro componente do conceito analítico de crime.

Aliás, caso eventuais fatores afetos ao psicológico e à personalidade do agente, não fossem suficientes para debelar a imputabilidade ou a potencial consciência da ilicitude do fato, no mínimo, serviriam como justificadores da valoração



01 02 03



01 02



01 02



01 02



positiva da circunstância judicial do art. 59<sup>24</sup> do CP, denominada “culpabilidade”, ou mesmo como permissivos da atenuante inominada do art. 66<sup>25</sup> do Estatuto Repressivo.

Considerações análogas devem ser aplicadas à motivação do crime, que deve ser apurada quando da prática do delito, até mesmo pelo fato de que, a depender da motivação do crime, a própria ilicitude do fato restará excluída, *v.g.*, a hipótese de fato típico perpetrado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, ou, em menor grau, permitir a diminuição da reprimenda, seja em razão da circunstância judicial do art. 59 do CP, denominada “motivos do crime”, seja por associar tal peculiaridade à aplicação da atenuante inominada do art. 66 do CP.

Não importa perquirir, em sede de execução penal, se os caracteres negativos de personalidade estavam presentes à época do cometimento do crime, se foram *conditio sine qua non* para a motivação do delito, ou, ainda, se referidos elementos desabonadores detectados na personalidade do agente, surgiram no interstício de segregação. O que importa e tem relevância no momento de execução da reprimenda, para fins de classificação e deferimento da progressão de regime, bem como concessão do livramento condicional, na verdade jurídica é traçar o esboço do programa de execução da pena, à luz da individualidade do detento, assim como esquadrihar e sopesar suas características de personalidade, cotejá-las com a probabilidade de reincidência, com os prováveis danos gerados à sociedade, enfim.

Da simbiose entre o art. 59 do CP e o art. 1.<sup>º</sup><sup>26</sup> da Lei 7.210/1984 se extrai de ambas redações, que o ordenamento jurídico-penal em voga, adotou a teoria mista no que diz respeito às finalidades almejadas com a aplicação da pena; logo, não podemos olvidar que a teoria relativa, na vertente da prevenção especial, na faceta positiva, reza que o escopo da pena é ressocializar.

Em linguagem figurativa, podemos dizer que o verbo ressocializar é uma moeda com duas singularidades. A primeira delas, muito abordada no contexto hodierno, está consubstanciada no fato de readaptar o apenado para o reingresso no convívio social, finalidade que se atinge com um plexo de trabalhos concatenados entre si, tais como, a ministração de cursos de alfabetização e profissões no interior das unidades prisionais, incentivo ao trabalho dentro do sistema penitenciário, apoio externo das instituições anexas, que se traduzem em serviços de apoio toxicológico e similares, criação de políticas afirmativas governamentais etc. A segunda especificidade, pouco abordada, porém de grande relevo, consiste em tornar defeso a reinserção de elementos não recuperados no seio da sociedade, isso por evidente conveniência de ordem pública e garantia da paz social.

Teorias como a do Direito Penal mínimo, do Equilíbrio e posicionamentos grantistas de vanguarda têm tornado o derradeiro aspecto da ressocialização esquecido, classificado como reacionário e indigno de aceitação.

24 Art. 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

25 Art. 66 do CP: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

26 “Art. 1.<sup>º</sup> A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”



01 02 03



01 02



01 02



01 02



É indubitável que, na esteira do primeiro viés de pensamento, o exame criminológico se revela necessário, na medida em que o simplório Atestado Carcerário impoluto, não fornece meios seguros de apontamento de eventual propensão à reincidência, de eventual transtorno de personalidade das mais variadas origens etc.

*Mutatis mutandis*, isto é, considerando a novidade legislativa, sem olvidar da relevância do exame criminológico, foi firmado determinado entendimento jurisprudencial, o qual se encontra consubstanciado no verbete da Súmula 439, do STJ,<sup>27</sup> no sentido de ser possível a utilização do exame criminológico, com a finalidade de concessão da progressão de regime, desde que a decisão seja motivada e os pormenores do caso recomendem. Semelhantemente, o STF já havia partilhado da mesma linha de compreensão, ao aprovar a Súmula Vinculante 26,<sup>28</sup> que preconiza a possibilidade de adoção do exame criminológico, com o fito de aferir o requisito subjetivo do apenado; muito embora tal verbete sumular não mencione a necessidade de fundamentação, o que se entende implícito em razão do art. 93, IX, da CF.<sup>29</sup>

Colhe-se do trato pretoriano, no contexto jurídico atual, uma miríade de precedentes referendando a possibilidade de manutenção do recuperando no regime de cumprimento de pena mais gravoso, quando, na hipótese, for emitido parecer desfavorável em sede de exame criminológico, confira-se:

*“Ementa: Agravo em execução – Progressão de regime – Indeferimento pelo Juízo da Execução – Ausência de requisito subjetivo – Avaliação criminológica desfavorável – Inviável o deferimento da benesse – Terapêutica penal ainda não lhe foi eficaz, se mostrando o benefício requerido prematuro – Recurso improvido”* (TJSP, Agravo em Execução Penal 7007550-14.2015.8.26.0484, 8.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Graci Neto, publ. 12.01.2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>).

Por óbvio deverá ser objeto de imprescindível anotação, que o condutor do processo (Juiz, Desembargador ou Ministro) não está adstrito aos lindes do resultado derivado do exame criminológico,<sup>30</sup> que como cediço, ostenta a natureza jurídica de prova técnica. Em casos deste jaez, caberá ao responsável pela análise do pleito, perscrutar se a opinião desfavorável está lastreada em base empírica que sinaliza a propensão à reincidência, se demonstra o perigo concreto à ordem pública e à paz social, caso o agente seja devolvido ao convívio social, ou se está arrimada na pobreza do criminoso, em sua ignorância, no tamanho de sua ficha criminal etc.

Nota-se, portanto, que o exame criminológico no contexto hodierno deixou de ser regra para configurar exceção, levando a crer que no contexto atual, apenas os criminosos mais famigerados e que apresentem maior temibilidade concreta serão submetidos à avaliação psíquica.

27 Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

28 Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

29 Art. 93, IX, da CF: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

30 O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Perdura no Senado Federal, conforme já foi dito alhures, a tramitação do Projeto de Lei 513/2013, que visa alterar a atual Lei 7.210/1984, responsável pela regulamentação das execuções penais no Brasil. O projeto de lei em referência, ao que se entende não pretende conferir efeito repristinatório<sup>31</sup> à funcionalidade anterior do exame criminológico. Ao revés, almeja eliminar de uma vez por todas, qualquer resquício existente na legislação própria, concernente ao instituto jurídico em tela. É que, o projeto de Lei 513/2013 aspira revogar os arts. 8.<sup>º</sup>,<sup>32</sup> 96,<sup>33</sup> 97<sup>34</sup> e 98,<sup>35</sup> todos da Lei 7.210/1984, que são últimos resquícios legais do exame criminológico contidos na legislação; logo, evidente o desiderato do legislador em não retroagir em relação a esta matéria.

Paralelamente ao Projeto de Lei 513/2013, que tramita perante o Senado Federal, há na Câmara dos Deputados, a tramitação dos Projetos de Lei 6.285/2009, 6.317/2009; 5.613/2005; 1.297/2007; 254/2015; 1.764/2007; 1.765/2007; 6.598/2009; 6.858/2010; 887/2011,<sup>36</sup> dentre outros, que pretendem resgatar a aplicação do instituto do exame criminológico. Apenas por compromisso com a técnica jurídica, vale dizer que todos os Projetos de Lei mencionados intentam repristinar o exame criminológico, porém, parcela dos textos redigidos foram encaminhados no sentido de ressucitar a figura jurídica em sua forma pretérita, outros, encerrando maiores especificidades, querem aplicá-lo em determinados casos, v.g., quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, quando o delito for hediondo ou assemelhado etc.

Não apenas na Câmara dos Deputados, mas semelhantemente no Senado Federal, há iniciativas parlamentares no sentido de conferir efeito repristinatório à funcionalidade do exame criminológico, conforme se infere dos Projetos de Lei 55/2015,<sup>37</sup> 499/2015,<sup>38</sup> 75/2007;<sup>39</sup> 190/2007<sup>40</sup> e 104/1995.<sup>41</sup>

Feitas essas breves considerações, a conclusão é a seguinte, no plano *de lege lata* permanece a possibilidade de exigência do exame criminológico, em caráter excepcional, a depender das peculiaridades do caso, mediante decisão fundamentada do Juiz das Execuções Penais, por força do disposto na Súmula 439 do STJ e na Súmula Vinculante 26 do STF, que assim autorizam e orientam.

31 Art. 2.<sup>º</sup>, § 3.<sup>º</sup>, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro: “[...] § 3.<sup>º</sup> Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

32 Art. 8.<sup>º</sup> da Lei 7.210/1984: “O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”.

33 “Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação. Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.”

34 “Art. 97. O Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal.”

35 “Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.”

36 Para consultar a íntegra de cada Projeto de Lei, basta visitar o site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.leg.br/>), cuja referência consta em campo próprio do presente artigo científico e preencher o espaço de pesquisa correspondente.

37 Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/ecidania/principalmateria?palavraChave=Lei+n.+55%2F2015&sigla=&numero=&ano=>>>.

38 Idem.

39 Idem.

40 Idem.

41 Idem.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



O que por hora não há como definir é se, com a futura conversão do Projeto de Lei 513/2013, em norma exigível, aparentemente solteiro em meio à enxurrada de iniciativas parlamentares que pretendem reprimir o exame criminológico, subsistirá no âmbito da casuística dos Tribunais, o entendimento consubstanciado na Súmula 439, do Colendo STJ e na Súmula Vinculante 26, do Excelso STF.

Ora, faz-se mister lançarmos esta indagação, pois no plano *de lege ferenda*, restará estreme de dúvida, a *mens legislatoris* de solapar de uma vez por todas o instituto do exame criminológico, partindo da premissa segundo a qual o resquício legal do instituto terá sido revogado, o que denota a intenção legislativa de extirpar, sem data de regresso, a figura jurídica objeto de análise.

### 3. Conclusão

Sob a profusão de iniciativas parlamentares, que ora visam resgatar e ora tendem a abolir a obrigatoriedade do exame criminológico, facínoras anônimos diuturnamente galgam de regime e auferem diversos benefícios prisionais, tais como indulto, comutação e visita periódica ao lar, simplesmente pelo cumprimento do critério matemático previsto na norma regulamentadora, mediante a exibição de um frívolo Atestado Carcerário impoluto, como se tal documento prisional encerrasse critérios absolutos de confiabilidade, quanto ao estado de temibilidade do agente.

O advento da Lei 10.792/2003, muito a contragosto da grande maioria da sociedade, simplificou os pressupostos autorizadores do deferimento da progressão de regime e livramento condicional, funcionando como válvula de escape ao crônico problema da superlotação carcerária e às invencíveis condições insalubres do cárcere, relegando, em contrapartida, a teoria relativa da pena, na vertente especial positiva. E dentro desta concepção teórica, desprezou o viés do verbo ressocialização, que determina a recuperação do indivíduo como *conditio sine qua non* de sua devolução à sociedade, de modo a inabalar a ordem pública e a paz social.

O resquício hodierno do exame criminológico, tal como ainda positivado na legislação, justifica apenas a sua utilização para fins de classificação, quando do ingresso do recuperando no cerne do sistema carcerário. Malgrado o beneplácito da jurisprudência dos Tribunais, ser no sentido de que de que o exame criminológico possa ser utilizado para fins de progressão de regime e concessão do livramento condicional, desde que a determinação seja motivada e os pressupostos do caso recomendem, este critério se revela falho, pois, regra geral, em meio a uma miríade de execuções penais sob a presidência de um Magistrado, apenas os criminosos mais famigerados não passarão despercebidos e serão submetidos à aferição do estado de temibilidade.

Conforme foi dito no prólogo, o problema da execução penal brasileira, um dos mais graves da sociedade nacional contemporânea, não pode ser resolvido com a canalização de forças em um único segmento social. Neste caso, por exemplo, há de ser implementado um trabalho conjunto, com a contratação por parte do Estado, de profissionais com qualificação técnica e reconhecida tarimba, a fim de que o exame criminológico possa ser devidamente executado quando necessário.

Parece mais acertada, a orientação jurídica segundo a qual o exame criminológico merece ser objeto de resgate, isto é, de repressão. Aliás, na verdade jurídica, melhor mesmo é a adesão ao posicionamento dos correligionários, que advogam a adoção do exame criminológico, inclusive, para outros fins que também possuem o *status* de benefício, *v.g.*, visita periódica ao lar, indulto, comutação e institutos análogos.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Forçoso convir com o emérito jurista **Carlos Eduardo Adriano Japiassú**, que quando da ministração de certa aula no curso de Especialização em Ciências Criminais e Segurança Pública, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, asseverou que parece ser adotada, ao menos no campo empírico, a teoria que preconiza ser a finalidade da pena, a neutralização do criminoso. O jurista mencionado, no caso se refere à teoria relativa, na especificidade da prevenção especial negativa.

Deveras, ao menos no cotidiano de aplicação das políticas de segurança pública, nota-se uma preocupação em neutralizar incontinenti, aquele ou aquela que por alguma razão infringe uma norma penal, máxime quando se trata da prática de um crime reputado como violento. Entretanto, quando da inserção do indivíduo no cárcere, parece que os cuidados dispendidos são apenas no sentido de esvaziar o quanto antes o espaço físico por ele ocupado na prisão, de modo que novos indivíduos neutralizados possam ocupá-la e assim sucessivamente, sendo infundável este ciclo de desacertos.

O ideal de unidade prisional vazia é louvável, porém, o referido esvaziamento do cárcere tem que ser realizado com cautela e critério. Há de predominar, em primeiro plano, a garantia dos mais legítimos interesses sociais e dos trabalhadores. Neste ponto entra em cena o exame criminológico, que muito embora não encerre contornos de absoluta certeza, no mínimo serve como um mecanismo de defesa social, na medida que o seu resultado, somado sempre ao bom senso e fundamentação substancial do Magistrado, poderá postergar ou mesmo impedir, até o cumprimento integral da pena, o reingresso do agente na sociedade.

Não configura o enfado da repetição, repisar que o verbo ressocializar tem duas facetas, sendo certo que a última funciona como garantia da ordem pública e da paz social, de modo a tornar defeso a célere reintegração, de indivíduo reputado como inapto e daninho ao convívio social.

### Referências

ALMEIDA, Luiz Roberto; SANTOS, Evaldo Veríssimo Monteiro dos. *O exame criminológico*. São Paulo: Lex, 1975.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSICOLOGIA JURÍDICA. Disponível em: <<http://abpj.com.br/?cd=1905&od=&descricao=exame-criminologico>>. Acesso em: 2016.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 jan.2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 15 jan.2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 jan.2016.

\_\_\_\_\_. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a instituição a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 15 jan.2016.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Dispõe sobre as ementas constitucionais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 jan.2016.

\_\_\_\_\_. Lei 10.792, de 1.º de dezembro de 2003. Dispõe sobre a alteração da Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em: 15 jan.2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa 0864659-94.2013.8.13.0000. Disponível em: <<https://dje.tjmg.jus.br/apresentacao.do>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo em Execução Penal n. 7007550-14.2015.8.26.0484, 8.ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Graci Neto, publicado em: 12/01/2016. Disponível em:<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 40ª edição, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito PENAL, Parte Geral*. Niterói: Editora Impetus, 13.ª ed, 2011.

MARIA, Clarissa Boraschi. *Vade Mecum*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato Flávio Marcão. *Curso de execução penal*. 9. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



## As mulheres e os feminismos nas criminologias

Juliana Frei Cunha

Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Membro do Divergente – Grupo de Pesquisa em Gênero, Poder e Resistências (UNESP/Franca) e do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos (NETPDH/UNESP/Franca).

**Resumo:** O presente artigo utiliza referenciais críticos e feministas para investigar o tratamento que as diversas escolas penais dispensaram, ao longo da história, à criminalidade feminina. Desta forma, remonta aos primórdios da criminologia para, então, alcançar as vertentes críticas que denunciaram as falsas promessas do direito penal, assim como as suas funções ocultas. Aborda as teorias feministas da ciência e do direito para introduzir as perspectivas criminológicas que problematizam o tratamento discriminatório sofrido pelas mulheres. Observa-se a violência estrutural exercida pelo Sistema de Justiça Criminal, assim como a marginalização das humanas no âmbito das ciências criminais.

**Palavras-chave:** Escolas Penais; Criminologias; Feminismo; Gênero.

**Abstract:** This article uses critical and feminist references to investigate treatment of various criminal schools throughout history of female criminality. In this way, it goes back to the beginnings of criminology in order to reach critical aspects that denounced false promises of criminal law, as well as its hidden functions. It addresses feminist theories of science and law to introduce criminological perspectives that problematize the discrimination suffered by women. It is noted structural violence exercised by the Criminal Justice System, as well as marginalization of human beings in criminal sciences.

**Keyword:** Philosophy of criminal law; Criminology; Feminism; Gender.

**Sumário:** Introdução – 1. Uma análise histórico-criminológico da criminalização da mulher: entre a vítima e a criminosa – 2. Teorias feministas da ciência e do direito – 3. Criminologias feministas – 4. A tensão entre criminologia crítica e feminista – Considerações finais – Referências bibliográficas.

### Introdução<sup>1</sup>

As opressões e as discriminações exercidas pelas lógicas patriarcais e machistas sobrevivem nas sociedades contemporâneas e reproduzem-se contra as mulheres no interior do Sistema de Justiça Criminal. Por meio de um encadeamento lógico, este artigo investiga a relação entre as ciências criminais e a criminalidade feminina, demonstrando que, dificilmente, o direito penal é um instrumento apto à proteção e promoção dos direitos das humanas.

<sup>1</sup> O presente artigo é uma versão de um trecho da dissertação de mestrado intitulada “Vítimas invisíveis: o pânico moral acerca do tráfico de pessoas para exploração sexual por uma perspectiva de gênero” contemplada por bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); e das reflexões sobre as Escolas Penais realizadas no âmbito do Grupo de Estudos Avançados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no ano de 2015.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Remontar aos primórdios dos estudos criminológicos com a Criminologia Positivista ou Tradicional, assim como perpassar pela tendência da Reação Social ou Criminologia Crítica permite observar, sob perspectiva, o tratamento reservado à mulher e a compreensão da manutenção dos delitos referentes à sexualidade no Código Penal.

Essa análise visa servir como fundamento para a problematização das implicações de gênero embutidas naqueles crimes, principalmente os do Título VI, capítulo V, do Código Penal, que se referem à sexualidade. Considerando que a ciência e o direito foram construídos sobre bases androcêntricas, não é possível atribuir a redação falha desses dispositivos somente a uma evidente falta de técnica legislativa, é preciso ir além e identificar as funções latentes.

### 1. Uma análise histórico-criminológico da criminalização da mulher: entre a vítima e a criminoso

*“No debate criminológico as representações da figura da prostituta parecem ter se constituído a partir do duplo vítima-criminoso, que oscila entre dois extremos: mulher como vítima, a ser tutelada e protegida, e mulher como agressora, ameaça à moral e aos bons costumes, e desviante do papel que lhe é atribuído. Ambas, em alguma medida, inferiores ao homem”* (BRAGA, 2013, p. 224).

A relação das mulheres com o poder punitivo está na sua gênese, **Zaffaroni** (1995, p. 30) aponta dois momentos representativos: o primeiro, na Idade Média, quando houve estabelecimento e consagração deste poder; o segundo, a partir da primeira metade do século XIX até o final da Segunda Guerra Mundial, quando houve um ressurgimento.

Em 1484, **Heinrich Kramer** e **James Sprenger** sintetizaram a experiência inquisitorial do poder punitivo até os séculos XI e XII na famosa obra “Malleus Maleficarum” (“O martelo das bruxas”) por meio de um discurso integrado entre Criminologia, Direito Penal e Processo Penal.

A despeito da subordinação da mulher não ter nascido com este modelo de sociedade, tampouco com o poder punitivo, pela existência da supramencionada obra, é claro que ambos estavam na gênese do incremento desta condição, ou seja, auxiliaram na consolidação de um “poder de gênero” direcionado, notoriamente, contra a mulher (ZAFFARONI, 1995, p. 32).

Existem algumas justificativas parciais para este controle e subordinação da mulher via poder punitivo, porém não há consenso. Aponta-se para o papel da Inquisição em restringir o amplo espaço ocupado por mulheres na Idade Média decorrente da falta de homens (que abandonavam as cidades para guerrear); e o ímpeto em extinguir culturas, saberes, religiões populares e comunitárias para o êxito de um modelo corporativo e hierarquizado de sociedade exercido pelos “senhores”. Assentado na discriminação e na repressão, nasceu um modelo de sociedade europeia mercantilista, colonizadora, verticalizada que se espalharia pelo mundo inteiro, ampliando a discriminação, tanto para tutelar, quanto para reprimir a todos considerados “diferentes”: desde motivos de raça até doentes, prostitutas, viciados (ZAFFARONI, 1995, p. 32-33).

Objetivando rebaixar a mulher, utilizaram um discurso de inferioridade genética que lhe debilitava tanto o corpo, quanto a mente; que lhe inclinava para o mal devido sua menor resistência à tentação; que lhe nominava como um ser predominantemente carnal e de menor espiritualidade; frente a todos esses caracteres ela necessitava ser tutelada devido a sua infantilidade (ZAFFARONI, 1995, p. 34).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

Séculos mais tarde esse discurso seria revisitado. Com a vitória da burguesia industrial sobre a nobreza, o poder punitivo foi limitado, no entanto, utilizou-se das mais diversas ideologias para justificar o incremento do poder de polícia. Estabeleceu-se um discurso científico do positivismo que rechaçou a igualdade entre os seres humanos, separando-os entre humanos superiores e inferiores devido à genética (ZAFFARONI, 1995, p. 35).

O médico italiano **Césare Lombroso** foi o criador da Antropologia Criminal e da Escola Positivista do Direito Penal e Criminologia, conjuntamente a **Ferri** e **Garofalo**, no século XIX. Para essa escola, o homem e a mulher nasciam delinquentes, ou seja, eram geneticamente determinados para o mal. Em “O homem delinquente” (1876) e “A mulher delinquente” (1892) **Lombroso** analisa uma série de caracteres físicos, psicológicos e comportamentais que determinam o homem e a mulher criminoso. A delinquência era uma doença intratável, sequer seria possível a responsabilização do criminoso haja vista que desprovido de livre-arbítrio. As soluções aventadas consistiam na segregação do indivíduo da sociedade ou a morte. **Lombroso** cometeu sérios erros metodológicos na condução de suas pesquisas, de modo que esta perspectiva foi logo superada.

Quanto à criminalidade da mulher, ela era duplamente excepcional, pois se destacava da civilização e dos criminosos, majoritariamente, homens. **Lombroso** reafirmou a inferioridade física e mental das mulheres e, sob o manto da cientificidade, reuniu no campo penal os discursos jurídico, médico e moral (religioso):

*“Consolidando a teoria atávica, a mulher seria fisiologicamente inerte e passiva sendo mais adaptável e mais obediente à lei que o homem. O grave problema das mulheres é que seriam amorais. Significa dizer: engenhosas, frias, calculistas, sedutoras, malévolas. Características estas que se não impulsionam as mulheres instintivamente ao delito, fazem-nas cair na prostituição”* (MENDES, 2012, p. 46).

Em *La Donna Delinquente*, o médico analisou milimetricamente os caracteres físicos e psicológicos das mulheres consideradas “normais”, “criminosas” e “prostitutas”, classificando-as – assim como fez outrora com os homens delinquentes – em criminosas natas, ocasionais, históricas, passionais, suicidas, lunáticas, epilépticas e moralmente insanas.

A mulher degenerada é aquela que não se enquadra nos padrões de normalidade, possui caracteres masculinos, vingativos, uma sexualidade exacerbada e ausência de afeição maternal. Observa-se que os caracteres que levam a mulher ao crime são descolados do papel de gênero que se esperava da mulher naquela época: a maternidade (BRAGA, 2013, p. 223). Quanto à natureza, a mulher era feminina ou masculina, “*A primeira seria obediente, civilizada; enquanto a segunda má, primitiva, masculina. À criminosa, excessivamente erótica, lhe são atribuídos traços masculinos: a dominação e a virilidade*” (LOMBROSO; FERREIRO apud BRAGA, 2013, p. 223). Quanto à sexualidade:

*“Enquanto em uma mulher ‘normal’ a sexualidade encontra-se subordinada à maternidade, o que faz como que a mãe ‘normal’ coloque os/as filhos/as em prioridade absoluta, entre as criminosas dá-se justamente o oposto. Elas, as criminosas, não hesitam em abandonar seus/as filhos/as, ou a induzir suas próprias filhas à prostituição”* (MENDES, 2012, p. 47).

Na ponta extrema da criminalidade feminina encontra-se o binômio da prostituta-criminosa. Para **Lombroso**, a prostituição decorria “[...] de uma inevitável predisposição orgânica à loucura moral decorrentes de processos degenerativos nas linhas hereditárias antecedentes da prostituta” (MENDES, 2012, p. 48). Essa justificativa machista e



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

“científica” estava alinhada com posicionamentos higienistas do século XIX com vistas a reprimir a prostituição por motivos sanitários. Não por um acaso, a figura da prostituta é central na “iconografia das classes perigosas”, pois entorno desta “[...] *agem dispositivos que criam, ao mesmo tempo em que combatem, o perigo de contágio sexual e moral a ela atribuído; e a colocam sob uma política de controle do Estado*” (BRAGA, 2013, p. 224). Outra característica atribuída a algumas mulheres criminosas, destacadamente a prostituta, é a beleza:

*“No estudo da mulher criminosa, a beleza e a capacidade de sedução eram constantemente evocadas para justificar a periculosidade e a capacidade de cometes determinados delitos. Ou seja, no caso das mulheres, dependendo do crime, associava-se a beleza ao perigo, uma vez que as mulheres mais atraentes teriam maior capacidade de ludibriar e enganar as pessoas. As prostitutas eram consideradas parte de um grupo com o maior índice de criminosas, muito estudadas pelos teóricos da época e temidas por grande parte da sociedade, sobretudo pelo seu poder de ‘enganação’ e sedução”* (FARIA, 2008, p. 165).

A liberdade sexual da prostituta representava uma ameaça social aos padrões da época. A atribuição do estigma de criminosa, provavelmente, servia ao intuito de reprimir e impedir que este tipo de conduta se reproduzisse.

Posteriormente, surgiram outras teorias etiológicas que compreendiam a criminologia como uma ciência causal-explicativa, ou seja, buscavam explicações para as causas do crime e soluções para combatê-lo. Sob esta perspectiva, a criminalidade é um ente pré-constituído (ontológica e decorrente de uma patologia pessoal) ao direito penal e só resta identificá-la e positivá-la (MENDES, 2012, p. 42).

A criminologia positivista de viés biopsicológico, foi superada pelas diversas teorias que compõem a criminologia liberal contemporânea dos anos 30 em diante: teoria funcionalista; teoria das subculturas; teoria psicanalítica da sociedade punitiva; teoria do *labeling*; teoria psicanalítica; teorias conflituais etc. Contudo, a ideologia da defesa social, em graus distintos, sempre esteve impregnada na criminologia, considerando, inclusive, a universalidade do delito e do direito penal.

A partir da década de 40 nos Estados Unidos e da década de 60 na Europa e América Latina, o fenômeno criminal passou a ser estudado por duas vertentes da sociologia contemporânea, o interacionismo simbólico e a etnometodologia, com um enfoque diverso: o do etiquetamento (BARATTA, 1999, p. 39). O *Labeling Approach* inaugurou uma alteração paradigmática – uma “revolução científica” nos termos de **Thomas Kuhn** – uma ruptura metodológica e epistemológica no âmbito da criminologia. Abandonou o pano de fundo consensual, a etiologia, a defesa social e centrou-se na análise da criminalidade sob a perspectiva da reação social e seleção, elegendo as instâncias formais de controle social como constitutivas daquela. O criminoso e a criminalidade não são entes pré-constituídos, mas, sim, realidades construídas socialmente a partir de processos de definição e de interação:

*“Uma conduta não é criminal ‘em si’ (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a ‘definição’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a ‘seleção’ que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas. Consequentemente, não é possível estudar a criminalidade independentemente desses processos”* (ANDRADE, V. R. P., 1995, p. 28).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Ao invés de perguntar “Quem é criminoso?”, “Como se torna desviante?”, “Em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “Com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”, opera-se uma guinada questionando: “Quem é definido como desviante?”, “Que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “Em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?”, “Quem define quem?” (BARATTA, 2002, p. 88).

O *Labeling Approach* criticou as usuais ideias de prevenção, finalidade e ressocialização atribuídas ao sistema de justiça criminal. Para tanto, analisou o efeito da aplicação do rótulo de criminoso a alguém; os processos de definição do desvio como qualidades negativas atribuídas – em uma relação de poder – a comportamentos e indivíduos; a atuação seletiva e estigmatizante das agências de controle social com grande poder de criar e aplicar a lei; problematizou também a criminalidade de colarinho branco, a cifra oculta e as estatísticas oficiais, revelando que o comportamento desviante não é característico de uma minoria mas, antes, predominante em toda a sociedade (BARATTA, 2002, p. 89, 101).

Apesar dos avanços realizados, tal teoria é alvo de inúmeras críticas. Para Baratta (2002, p. 116) trata-se de mais uma teoria de médio alcance que não se preocupa com o conteúdo em si da criminalidade. Há a responsabilização das relações políticas hegemônicas de poder pela definição do desvio, contudo, não há o comprometimento e a intenção de avançar apontando a estrutura econômica das relações de produção e de distribuição como protagonista das contradições do sistema socioeconômico. Esse é o motivo pelo qual determinados comportamentos e pessoas são definidos como negativos e desviantes.

Especificamente a partir do enfoque do *Labeling Approach* e das Teorias Conflituais realizou-se uma passagem para a Criminologia Crítica. Apesar de ser constituída por pensamento heterogêneos, o mínimo denominador comum é “[...] a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização” (BARATTA, 2002, p. 159) utilizando-se de instrumentais do marxismo.

A Criminologia Crítica transfere o foco do autor e das causas do desvio, respectivamente, para as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na base do desvio e para os mecanismos sociais e institucionais que criam e aplicam as noções de “desvio e criminalidade” operando os processos de criminalização. Supera aquela ideia ontológica de criminalidade, assumindo que “desvio e criminoso” são status distribuídos negativamente a comportamentos e pessoas, de acordo com os interesses dominantes em determinado contexto socioeconômico, mediante dupla seleção.

Esta consiste na escolha dos bens que serão protegidos e, então, na fixação das ações que lhe ameaçam culminando na elaboração de um tipo penal; assim como na seleção, dentro de um universo de pessoas desviantes, daquelas sob as quais recaíram o estigma de criminoso (BARATTA, 2002, p. 160-161). A criminalização de determinada pessoa não é pautada pela gravidade real do dano que cometeu à sociedade, mas sim pelo lugar que ela ocupa na pirâmide social: valorizam-se negativamente as ações que infringem os interesses dominantes, transformando-as em tipos penais e, conseqüentemente, criminalizando as camadas pobres da sociedade.

Para a criminologia crítica, o direito penal não é somente um “sistema estático de normas”, mas sim um “sistema dinâmico de funções” sustentado por meio de três mecanismos: a produção das normas (criminalização primária), a aplicação das normas (criminalização secundária) e, por fim, a execução da pena ou da medida de segurança (BARATTA, 2002, p. 161).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Esse ciclo que engloba desde o processo legislativo até a execução penal é dominado por diversos grupos que lutam para impor os seus interesses e valores aos demais. Conseqüentemente, “[...] quanto maior seja o poder político e econômico de um grupo, mais difícil será que seus ‘padrões estáveis de ação’ – isto é, os comportamentos que lhes beneficiem em nível individual ou de grupo ou o que consideram correto – violem as leis penais” (SERRANO MAILLO; PRADO, 2013, p. 343). Em contrapartida, quanto mais afastado desse poderio, mais facilmente as ações serão rotuladas como infrações penais.

Essa atuação, pautada pelos interesses dominantes, dá ensejo para que a Criminologia Crítica denuncie o mito do direito penal como direito igual por meio de três proposições:

*“a) O direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;*

*b) A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;*

*c) O grau de efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade”* (BARATTA, 2002, p. 162).

Das proposições acima, extrai-se um dos pilares da criminalização: a seletividade. A lei, supostamente neutra, é desmascarada por esta corrente do pensamento que, inclusive, problematiza a incapacidade do Direito Penal em proteger os direitos humanos:

*“A criminologia crítica passa a questionar o sistema penal de controle do desvio social, revelando a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos do direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que podem ser selecionados como delinquentes, cujas chances são maiores na população pobre, característica das pessoas que recebem a etiqueta de ‘criminoso’. Aqui, a Criminologia Crítica revela um dos principais pilares sobre os quais se assenta a criminalização: a seletividade. O sistema penal passa a ter função social de reproduzir as relações sociais e de manter a estrutura vertical da sociedade e os processos de marginalização. O sistema penal é visto como um sistema violador de direitos. Dentro desse sistema, está o cárcere. A prisão, então, revela-se violadora de direitos. Assim, a Criminologia Crítica demonstra que o sistema penal é um sistema que não pode garantir direitos. O discurso jurídico, que, por sua vez, dá racionalidade a esse sistema, é o Direito Penal. Este tem a função de sustentar, discursivamente, o sistema penal e, por isso mesmo, não pode ser um discurso eficaz na proteção dos direitos humanos, ou é muitíssimo limitado”* (CAMPOS, 1999, p. 14).

As denúncias realizadas pela criminologia crítica são fundamentais para exhibir a falácia das promessas de segurança jurídica, assim como a realidade oculta do sistema de justiça criminal, revelando a crise do direito penal. Para Baratta (2002, p. 164), a superação do direito desigual somente é possível em uma fase avançada do modelo de sociedade socialista, onde a distribuição não será pautada pelo valor, tampouco pelo trabalho prestado mas, sim, de acordo com as necessidades individuais.

Essa retomada criminológica, considerando que a mulher foi ignorada até mesmo pela criminologia crítica, permite visualizar como foram construídos os estereótipos, mantidos até os dias atuais, acerca da mulher como vítima, criminosa ou prostituta. Desconsidera-se a autonomia da mulher no cometimento de crimes, ou seja, ela é vista como



01 02 03



01 02



01 02



01 02



um ser mais dócil e débil, comandada por homens, pois a violência não seria uma característica inscrita na “natureza” feminina.

O arcabouço teórico da criminologia crítica demonstra o fracasso histórico, em termos de funções aparentes, do sistema de justiça criminal; simultaneamente, o seu êxito é respaldado pelas funções ocultas. Desta forma, serve como questionamento da atual política criminal; justificativa para a descriminalização daqueles delitos referentes à sexualidade e ao gênero; assim como para o encaminhamento a uma epistemologia criminológica feminista.

## 2. Teorias feministas da ciência e do direito

As contribuições da crítica feminista à ciência, ao direito e à criminologia auxiliam na localização dos papéis atribuídos às mulheres nestes âmbitos, seja como autora ou como vítima de delitos.

A crítica feminista demonstra que a mulher nas ciências e no direito sempre esteve subordinada a uma lógica androcêntrica, inclusive no âmbito criminológico considerado “crítico”. Isso constitui uma violência física, psicológica e simbólica na medida em que as leis não refletem seus anseios, antes são elaboradas para mantê-las em seus papéis sociais privados: “*The laws are a formal codification of attitudes towards that permeate our culture*” (GARFINKEL, LEFCOURT, SCHULDER apud SMART, 1976, p. 7).

Para apresentar tais teorias, é preciso considerar a práxis histórica do movimento feminista. O feminismo é um movimento social heterogêneo que visa enfrentar a opressão sofrida pelas mulheres ao longo da história, assim como melhorar a condição de vida das mesmas. As origens do feminismo remontam à efervescência da década de 60 do século passado, marcada por uma série de mudanças globais, revoltas contra o sistema, movimentos de contracultura e de luta por direitos. Este ambiente propiciou a ebulição das teorias críticas e feministas.

Contudo, a história mais remota conta com inúmeras figuras femininas que reivindicaram por direitos iguais àqueles já garantidos aos homens, as primeiras vozes da insurreição feminina remontam o século XVII (ALVES; PITANGUY, 1981, p. 29).

A partir da década de 70, conforme os estudos sobre a mulher avançavam nas mais diversas áreas do conhecimento, teóricas e juristas norte-americanas, posteriormente europeias, introduziram a temática no âmbito do direito culminando nas Teorias Feministas do Direito.

No ocidente, o movimento feminista surge com o propósito de desconstruir padrões “únicos” e de “normalidade”, responsáveis pela perpetuação da dominação masculina. Tais padrões correspondem a características hierarquizadas que contrapõem sujeito-objeto, razão-emoção, espírito-corpo, de modo que a primeira parte da dupla é, necessariamente, considerada como uma qualidade masculina e a segunda parte como feminina (ESPIÑOZA MÁVILA, 2002, p. 40).

O feminismo realizou uma reforma político-social da condição feminina, questionando, teoricamente, o modelo androcêntrico e uniforme da Ciência e do Direito. Este metadiscurso é anterior às contribuições de **Sandra Harding**, que, entretanto, tem um papel central na crítica ao paradigma androcêntrico da ciência moderna e no fomento a criação de uma teoria feminista da consciência. O paradigma tradicional oculta as diferenças de gênero para assegurar a dominação masculina:



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*“Harding mostrou como a ciência moderna, o modelo hegemônico ‘normal’ da consciência científica, baseia-se na oposição entre sujeito e objeto, entre razão e emoção, entre espírito e corpo. Em qualquer destas oposições, o primeiro termo deve prevalecer sobre o segundo, sendo que aquele corresponde à qualidade ‘masculina’ e este àquela ‘feminina’” (BARATTA, 1999, p. 20).*

A frase de **Beauvoir** “*Não se nasce mulher, torna-se*” sintetiza um pressuposto fundamental para a desconstrução de um modelo androcêntrico de ciência e a construção de um alternativo, qual seja, a necessária distinção entre sexo (biológico) e gênero (social). O gênero precisa ser reconstruído socialmente para propiciar uma possível superação da reificação das dicotomias artificiais. Este duplo movimento conduz à descoberta do simbolismo de gênero outrora oculto, assim como contribui para a inserção do ponto de vista da luta emancipatória das mulheres (BARATTA, 1999, p. 22).

A desconstrução da ideologia que atribui “naturalmente” determinados caracteres a um sexo biológico é imprescindível para o abandono desse paradigma biológico e a construção de um paradigma de gênero. O ponto de partida para uma análise crítica da divisão social do trabalho, dos papéis, da separação entre público e privado e das qualidades funda-se na construção social do gênero, considerando-se as especificidades culturais, e não nas diferenças biológicas (BARATTA, 1999, p. 21-22). Um paradigma de gênero implica, ao menos que:

*“1. As formas de pensamento, de linguagem e as instituições da nossa civilização (assim como de todas as outras conhecidas) possuem uma implicação estrutural com o gênero, ou seja, com a dicotomia ‘masculino-feminino’;*

*2. Os gêneros não são naturais, não dependem do sexo biológico, mas, sim constituem o resultado de uma construção social;*

*3. Os pares de qualidades contrapostas atribuídas aos dois sexos são instrumentos simbólicos da distribuição de recursos entre homens e mulheres e das relações de poder existentes entre eles” (BARATTA, 1999, p. 23).*

O feminismo, como movimento social e teoria, conta com uma pluralidade de vertentes com modelos teóricos e estratégicos diferentes que transitam por ideias conservadoras e progressistas, assim como é classificado de diversas formas em fases, gerações ou ondas. A linearidade histórica dessas fases é relativa, pois as tipologias analisadas sempre coexistiram e são revisitadas a todo tempo.

**Alessandro Baratta**, em “O paradigma de gênero” estuda analiticamente a epistemologia feminista no campo da Ciência e do Direito. Destaca semelhanças e diferenças ao extrair três grandes tipologias, presentes simultaneamente nos discursos de três grandes teóricas feministas – **Harding**, **Olsen** e **Smart** – e, posiciona-se ao lado da terceira tipologia. **Sandra Harding** denomina tais epistemologias de: empirismo feminista, o ponto de vista feminista (standpoint) e feminismo pós-moderno. As ideias reunidas por estas epistemologias também podem ser chamadas de feminismo liberal, radical ou socialista, correspondentes historicamente, à primeira, segunda e terceira onda do feminismo.

O feminismo liberal ou burguês baseado no empirismo feminista foi um dos primeiros a se manifestar, apresentando o direito como dominado pelos homens. Esta corrente acredita que ocorre apenas um tratamento diferenciado entre homens e mulheres e que, portanto, é preciso incluir as mulheres no direito e aplicar a lei igualmente (ESPINOZA MÁVILA, 2002, p. 42). Pauta-se por uma ideologia de direitos iguais, contudo não questiona os valores dominantes: “*Os críticos salientam, por um lado, que na luta contra a discriminação feminina, este grupo identifica a diferença entre os*



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*dois gêneros no direito como circunstancial e não estrutural, despolitizando a atuação do movimento social” (ESPINOZA MÁVILA, 2002, p. 43).*

O feminismo radical ou separatista admite que o direito é, estruturalmente, masculino e exige o reconhecimento de qualidades femininas e, conseqüentemente, de direitos especiais às mulheres. Este modelo reivindica a utilização de um ponto de vista feminino. A crítica a esta corrente direciona-se para a utilização de um modelo universal e abstrato de mulher, ocultando as especificidades de etnia e classe, e para o reforço de um modelo centrado nas diferenças naturais e biológicas dos gêneros (ESPINOZA MÁVILA, 2002, p. 43-44).

O feminismo socialista representa um avanço quanto ao radical e defende mudanças mais profundas:

*“Essa tendência propõe elaborar um sistema de valores alternativo, baseado na relatividade histórica e na negociabilidade dos âmbitos de valor atribuídos aos gêneros. Um outro fundamento desse movimento é a transversalidade do mundo real de cada mulher, no que se refere às diversas variáveis dos relacionamentos e das diferenças culturais” (ESPINOZA MÁVILA, 2002, p. 44).*

Essa vertente também reivindica a “[...] *flexibilidade e redefinibilidade dos limites culturais e institucionais entre as esferas da experiência e da vida social (público/privado, obrigações/direito, em contraposição a cuidado/atenção, mercado/solidariedade, paixão/razão, corpóreo/espiritual*” (BARATTA, 1999, p. 34).

Os pensamentos que convergem para esta última classificação visam desconstruir para reconstruir, constituindo um “pensamento contextual”. Então, no que exatamente constitui essas ações? Referindo-se as estratégias de **Harding**, **Olsen** e **Smart**, **Baratta** sintetiza:

*“[...] deseja ‘desconstruir’ as reificações essenciais que estão na base das dicotomias das qualidades e dos valores, assim como o seu emprego polarizante na construção social dos gêneros, das esferas de vida (pública e privada), da ciência e das instituições de controle comportamental (direito, justiça penal) e do seu objeto (crimes e penas). O que deve ser reconstruído? Uma subjetividade humana integral ou andrógina, portadora, ao mesmo tempo, das qualidades e dos valores que foram separados e contrapostos na criação social dos gêneros; um conhecimento adequado às necessidades do desenvolvimento humano em uma sociedade planetária complexa; uma ciência da natureza e da sociedade que reúna o método da pesquisa com a ética da responsabilidade na utilização de seus resultados; uma rede de alianças que recoloca em circulação e integre as variáveis das diversas formas de desigualdade e opressão, recompondo a unidade ad questão humana e do projeto de emancipação [...]” (BARATTA, 1999, p. 36).*

A crítica feminista à ciência e ao direito também alcançou o campo criminológico, denunciando o seu caráter androcêntrico por meio das vertentes das criminologias feministas.

### 3. Criminologias feministas

A criminologia crítica visibilizou as falsas promessas do direito penal (como a proteção de bens jurídicos e a prevenção de determinadas condutas) e as suas funções ocultas (reprodução da realidade social), auxiliando na construção de um arcabouço teórico para a descriminalização dos delitos referentes à sexualidade. A criminologia feminista, por sua vez, revela a marginalização da mulher no âmbito das ciências criminais, assim como a violência



01 02 03



01 02



01 02



01 02



estrutural que sofrem por parte do sistema de justiça. O diálogo entre esses referenciais teóricos parte do pressuposto que:

*“[...] o sistema criminal está em crise, na medida em que representa uma instituição que não cumpre suas funções manifestas e se caracteriza por ser uma entidade seletiva (que seleciona as pessoas, quer para criminalizá-las quer para vitimizá-las, recrutando sua clientela entre os mais miseráveis) e perversa [...]. A perversidade do sistema criminal se estabelece através do “aparato de publicidade” do Estado que projeta a ilusão de um poder punitivo igualitário, não seletivo, não discriminador, disfarçando de conjuntural ou circunstancial aquilo que é estrutural e permanente (inerente ao próprio poder)” (ESPINOZA MÁVILA, 2002, p. 36).*

**Carmen Hein de Campos** (1999, p. 14) afirma que *“o pensamento criminológico e o pensamento feminista têm muito em comum, pois são pensamentos críticos e emancipatórios. No entanto, também apresentam divergências”*. É preciso considerar as limitações e mediar um diálogo entre os dois pensamentos para extração de contribuições positivas para a questão da mulher e dos delitos referentes à sexualidade.

A criminologia não ficou imune aos julgamentos das criminólogas feministas que apontaram para a não incorporação das Críticas Feministas às Ciências e ao Direito (CAMPOS, 1999, p. 15).

*“[...] é a partir dos anos 60 que a crise do discurso punitivo se intensifica ao se confrontar com diversos movimentos que exigem coerência inexistente ao sistema criminal. Entre esses movimentos se destaca o movimento feminista. Esse último questionará, não só o sistema punitivo, em forma isolada, mas a própria estrutura do direito, como disciplina que proporciona legitimidade ao discurso punitivo e o apresenta como consensual e neutro” (ESPINOZA MÁVILA, 2004, p. 40).*

A partir dos anos 70 a posição desigual entre homens e mulheres no direito penal, seja como vítima ou como autora de delito, passou a chamar atenção dessa área do conhecimento. A questão feminina veio à tona por meio de inúmeros temas: a desproteção frente a violência androcêntrica no sistema de justiça penal; a incipiência de dispositivos penais para proteção da mulher enquanto vítima de crime; a aplicação desigual da lei quando o crime tinha como vítima a mulher; a desproporcional taxa de incriminação feminina (pequena, se comparada à taxa masculina na época); os delitos de gênero (aborto, infanticídio); delitos referentes à sexualidade.

As recentes correntes criminológicas – nova, crítica, radical, da classe trabalhadora – falharam tanto quanto as antigas em não adotar uma perspectiva feminista. Como ocorre em todo o âmbito jurídico, a questão feminina permaneceu oculta, subordinada – e falsamente incluída – a um discurso androcêntrico acerca do crime e do criminoso.

**Carol Smart** (1976, p. 176, tradução nossa), no entanto, adverte que *“Não é correto afirmar que a mulher foi inteiramente ignorada nos estudos acerca do crime e do desvio”*. **Smart** (1976, p. 177) divide os estudos criminológicos que trataram da mulher em duas categorias, aqueles que fizeram referências explícitas e aqueles que fizeram referências implícitas. Os primeiros remetem a Escola Positivista Italiana e, portanto, aos estudos de **Lombroso** acerca da mulher criminosa. Os segundos, a estudiosos que colocaram os delitos femininos ao lado daqueles cometidos por adolescentes e deficientes mentais, **Smart** analisa a carga simbólica dessa classificação que coloca o status civil e legal da mulher ao lado do de crianças e “lunáticos”. Por outro lado, muitos estudos criminológicos ignoraram completamente a existência da delinquência feminina ou a consideraram demasiadamente insignificante para ser citada.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Em sentido semelhante, quanto à América Latina, **Alda Facio** e **Rosalía Camacho** (1995, p. 44) destacam que existem estudos e pesquisas sobre a criminalidade feminina, mas que não são tomados como parte do conhecimento criminológico da região, uma vez que são compreendidos como “estudos específicos” – o que é um contrassenso, pois as mulheres compõem metade da população.

**Rosa Del Olmo** (1998) classifica as teorias sobre a criminalidade feminina em quatro grandes blocos: 1. Teorias tradicionais: a sexualização da conduta (cujos representantes são **Lombroso** e **Ferrero**, assim como **Otto Pollack**); 2. Teorias Modernas: o movimento de liberação feminina (inaugurada por Freda Adler e Rita Simon); 3. As teorias feministas: a perspectiva de gênero (Doris Klein, Carol Smart, Pat Carlen, Kathleen Daly, Meda Chesney); 4. Novas reflexões contemporâneas (abrange inúmeras teóricas discutindo ideias diversas). As principais ideias das teorias tradicionais já foram delineadas, apresentar-se-á, sucintamente, as demais.

A ruptura epistemológica com o pensamento tradicional ocorrida a partir dos anos 70 é, parcialmente, atribuída ao Movimento de Liberação Feminina que reivindicava a igualdade jurídica e social da mulher. As criminólogas se preocupavam, então, com o aumento da criminalidade feminina e o associava a emancipação feminina, “[...] *la mujer dejó su pasividad para volverse más despierta y agresiva e, por lo tanto, asume una conducta que se parece cada vez más a del hombre*” (ADLER apud DEL OLMO, 1998, p. 23). **Freda Adler** explicava tal incremento a partir de uma tese da masculinidade que foi muito criticada, pois não contava com uma base empírica, acreditava-se também no mito do aumento da criminalidade violenta das mulheres (DEL OLMO, 1998, p. 24).

Para **Rita Simon**, “[...] *a medida que la mujer ingresa en ocupaciones anteriormente masculinas se expone a oportunidades que antes solo se le presentaban al hombre*” (apud DEL OLMO, 1998, p. 24). Explicou-se o incremento, pela ampliação das oportunidades de ocupação das mulheres, contudo, esta teoria também sofreu severas críticas, pois as explicações para a criminalidade do homem eram insuficientes e não, necessariamente, explicavam a criminalidade feminina (DEL OLMO, 1998, p. 25).

Parcela da criminologia feminista questionou as supramencionadas teorias por meio de teses econômicas, demonstrando a importância das condições de pobreza e das oportunidades de trabalho (legal e ilegal) à disposição das mulheres. Analisaram que o impacto na criminalidade decorria da feminização da pobreza e não da liberação feminina. Apesar das críticas, as supramencionadas autoras exerceram um papel de relevância ao visibilizar a criminalidade feminina e abrir caminho para novas teorias criminológicas de cunho feminista (DEL OLMO, 1998, p. 25).

Já no bloco das teorias feministas desenvolvidas sob a perspectiva de gênero, a referência é **Carol Smart** – e sua obra *Mulher, Crime e criminologia* – como pioneira na crítica feminista a todos os estudos criminológicos anteriores. **Smart** revela a dupla invisibilidade da mulher – nos textos criminológicos e de direito penal e quando são vítimas de delitos – e defende a necessidade de mais estudos, sob novas perspectivas, acerca da criminalidade feminina, do tratamento reservado à mulher pelo sistema penal e pelos textos legais (DEL OLMO, 1998, p. 26).

As reflexões contemporâneas, devido em parte à realidade pós-moderna, abrangem uma série de teóricas com ideias distintas – dentre elas o *Standpoint*, o *Empowerment*, o olhar para a crescente criminalização da mulher – revelando uma grande fragmentação tanto na criminologia, quanto no feminismo. É inegável, porém, que todo o conhecimento desenvolvido contribuiu para a tomada de consciência da importância da temática e para a adoção de uma perspectiva de gênero no âmbito criminológico e dos sistemas de justiça (DEL OLMO, 1998, p. 31).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

**Alessandro Baratta** (1999, p. 55) observa que o atual estágio da criminologia contribui para o desenvolvimento de uma criminologia feminista: “[...] *uma criminologia feminista pode se desenvolver de forma cientificamente oportuna só a partir da perspectiva epistemológica da criminologia crítica.*” Tanto a criminologia crítica quanto o movimento feminista fundamentam os seus saberes em processos históricos, que permitem compreender a marginalização de camadas da sociedade e a relação de opressão dos homens sobre as mulheres. Esta atitude metodológica é importante para enfrentar e desconstruir tais realidades. Assim como a perspectiva crítica da criminologia, a perspectiva feminista também não é homogênea – existem múltiplas correntes com interpretações distintas.

O paradigma científico, como um todo, é sexista.<sup>2</sup> A ciência desenvolveu-se ignorando a importância de uma análise pautada pelas relações de gênero. As construções partem de pontos de vista, experiências e estudos focados no universo masculino e aplicados como uma “solução comum” tanto a homens, quanto a mulheres. **Alda Facio** e **Rosalía Camacho** (1995, p. 61) apontam que todos os representantes das mais distintas escolas criminológicas possuem uma visão androcêntrica:

*“É assim que o conceito da mulher delinquente, que se delinea na doutrina criminológica e em políticas penitenciárias, é um conceito androcêntrico, carregado de preconceitos sobre o seu papel e sua natureza, mesmo que estes não sejam tão óbvios como no caso da mulher. Mas, o androcentrismo não se manifesta só na doutrina criminológica que se centra no estudo do ou da delinquente; também se encontra nas chamadas criminologias consensualistas, conflictualistas, interacionista, de etiquetamento, da reação social ou de enfoques particulares, como a criminologia dos direitos humanos ou a da política criminal alternativa”.*

Especificamente quanto à criminologia crítica privilegia-se a óptica das relações sociais públicas – como a divisão em classes sociais – em detrimento das relações sociais privadas: generalizam-se os interesses e necessidades de homens e mulheres de uma mesma classe social. Para além de invisibilizar a mulher, o androcentrismo caminha para a misoginia, que é o desprezo pelo feminino. Este tipo de sexismo apresenta uma visão parcial da realidade e, pior, contribui para a marginalização e opressão de metade da população global (FACIO; CAMACHO, 1995, p. 60-62).

Considerando que um dos referenciais da criminologia crítica é o marxismo encontra-se o porquê da valorização da luta de classes em detrimento das relações de gênero. Justamente por esse motivo, é preciso fincar as bases de uma crítica feminista na simbiose entre patriarcado-capitalismo e realizar uma análise que leve em conta as

<sup>2</sup> Alda Facio e Rosalía Camacho (1995, p. 50-59) classificam o sexismo, no âmbito criminológico, em sete formas distintas, no entanto, apontam que tal divisão é somente para facilitar a compreensão, pois todas estão relacionadas entre si: 1. Familismo “[...] Consiste na identificação da mulher-pessoa humana com a mulher-família, ou seja, em referir-se ou considerar-se a mulher sempre em relação à família [...]”; 2. O duplo parâmetro “[...] Dá-se quando uma mesma conduta, uma situação idêntica e/ou características humanas são valorizadas e avaliadas com distintos parâmetro ou distintos instrumentos para um e outro sexo, com fundamento no dicotomismo sexual e no dever ser de cada sexo [...]”; 3. O dicotomismo sexual “[...] consiste em tratar os sexos como diametralmente opostos e não com características semelhantes [...]”; 4. O dever ser de cada sexo “[...] Consiste no pressuposto de que há condutas ou características humanas que são mais apropriadas para um sexo que para o outro [...]”; 5. A sobregeneralização e sobreespecificação “[...] A sobregeneralização ocorre quando um estudo analisa somente a conduta do sexo masculino e apresenta seus resultados como válidos para ambos os sexos [...]”, “[...] A sobreespecificidade é a outra face da moeda desta forma de sexismo e consiste em apresentar como específico de um sexo certas necessidades, atitudes e interesses que, na realidade, são de ambos [...]”; 6. A insensibilidade ao gênero “[...] ignora a variável sexo como uma variável socialmente importante ou válida [...]”; 7. Androcentrismo “[...] Dá-se quando um estudo, análise ou pesquisa centra-se a partir da perspectiva masculina, apresentando a experiência masculina como fulcral à experiência humana e, por fim, como a única relevante [...]”.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



interseccionalidades – gênero, classe social, etnia etc. –, pois só assim é possível vislumbrar as múltiplas opressões exercidas pela sociedade e pelo sistema de justiça criminal sobre a mulher.

A mulher, no campo penal, é estudada majoritariamente sob a óptica de vítima e agressora, contudo, a maior parte das análises se debruça sobre aquela primeira figura. A delinquência feminina é interpretada em duas grandes linhas, uma que remete a estudos clássicos e outra a teorias contemporâneas (MEO apud ESPINOZA MÁVILA, 2004, p. 71). A primeira é, notadamente, guiada por um referencial androcêntrico de criminalidade, pois atribui a ações desviantes tipicamente femininas – infanticídio, aborto, prostituição – a não adequação à função reprodutiva, são as teorias biológica e constitucionais (enquadra-se aqui os estudos de **Lombroso** e **Ferreiro**). A segunda é a criminologia feminista desenvolvida a partir dos anos 60 com enfoques liberal e radical. A despeito de criticáveis, ambas visibilizaram a criminalidade feminina e abriram caminho para o desenho de novas criminologias de viés feministas (DEL OLMO, 1998, p. 25).

O perfil mais crítico da criminologia feminista desenvolveu-se, principalmente, a partir das décadas de 70 e 80. Adotaram como ponto de partida não mais a “mulher desviante”, mas as circunstâncias que as afetam e a outros grupos marginalizados socialmente, assim “[...] compreenderam a intervenção penal como mais uma faceta do controle exercido sobre as mulheres, uma instância em que se reproduzem e intensificam as condições de opressão mediante a imposição de um padrão de normalidade.” (ESPINOZA MÁVILA, 2004, p. 73).

São inúmeras as contribuições do feminismo para a criminologia, **Espinoza Mávila** (2004, p. 74-75) discorre sobre as cinco mais representativas. A primeira consiste na introdução de uma perspectiva de gênero como instrumento de análise da mulher no sistema punitivo que é uma construção social com o objetivo, não declarado, de reproduzir os papéis tradicionais de gênero incutidos na sociedade. Posto isso, o caminho para compreensão da criminalidade feminina dá-se a partir da situação de opressão em que a mulher se encontra na sociedade, assim, as políticas devem direcionar-se para a transformação das relações sociais de sexo em todos os ambientes. Essa proposta visa enfrentar a condição de exclusão e opressão sofrida pelas mulheres na sociedade e não o crime cometido por esse grupo.

A segunda contribuição é estudar os atores do sistema como sujeitos históricos, ou seja, dar-lhes voz, considerá-los como pessoas únicas com distintas particularidades, necessidades, não somente como “sujeitos de direitos ou como entidade abstrata a analisar” e, a partir de vivências reais, entender o objeto da pesquisa (ESPINOZA MÁVILA, 2004, p. 75).

A terceira contribuição é a interdisciplinaridade, por meio da qual é possível encontrar diferentes visões e alternativas acerca da criminalidade, já que o aporte das teorias jurídicas são insuficientes para uma abordagem de gênero (ESPINOZA MÁVILA, 2004, p. 76).

A penúltima contribuição valoriza uma abordagem macroestrutural da sociedade e uma relativização das diferenças entre os sexos. Neste sentido, é preciso superar a oposição entre os sexos, parar de buscar justificativas para tratamentos distintos entre eles, ao passo que é fundamental entender as mulheres como uma classe oprimida dentro de uma classe maior de excluídos da sociedade, construída em um marco patriarcal e capitalista (ESPINOZA MÁVILA, 2004, p. 76).

A última contribuição consiste na denúncia do caráter androcêntrico do conhecimento criminológico ao utilizar-se de uma visão parcial da realidade, a partir de uma perspectiva masculina, ignorando “a outra” metade inteira



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

da população. É preciso desconstruir esse modelo fundamentado na discriminação das mulheres e outros grupos excluídos, para que seja possível reconstruir uma sociedade onde haja a preocupação com o “outro”, o “indivíduo concreto”, “inscrito em um sistema de relações” (ESPINOZA MÁVILA, 2004, p. 77).

#### 4. A tensão entre criminologia crítica e feminista

Ambas as perspectivas estruturam-se como discursos de denúncia, contudo apresentam estratégias políticas-criminais distintas. A criminologia crítica e a feminista substituíram paradigmas tradicionais (etiológico e biológico) por novos paradigmas, respectivamente, o da reação social e de gênero:

*“As consequências dos saberes críticos e feministas são para o pensamento criminológico arrasadoras e irreversíveis. No entanto é possível dizer que no plano epistemológico são saberes complementares na desconstrução da racionalidade etiológica que fundamenta a criminologia ortodoxa e na ampliação dos horizontes de investigação (objeto) e das formas de abordagem (método). Os conflitos entre os modelos criminológicos ocorrerão, porém, no plano político-criminal, com a tensão entre os distintos projetos que orientam as agendas críticas e feministas. Projetos que podem ser identificados na constante resistência da criminologia crítica aos processos de criminalização e ampliação dos níveis de punitividade social (punitivismo) e na incessante luta da criminologia feminista para redução dos altos índices de violência contra a mulher” (CAMPOS, 1999, p. 153).*

A criminologia crítica – em seus variados graus – tem como norte a utilização mínima do direito penal. Já dentro do movimento feminista, na criminologia feminista, não há consenso sobre a utilização do direito penal e, muitas vezes, este é eleito como instrumento apto para o alcance da igualdade de gênero, promoção dos direitos das humanas e proteção.

Simplificadamente, a criminologia feminista pode ser dividida entre posicionamentos abolicionistas e minimalistas. As primeiras problematizaram os riscos decorrentes da utilização simbólica do sistema de justiça criminal pelas mulheres e visam a deslegitimação deste meio de resolução de conflitos. A justiça penal é pautada por valores androcêntricos, o seu acionamento, além de inflar o direito penal, reproduz a lógica machista da sociedade, multiplicando violências e discriminações. A lei sancionada causa a falsa impressão de direito conquistado, o que gera desmobilização dos grupos de pressão e, portanto, uma falsa impressão de eficiência. Os grupos oprimidos, geralmente, não contam com força política para acionar o sistema e fazer cumprir a lei (CARNEIRO, 2014, p. 621). Na melhor das hipóteses, este uso ataca apenas as consequências de um problema inerentemente social, não há superação do problema.

**Vera Regina Pereira de Andrade** analisa a atuação do sistema de justiça criminal sobre a mulher e argumenta pela não utilização deste instrumental. O sistema de justiça criminal, em um sentido fraco, é ineficaz para a proteção da mulher contra a violência, pois não a previne, não escuta os interesses das vítimas, não dá atenção às causas, tampouco transforma as relações de gênero. Em um sentido forte, a não ser em situações contingentes e excepcionais, recorrer ao sistema não só é ineficaz, como também “[...] *duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade (já complexa) do movimento feminista.*” (ANDRADE, V. R. P., 2006, p. 5).

O sistema de justiça criminal como subsistema de controle social exerce uma violência institucionalizada que recai seletivamente e desigualmente sobre homens e mulheres, sobre autores e vítimas de delitos:



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

*“E, ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social, que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família, o SJC duplica, ao invés de proteger, a vitimação feminina, pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, atentado violento ao pudor, etc.), a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero) recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da violência sexual” (ANDRADE, V. R. P., 2006, p. 6).*

Há uma continuação e interação entre o poder, violência e discriminação exercida contra a mulher, no âmbito da família, do trabalho e da sociedade (controles sociais informais) para o âmbito do controle social formal. O sistema de justiça criminal não protege a mulher, tampouco reprime a violência, mas mantém e reproduz discriminações e estereótipos (ANDRADE, V. R. P., 2006, p. 6).

O sistema de controle formal e o sistema de controle informal controlam, respectivamente, a esfera pública de produção material (relações de propriedade e trabalho) cujo protagonista é o homem e a esfera privada de reprodução natural (casamento, sexualidade, trabalho doméstico) cuja protagonista é a mulher. O primeiro se refere às responsabilidades relativas ao patrimônio e, o segundo, às responsabilidades do matrimônio. O sistema de justiça criminal integra o sistema de controle informal feminino, de forma residual, legítima e reproduz os valores dominantes do capitalismo e do patriarcado (ANDRADE, V. R. P., 2006, p. 17). Tal sistema é duplamente subsidiário quanto ao controle social informal, pois:

*“Em primeiro lugar, funciona como um mecanismo público de controle dirigido primordialmente aos homens enquanto operadores de papéis masculinos na esfera pública da produção material e a pena pública é o instrumento deste controle. Neste sentido, é integrativo do controle informal de mercado, reforçando o controle capitalista de classe. Com efeito, intervém de modo subsidiário para controlar o normal desenvolvimento das relações de produção e consumo – seleciona dentre os possuidores que não tiveram suficiente disciplina para o trabalho ou que tenham ficado à margem da economia formal e do mercado oficial de trabalho, como o demonstra a população carcerária (déficit de instrução, posição precária no mercado de trabalho, toxicodependentes) ou, na era da globalização, excluídos de qualquer integração no mercado e, portanto, no reino do consumo [...]. Em segundo lugar, o mecanismo de controle dirigido às mulheres, enquanto operadoras de papéis femininos na esfera privada tem sido nuclearmente o controle informal materializado na Família (Pais, padrastos, maridos, dele também coparticipando a escola, a religião e a moral) e, paradoxalmente, a violência contra a mulher (crianças, jovens e adultas), dos maus-tratos à violação e o homicídio, se reveste muitas vezes aqui de pena privada equivalente à pena pública” (ANDRADE, V. R. P., 2006, p. 18, grifo do autor).*

Por estas e outras razões, quando se procurava a mulher dentre os tipos penais e a população carcerária, ela era pouco encontrada e reconduzida ao papel de vítima (ANDRADE, V. R. P., 2006, p. 19). A criminalização primária se refere, notadamente, aos delitos de gênero e de sexualidade, reforçando o papel social atribuído à mulher. Baratta (1999, p. 49-52) problematiza a criminalização secundária apontando que ela é mais leve (se comparada ao tratamento reservado aos homens) quando as mulheres cometem crimes que não transgridem os papéis de gênero, no entanto, se forem crimes que atentam contra esses papéis, o tratamento é mais severo.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Outro aspecto que reforça a visualização da função latente do sistema de justiça criminal em reproduzir a ordem social é a seletividade negativa do direito penal, ou seja, a não previsão legal de determinadas condutas, assim como a não aplicação sistemática da lei a determinadas situações. Operam-se imunizações. Baratta (1999, p. 53) aponta que as mulheres, no exercício de papéis femininos, não são consideradas como autoras de crimes, mas antes como vítimas de violência masculina, previstas ou não na lei penal.

Quanto à perspectiva das feministas minimalistas, importa salientar que há, ao menos, dois posicionamentos: há o reformista que se pauta por um eficientismo penal e o do minimalismo como meio – estratégia de curto a médio prazo – para o abolicionismo.

A segunda perspectiva minimalista argumenta que o sistema penal não trata igualmente homens e mulheres. Estas precisam, inicialmente, ser respeitadas e ter os seus direitos garantidos e tutelados por este para que seja possível falar em abolicionismo. As minimalistas defendem uma apropriação do sistema penal para que este não seja dominado por setores conservadores e moralistas (CARNEIRO, 2014, p. 624). Portanto, defendem a criminalização de uma série de condutas, onde a mulher é a vítima da violência, como estratégia para visibilizar um problema social. Simultaneamente, reivindicam a descriminalização de outras condutas onde a mulher é autora de crimes ou está, de alguma forma, relacionada a ele, como, por exemplo, o aborto ou os crimes referentes à sexualidade. Visam “[...] alterar os valores sociais dominantes. Absurdo é criticar o uso simbólico do sistema penal quando a sua ausência, por si só, já possui um simbolismo” (CARNEIRO, 2014, p. 625). A fragmentação de posicionamento enfraquece grupos que lutam, substancialmente, pelos mesmos objetivos, pois feministas abolicionistas e minimalistas objetivam a abolição de violações e injustiças de gênero.

*“A respeito de reduzir as distâncias entre abolicionismo e minimalismo, asseverando que nossa posição marginal na rede planetária de poder inadmita perda de tempo em detalhes neste debate que pode levar ao imobilismo ou à demora de uma ação que, eticamente, não podemos adiar. Perdermo-nos nesta discussão entre posições que não estão distantes umas das outras seria ainda mais absurdo do que imaginar a hipótese de que nossos libertadores tivessem retardado as guerras de independência do continente até chegarem a um acordo sobre a posterior adoção da forma republicana ou monárquica constitucional de governo, unitária ou federativa, com ou sem autonomia municipal, etc. É evidente que, se tivessem se comportado de modo tão absurdo, o juízo histórico sobre eles teria sido bem diverso”* (ZAFFARONI, 1991, p. 112).

Enquanto ocorre esse debate, legitima-se um minimalismo reformista que não visa à abolição, mas, sim, a eficiência do sistema penal (CARNEIRO, 2014, p. 627).

### Considerações finais

Buscou-se por meio deste artigo demonstrar a importância e reforçar a necessidade de perspectivas criminológicas feministas. Por meio de uma análise histórico-criminológico da criminalização da mulher remontou-se a escolas penais que “se destacaram” – seja por tratar a mulher como uma louca, infantil, com inferioridade genética (positivismo italiano), seja por simplesmente desconsiderar a existência da criminalidade feminina.

Abordaram-se as teorias feministas, críticas dos padrões androcêntricos, sob os quais foram construídas as ciências e o direito. Possibilitou-se, então, a percepção de que até mesmo as perspectivas criminológicas contemporâneas



01 02 03



01 02



01 02



01 02



vanguardistas marginalizaram a criminalidade feminina, dando azo, portanto, a efervescência de perspectivas feministas.

A criminologia crítica e a feminista configuram-se em discursos de denúncia, no entanto, vivem em tensão por contarem com estratégias políticos-criminais distintas. Ao passo que aquela apregoa a utilização mínima do direito penal, nesta não há um consenso. Na criminologia feminista, há vertentes que defendem a utilização simbólica do direito penal ou ainda o elege como instrumento para o alcance da igualdade de gênero, proteção e promoção dos direitos humanos.

Diante da supramencionada problemática, resta uma pergunta: as pessoas discriminadas, vitimizadas, no caso, as mulheres, podem fazer uso do poder punitivo?

*“A resposta não pode ser nem jurídica nem ética, mas simplesmente tática. Sem dúvida, nada impede que façam aquele uso, e nisto não radica o problema, mas em que esse uso signifique mais que um recurso tático conjuntural, ou seja, em que não se converta num fortalecimento do mesmo poder que as discrimina e submete. Não há a respeito disto resposta válida para todos os casos, mas sim que qualquer tática deve definir-se frente a cada caso concreto. A única certeza é que ninguém pode crer seriamente que sua discriminação será resolvida pelo próprio poder que a sustenta, ou que um maior exercício do poder discriminante resolverá os problemas que a discriminação criou. Sua ocasional instrumentação deve ser valorizada tendo em conta o risco de seu uso tático: que não se volte contra. Ninguém pode reprovar a vítima que use uma tática oriental grega muito antiga, isto é, a de valer do próprio poder do agressor para se defender, mas que sempre leve em conta que esse poder, seja qual for o uso que dele se faça, em última análise, não perde seu caráter estrutural de poder seletivo”* (ZAFFARONI, 1995, p. 38).

A ponderação acima é extremamente pertinente. Até o momento, o direito penal e o sistema de justiça criminal, majoritariamente, oprimiram as mulheres. Aquele por meio da tipificação de condutas evitadas por valores machistas e patriarcais, e este por contar com uma estrutura que revitimiza a vítima, ao invés de protegê-la. Apesar da tramitação de projetos de leis que visam substituir o ultrapassado Código Penal, urge trazer à tona perspectivas feministas críticas para revisar e descriminalizar condutas que compõem o universo das mulheres, assim como problematizar a criminalização de condutas violadoras aos direitos das humanas.

### Referências bibliográficas

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, 1995.

\_\_\_\_\_. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, São Luís, n. 3, p. 1-30, 2006. Disponível em: <[http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2006/A\\_soberania\\_patriarcal\\_artigo\\_Vera\\_Andrade.pdf](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2006/A_soberania_patriarcal_artigo_Vera_Andrade.pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

\_\_\_\_\_. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. A vítima-vilã: a construção da prostituta e seus reflexos na política criminal. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH/Cultura Acadêmica, 2013 (Tutela penal dos direitos humanos, n. 3).

CAMPOS, Carmen Hein de. Introdução. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. Em busca dos direitos perdidos: ensaio sobre abolicionismos e feminismos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15. n. 107, p. 605-630, out. 2013/jan. 2014.

CUNHA, Juliana Frei. *Vítimas invisíveis: o pânico moral acerca do tráfico de pessoas para exploração sexual por uma perspectiva de gênero*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, UNESP, Franca, 2015.

ESPINOZA MÁVILA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 1, n. 1, p. 35-59, jan./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. (Monografias/IBCCRIM; v. 31).

FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalía. Em busca das mulheres perdidas – ou uma aproximação – crítica a criminologia. In: Comitê Latinoamericano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo, 1995.

FARIA, Thaís Dumêt. Mulheres no tráfico de pessoas: vítimas e agressoras. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 31, p. 151-172, dez. 2008.

MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

SERRANO MAÍLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de criminologia*. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

SMART, Carol. *Women, crime and criminology: a feminist critique*. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. A mulher e o poder punitivo. In: Comitê Latinoamericano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo, 1995.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade?

Janaína Fernanda da Silva Pavan

Graduanda em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**Resumo:** A falência do sistema carcerário e da justiça criminal vem sendo estudada e comprovada durante muitos anos; a instituição, além de não cumprir com sua função, causa danos irreversíveis ao indivíduo, marcando-o para o resto de sua vida. O pensamento abolicionista surge questionando e desconstruindo paradigmas punitivistas disseminados pelo mundo desde a extinção dos suplícios na idade média, predominantes em nossa sociedade ainda nos dias atuais. Socorrendo-se do pensamento abolicionista, o presente artigo pretende familiarizar o leitor com o debate sobre a extinção do sistema penal, a fim de possibilitar uma análise crítica em relação a atual situação carcerária.

**Palavras-chave:** Abolicionismo penal; prisão; encarceramento; pena; Louk Hulsman.

**Sumário:** Introdução - 1. O pensamento abolicionista - 1.1 Nils Christie - 1.2 Thomas Mathiesen - 1.3 Louk Hulsman - 2. Por que abolir? - 3. A problemática do encarceramento - 4. Abolicionismo penal: aplicabilidade *versus* utopia - Conclusão - Bibliografia.

### Introdução

Situações há, e estas ocorrem rotineiramente, especialmente no ambiente doméstico, em que atitudes de pessoas próximas e até mesmo nossas próprias atitudes poderiam ser enquadradas, de acordo com a lei penal, como condutas criminosas. Um chute certo em um amigo durante uma partida de futebol dificilmente será enquadrado como crime de lesão, um filho que pega dinheiro na bolsa da mãe sem sua permissão para ir ao supermercado não será taxado de ladrão ou criminoso, apesar de estar ali configurado o crime de furto. Por qual motivo então deixamos de punir essas condutas? O que define quais atos devem ou não ser punidos? Se fizéssemos essa pergunta em uma sala repleta de acadêmicos, futuros “operadores do Direito” a primeira resposta apresentada, provavelmente, seria: “*A lei, é ela quem define o que é crime, quais condutas punir e como essa punição será aplicada*”. Seria então o legislador um ser onipotente e onisciente capaz de definir por si só o crime mesmo antes da existência de uma lei que o determinasse?

O conceito do que é crime é construído de acordo com a época em que se está inserido e de quais os costumes vigentes nessa época. O que diferencia um ato costumeiro de um ato criminoso é a repulsa social produzida pelo segundo, por esse motivo, mudam-se os tempos, mudam-se os crimes, práticas antes consentidas são transformadas em crime e vice-versa. Dessa forma, temos que é através da proibição dessas condutas que a criminalidade se expande, fazendo aumentar o sentimento de insegurança e, conseqüentemente, o clamor social por novas punições.<sup>1</sup>

A ideia de abolição do sistema de castigos advindo do sistema penal parece absurda, mas, da mesma forma, a concepção de um sistema capaz de punir todos aqueles que cometem uma infração à lei é igualmente utópica. O

<sup>1</sup> PASSETTI, Edson (org). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



sistema, tal qual o conhecemos, atua de maneira seletiva, atingindo primordialmente àqueles que infringem o direito de propriedade, entendido aqui como a propriedade material, o corpo da pessoa e seus bens. No regime capitalista, a seletividade do sistema recai sobre os indivíduos de classe mais baixa, tidos a partir de sua condenação como perigosos, anormais, intoleráveis, exigindo sua segregação total e imediata, utilizando como escusa o discurso da ressocialização necessária.<sup>2</sup>

As várias reformas pelas quais o sistema penal passou com os anos ilustram sua falência, especialmente no que diz respeito ao caráter ressocializador do cárcere. Nas palavras de **Passetti**: “Cada reforma apenas repõe – e isso deve ser dito – um círculo viciado de justiça penal que não suporta o que escapa da padronização político-cultural”.<sup>3</sup>

O pensamento abolicionista surge como uma alternativa ao sistema penal vigente, propõe um modelo de justiça baseado na mediação e conciliação visando a solução dos conflitos pelos próprios envolvidos, sem a intervenção estatal, através do diálogo entre as partes. É desse pensamento que trataremos a seguir, buscando entender sua dinâmica e os caminhos a serem trilhados até sua efetiva aplicação.

### 1. O pensamento abolicionista

A punição desde os primórdios esteve ligada à ideia de vingança, inicialmente tratava-se de uma vingança pessoal; o indivíduo lesado exigia que fosse vingado, o “criminoso” deveria pagar pelo mal causado. A figura dos suplícios, amplamente abordada por **Michel Foucault** em seu livro “Vigiar e punir”, demonstra com precisão esse caráter vingativo da punição. O corpo, esquartejado, amputado, lançado às chamas de uma fogueira, era o principal alvo da repressão penal.<sup>4</sup>

Com o passar dos anos as teorias da pena sofreram várias modificações de acordo com diferentes pontos de vista filosóficos e, principalmente, de acordo com as estruturas de poder dominantes. A pergunta a que se pretendia responder através dessas teorias era sempre a mesma: *por que punir?*

A pena possui como finalidade principal a manutenção da ordem social, regulando a convivência dos homens em sociedade e protegendo seus bens. Seus objetivos, no que diz respeito ao delinquente, variam, indo desde a retribuição do mal causado, a prevenção desse mal temido por todos, até adquirir o caráter educativo, correccionalista e ressocializador, mais conhecido atualmente. De acordo com o nosso Código Penal, a pena possui duas finalidades: *prevenir e reprimir* condutas ilícitas e culpáveis realizando, a partir de sua execução, o processo de *ressocialização dos indivíduos* “delinquentes”.<sup>5</sup>

A função que se dá à pena é uma das principais responsáveis pela crise atual do sistema carcerário. A ressocialização proposta dá-se por meio da segregação dos indivíduos, de modo que estes devem ser excluídos da sociedade, a fim de que sejam educados, para então voltarem a ela. O movimento abolicionista propõe uma política criminal

2 PASSETTI, Edson (org). Op. cit., p. 21.

3 Ibidem, p. 24.

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 36. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 13.

5 DOTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 527.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



alternativa, fornecendo elementos que possibilitariam a redução do sistema penal e, conseqüentemente, do sistema carcerário.<sup>6</sup>

O abolicionismo penal pode ser entendido como um movimento que visa a abolição do direito penal através de formas diversas de resolução de conflitos que não o castigo. Existem várias vertentes do pensamento abolicionista, motivo pelo qual os autores nem sempre serão consensuais, não compartilhando dos mesmos métodos ou pressupostos filosóficos.<sup>7</sup> Abordaremos aqui, primordialmente, o abolicionismo de **Louk Hulsman**, não deixando de lado, é claro, delineamentos gerais e fundamentais de outros dois pensadores: **Thomas Mathiesen** e **Nils Christie**.

### 1.1 Nils Christie

Seu pensamento vai ao encontro de vários pontos abordados por Hulsman, como veremos a seguir. Contudo, Christie mostra-se inclinado a fundamentar seus argumentos na experiência histórica. O autor chama a atenção para o caráter destrutivo das relações comunitárias do sistema penal, bem como a dissolução das relações de horizontalidade e a ameaça da verticalização corporativa.<sup>8</sup>

**Christie** defende a ideia de que o crime é um ato inexistente, partindo da máxima “*atos não são, eles se tornam alguma coisa*”. O crime, de acordo com esse pensamento, é uma criação a partir da atribuição de significado a um ato e a distância social seria a responsável por aumentar a tendência que as pessoas têm de atribuir a “etiqueta” de “crimes” a alguns atos e de “criminosos” a alguns indivíduos. “Em outros ambientes – e a vida familiar é apenas um de muitos exemplos – as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas”.<sup>9</sup>

Sobre essas resistências, especialmente no que diz respeito às relações familiares, o autor explica o porquê de não serem consideradas criminosas determinadas condutas no âmbito doméstico: “*Pode desaparecer um dinheiro de sua bolsa. Seu filho não diz a verdade, ou pelo menos toda a verdade, sobre onde passou a noite. Ele bateu no irmão. Mas, ainda assim, não aplicamos nesses casos categorias do direito penal*”. O motivo para isso, segundo o autor, é o conhecimento do contexto em que tais situações ocorreram, além de conhecer o próprio praticante do ato. Dessa forma, condutas tipicamente delituosas – leia-se típico no sentido de tipificado no ordenamento jurídico-penal – perdem seu significado, de modo que em nada acrescentaria vê-las à luz do direito penal.<sup>10</sup>

O autor aponta a importância das relações de horizontalidade entre os membros da sociedade para a resolução de situações conflituosas sem que seja necessária a intervenção estatal. O discurso do autor demonstra traços característicos do pensamento abolicionista, prezando sempre pelo diálogo e a aproximação entre os envolvidos. A esse respeito vale a citação: “*Se me relaciono com os vizinhos e disponho de alguma rede social próxima de mim, tenho mais facilidade para agir se alguns jovens me criam problemas na porta de casa. Posso chamar alguém que os*

6 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 244.

7 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 98.

8 Ibidem, p. 101.

9 CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13.

10 Ibidem.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*conheça, ou o vizinho forte que mora no andar de cima, ou – melhor ainda – posso pedir ajuda à senhora baixinha que sabe lidar bem com conflitos locais”.*<sup>11</sup>

A ausência desse relacionamento interpessoal, dessa chamada “rede social”, somada à influência que a mídia exerce sobre as pessoas, disseminando notícias e dados alarmantes sobre o aumento da criminalidade, cria uma atmosfera de medo e desconfiança, destarte, acionar as autoridades policiais a qualquer momento se torna uma opção. Atitudes como essa, a preferência pela atuação do poder coercitivo da polícia ao invés do diálogo, criam condição para que atos indesejados como uma simples perturbação na vizinhança, se repitam além de favorecerem a atribuição do significado de “crime” a esses atos.<sup>12</sup> Além disso, acionando-se o poder público diante de qualquer espécie de problema, mesmo aqueles de menor potencial, cria-se uma dependência do uso desse poder, como se o indivíduo fosse impotente para resolver seus problemas de maneira autônoma, fato que tende a gerar uma espécie de verticalização corporativa.

Apesar da grande contribuição que seu pensamento trouxe para o abolicionismo penal, **Christie** considera-se atualmente um minimalista. Acredita que em algumas situações o Estado deve intervir, mas somente em ocasiões excepcionabilíssimas, por exemplo, em casos em que as partes não desejam conciliar-se, havendo uma resistência por parte do agressor ou do agredido, ou ainda por parte dos dois, um Tribunal impessoal se faria necessário a fim de solucionar o problema.

### 1.2 Thomas Mathiesen

**Zaffaroni** considera o autor o “*estrategista do abolicionismo*”, devido à sua perspectiva de revolução perante as esferas de punitividade. Seu pensamento abolicionista encontra-se estreitamente vinculado ao marxismo, de modo que, para ele, a existência do sistema penal estaria vinculada à estrutura produtiva capitalista. Assim, sua proposta aspiraria não somente a abolição do sistema penal, mas também a abolição de quaisquer estruturas repressivas da sociedade.<sup>13</sup>

*“Mathiesen assinala que um movimento abolicionista deve reunir determinadas condições para manter sua vitalidade, tais como: sua permanente relação de oposição e sua relação de competição com o sistema. A oposição requer uma considerável diferença de pontos de vista sobre as bases teóricas do sistema, e a competição requer uma ação política prática fora do próprio sistema”.*<sup>14</sup>

A política abolicionista defendida por **Mathiesen** foi a fomentadora da criação da *Organização Norueguesa Anti-Carcerária* (KROM), cuja finalidade era voltada para a abolição do cárcere; contudo, sem propor nenhum tipo de proposta substitutiva; ao contrário, negava-se a possibilidade de aplicação de penas alternativas devido ao temor de que essas penas se transformassem em novas estruturas carcerárias.<sup>15</sup>

11 CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 108.

12 Idem, p. 108.

13 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit., p. 99.

14 Ibidem, p. 100.

15 CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 247.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Defensor de uma reforma permanente e gradual do sistema penal, **Mathiesen** justificava seu posicionamento em relação à não construção de novas instituições prisionais a partir de oito premissas, quais sejam:

*“(1.ª) a criminologia e a sociologia demonstram que o objetivo de melhora do detento (prevenção especial) é irreal, sendo contestável efeito contrário de destruição da personalidade e a incitação da reincidência; (2.ª) o efeito da prisão no que diz respeito à prevenção geral é absolutamente incerto, sendo possível apenas estabelecer alguma reação do impacto de políticas econômicas e sociais na dissuasão do delito; (3.ª) grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram delitos contra a propriedade, ou seja, contra bens jurídicos disponíveis; (4.ª) a construção de novos presídios é irreversível; (5.ª) o sistema carcerário, na qualidade de instituição total, tem caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções; (6.ª) as prisões funcionam como formas institucionais e sociais desumanas; (7.ª) o sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais; e (8.ª) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável”.*<sup>16</sup>

A partir de uma análise da atual tendência mundial de encarceramento, o autor traz à tona os discursos legitimadores da prisão, que atuam de modo a ocultar a irracionalidade da instituição, apontando os meios de comunicação como os principais responsáveis pela ocultação e distorção da realidade prisional. Segundo ele, as pessoas não estariam cientes da irracionalidade das prisões, fato que as impedem de enxergar o caráter bárbaro da instituição.<sup>17</sup>

O autor sustenta duas teses que seriam responsáveis por uma redução drástica da necessidade do sistema penal, favorecendo, posteriormente, sua abolição: o direcionamento de políticas sociais aos sujeitos vulneráveis e a descriminalização das drogas. Voltando-se ao fato de que grande parte da população carcerária é composta por pessoas que praticam crimes contra o patrimônio, conclui que a guerra contra o crime deveria ser, na verdade, uma guerra contra a pobreza. Dessarte, ações sociais voltadas para essa área específica reduziriam de modo significativo os problemas derivados da pobreza e do desemprego.<sup>18</sup>

Dentre as contribuições fornecidas por **Mathiesen**, a mais revolucionária diz respeito à criação de novas formas de proteção à vítima. Diante do desamparo das vítimas pelo sistema atual, propõe, no lugar do aumento da punição ao transgressor, o aumento do apoio à vítima levando-se em consideração a gravidade do ocorrido.<sup>19</sup>

### 1.3 Louk Hulsman

**Louk Hulsman**, considerado um dos principais pensadores da teoria abolicionista, entende o problema do sistema carcerário como sendo algo originário, carente de uma mudança radical em suas estruturas. A evolução do pensamento de **Hulsman** chega à conclusão de que o sistema penal consiste, portanto, num problema em si mesmo, não demonstrando eficácia na resolução dos problemas a que se propõe solucionar. A melhor alternativa seria, portanto, sua abolição total como sistema repressivo.

16 Ibidem, p. 247-248.

17 Ibidem, p. 248.

18 CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 249.

19 Ibidem.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Dentre os motivos apontados por **Hulsman**, três seriam fundamentais para a abolição do sistema penal. Em primeiro lugar, o sistema penal seria responsável por causar sofrimentos desnecessários, distribuídos socialmente de maneira injusta. Em segundo lugar, o sistema penal não apresentaria nenhum efeito positivo sobre aqueles envolvidos em conflitos. Por último, defende a tese de que o controle do sistema é extremamente difícil de ser mantido.<sup>20</sup>

O poder de punir do Estado, segundo o autor, é estruturado por um sistema que se materializa através dos crimes. Estes, nada mais seriam que condutas pré-selecionadas, contrárias aos valores vigentes e delineadas pela lei penal. **Hulsman** nos ensina um pouco sobre essa relatividade da ideia de crime:

*“O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato de elas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável [...]. Um belo dia, o poder público para de caçar bruxas e aí não existem mais bruxas. [...]. É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o ‘criminoso’”.*

O crime consistiria, portanto, numa decisão política que traduz a manifestação de vontade e o poder do Estado. O que determina essa decisão política, diferente do que se pensa, não é a necessidade de proteção dos indivíduos, mas a manutenção da formação social vigente e de suas estruturas dominantes.

O discurso que se vende passa a ideia de que o crime é algo poderoso, perigoso, cercado de mistério e impassível de controle por meios convencionais. Dessa forma, através da instituição do medo geral, passa-se a aceitar quaisquer meios para seu controle e possível extermínio. A respeito da manipulação da linguagem pelo sistema penal nos fala **Maria Lúcia Karam**:

*“O exercício do poder do Estado de punir apoia-se em um discurso que tem sua tônica na desinformação e na exacerbação da forte carga emocional, que, desde a linguagem, é passada pelo sistema penal. Hulsman classifica essa linguagem particular como um dialeto penal, um discurso da repressão a dramatizar, demonizar e isolar pessoas e acontecimentos, assim ocultando seus reais predicados”.*<sup>21</sup>

A partir da análise do que chama de “*la cifra oscura*” – traduzida para o português como cifra negra – **Hulsman** chega à conclusão de que os conflitos, apesar de existirem, são, em sua maioria, solucionados em esferas alternativas e de caráter informal, não socorrendo-se da justiça criminal.<sup>22</sup> As cifras negras abordadas pelo autor, dizem respeito a essas situações que correspondem às definições dadas pelo direito penal, mas que, por algum motivo, não entram no sistema, não compõem os números fornecidos pelos Tribunais e delegacias.<sup>23</sup>

20 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit., p. 98.

21 PASSETTI, Edson (org.). Op. cit., p. 75.

22 CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 252.

23 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternative*. Barcelona: Editora Ariel S.A., p. 53.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Dessa forma, afirma a existência de vários meios de resolução de conflitos e de reações possíveis, que não a punição, como é o caso da mediação, arbitragem, terapia etc.<sup>24</sup> A correção através da punição seria o meio menos eficaz de resolução de problemas, traduzindo falsas soluções, pelo fato de serem unilaterais e arbitrárias.<sup>25</sup>

Para a resolução do problema, o autor propõe algumas medidas a serem tomadas, a fim de alcançar o abolicionismo. A primeira delas consistiria na modificação da própria linguagem penal, pois seria impossível superar a lógica do sistema penal sem rejeitar seu vocabulário, que constitui a base dessa lógica.<sup>26</sup> Este seria o chamado abolicionismo acadêmico e consistiria na inutilização de palavras como “crime”, “criminoso”, “política criminal” etc., pois estas seriam um reflexo do sistema punitivo do Estado.<sup>27</sup> Para **Hulsman** não existem *crimes* nem *delitos*, existem apenas *situações problemáticas*.

*“Segundo Hulsman, o câmbio na linguagem permitiria maior tolerância com modelos culturais diferenciados e a construção da situação problemática como acidente, caso fortuito, fato trágico da vida, não segregando de forma maniqueísta a sociedade entre vítimas e criminosos.”*<sup>28</sup>

O autor aposta nas estruturas das justiças civil e administrativa como alternativa ao direito penal, de modo que estas estruturas teriam melhores condições de promover a aproximação entre os indivíduos, fato que possibilitaria à vítima e ao imputado uma resolução do conflito ocorrido face a face, através do diálogo. *“A estratégia não seria, portanto, centrada apenas na gradual abolição da coerção criminal, mas do próprio sistema de justiça penal, substituindo-o pelo mecanismo informal e flexível das justiças civil e administrativa.”*<sup>29</sup>

## 2. Por que abolir?

A história nos mostra o fracasso da ideologia por trás da pena. A mais disseminada trata-se da prevenção geral negativa e consiste na ameaça, através da lei penal, a fim de evitar a prática de condutas criminosas. Na prática, a prevenção geral é falha; com o passar do tempo os conflitos aumentam e tornam-se ainda mais sofisticados, o que gera um ciclo vicioso sem fim, voltando as atenções ao aumento descontrolado do número de crimes.<sup>30</sup>

*“[...] É clara a sinalização de que a aparição de crimes não se relaciona com o número de pessoas punidas ou com a intensidade das penas impostas, bastando pensar um pouco para verificar, em relação à nós mesmos, que não é a ameaça da pena que nos faz deixar ou não de realizar qualquer comportamento que apareça, para nós ou para terceiros, como um comportamento negativo.”*<sup>31</sup>

24 Ibidem, p. 62.

25 CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 253.

26 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Op. cit., p. 84.

27 Ibidem, p. 85.

28 CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 253.

29 CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 254.

30 PASSETTI, Edson (org.). Op. cit., p. 79.

31 Ibidem.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Na tentativa de substituir as falhas do discurso da prevenção geral negativa, é introduzida a ideia de prevenção geral positiva. Aqui, substitui-se a função atribuída à pena pelo exercício de reconhecimento da norma e fidelidade ao Direito. O crime, então, é visto como uma ameaça à estabilidade social, pois sua ocorrência faz com que as pessoas percam a “fé” no direito e na eficiência das normas, expressando uma falta de fidelidade normativa.

A pena atuaria como um estabilizador, oposta ao crime, seria responsável por mostrar a efetividade do ornamento, ou, nos termos de **Jakobs**: “[...] ao proscreever e castigar a violação de valores fundamentais, o direito penal expressa, da forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de tais valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao direito”.<sup>32</sup> Surge assim a figura do bode expiatório, caracterizado por aquele que, recebendo a pena, tem o dever de cumpri-la, seja para dissuadir outros da prática do crime, seja para exercitá-los no reconhecimento da norma e na fidelidade do direito.

A resposta para a pergunta “por que abolir” encontra sua razão na resposta a uma outra pergunta: “por que punir?” Todas as teorias legitimadoras da pena, àquelas fundadas nas ideias de retribuição e prevenção, não servem para outra coisa senão esconder o fato de que a pena, na realidade, só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder.<sup>33</sup> Desse modo, não havendo motivos suficientes para a manutenção da pena, restando constatada seu fracasso em todos os sentidos possíveis, não resta outra alternativa que não a abolição desse sistema que nada de bom nos traz.

### 3. A problemática do encarceramento

Dentre os meios de controle da criminalidade, o que se pensa ser mais eficaz é a pena. É ela quem diferencia o direito penal dos outros ramos do direito, atuando como tratamento aos fatos considerados nocivos ou situações de conflito, objetos da lei penal. Ao lado da pena, temos a política criminal como possível resposta ao problema da criminalidade. Entende-se por política criminal um conjunto de princípios que se fundamenta na investigação científica do crime, suas causas e os efeitos da pena. A política criminal do *law and order* consiste numa maximização da intervenção punitiva exercida pelo Estado em resposta ao sentimento de insegurança da sociedade. Busca-se, dessa forma, apaziguar os temores sociais por meio de mais punição.<sup>34</sup>

A questão carcerária é um problema em vários países ao redor do mundo; **Nils Christie** traz vários dados a esse respeito em seu livro. As maiores críticas dizem respeito à superlotação dos presídios. Em uma reunião realizada em 1990 foi aprovada uma declaração dos representantes dos guardas de Landsstyret apontando as principais preocupações dos guardas em relação ao problema: “Não é aceitável do ponto de vista da segurança. As condições de trabalho dos guardas vão-se deteriorar. Não é aceitável deixar os presos viverem em condições abaixo de padrões sociais e de saúde decentes”.<sup>35</sup>

A crítica exteriorizada por essa declaração dizia respeito à intenção de colocarem dois presos em uma cela construída para a ocupação de um preso apenas. A situação carcerária do Brasil é extremamente pior, o sistema penitenciário

32 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

33 PASSETTI, Edson (org.). Op. cit., p. 82.

34 SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 325.

35 CHRISTIE, Nils. *Uma razoável...* cit., p. 29-30.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



brasileiro apresenta histórico de superlotação não somente das celas, mas também dos estabelecimentos prisionais. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) apontam que o *déficit* de vagas em todo o sistema do Brasil é de 231.062.<sup>36</sup>

A respeito da situação carcerária brasileira, foram divulgados dados expressivos no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), cuja última atualização refere-se ao ano de 2014:

*“De acordo com os últimos dados coletados, a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano.*

*Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade”.*<sup>37</sup>

O Estado de São Paulo é um dos Estados que mais aprisiona no Brasil, embora tenha somente 21% (42.673.386) da população brasileira (202.768.562), tem o equivalente a um terço do total de pessoas encarceradas.<sup>38</sup>

O aumento da população carcerária a partir de 1800 é justificado pelo abandono de um grande número de penas capitais e flagelos impostos durante o século XVIII. Contudo, apesar do avanço, essa transição demonstrou a curto e longo prazo grandes problemas, dentre eles a pressão exercida sobre o sistema carcerário, que passou a ser a principal reação ao crime.<sup>39</sup>

A partir da observação da crise pela qual passa o sistema carcerário, podemos chegar à conclusão de que o número de presos não pode ser utilizado como indicador do número de delitos cometidos. Esses números, muitas vezes, na maioria delas arrisco dizer, o número de presos não é explicado pelo número de delitos cometidos, não sendo, portanto, um indicador confiável de criminalidade.<sup>40</sup>

#### 4. Abolicionismo penal: aplicabilidade versus utopia

A principal polêmica que orbita o abolicionismo diz respeito à sua inaplicabilidade, pois, segundo opiniões de críticos, como foi o caso de **Ferrajoli**, seria ele uma “*utopia regressiva*” baseada na ilusão de uma “*sociedade boa*” ou de

<sup>36</sup> Dados retirados do *Informativo rede Justiça Criminal do CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

<sup>37</sup> Dados retirados do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. p. 15. Acesso em: 05 dez. 2016.

<sup>38</sup> Dados de 2014. Retirados do *Informativo rede Justiça Criminal do CNJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

<sup>39</sup> CHRISTIE, Nils. *Uma razoável...* cit., p. 18.

<sup>40</sup> CHRISTIE, Nils. *Uma razoável...* cit., p. 24-25.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



um “estado bom”. Segundo Ferrajoli, ao invés de abolir o sistema, a melhor alternativa seria o próprio direito penal dotado de suas garantias.<sup>41</sup> Em defesa ao abolicionismo Zaffaroni disserta:

*“Na verdade, o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente”.*<sup>42</sup>

O abolicionismo, ao contrário do que muitos afirmam, não é utópico, prova disso é que existem sociedades entre nós que não fazem uso da pena. A cifra negra, abordada por Hulsman, também comprova que inúmeros atos criminalizáveis, a grande maioria deles, não são levados ao conhecimento das autoridades do sistema penal e nem por isso pode-se afirmar que estes não sejam resolvidos de maneira diversa.<sup>43</sup>

O sistema penal não é eficiente, os números comprovam essa afirmativa. Ao invés de resolver problemas, o sistema cria problemas novos; a burocracia presente em todo e qualquer procedimento gera uma instrumentalização do indivíduo, mesmo aqueles poucos que levam os fatos ao conhecimento das autoridades são deixados em segundo plano, há uma supervalorização do fato ao invés da vítima. A burocracia da máquina penal tem por objetivo a “legítima garantia dos direitos”, mas sua observância acaba se sobrepondo aos direitos individuais de todos os envolvidos.<sup>44</sup>

Socorro-me das palavras de Louk Hulsman para falar sobre o fim objetivado pelo abolicionismo:

*“O fim desse sistema não suprimiria, por óbvio, a situação problemática, mas a ausência das chaves que reduzem a interpretação e as soluções estereotipadas que este sistema impõe desde do alto e desde longe permitiria, em todos os planos da vida social, a erupção de uma multidão de enfoques e soluções que hoje apenas podemos imaginar”.*<sup>45</sup> [tradução nossa].

### Conclusão

O clamor por punição nasce, na grande maioria das vezes, de um sentimento de insegurança compartilhado pelos indivíduos presentes em uma sociedade. Nesse contexto, a punição atua como um remediador do efeito e não da causa, fato que não contribui em absolutamente nada para a diminuição da criminalidade em si, tratando-se apenas de um paliativo que dá a falsa impressão de prevenção e que trará consigo consequências desastrosas.

Por todo o exposto, fica claro que a situação do sistema penal é preocupante, o cárcere não cumpre com sua função, não ressocializa e tampouco torna quem por ele passa uma pessoa melhor. Ainda que sua função estivesse restrita à devolução do mal causado, como preconizava Kant em seus textos, o cárcere teria falhado, pois a pena ali aplicada vai além de qualquer mal que alguém tenha sofrido.

41 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit., p. 103.

42 Ibidem, p. 104.

43 PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 214.

44 Ibidem, p. 215.

45 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Op. cit., p. 130.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Acredito que para muitas pessoas nenhum dos argumentos aqui expostos serão suficientes para derrubar a crença que se tem na justiça criminal. Para alguém que perdeu um filho em um assalto à mão armada é difícil compreender assuntos aqui abordados, mas, da mesma forma, se refletirmos a respeito desse sistema absurdo que nos guia, muita coisa não fará sentido.

É possível encontrar uma resposta aos problemas do sistema penal, mas para isso é necessário encontrar o equilíbrio entre a punição e a vingança, entre a lei e as demais instituições culturais, nas palavras de **Christie**, “*Encontrar o nível adequado de dor não é uma questão de utilidade, de controle da criminalidade, ou de ver o que funciona. É uma questão de padrões baseados em valores. É uma questão cultural*”.<sup>46</sup>

### Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Informativo rede justiça criminal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2016.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 36. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternative*. Barcelona: Editora Ariel S.A.

PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

\_\_\_\_\_; SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

SÁ, Alvin August de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>46</sup> CHRISTIE, Nils. *Uma razoável...* cit., p. 198.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## Diversidade sexual e identidade “trans”: modificação do prenome e adequação do estado sexual como proteção jurídica à identidade de gênero<sup>1</sup>

Fernanda Darcie Cambaúva

Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2012). Advogada.

**Resumo:** As dificuldades enfrentadas pelas travestis e transexuais no Brasil não são poucas, especialmente no que diz respeito à afirmação de sua identidade de gênero em seus documentos de identificação. O entrave se dá principalmente pela ausência de legislação específica para os procedimentos de alteração de prenome e adequação de estado sexual. O Poder Judiciário toma a frente desta discussão, se tornando, atualmente, o único espaço para pleitear a consagração dos direitos básicos desta população. A partir de uma análise crítica sobre os conceitos de sexo e gênero, este artigo pretendeu discorrer sobre as referidas alterações documentais para a concretização dos direitos civis das travestis e transexuais, defendendo a possibilidade de sua realização extrajudicialmente, tendo em vista a consagração dos mais básicos direitos fundamentais envolvidos.

**Palavras-chave:** Gênero; Travestis; Transexuais; Direitos da personalidade; Registro civil.

**Abstract:** The difficulties that travesties and transsexual people need to face in Brazil are not just a few, specially when it comes to claim their gender identity on their identification documents. This barrier exists due to the absence of specific laws for modifying forenames and adjusting sexual state. The Brazilian State Courts leads this discussion and currently turns out to be the unique space to demand the establishment of the basic rights of this population. Starting with a critical analysis about sex and gender concepts, this article had the purpose to discourse about the mentioned documentation's alterations for the concretion of the travesties and transsexual's civil rights, defending the possibility of its extrajudicial realization, considering the consecration of the basic and fundamental rights involved.

**Keywords:** Gender; Travesties; Transsexuals; Personality rights; Civil registry.

**Sumário:** Introdução - 1. Diversidade sexual e identidade de gênero - 1.1 “Sexo” e “gênero” - 1.2 Orientação sexual e identidade de gênero - 2. Identidade “trans”: travestis e transexuais - 3. Direitos da Personalidade: nome e estado da pessoa - 3.1 Direitos da Personalidade - 3.1.1 Prenome - 3.1.2 Estado Sexual - 4. Retificação do prenome e do estado sexual das pessoas trans - 4.1 Alteração do prenome e do estado sexual - 4.2 Procedimentos e entraves - Conclusão - Referências bibliográficas.

### Introdução

As demandas da população LGBT, em especial das travestis e transexuais foram ignoradas ao longo de toda a história. Tanto tempo de silenciamento resultou em uma marginalização sem tamanho, com graves violações de direitos

<sup>1</sup> Artigo produzido como trabalho de conclusão do Grupo de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos do IBCCRIM (2015).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



por parte da sociedade e do próprio Estado. Uma das principais reivindicações se dá no campo dos Direitos da Personalidade, com o pleito de retificação do prenome e estado sexual em seu Registro Civil e demais documentos de identificação.

Tal inércia diminui nos últimos anos, com base em um Direito Civil Constitucional moderno aliado a estudos sobre as categorias sexo e gênero, com grande contribuição dos escritos feministas e de juristas engajados na proteção da população LGBT. Neste sentido, o presente artigo se dispôs a tratar dos direitos da personalidade da população trans (termo a ser estudado), especificamente quanto ao prenome e estado sexual, elementos essenciais para a consagração plena de sua identidade de gênero.

Para isso, no item 1 iniciamos a análise com a apresentação de uma perspectiva crítica e moderna sobre as categorias “sexo” e “gênero”, consideradas verdadeiras construções sociais, as quais devem ser estudadas com distância dos padrões da heteronormatividade e binarismo de gênero, os quais perpetuam a discriminação dos que não se encaixam nesses modelos.

Em seguida, passamos a destrinchar, no item 2, as identidades “trans”, especificamente no que concerne às travestis e transexuais, com uma crítica à patologização e genitalização da diversidade sexual. O item 3, por sua vez, fornece um breve estudo sobre os Direitos da Personalidade e os atributos “nome” e “estado sexual”, os quais devem ser compreendidos nos moldes do Direito Civil Constitucional moderno.

O último item, condensando todas as críticas anteriores, trata da possibilidade jurídica da alteração do prenome e do estado sexual no Registro Civil e nos documentos das pessoas trans, com base na Lei de Registros Públicos e na Dignidade da Pessoa Humana. Defendemos, por fim, a positivação destas hipóteses em nossa legislação e a possibilidade de realização deste procedimento diretamente em cartório, como passa a ser visto no Brasil e de acordo com práticas já consolidadas em diversos países.

## 1. Diversidade sexual e identidade de gênero

Antes de adentrar no tema central deste trabalho, faz-se necessário discorrer sobre aspectos básicos da temática da Diversidade Sexual e os conceitos de “orientação sexual” e “identidade de gênero”, ambos componentes do chamado “espectro LGBT”.

Cabe a advertência de que não existe uma conceituação unívoca, sendo que diversos autores trazem perspectivas diferentes para as suas definições, partindo de premissas diversas do que seria “sexo” e “gênero”, conforme veremos a seguir.

### 1.1 “Sexo” e “gênero”

Em uma definição bem simplista e tradicional, “sexo” seria um dado biológico e “gênero” um dado cultural, conceitos não adotados neste artigo, conforme explanação que segue.

A categoria “sexo” é compreendida tradicionalmente como a identificação do indivíduo por meio do enquadramento ao grupo sexual correspondente às suas genitálias (vagina define a mulher; pênis define o homem).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



A definição mais atual e completa do “sexo”, entretanto, engloba diversos elementos: sexo cromossômico (XX ou XY), sexo gonadal (ovários ou testículos), sexo genital (vagina ou pênis), sexo morfológico (seios ou pelos no rosto), sexo psicológico (sentimento de identificação da pessoa), sexo social (influências externas das regras de comportamento socialmente definidas) e sexo jurídico (constante no Registro Civil, de acordo com aparência anatômica externa do recém-nascido) (ALVES, 2012).

Dessa forma, fica evidente que a determinação de uma pessoa como “homem ou mulher” com base apenas em sua genitália se revela como um ato falho e imperfeito, sendo que compõem o “sexo” tanto fatores biológicos como psicossociais. Maria Berenice Dias concorda com tal entendimento, afirmando que “a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais” (DIAS, 2011, apud VECCHIATTI, 2015, p. 280).

Quanto à categoria “gênero”, esta tradicionalmente é tratada como a expressão psicológica e não biológica do “sexo” (conceito tradicional), trazendo os comportamentos esperados do homem-masculino e da mulher-feminina<sup>2</sup> (BORRILLO, 2010). Assim, “sexo” seria uma categoria determinante e anterior ao “gênero”.

Em contraponto a este posicionamento tradicional, com base no pensamento construtivista, os conceitos de feminilidade e masculinidade devem ser entendidos como relativos e variantes de acordo com cada sociedade e seus valores,<sup>3</sup> com o conseqüente repúdio a qualquer argumento que vise “cientificar” atitudes e características que sejam inerentes ao “sexo biológico”<sup>4</sup> (VECCHIATTI, 2015).

A partir dos estudos feministas, a categoria “gênero” passa a ser vista de forma crítica, se desvinculando do determinismo biológico também tradicionalmente aplicado na categoria “sexo”, passando a ser concebida como um retrato das relações de poder, especificamente, as relações entre os “opostos” homem e mulher.

Neste sentido, Butler entende que “*não existe uma diferença objetiva anterior ao gênero (como o sexo), mas é o gênero, ele mesmo, que produz a diferença e a perpetua*” (BUTLER, 2005, apud BORRILLO, 2010, p. 291), sendo uma imposição.<sup>5</sup>

2 Mulher/feminina: afetividade, obediência, modéstia, pudor, amor ao lar, tendência monogâmica e cuidado familiar da. Homem/masculino: racionalidade, liderança, agressividade, independência e insensibilidade.

3 “Até meados do século XVIII, as ciências médicas acreditavam que haveria apenas um sexo, o masculino, e o que diferenciava as pessoas era apenas a quantidade de calor recebido no decorrer da gestação. A explicação dada consistia em dizer que a mulher grávida, ao oferecer pouco calor ao bebê, fazia com que seu órgão sexual se retraísse para dentro do corpo, formando uma vagina. Se, ao contrário, o bebê recebesse mais calor, seu órgão sexual se afluaria, aparecendo na parte externa do corpo e formando o pênis” (FERREIRA, 2014, p. 34).

4 De acordo com Thomas Laqueur, “a partir do século XVIII foi realizada, com a expansão da biologia e da medicina, uma ‘sexualização’ do gênero, o qual era, até então, pensado muito mais em termos de identidade ontológica e cultural do que física” (LAQUEUR, 1992, apud BORRILLO, 2010, p. 291).

5 “Talvez este constructo chamado ‘sexo’ seja tão socialmente construído quanto o gênero; aliás, talvez ele sempre tenha sido gênero, com a conseqüência de que a diferença entre sexo e gênero acaba sendo diferença nenhuma. Não faria sentido, então, definir gênero como a interpretação cultural do sexo, se o sexo for ele mesmo uma categoria generificada. [...] Essa produção do sexo como pré-discursivo precisa ser entendida como o efeito do aparato de construção cultural designada pelo gênero” (BUTLER apud TURCI, 2015, p. 18).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

Berenice Bento, baseada no pensamento de Butler, conclui que “gênero” possui uma “função social”,<sup>6</sup> sendo uma “sofisticada tecnologia social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, linguísticas, domésticas, escolares e que produzem corpos-homens e corpos-mulheres”<sup>7</sup> (BENTO, 2010, apud VIEIRA, 2011, p. 412), sendo a heteronormatividade<sup>8</sup> e o binarismo de gênero fórmulas para dar sentido a essa diferenciação entre os sexos.

Homens e mulheres são, na verdade, definidos por suas relações sociais materiais e concretas, não possuindo uma essência natural e determinada biologicamente. Essa serve tão somente para perpetrar e naturalizar a desigualdade social entre ambos (CISNE, 2013), sendo necessária a desconstrução desta concepção dicotômica e naturalizante dos sexos/gêneros, com o fim último de permitir a abertura para diferentes formas de expressão e de afirmação do “masculino” e “feminino”.

### 1.2. Orientação sexual e identidade de gênero

Os conceitos a serem trabalhados neste momento estão contidos no estudo da “diversidade sexual”, que pode ser entendida como um leque de possibilidades de encontros afetivo-sexuais e de identidades de gênero manifestados pelas pessoas.

De acordo com os Princípios de Yogyakarta,<sup>9</sup> “orientação sexual” pode ser entendida como uma:

*“referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”.*

Diante disso, a atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo gênero que o designado para si caracteriza a homossexualidade,<sup>10</sup> a atração por pessoas do gênero oposto caracteriza a heterossexualidade, sendo que a bissexualidade se trata da atração por pessoas de ambos os gêneros. Importante ressaltar que a psicologia moderna

6 Partindo de uma perspectiva de esquerda, o binarismo de gênero está a favor do patriarcado, que por sua vez está a favor do capitalismo (CISNE, 2013), uma vez que é exercido a partir do controle sobre o corpo e a vida das mulheres por parte dos homens em função de dois grandes interesses: o controle sobre a prole (procriação para criação de mão de obra para produção da riqueza) e a perpetuação da propriedade privada (procriação para garantia da herança), sendo a heteronormatividade fundamento desta desigualdade.

7 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Informe Temático sobre Violência contra pessoas LGBTI, firmou posicionamento discordando da conceituação de “sexo” como um feito biológico inato, entendendo que classificar uma pessoa como mulher ou homem se trata de uma decisão social, uma vez que a “ideologia de gênero” antecede a leitura dos genitais, sendo determinante para disciplinar os corpos, concluindo ser a classificação “homem ou mulher” um ato social, cultural e institucional (CIDH, 2015).

8 Heteronormatividade é a inclinação cultural a favor das relações heterossexuais, consideradas normais e naturais, sendo composta de normas jurídicas, sociais e culturais que obrigam as pessoas a atuar conforme os padrões dominantes. Conseqüentemente, estas relações são concebidas como boas, normais e naturais, enquanto as relações formadas de formas diversas são vistas como anormais e contra a natureza, traduzindo o conceito de “hierarquia sexual” (CIDH, 2015).

9 Os Princípios de Yogyakarta são um conjunto de princípios que guiam a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em relação à “orientação sexual” e à “identidade de gênero”, tendo sido organizado em 2006 por um grupo de juizes, acadêmicos, membros de ONGs, membros da ONU e seus órgãos.

10 Há quem prefira o termo “homoafetividade”, cunhado no Brasil por Maria Berenice Dias, que enfatiza o afeto enquanto formador das expressões dos que se sentem atraídos pelo mesmo corpo sexual/gênero.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

compreende cada uma destas expressões da “orientação sexual” “*não [...] como uma simples opção, mas uma das possíveis orientações afetivas humanas*” (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 101).

Fachin reconhece que os avanços na temática dos direitos humanos trazem “*base jurídica para construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana*” (FACHIN, 1999, apud SILVA JÚNIOR, 2011, p. 104).

“Identidade de gênero”, por sua vez, de acordo com a conceituação cunhada pelos Princípios de Yogyakarta, pode ser compreendida como:

*“a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”.*

Relaciona-se com as assimilações históricas e sociais dos sujeitos, que se reconhecem como femininos ou masculinos (SILVA JÚNIOR, 2011), conforme os padrões de gênero construídos e impostos socialmente.

Nesse contexto, a identificação íntima e completa da pessoa com o “gênero” atribuído quando do seu nascimento em função de seu corpo sexual biológico e a conformação com os respectivos padrões desse gênero, caracterizam a pessoa “cisgênera” (ou cissexual), sendo que a pessoa que se identifica com gênero distinto do atribuído ao seu corpo sexual biológico é denominada como “transgênera” (termo abrangente a ser destrinchado no item 2).

Assim, usando uma terminologia genérica (que será devidamente analisada no item 2), “mulher trans” se refere a pessoa cujo sexo atribuído ao nascer foi masculino, enquanto sua identidade de gênero é feminina (CIDH, 2015).

Vale ressaltar que “orientação sexual” nada tem a ver com identidade e sentimento de pertencimento da pessoa nas categorias de “sexo” e “gênero” designadas a ela quando do seu nascimento. Assim, essas categorias não influenciam umas às outras, sendo possível a existência, por exemplo, de mulheres trans heterossexuais, bem como homens trans homossexuais.

Diferentemente da “identidade de gênero”, que traduz uma convicção íntima da pessoa quanto ao pertencimento a um ou outro gênero, a “expressão de gênero” (ou “papel de gênero”) se refere à manifestação externa do gênero da pessoa (VIEIRA, 2011), sendo visível e podendo ser uma fonte de identificação a partir de características como vestimenta, maneirismos, modificações corporais, que se encaixam nas expectativas tradicionais e culturalmente definidas de expressão do gênero masculino ou feminino (CIDH, 2015).

Retomando as categorias de “sexo” e “gênero”, partindo da perspectiva de que ambas se tratam de construções sociais, o entendimento de que a sexualidade se refere exclusivamente à obra da natureza não deve prevalecer, sendo que a identidade sexual da pessoa humana não pode ficar adstrita aos aspectos atribuídos de acordo com sua genitália externa, mas sim conforme o seu comportamento e a função social do gênero sexual, consagrando o direito à autodeterminação e autodeclaração (SANCHES, 2012).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Nesse sentido, a pessoa deve ter “*garantido seu direito à ‘identidade de gênero’, independentemente de sua conformidade física*”, uma vez que “*não se precisa determinar que uma pessoa retire suas roupas para que as outras a identifiquem*” e a insiram em um ou outro grupo sexual (SANCHES, 2012, p. 436), bem como a infertilidade, menopausa ou procedimentos como vasectomia e laqueadura não descaracterizam o gênero da pessoa.

Se as manifestações de orientação sexual (lésbicas, gays e bissexuais) afrontam a heteronormatividade, o sistema binário e os padrões de gênero, mais ainda as manifestações de identidade de gênero (travestis, transexuais e demais identidades trans) o fazem. Isso leva estas pessoas à marginalidade e a uma hipervulnerabilidade social e jurídica, estando mais propensas a sofrerem as mais graves violências.

## 2. Identidade “trans”: travestis e transexuais

Cabe a este item uma breve análise das chamadas identidades “trans”, as quais, da mesma forma que as categorias do item 1, possuem conceituações diversas e conflitantes, a partir de perspectivas distintas. Nesse sentido, esclarecemos que adotamos uma perspectiva isenta de determinismos e de acordo com as críticas já realizadas a respeito das categorias “sexo” e “gênero”.

As “travestis” podem ser tradicionalmente definidas como:

*“pessoas que [...] aceitam, do ponto de vista psicológico, o sexo biológico de seu nascimento, [...] e ao longo do desenvolvimento psíquico-social, constroem um imaginário todo próprio, cuja identificação de gênero se volta mais para o sexo oposto, e isso é perceptível nas suas formas de agir, vestir-se, comportar-se”* (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 99).

São pessoas que desempenham “papéis de gênero” correspondentes ao oposto do que lhes foi atribuído em seu nascimento, podendo transformar seus corpos (uso de hormônios e implante de silicone) para deixá-los com características do “sexo” oposto (como compreendido socialmente), sem desejar recorrer à cirurgia de transgenitalização (PATRÍCIO, 2008), podendo conviver com tal ambiguidade.

Ressalta-se que existem travestis que não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas preferem um “gênero” neutro. Ocorre que, sem qualquer intuito de invisibilização destas pessoas, neste artigo trataremos tão somente das travestis que se identificam com o “gênero” oposto ao designado biologicamente, uma vez que defenderemos a possibilidade de mudança de seu prenome e estado sexual.

Importante ressaltar que, uma vez que não possuem aversão à sua genitália, as travestis não têm tal adequação como principal problema ou fonte de sofrimento, mas a infelicidade desta categoria se encontra na falta de recepção social e discriminação, por não se amoldarem aos padrões impostos pela sociedade (SANCHES, 2012).

“Transexuais”, por sua vez, podem ser definidas como as pessoas que:

*“desde a terra infância, sentem-se em desconexão psíquico-emocional com o sexo biológico do seu nascimento, pelo fato de, psicologicamente, identificarem-se de modo oposto ao esperado para o seu corpo, do ponto de vista de gênero inclusive. [...] Nasceram com um determinado sexo biológico, mas que se sentem pertencentes ao gênero oposto. [...] Buscam os meios para uma redesignação do corpo ao seu ‘sexo psicológico’”* (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 99).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIAS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Seria a transexualidade caracterizada como um “*conflito entre corpo e identidade de gênero, [...] com desejo de adequar o corpo hormonal e/ou cirurgicamente àquele do gênero almejado*”, tendo em vista a frequente aversão à sua genitália (VIEIRA, 2011, p. 412).

A transexualidade ainda é estudada através de produções médicas e psicológicas que a classificam como um transtorno que requer tratamento específico (“disforia de gênero”), o qual possui sua origem na ideia de “hermafroditismo psíquico” sendo uma inversão sexual a nível mental (FREIRE, 2015).

Atualmente existem transexuais que não desejam realizar a cirurgia de transgenitalização por diversos motivos (medo do procedimento, falta de dinheiro, fase ainda experimental no caso de homens trans), bem como transexuais que não repudiam sua genitália, apenas não sentindo prazer e não a utilizando em suas práticas sexuais.

Essas outras experiências não descaracterizam a transexualidade da pessoa, mas a aproximam da experiência de travestilidade, por reforçar a questão identitária e não as questões físicas e biológicas existentes nessas duas categorias.

Atualmente a transexualidade está inserida na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) da Organização Mundial de Saúde, na categoria de Transtornos Mentais e Comportamentais (F.64.0); enquanto que no Manual Diagnóstico e Estatístico de Distúrbios Mentais (DSM - V), aparece como um distúrbio (“disforia de gênero”) (LIMA, 2015).

Não obstante, o Conselho Federal de Psicologia, juntamente com diversas outras entidades e órgãos ligados aos saberes médicos e psicológicos, se posiciona contra a patologização da transexualidade, tendo o CRP de São Paulo, desde 2011, declarado sua posição a favor da retirada das “identidades trans (travestis, transexuais, transgêneros)” do DSM e do CID, e defendido que “*a pluralidade das identidades de gênero refere possibilidades de existência, manifestações da diversidade humana, e não transtornos mentais*” (LIMA, 2015, p. 4).<sup>11</sup>

Ocorre que a patologização da transexualidade, não obstante legitimar uma série de direitos passa estas pessoas,<sup>12</sup> consagra o “dispositivo da transexualidade,<sup>13</sup>” estabelecendo verdades médicas sobre a categoria, excluindo aqueles que não se encaixam neste modelo, como as próprias transexuais que não passam pela transgenitalização e as travestis, por não preencherem os critérios constantes do DSM-V (FREIRE, 2015).

<sup>11</sup> O diagnóstico pressupõe sofrimento intenso da pessoa pelo desconforto e inadequação do seu gênero em relação ao seu sexo biológico. Ocorre que o diagnóstico não questiona se há problema com as normas de gênero que são impostas como naturais e imutáveis, se essas normas produzem sofrimento intenso e desconforto (LIMA, 2015). Em outras palavras, entendemos que o que gera desconforto à pessoa é a imposição social de “padrões de gênero”, tendo ela que se identificar com o sexo registral que acompanha sua genitália. Consequentemente, aparecerão diversos conflitos sociais, discriminação e exclusão social, oriundos da reivindicação por esta pessoa em ser reconhecida como pertencente ao “gênero” oposto do designado quando de seu nascimento. Esta sim é a origem de todo o sofrimento dessas pessoas.

<sup>12</sup> Exemplos: possibilidade de acompanhamento pelo SUS para sua transgenitalização; deferimento constante para pedidos de alteração do prenome e estado sexual nos documentos de identificação; e possibilidade de colocação em presídio conforme sua identidade de gênero (Resolução SAP 11/2014).

<sup>13</sup> Termo cunhado por Berenice Bento baseado no “dispositivo da sexualidade” de Foucault, que seria uma série de práticas discursivas e não discursivas a fim de estabelecer certa dominação (FREIRE, 2015).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Ainda, os médicos não tratam o corpo e nem a mente, apenas realizando uma função moral de manutenção dos padrões socialmente considerados normais e naturais, ditando o que é certo (cisgeneridade) e o que é errado (transgeneridade) (FREIRE, 2015).

As pessoas trans deixam claro que o sentimento de ser menina ou menino não se amarra à presença ou ausência de certo órgão sexual (TURCI, 2015).

Entendemos a formação da sexualidade humana como um dado demasiadamente subjetivo, não sendo correto inseri-la na órbita da natureza e das ciências médicas. Assim, não obstante a permanência da patologização da “transexualidade”, concordamos com a posição de Berenice Bento no sentido de que a:

*“transexualidade é uma questão identitária vinculada à dissonância da pessoa transexual com as normas de gênero, sendo uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero, sendo transexuais pessoas que ‘ousam’ reivindicar uma identidade de gênero em oposição àquela informada pela genitália e ao fazê-lo podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência”* (BENTO, 2008, apud VECCHIATTI, 2015, p. 287).

Ainda na temática das identidades de gênero, é necessário esclarecer a opção pelo uso do termo “trans” em detrimento de tantos outros termos que podem ser usados no tratamento das pessoas que são objeto deste artigo.

A “transgeneridade” abarca uma série de posições identitárias que expressam as variadas formas de vivenciar o gênero, como travestis, transexuais, crossdressers, pessoas não binárias, entre outros. *“Transgêneros são indivíduos que ‘ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas/construídas culturalmente para um e para outro sexo”* (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 98).

O prefixo “trans” significa transformar, transitar (PATRÍCIO, 2008), e para o presente trabalho se mostra adequado, uma vez que ele abarca, de forma genérica, a comunidade em questão, sendo o sentimento de pertencimento ao outro gênero o que mais importa.

Ainda, a distinção frequentemente realizada entre travestis e transexuais reafirma o binarismo de gênero,<sup>14</sup> categoria essa que o artigo visa combater. Neste sentido, esses enquadramentos *“estão intimamente ligados a uma concepção dicotômica das estruturas de gênero, na qual as pessoas precisam se afirmar ou masculinas ou femininas”*<sup>15</sup> (FERREIRA, 2014, p. 38).

Por outro lado, devemos nos certificar de que o termo não invisibilizará as travestis que se identificam como mulheres, deixando aqui registrado o nosso conhecimento quanto à importância do retrato da travestilidade e sua significação junto aos movimentos sociais (PATRÍCIO, 2008).

<sup>14</sup> Isso ocorre porque diversas travestis não reivindicam tratamento como mulher, e também porque o não desejo de “readequar” suas genitálias faz com que não se encaixem nem no “sexo” feminino e nem no masculino, não existindo uma terceira opção de gênero ou uma opção neutra.

<sup>15</sup> *“Uma mulher transexual pertenceria ao campo de gênero feminino na medida em que recorre à troca de sexo e aos aparatos estéticos que legitimarão sua pretensa subjetividade ontologicamente feminina, presa num corpo de homem; uma travesti pertenceria ao campo de gênero masculino ao desejar manter o pênis e uma subjetividade masculina homossexual, mesmo empreendendo diferentes esforços para transformar o seu corpo e ser reconhecida socialmente como do gênero feminino. É difícil para a ciência compreender sujeitos que não se enquadrem nessa lógica e os argumentos construídos em torno de suas vidas serão, portanto, na perspectiva de reificar o sistema binário de gênero/sexo”* (FERREIRA, 2014, p. 38).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Em suma, a eleição de um termo único e genérico no presente artigo se dá em função do objetivo último deste, qual seja, a defesa da possibilidade de alteração do prenome e do estado sexual no Registro Civil e na documentação de travestis e de transexuais, sem qualquer distinção.

Não podemos deixar de trazer uma consideração importante. Não obstante a nossa crítica ao binarismo de gênero e os papéis sociais de gênero impostos, temos que considerar a posição de diversas “trans” em reivindicar estes estereótipos e reafirmá-los, não se opondo às “normas de gênero”, apenas contestando a designação sexual que lhes foram atribuídas. Assim, diversas travestis e transexuais passam a se vestir, a gesticular, e se comportar exatamente da forma como mandam os padrões tratados no item 1.1, e tal comportamento não pode ser objeto de julgamento e crítica.

### 3. Direitos da Personalidade: nome e estado da pessoa

Antes de adentrarmos no estudo dos Direitos da Personalidade, é necessário tecer um breve comentário sobre o atual estágio do Direito Civil em nosso país.

O chamado Direito Civil Constitucional é uma releitura desse ramo do Direito a partir dos fundamentos e princípios constitucionais da nova tábua axiológica, fundada na Solidariedade Social, Igualdade Substancial e Dignidade da Pessoa humana, sendo este um superprincípio e valor máximo do Direito.

Dá-se em função do fenômeno da projeção horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a partir da aplicação desses direitos não apenas em âmbito público, como também nas relações privadas. Os Direitos Fundamentais são projetados para mediar relações entre Estado e particular (direito público), mas também passam a configurar fonte mediadora das relações entre sujeitos particulares (direito privado).

Assim, ocorre uma verdadeira recompreensão e reinterpretção do Direito Civil com base nos princípios e regras constitucionais, não sendo mais correto tratar essa esfera do Direito como um ramo do direito privado, estando atualmente a divisão entre direito público e privado obsoleta (SANCHES, 2012).

Nota-se, com isso, uma elevação da importância dos princípios constitucionais, havendo cada vez mais a necessidade de observância da dignidade da pessoa humana em harmonia com a liberdade e a igualdade (formal e material).

Esta introdução é de suma importância para que haja a correta compreensão do enfoque a ser dado no presente artigo, tendo em vista que entendemos que os princípios constitucionais, especialmente a Dignidade da Pessoa Humana, devem guiar toda a produção jurídica acerca deste tema.

#### 3.1 Direitos da Personalidade

Sem adentrar de forma extensa em uma discussão jurídica de qual seria o momento do surgimento da pessoa natural,<sup>16</sup> uns entendem que este se dá quando do nascimento com vida, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório (teoria natalista), enquanto outros atrelam o surgimento da pessoa ao momento da concepção (teoria concepcionista).

<sup>16</sup> “Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos. Sujeito de direitos, por sua vez, é aquele que pode fazer valer uma pretensão jurídica por meio de ação, [...] autorizado pela lei a exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional” (DINIZ, 2007, apud TOLEDO, 2008, p. 76).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

Seja qual teoria se adote, a Personalidade (existência da pessoa) e os direitos correlatos a ela surgem no momento do início da vida, tendo seu fim com a morte da pessoa.

Os Direitos da Personalidade podem ser conceituados como “*direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, em seu aspecto físico, moral e intelectual*” (TARTUCE, 2013, p. 86), sendo os direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade.

Dizem respeito à necessidade de garantia da autonomia privada, enquanto possibilidade de o indivíduo dar destino ao desenvolvimento de sua existência e personalidade livre de qualquer constrangimento externo. São direitos essenciais para que os demais direitos subjetivos da pessoa se realizem, sendo o mínimo necessário do conteúdo da personalidade (VECCHIATTI, 2015).

Pode-se entender que os fundamentos dos Direitos da Personalidade são a proteção da dignidade humana e da autonomia privada, as quais garantem o desenvolvimento da individualidade das pessoas e sua autodeterminação.<sup>17</sup> Assim, não há dúvidas de que os Direitos da Personalidade são também Direitos Fundamentais.

A doutrina classifica os Direitos da Personalidade como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, vitalícios, subjetivos, inatos, absolutos, indisponíveis, imprescritíveis, ilimitados e impenhoráveis (TARTUCE, 2013). Não obstante, estas características podem ser relativizadas em determinadas circunstâncias, como nos casos de cessão do direito de imagem, cirurgia de transgenitalização e alteração do prenome.

Os Direitos da Personalidade podem ser divididos em três grandes categorias: integridade física; integridade intelectual; e integridade moral.

No primeiro grupo estão os direitos à vida, saúde, ao corpo e partes separadas do corpo. Em relação às transexuais, é importante citar a possibilidade da cirurgia de transgenitalização<sup>18</sup> e demais modificações corporais (ex: implante de silicone, mastectomia), estas também realizadas pelas travestis e homens trans, não sendo mais tais interferências consideradas como violação da integridade física, mas sim verdadeiros procedimentos para garantir a saúde, bem-estar e dignidade destas pessoas.

O segundo grupo se relaciona com a questão de direitos autorais. O terceiro grupo, por sua vez, engloba direitos que integram diretamente o tema deste artigo, como a identidade, imagem, honra, privacidade e intimidade.

A identidade visa à preservação da individualidade social (nome, estado e domicílio) e pessoal (genética). A imagem se refere à representação física da pessoa ou seu retrato, enquanto a honra se comunica diretamente com aquela, no aspecto público. A privacidade busca a não exposição do indivíduo. Por fim, a intimidade visa ao controle sobre as informações que digam respeito à vida pessoal e íntima da pessoa.

<sup>17</sup> Neste sentido, nos dizeres do Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)” (TARTUCE, 2013, p. 86).

<sup>18</sup> O Conselho Federal de Medicina autoriza a cirurgia de transgenitalização desde 1997. Atualmente a Resolução 1.955/2010 regulamenta o procedimento de neocolpovulvoplastia (mulheres transexuais) e procedimentos sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, permitindo, a título experimental, o procedimento de neofaloplastia (homens trans). Desde agosto de 2008 o procedimento também é realizado pelo SUS (VIEIRA, 2012).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Importante ressaltar que os direitos ao nome e ao estado sexual integram a individualização da pessoa natural, possibilitando a identificação, a representação e conferindo identidade às pessoas, sendo que todos os outros atributos da integridade moral fundamentam e serão amplamente utilizados na defesa do direito à alteração do prenome e estado sexual da pessoa trans.

### 3.1.1. Prenome

O nome é o primeiro sinal que identifica a pessoa perante a família e a sociedade, sendo o elemento exterior mais visível de sua individualidade, categorizando a personalidade do indivíduo no aspecto pessoal e no aspecto civil (HOGEMANN, 2014).

Nada mais é do que um requisito básico de nossa existência social, sendo um verdadeiro Direito Público Subjetivo da pessoa, diretamente relacionado ao direito à integridade moral e pessoal, uma vez que não é possível a existência de uma pessoa sem a designação de um nome (HOGEMANN, 2014), nos termos do art. 16 do Código Civil.

Assim, entende-se que o nome possui duas funções: individualizadora e identificadora. A função individualizadora designa a necessidade da sociedade na distinção das pessoas. A função identificadora designa a necessidade de esta sociedade identificar as pessoas para os fins de direitos e obrigações (HOGEMANN, 2014).

Os elementos essenciais do nome são o prenome e o sobrenome, sendo o primeiro de livre escolha dos pais, sem que haja exposição ao ridículo, escolha essa que normalmente se dá de acordo com o gênero sexual designado ao recém-nascido (conforme sua genitália). O sobrenome, por sua vez, é o nome de família, exteriorizando a procedência desta.

Em princípio ambos são imutáveis, uma vez que tomados por um interesse público na individualização das pessoas e segurança nas relações jurídicas. No entanto, existem algumas hipóteses em que a alteração se faz possível, de forma excepcional, com fundamento na Dignidade da Pessoa Humana (art. 1.º, III, da Constituição) e no princípio da Solidariedade Social (art. 3.º, I, da Constituição).

Podemos citar, de forma genérica, algumas hipóteses em que a alteração do prenome se justifica: substituição do prenome por apelido público notório; fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração na apuração de crimes; erro gráfico evidente; exposição ao ridículo de seu titular, ou grave constrangimento; correção do sexo para as hipóteses de intersexuais; pessoas trans, tenham ou não feito cirurgia de transgenitalização (TARTUCE, 2013).<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos - LRP):

“Art. 55. [...] *Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.*”

Art. 56. *O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.*”

“Art. 58. *O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.*”

*Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.*”



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Neste artigo trataremos especificamente do prenome, tendo em vista que é este o objeto de alteração nos pedidos realizados pelas pessoas trans.

Não podemos ignorar a relevância e o impacto do prenome nas pessoas trans, sendo ele o primeiro elemento de identificação da pessoa e também da confirmação do seu gênero. Nesse sentido, tendo em vista que na realidade brasileira os prenomes se orientam de acordo com o binarismo de gênero, para as pessoas trans a sua alteração é de suma importância, sendo requisito básico para a afirmação de sua identidade de gênero.

### 3.1.2 Estado Sexual

Estado é a posição jurídica da pessoa no meio social resultante de certas qualidades que lhe são inerentes, nos contextos político, familiar e individual. Trata-se de uma qualificação jurídica decorrente de seu modo particular de existir, que também representa um de seus elementos identificadores.

É dividido em quatro categorias: político (posição da pessoa face ao Estado); profissional (atuação econômica da pessoa); familiar (relações conjugais e de parentesco) e individual (condição física da pessoa influente em seu agir) (TARTUCE, 2013).

O Estado Sexual da pessoa pertence à última categoria, sendo analisado sob o prisma individual físico do indivíduo. Nesta categoria a pessoa pode ser classificada conforme sua idade (maior ou menor), quanto à saúde mental e física (pessoa com ou sem deficiência) e quanto ao sexo (feminino e masculino) (TOLEDO, 2008).

A doutrina confere as características da irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade ao estado da pessoa. Ocorre que a alteração é possível em casos excepcionais, como no caso do casamento/divórcio, adoção e alteração de estado sexual das pessoas trans (TOLEDO, 2008).

Da mesma forma que o nome, o estado sexual é um elemento de suma importância para as pessoas trans, uma vez que identificar uma pessoa com o gênero oposto ao que ela ostenta socialmente significa grave violação de sua dignidade e de seu direito à individualidade, identidade e autodeterminação. Assim, a busca pela alteração desse elemento em seu Registro Civil se faz de extrema importância para que estas pessoas possam viver plenamente a sua identidade de gênero.

## 4. Retificação do prenome e do estado sexual das pessoas trans

Como visto no item 3, o prenome e o estado sexual são elementos impostos às pessoas desde o seu nascimento, através da averbação destas informações em seu Registro Civil<sup>20</sup> (assento de nascimento), sendo este o instrumento criado pelo Direito para dar “*autenticidade, publicidade, eficácia e segurança aos atos jurídicos*” (ALVES, 2012, p. 236).

O Registro Civil norteia-se pelo Princípio da Veracidade, o qual deve ser interpretado à luz do Princípio da Contemporaneidade, sendo que tal documento deve ser fiel à realidade da pessoa, de acordo com o gênero que

<sup>20</sup> “A alocação sobre o registro civil estabelece que a pessoa humana tem o direito personalíssimo a seu registro civil de nascimento, documento de fundamental importância para sua cidadania plena e usada para emissão de outros documentos básicos. Sem tal documento, o cidadão fica privado de exercer atividades, sejam profissionais ou sociais, que lhe são de direito. A emissão do registro civil, por seu turno, ao oficializar o nome civil é um fato primordial para a inclusão do indivíduo na sociedade” (HOGEMANN, 2014, p. 220).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

ostenta socialmente, através de um nome social e de modificações corporais, tendo em vista que o registro de nascimento possui natureza declaratória e não constitutiva (ALVES, 2012).

Assim, a alteração destes atributos no Registro Civil das pessoas trans configura um verdadeiro Direito Público Subjetivo, para a plenitude de sua existência perante a sociedade, com reconhecimento jurídico e social de sua condição de mulher ou homem, conforme sua identidade de gênero, sob pena de configurar verdadeira eugenia social.<sup>21</sup>

#### 4.1 Alteração do prenome e do estado sexual

Sabemos que o nome deve “refletir o âmago da personalidade individual, condizer com seu estado pessoal e social, bem como deve estar consorte com o seu psiquismo, sua honra, sua imagem pessoal e social, não podendo ser ridículo ou vexatório” (VECCHIATTI, 2015, p. 286). Assim, a alteração do prenome de pessoas trans, uma vez que ostentam socialmente e vivem um nome que não condiz com o que consta em seus documentos, se mostra evidentemente necessária.

A Lei de Registros Públicos prevê expressamente hipóteses em que o prenome pode ser alterado, seja em função da proibição de registro de prenome que possa expor seu portador ao ridículo, nos termos do art. 55, parágrafo único; seja conforme o disposto no art. 58, o qual prevê a substituição do prenome por apelido público notório.

Quanto à primeira disposição, é evidente que uma pessoa trans, ao se afirmar, por exemplo, como mulher e ostentar tal gênero socialmente, sofrerá intensamente e estará *exposta ao ridículo* cada vez que apresentar sua documentação constando nome do gênero masculino e for assim tratada pelas outras pessoas (VECCHIATTI, 2015).

Não obstante o preenchimento da primeira hipótese já bastar para a devida retificação dos documentos das pessoas trans, a segunda hipótese se faz extremamente relevante para que o procedimento seja levado a cabo.

Quanto à alteração do prenome por apelido público notório, verificamos frequentemente a inclusão de apelido no nome e não a total substituição do prenome (HOGEMANN, 2014). Ocorre que a lei diz expressamente que o “prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua *substituição* por apelidos públicos notórios”.

No caso das pessoas trans, a verificação da existência de apelido público notório é uma tarefa facilmente realizável, sendo que este se confunde com seu *nome social*, compreendido como o “*nome pelo qual a pessoa é conhecida e identificada na comunidade em que está inserida*” (HOGEMANN, 2014, p. 220), que corresponde à sua identidade de gênero.<sup>22</sup>

Assim, o nome social das pessoas trans amolda-se perfeitamente ao conceito de apelido público notório, sendo pública e notória a utilização deste apelido por estas pessoas em âmbito privado e social.

<sup>21</sup> STJ, REsp 1.008.398/SP, j. 18.11.2009.

<sup>22</sup> Diversos órgãos públicos e entidades privadas já preveem a obrigatoriedade de tratamento de seus usuários conforme seu nome social. Cite-se, por exemplo: Decreto 55.588/2010 do Estado de São Paulo; Portaria 1.612/2011 do Ministério da Educação e Resolução 208/2009 do CRM-SP.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Com isso, podemos concluir que a retificação do prenome das pessoas trans em seus documentos de identificação encontra total guarida em nosso ordenamento jurídico, aparentando ser um procedimento muito simples e de verificação objetiva, uma vez que preenchidas as hipóteses legais.

A não alteração do prenome gera danos não só à pessoa, mas à sociedade como um todo, que passa a ter dificuldade na identificação do próprio sujeito. Assim, a ausência do procedimento com base em uma suposta segurança jurídica ou em uma realidade baseada na genitália e sexo registral da pessoa, seria, ela própria, incongruente, uma vez que preservaria a discrepância entre a realidade e o documento, dificultando a identificação da pessoa pela sociedade.

Finda a análise quanto ao prenome, não obstante a ausência de hipótese legal específica para a alteração do estado sexual das pessoas, por meio de uma análise hermenêutica, verificamos que a Constituição não apresenta qualquer óbice para esta mudança, tendo em vista que, em nosso sistema jurídico, toda proibição deve estar prevista de modo expresse. Tal proibição evidentemente não existe, sendo que a Constituição garante expressamente a obrigação de não discriminação de qualquer natureza (SANCHES, 2012).

O gênero sexual é uma categoria complexa, atualmente delineado pela função social e comportamental da pessoa. Assim, com a devida demonstração de que a pessoa possui o “sexo” que socialmente representa, a alteração do estado sexual em seu Registro Civil se faz adequada. O combate à “genitalização” da pessoa é uma tendência, sendo que devemos privilegiar a forma como a pessoa se compreende independentemente de sua genitália e do sexo registral (VECCHIATTI, 2015).

#### 4.2 Procedimentos e entraves

Não obstante todo o disposto acerca da possibilidade de alteração do prenome e do estado sexual no Registro Civil e nos documentos de identificação, algumas especificidades, dúvidas e entraves devem ser abordados.

A primeira questão refere-se à desnecessidade de cirurgia de transgenitalização para a realização das modificações documentais. Neste sentido, a retificação do prenome e estado sexual da pessoa transexual devidamente redesignada (após cirurgia de transgenitalização) não deveria ensejar sequer discussão, uma vez que tal pessoa seria plenamente considerada como mulher ou homem. Mais que isso, esta pessoa possui direito ao esquecimento de seu estado anterior (HOGEMANN, 2014).

Ocorre que a retificação de prenome e estado sexual independem da realização de cirurgia de transgenitalização, uma vez que devemos respeito à condição das travestis que não rejeitam sua genitália e não desejam passar pelo procedimento, bem como a situações que impedem transexuais de realizar a cirurgia, como o medo do procedimento, o tempo de espera, o valor do procedimento fora do SUS e a condição ainda experimental da neofaloplastia para homens trans.

Não podemos impor uma grave alteração corporal como condição de retificação de documentos para a plena existência da pessoa conforme sua identidade de gênero. É necessário abolir a ideia de “genitalização” da pessoa humana, a qual condiciona seu nome e seu sexo registral à sua genitália externa (VECCHIATTI, 2015), uma vez que a classificação social insere as pessoas em determinado grupo sexual pelo que elas aparentam ser, e não de acordo com sua genitália (SANCHES, 2012).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIAS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Entendemos que não é a cirurgia que concede à pessoa a condição de pertencer a gênero oposto ao designado de acordo com sua genitália quando de seu nascimento, mas sim sua identificação psíquica com ele. Deve ser o procedimento resultado da vontade da pessoa, sob pena de afronta ao seu direito à saúde (VECCHIATTI, 2015), conforme preceitua o 3.º Princípio dos Princípios de Yogyakarta.<sup>23</sup>

Importante mencionar que por muito tempo o Judiciário esteve contaminado com os saberes biomédicos, condicionando suas decisões ao diagnóstico de “transexualismo” (visto e criticado no item 2) e a realização do procedimento cirúrgico para o deferimento dos pedidos de alteração registral<sup>24</sup> (LIMA, 2015).<sup>25</sup>

Relevante estudo sobre a atuação do Judiciário foi realizado pelo Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da USP, em 2013, identificando grave discriminação por parte dos Tribunais de Justiça no processamento dos pedidos de retificação do prenome por pessoas trans em cotejo com o mesmo pedido realizado por pessoas cisgêneras (COIMBRA, 2013).<sup>26</sup>

A conclusão deste estudo foi de que os magistrados, em uma situação de plena igualdade (mudança do prenome com base na Lei de Registros Públicos – LRP) criaram diversos requisitos extralegais para analisar os pedidos das pessoas trans,<sup>27</sup> enquanto que no caso das pessoas cisgêneras o julgamento se dava sem necessidade de grandes provas e sem estudo pormenorizado quanto ao alegado constrangimento.<sup>28</sup> Também houve maior indeferimento no primeiro caso em comparação com o segundo (COIMBRA, 2013).

A jurisprudência mais atual, ainda sem unanimidade, vem discordando de tal posicionamento, não mais fazendo a distinção entre travestilidade e transexualidade e não exigindo, como requisito para a efetivação da dignidade e plena vivência da identidade de gênero das pessoas trans, a cirurgia de transgenitalização, sendo que algumas já não mais exigem laudo médico.<sup>29</sup>

23 Princípio 03 – “[...] Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero”.

24 Cite-se, por exemplo: TJRS, AI 70026211797, j. 18.02.2009.

25 Em sua dissertação, Lima (2015) realiza uma crítica a esta contaminação do Judiciário tão somente com os estudos biomédicos e patologizantes sobre a questão, ignorando completamente os saberes sociológicos, antropológicos, estudos de gênero e a própria psicologia. O órgão acaba por sujeitar sua decisão à análise de uma espécie de “transexualidade verdadeira” (presença de sofrimento, heterossexualidade, uso de vestes conforme o gênero ostentado), a qual somente ela ensejaria o deferimento dos pedidos. Ainda, ressalta que os magistrados reconhecem na “doença” a causa do sofrimento e exclusão social das pessoas trans, ignorando completamente as consequências geradas pelos padrões de gênero impostos e a respectiva discriminação social.

26 O estudo demonstra o papel do Judiciário na manutenção dos padrões de gênero severamente criticados ao longo deste artigo.

27 “Retificação de registro civil. Mudança do prenome requerida por transexual – O prenome é sempre imutável, e só em casos excepcionais se admite na jurisprudência e na lei a alteração de prenome e sobrenome [...] – O mero capricho de alterar o nome não tem o enquadramento excepcional pretendido na jurisprudência Apelo desprovido” (TJSP, Apelação 9103308.21.2008.8.26.0000, j.08.02.2012).

28 “Retificação de registro civil. Pedido de alteração do prenome. Possibilidade. Prenome que causa constrangimentos à autora sentimento que é absolutamente pessoal pedido que não causa prejuízo a interesse alheio” (TJSP, Apelação 0001422-89.2011.8.26.0627, j. 07.02.2012).

29 Cite-se, por exemplo: TJRS, AC 70022504848,8, j. 16.04.2009; TJMG, AC 1.0231.11.012679-5/001, j. 23.08.2013. TJSP, APL 85395620048260505, j. 18.10.2012; TJSP, APL 00139343120118260037, j. 23.09.2014; TJSP, AI 20834273620158260000, j. 20.10.2015.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Superado esse ponto, a segunda questão a ser analisada é a Segurança Jurídica como um dos argumentos contrários à retificação do prenome e do estado sexual nos Registro Civil das pessoas trans para o resguardo de terceiros de boa-fé (LIMA, 2015).

As maiores preocupações são no sentido de resguardar a identificação da pessoa, evitar que a pessoa fuja de suas responsabilidades civis e penais e evitar o “engano” de pessoas com as quais as pessoas trans se casariam. Ocorre que tal argumentação apenas invoca uma justificativa para perpetuar a discriminação, reforçando a exclusão social das pessoas trans, o que não ocorre com as pessoas “cis”.

Nesse sentido, a argumentação a favor da identificação pode ser facilmente refutada, uma vez que hoje as pessoas são identificadas pelos números de seus documentos (RG e CPF), os quais certamente permanecerão inalterados. Além disso, para a identificação da pessoa temos modernos recursos como a biometria, impressão digital, identificação pela íris e exame de DNA.

Uma vez que lidamos em nossa sociedade com a existência maciça de homônimos, a identificação pelo nome não pode ensejar tal discussão. Ainda, o legislador, ao prever hipóteses legais de alteração de nome, não se preocupou com a questão da Segurança Jurídica, sendo assim, não deve o julgador com ela se preocupar.

Podemos concluir que hoje o nome e o estado sexual passam de elementos identificadores da pessoa para elementos de representação individual, tendo o indivíduo como único interessado (SANCHES, 2012).

Em decorrência disso, outra questão que surge é a referente à averbação da modificação nos documentos oficiais. Trata-se de um tema controvertido entre os magistrados, mas entendemos que a melhor visão é a que privilegia a intimidade e o direito ao esquecimento das requerentes, determinando a averbação apenas no Livro de Registro Civil, devendo constar tão somente que existe alteração e que esta adveio de decisão judicial, cujo conteúdo deve permanecer em segredo de justiça (VIEIRA, 2011), tendo sido a posição adotada pelas 3.<sup>a</sup> e 4.<sup>a</sup> Turmas do STJ em 2009.<sup>30</sup>

Passada mais essa questão, em relação aos Direitos de Família alguns temas ainda deixam algumas dúvidas. O primeiro deles é quanto ao casamento e o direito do cônjuge supostamente “enganado” pela pessoa trans a respeito de seu passado.

Entendemos que o matrimônio seja baseado na relação de lealdade entre o casal, sendo que caso a pessoa se sinta enganada, por qualquer motivo, e com isso a convivência se torne insuportável, é cabida a anulação do casamento, como previsto pelo Código Civil.

Quanto à incapacidade de gerar filhos, diante de um Direito de Família baseado na afetividade e na família como um meio e não um fim, tal circunstância não configura condição de validade para o casamento, não cabendo pedido de anulação, mas sim de divórcio (ALVES, 2012).

<sup>30</sup> Nesse sentido, nos dizeres do Enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

No que concerne à pessoa trans já casada, com filhos ou não, entendemos pela desnecessidade de autorização da família para a cirurgia e retificação do Registro Civil, tendo em vista o caráter personalíssimo dos direitos da personalidade e sua autonomia. A discordância do cônjuge pode gerar, no máximo, o divórcio (ALVES, 2012).

O pressuposto de que partem os juízes é o de que a pessoa trans enganaria a sociedade e seu eventual parceiro, visando os julgadores a proteção de uma suposta vítima (pessoa cisgênera heterossexual) em face de uma pessoa perigosa (pessoa trans) (LIMA, 2015). É outro elemento que invoca a discriminação sofrida por esta população.

Por fim, a maternidade e a paternidade restarão inalteradas, sendo ainda bem controversas a Jurisprudência e a Doutrina quanto à averbação nas certidões de nascimento de seus filhos. Pelo Princípio da Veracidade e para evitar constrangimento para os próprios filhos, entendemos que a alteração deve ocorrer também em seus documentos.

Encerrando as discussões sobre os Direitos de Família, partimos para a questão da necessidade de ações do Poder Legislativo, a fim de positivar os direitos desta população, para a padronização da modificação de prenome e de estado sexual, evitando decisões diversas que tratam as pessoas de forma não isonômica (SANCHES, 2012).

Entendemos que a omissão legal fomenta ainda mais a discriminação e o preconceito. Não por acaso o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, sendo a faixa dos 30 anos a sua expectativa média de vida, tendo cerca de 90% destas pessoas, em função da exclusão social, a prostituição como saída para sustento próprio (CASARRÉ, 2015).

Para nossa inspiração, o Direito Comparado evidencia a possibilidade e efetividade destas medidas, uma vez que diversas legislações já preveem tais modificações registrarias de forma simplificada.

As legislações da Argentina, Canadá e Suécia preveem a possibilidade de alteração de nome e sexo das pessoas trans em caráter administrativo, diretamente em cartório, sem necessidade de intervenção cirúrgica, assim como a lei espanhola (HOGEMANN, 2014). A legislação do Uruguai foi a primeira na América Latina a prever a adequação do Registro Civil sem necessidade de cirurgia (SANCHES, 2012).

Verificamos que o Brasil está muito atrás da legislação mundial no que diz respeito à identidade de gênero e dignidade das pessoas trans. Não obstante, temos em andamento no Congresso Nacional o Projeto de Lei 5.002/2013<sup>31</sup> e no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/2009,<sup>32</sup> que visam, com base na identidade de gênero, a possibilidade legal, e não somente jurisprudencial, de alteração do prenome e estado sexual no Registro Civil de pessoas trans.

Por fim, devemos nos atentar a uma possibilidade já real em diversos países, que começa a se evidenciar no Brasil: a realização deste procedimento diretamente em cartório. Entendemos ser o procedimento extrajudicial uma forma mais efetiva de resgatar o respeito aos direitos fundamentais das pessoas trans.

O procedimento administrativo já é realidade para a substituição de prenome por apelido público notório. Ainda, a própria LRP permite a alteração do Registro Civil pelo oficial de registro em casos de erros que não exijam indagação,

31 Prevê a possibilidade de maiores de 18 anos requererem a retificação de prenome e estado sexual, sem necessidade de cirurgia e diretamente em cartório.

32 Pleiteia interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da LRP, para autorizar a mudança do prenome e estado sexual de transexuais, independentemente de cirurgia.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



com base no art. 110.<sup>33</sup> Vale destacar recente notícia veiculada pela mídia, em que a Defensoria Pública do Estado da Bahia, conseguiu a mudança do nome e sexo de travesti sem necessidade de ajuizar ação.<sup>34</sup>

Verificamos que não há nada que justifique a impossibilidade de retificação do prenome e estado sexual no Registro Civil e documentos de identificação das pessoas trans, devendo ser o Direito o melhor caminho para a auto realização das pessoas, com máximo respeito e proteção à sua identidade de gênero.

### Conclusão

O Direito deve estar a serviço do ser humano a fim de garantir a sua realização pessoal e sua proteção, não podendo ser mais um instrumento de sofrimento e violação da dignidade da pessoa, visando à determinação comportamental dos sujeitos.

Ele também reflete o que é germinado e produzido politicamente, sendo que a abstenção legislativa nada mais é do que reflexo da discriminação endêmica contra a população LGBT, e mais especificamente contra as pessoas trans.

A lógica heteronormativa e binária de gênero é o que alimenta tal situação, excluindo diversas cidadãs e cidadãos da tutela jurisdicional de seus direitos, tendo em vista a sua natureza cultural e de difícil desprendimento por parte da sociedade e conseqüentemente dos legisladores e magistrados.

A igualdade, a não discriminação e a liberdade, inclusive a sexual, são verdadeiros direitos humanos fundamentais, consagrados em nossa Constituição Federal e em Tratados e Convenções Internacionais. Com isso, devem ser devidamente garantidos pelo Estado, seja através de políticas públicas e decisões judiciais, mas principalmente por meio de leis.

Defendemos que as pessoas tenham garantido seu direito fundamental de se enxergar e se expressar com total liberdade, se sentindo mulheres, homens ou de não se identificarem com esta dualidade, e em todos os casos isto deve se dar independentemente da sua genitália de nascimento, consagrando o direito à identidade. É direito de estas pessoas serem vistas e tratadas da exata forma como elas mesmas se veem, sendo a sexualidade um importante fator da personalidade e identidade pessoal.

Para isso, seus direitos civis e da personalidade devem ser respeitados, principalmente no que diz respeito à possibilidade da alteração do prenome e do estado sexual no Registro Civil e nos documentos de identificação, como medida a assegurar a sua plena vivência civil e jurídica, conforme o gênero com o qual realmente se identificam e que reivindicam. Assim, a pessoa não deve se ajustar ao Direito, mas este deve ser verdadeiro instrumento para a garantia de direitos e da dignidade humana.

<sup>33</sup> “Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público.”

<sup>34</sup> Disponível em: <[http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva\\_conteudo&co\\_cod=13949](http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949)>. Acesso em: 20 jan. 2016.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

## Referências bibliográficas

ALVES, Káren Savanna Brilhante. O direito do transexual operado à adequação de sua identidade jurídica a sua identidade psicossocial. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 17, n. 36, p. 223-248, jul./dez. 2012.

BORRILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da lei. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 289-321, jul./dez. 2010.

CASARRÉ, Marieta. Com 600 mortes em seis anos, Brasil é o que mais mata travestis e transexuais. *Agência Brasil*, Brasília, 13 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/cxucfK>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Preconceito afasta transexuais do ambiente escolar e do trabalho. *Agência Brasil*, Brasília, 13 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/xCBlok>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CISNE, Mirla. *Feminismo, luta de classes e consciência militante feminista no Brasil*. 2013. 409 f. Tese (Doutorado em Serviço Social). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

COIMBRA, Thales. *O direito à mudança de nome de transexuais: jurisprudência e antidiscriminação*. São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0Bz2TrhF1hXgVQzZFSFNGT2JFcm8/view>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre violencia contra las personas LGBTI en América*. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/violencia-lgbti.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

FERREIRA, Gomes Guilherme. *Travestis e prisões: a experiência social e a materialidade do sexo e do gênero sob o lusco-fusco do cárcere*. 2014. 144 f. Tese (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

FREIRE, Lucas de Magalhães. *A máquina da cidadania: uma etnografia sobre a requalificação civil de pessoas transexuais*. 2015. 192 f. Tese (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014.

LIMA, Luiza Ferreira. *A “verdade” produzida nos autos: uma análise de decisões judiciais sobre retificação de registro civil de pessoas transexuais em Tribunais brasileiros*. 2015. 185 f. Tese (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MOREIRA, Camila. “De forma inédita, DPE garante mudança do nome e sexo de transexual sem necessidade de ajuizar ação”. 17 out. 2015. Disponível em: <[http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva\\_conteudo&co\\_cod=13949](http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13949)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

PATRÍCIO, Maria Cecília. *No Truque: transnacionalidade e distinção entre travestis brasileiras*. 2008. 279 f. Dissertação (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2008.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. 2006. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

SANCHES, Patrícia Corrêa. A pessoa transgênera e a promoção do direito à identidade de gênero no nome e no sexo civil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 271-279.

\_\_\_\_\_. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 425-444.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 97-115.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Método, 2013.

TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero. Transexualismo e direitos da personalidade. *Revista IMES Direito*, São Caetano do Sul, v. 9, n. 14, p. 75-92, jan./jun. 2008.

TURCI, Raíssa Lebrão Rodrigues de Oliveira. *Ser trans: a vida de travestis e transexuais em Florianópolis*. 2015. 45 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Jornalismo) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tutela jurídica de travestis e transexuais que não se submeteram à cirurgia de transgenitalização. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 280-306.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 412-424.



01

02

03



01

02



01

02



01

02



## A criminologia e o extermínio da população negra

Pedro Machado de Melo Romano

Especialista em Ciências Criminais e mestrando em Ciências Sociais pela UFMG. Advogado.

**Resumo:** O presente artigo se utiliza da criminologia, notadamente as criminologias crítica e da reação social para expor as fragilidades do discurso fictício de igualdade do Direito Penal, com o intuito de demonstrar como o Direito Penal é utilizado para selecionar a população pobre e negra para fazer parte de sua clientela, e como a questão racial é utilizada também para a manutenção do *status quo* de uma elite branca e dominante, protótipo da política criminal de extermínio da população negra do Brasil e da América Latina.

Primeiramente, é apresentada a evolução do pensamento criminológico, até a chegada das criminologias crítica e da reação social, que a partir de então são esmiuçadas por tópicos específicos, cada uma das duas escolas com um tópico. Após as fragilidades denunciadas pelo discurso criminológico mostrando como o discurso do Direito Penal é seletivo e atinge majoritariamente a camada desfavorecida, será explicada como a questão racial adentra nos aspectos pontuados pelo discurso criminológico, mostrando como a violência institucional oriunda das agências de controle penal atinge a população negra e faz parte de uma política criminal racista.

**Palavras-chave:** Criminologia; Criminologias crítica e da reação social; *Labeling approach*; Criminologia crítica; Escola de Chicago; Teoria da anomia; Escola clássica; Seletividade penal; Racismo; Extermínio da população negra.

**Abstract:** This article uses criminology, notably the critical criminology and social reaction to expose the weaknesses of the fictional discourse of equality of criminal law, in order to demonstrate how the criminal law is used to select the black and poor population to join of their clientele, and how the racial question is also used to maintain the status quo of a white ruling elite, prototype of the criminal policy of extermination of the black population in Brazil and Latin America. First, the evolution of criminological thought is presented, until the arrival of critical criminology and social reaction, which thereafter are teased for specific topics, each of the two schools with a topic. After the weaknesses denounced by the criminological discourse showing how the discourse of criminal law is selective and mostly affects the disadvantaged layer, will be explained as the racial question enters the aspects punctuated by criminological speech, showing how institutional violence arising from criminal control agencies reaches black population and part of a racist crime policy.

**Keywords:** Criminology; Critical criminology and social reaction; Labeling Approach; Critical Criminology; Chicago School; Theory of Anomie; Classical School; Criminal Selectivity; Racism; Extermination of the Black Population.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Discussão: 2.1 Breves considerações acerca das Escolas Criminológicas; 2.2 O *labelling approach*; 2.3 Criminologia crítica; 2.4 O racismo como força motriz da violência institucional penal – 3. Conclusão – 4. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

O discurso da dogmática penal dominante mostra um Direito Penal igualitário e imparcial. Mas a realidade do sistema penal parece ser, pelo contrário, bastante seletiva, e dá indícios de recrutar sua clientela de forma majoritária nas camadas desfavorecidas da população.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



A criminologia, e especialmente as criminologias crítica e da reação social, nos dizeres de **Vera Andrade** (2013), desnudam essa realidade seletiva do sistema penal, e confrontam neste ponto a dogmática penal e seu discurso igualitário fictício e desvinculado da efetiva realidade do sistema.

As estatísticas comprovam que a maioria da população carcerária se constitui da população negra,<sup>1</sup> o que por sua vez, amparado no discurso criminológico moderno mostra os diferentes critérios de criminalização que prejudicam os desfavorecidos e acobertam condutas similares de membros da classe dominante.

Esta contradição entre o que o discurso do Direito Penal defende, e a crítica criminológica que denuncia e deslegitima o Direito Penal, nos dizeres de **Baratta** (2011), como “*ideologia da defesa social*”, abre espaço para novas questões relacionadas aos símbolos que levam os detentores do poder de criminalizar a selecionar como condutas desviantes aquelas cometidas pelos setores marginalizados.

E neste caso não se pode olvidar como símbolo de violência institucional velada, o racismo, que não obstante não pertença oficialmente à ideologia estatal, figura veladamente como um dos componentes mais emblemáticos da política criminal de extermínio da população pobre e negra.

## 2. Discussão

### 2.1 Breves considerações acerca das Escolas Criminológicas

Começando com a Escola Clássica. A criminologia clássica oriunda das ideias iluministas, centradas na razão, que levaram para o Direito Penal a ideia de punição na exata medida, na dosagem racional da pena, se opõe aos espetáculos de barbárie que marcavam o Antigo Regime.

A pena passa a ser pensada como uma medida racional em retribuição proporcional à conduta do criminoso, e não um mecanismo destinado a atuar no corpo do acusado, por meio dos espetáculos de suplício.

**Ana Luiza Flauzina** (2006) destaca que é a partir da Escola Clássica que o Direito Penal incorpora a ideia de “Direito Penal do Fato”, pois o que passa a ser importante é a conduta e não o autor do delito, e ainda, este deixa de ser considerado anormal, degenerado, para que a pena retribua exatamente sob os pilares racionais o “mal” cometido.

Pode ser considerado como marco da Escola Clássica o clássico “Dos Delitos e das Penas” de **Beccaria** (1983). Este autor foi quem primeiramente abordou a questão da proporcionalidade das penas. **Shecaira** (2008) observa que o método utilizado pela Escola Clássica é o dedutivo, do universal para o particular, do universal para o empírico. A Escola Clássica ficou caracterizada por humanizar o Direito Penal, por humanizar as penas sob a inspiração das ideias iluministas.

Outra é a perspectiva da Escola Positivista. Esta escola se contrapõe à Escola Clássica por deslocar para o criminoso o enfoque criminológico. O crime, sob a visão positivista, passa a ser caracterizado como um reflexo da degeneração

<sup>1</sup> Pesquisa junto à Presidência da República do Brasil de 2015, mostra que 58,4% da população carcerária é composta por negros. BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*/Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília : Presidência da República, 2015. 112 p. : il. – (Série Juventude Viva).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



do criminoso. E esta degeneração do criminoso seria de natureza biológica. Estaria predeterminada, condicionada por esses fatores. O criminoso seria um ser atávico por excelência a partir dessa visão.

**Ana Luiza Pinheiro Flauzina** ressalta que com a ascensão da Escola Positivista, o enfoque do Direito Penal passa a ser o “Direito Penal do Autor”, e não o “Direito Penal do Fato”.

Para a Escola Positiva, o Direito Penal se destinaria tão somente à contenção dos ímpetus criminosos predeterminados dos sujeitos que têm uma natural propensão para o crime. Não haveria dentro do Direito Penal, e no que tange à pena, qualquer função retributiva, amparada em qualquer consideração de caráter moral, mas tão somente a função de prevenção, para a proteção da sociedade contra indivíduos naturalmente propensos ao crime.

**Shecaira** (2008) salienta que a Escola Positiva altera o método utilizado pela Escola Clássica, passando do método dedutivo, para o método indutivo, lastreado em aspectos empíricos e na observação do criminoso.

Uma ilustrativa oposição entre a Escola Clássica e a Escola Positivista se refere à questão do livre-arbítrio. Para a primeira o livre-arbítrio é a questão principal. O homem, em razão da racionalidade e da humanização, sempre poderia escolher entre a conduta correta, de um lado, e a conduta criminosa, do outro. Assim seria possível se falar em punição, na retribuição de um mal pelo outro, na exata medida da racionalidade e da humanização das penas. Diferente é a visão positivista: para esta escola o livre-arbítrio não existe. O sujeito criminoso não escolhe entre praticar ou não da conduta criminosa. Ele é levado a isso por forças irresistíveis.

Sobre a Escola Positivista, **Vera Malaguti Batista** assim dispõe:

*“Na criminologia, o positivismo transfere o objeto do delito demarcado juridicamente para a pessoa do delinquente. Contra os perigos revolucionários da ideia de igualdade, nada melhor do que uma legitimação científica da desigualdade. O criminoso biologicamente ontológico, vai demandar mais pena, mais poder punitivo indeterminado: corrigir a natureza demanda tempo”* (BATISTA, p. 45).

Posteriormente, no século XX, surgiram as escolas funcionalistas da criminologia, notadamente cabe mencionar a teoria da anomia, de **Durkheim** (2007). Segundo esta teoria, o crime poderia, se controlado, ser até benéfico para a sociedade, pois dessa forma fortaleceria os laços sociais, a sensação de pertencimento, a coesão coletiva, responsáveis pelo funcionamento da sociedade. Somente quando esses laços de pertencimento estivessem afrouxados, em virtude de uma nova situação, de uma mudança, os índices de criminalidade deixariam de ser normais, para adentrar num estado que **Durkheim** (2007) designa como anomia. **Vera Malaguti Batista** (2012) cita essa passagem da criminologia positivista para a criminologia funcionalista como uma mudança de um “positivismo segregador” para um “funcionalismo integrador”.<sup>2</sup>

Respaldada nesta perspectiva, a sociologia norte-americana se desenvolve a partir de um movimento que ficou conhecido como Escola de Chicago. Esse movimento iniciou uma série de pesquisas, os *surveys*, relacionadas à criminalidade urbana, principalmente à conflituosidade social gerada pela grande leva de imigrantes que se direcionou à cidade de Chicago, e aos Estados Unidos como um todo, entre a primeira metade do século XX e o pós-guerra.

<sup>2</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. v. 5, n. 1, p. 70.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

A criminalidade urbana sob esta perspectiva criminológica era entendida como sintoma do grau de desorganização social dos aglomerados urbanos.

A Escola de Chicago foi o embrião para que surgissem as modernas teorias criminológicas, como a escola do *labelling approach* e a criminologia crítica.

### 2.2 O *labelling approach*

A escola do *labelling approach* surge com o desenvolvimento da sociologia criminal norte-americana, e causa, segundo **Baratta** (2011), o primeiro grande giro epistemológico no pensamento criminológico. O enfoque muda, passa do criminoso, como na Escola Positiva, ou da sociedade, no modelo causal-explicativo, para os processos de criminalização, que tomam a forma de constitutivos da conduta desviante.

O crime perde até então o que era consenso: seu caráter ontológico. O *labelling approach* apresenta pela primeira vez a noção de que o crime não seria uma conduta delituosa em si, mas que seria fruto de uma definição, definição esta realizada pelas agências de repressão penal. Só após esta definição, a conduta desviante tomaria esta forma. Sem a definição, a conduta seria semelhante a qualquer outra.

Desse modo o *labelling approach* desloca o enfoque, do crime, ou do criminoso, para os processos de criminalização. Coloca-se em xeque, nos dizeres de **Vera Malaguti Batista** (2012), a ficção do “delito natural”<sup>3</sup> que antes acompanhava a criminologia.

A perspectiva criada pelo *labelling approach* introduz na criminologia o conceito de estigma, de rótulo. Uma vez definido como criminoso, uma vez definida a conduta como criminosa, o estigma, o rótulo, operam no sentido da repetição dessas condutas, com a formação inclusive de carreias criminosas.

O *labelling approach* retira seu embasamento a partir de duas grandes teorias sociológicas: o Interacionismo simbólico e a Etnometodologia. A primeira utiliza como principal chave sociológica os mecanismos de interação. A interação entre os membros da sociedade, realizada através de símbolos, signos, através da linguagem, criam as definições sociais. O Interacionismo Simbólico se desenvolve a partir de estudos de sociolinguística e de psicologia social. Em relação à Etnometodologia, a visão acerca da objetividade da realidade é relativizada, e nos dizeres de **Baratta** (2011) esta passa a ser nada mais do que o resultado de uma construção social.

Um importante divisor de águas para o movimento poderia ser representado pela obra *O Outsider*, de **Howard Becker**.<sup>4</sup> Nesta obra, **Becker** (2008), depois de um estudo minucioso com usuários de maconha nos Estados Unidos, apresenta conclusões que apontam para a efetiva importância até mesmo constitutiva dos efeitos da estigmatização destes usuários. Esses estudos apontam para a criação de um padrão comportamental ocasionado justamente pela definição estigmatizante do usuário de maconha.

As implicações e desdobramentos que o Interacionismo Simbólico e a Etnometodologia ocasionam na teoria do *labelling approach*, nos dizeres de **Baratta** (2011), refletem na distinção entre Ação e Comportamento. O comportamento,

3 Idem, p. 75.

4 BECKER, Howard. *Outsiders*. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



desprovido de qualquer definição, de qualquer significado social, seria meramente um comportamento, e só se transformaria em ação após a realização desta mencionada definição, desta mencionada atribuição de significado social.

Outra distinção fundamental oriunda dessas duas grandes teorias sociológicas seria entre as normas sociais gerais e as normas sociais interpretativas. As primeiras representariam aquelas normas socialmente e objetivamente válidas, as normas éticas e as normas jurídicas, enquanto as segundas, as normas interpretativas, representariam um código oculto, nos dizeres de Baratta (2013) um “*second code*”, que estaria de modo invisível regulando as interações, mas que seriam fundamentais pela definição e reação social às condutas desviantes.

O *labelling approach*, nos dizeres de Baratta (2011), busca explicar estas normas ocultas, que não estão escritas, mas que representam signos, símbolos, semióticas, responsáveis pela atribuição de significado às diversas condutas sociais.

Baratta (2011) estatui que o *labelling approach* se divide em duas direções: a primeira seria aquela relacionada à primeira rotulação, analisando os efeitos que esta produz na personalidade da pessoa que sofre a definição de criminoso. Esta vertente salienta o efeito nocivo à identidade social que esta definição estigmatizante ocasiona, produzindo uma mudança na personalidade do sujeito, o levando a ter outra visão de si mesmo, e iniciando um processo que é designado como formação de carreiras criminosas, pois a tendência do estigma é fazer com que o agente repita cada vez mais a conduta desviante e se torne reincidente. A segunda direção ou vertente seria a relacionada aos detentores do poder de definição, das agências de repressão penal, de que modo utilizam este poder, e em que medida este poder se relaciona a aspectos de controle social.

A primeira vertente acima explanada é também aquela que se relaciona aos estudos do “desvio secundário”, ou seja, os desvios ocasionados depois de uma primeira definição e relacionados à reincidência. Esta vertente do *labelling* representa um duro golpe contra as teorias ressocializadoras da pena, pois defendem justamente o contrário destas, uma vez que pregam que o contato com o sistema penal, além de não ressocializar o indivíduo que a ele é submetido, termina, em contrapartida, por fomentar neste indivíduo a propensão a cometer crimes, a reincidir na conduta desviante, a reproduzir cada vez mais esta conduta depois de inicialmente ter tido contato com o sistema penal.

O *labelling approach* representa, pela primeira vez na criminologia, a preocupação em deslegitimar o princípio da igualdade no Direito Penal, pois este mito não resistiria ao arcabouço teórico do *labelling* que aponta para a importância fundamental e constitutiva da definição da conduta desviante, o que leva a conclusão de que condutas idênticas poderiam ser valoradas diferentemente segundo as motivações e interpretações daqueles que detêm este poder. Um furto poderia ser valorado de uma forma, dependendo das circunstâncias e, sobretudo, dos signos, dos símbolos, da semiótica, dos mecanismos de interação, das normas interpretativas, do velado “*second code*”.

A que ponto a questão levantada pelo *labelling* poderia ser aplicada à questão racial? O *labelling* mostrou que a palavra-chave para o Direito Penal é a criminalização, não o crime. A criminalização incide diferentemente sob cada um dos setores da sociedade, e pelos mecanismos interativos tende a se destinar à população historicamente desfavorecida.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Apesar do *labeling approach* não se preocupar com os aspectos macrosociológicos e históricos relacionados à criminalização da camada desfavorecida da sociedade, essa escola criminológica aponta claramente para a possibilidade de valoração diferenciada das diversas condutas, e seleção daquelas, dados os mecanismos interativos existentes, passíveis de adentrarem no sistema penal.

### 2.3 Criminologia crítica

A criminologia crítica surge na esteira do grande giro epistemológico produzido pelas teorias do *labelling approach*. O já mencionado deslocamento do enfoque, de uma consideração acrítica e ontológica do delito, para outra relacionada aos processos de criminalização, de definição da conduta criminosa, é apropriado pela criminologia crítica, mas de uma maneira diferente. À perspectiva do *labelling approach*, despolitizada, é somada a tentativa de explicar as causas da seletividade do sistema penal através de uma visão macrosociológica e politizada do sistema criminal.

Nos dizeres de **Baratta** (2011), o enfoque da reação social não se apresenta de maneira somente descritiva da realidade, mas sim, e essencialmente, de uma maneira efetivamente politizada e macrosociológica.

Essa tentativa de explicação macrosociológica, marcadamente associada à criminologia crítica, se revestiu ora sob influências marxistas, ora sem essas influências.

Neste diapasão, cabe citar a obra de **Rusche** e **Kirchheimer** (2004), que elaboram uma minuciosa pesquisa correlacionando as penas ao recrutamento da mão de obra, ao controle do exército de reserva.

**Rusche** e **Kirchheimer** demonstraram, por uma pesquisa histórica, que as penas sempre estiveram relacionadas ao sistema de produção ora vigente e a necessária mão de obra para fazê-lo funcionar. Assim, apresentam a explicação para as desumanas e torturantes punições do feudalismo, para os espetáculos de suplício, de tortura.

No feudalismo, os marginalizados tinham que ser removidos, eliminados e, para tanto, o Direito Penal atuava com essas penas ultrajantes, com estes espetáculos de tortura, muitas vezes públicos.

Posteriormente, com o desenvolvimento do mercantilismo e novas possibilidades econômicas, com a expansão colonial, a exploração de manufaturas, algumas penas se mostraram altamente úteis para o funcionamento do sistema econômico, e neste contexto, surgiram as penas de degredo e galés.

Posteriormente, como o desenvolvimento das cidades, o nascimento dos primeiros embriões de indústrias, o aprimoramento das manufaturas, outro tipo de pena passou a ser necessária. Outro Direito Penal passou a ser necessário para a funcionalidade do sistema econômico. Eis que surge aí, só então, depois da segunda metade do século XVIII, as penas privativas de liberdade.

Não eram mais necessários espetáculos de tortura, os suplícios passaram a não possuir qualquer utilidade. A funcionalidade da pena privativa de liberdade se mostrava na segregação dos setores marginalizados, e para tanto bastava que ficassem encarcerados. Não eram mais úteis os castigos físicos.

O olhar de **Michel Foucault** (1977) já é um pouco diferente. Em *Vigiar e Punir*, **Foucault** faz até mesmo algumas menções ao trabalho de **Rusche** e **Kirschheimer**, mas aborda o surgimento da pena privativa de liberdade de uma



01 02 03



01 02



01 02



01 02



maneira diferente. Para **Michel Foucault**, ao invés do controle do exército de reserva e de uma função potencialmente materialista do Direito Penal, o desenvolvimento das penas ao longo da história estaria relacionado principalmente ao desenvolvimento das tecnologias do poder disciplinar. E se no Antigo Regime as penas eram difamantes, o apenado sofria com seu corpo, espetáculos de tortura e suplícios eram organizados, a razão era essencialmente política e relacionada ao modo como o poder era distribuído. A disciplina que deveria ser ensinada, normalizada, no Antigo Regime, necessitava do sofrimento do condenado. Com a tomada do poder pela burguesia e o desencadeamento das revoluções liberais, a punição relacionada à pena degradante, aos suplícios, já não era necessária.

O poder disciplinar e suas tecnologias, para **Foucault**, desenvolveram e criaram a pena privativa de liberdade. Os suplícios evidenciavam acima de tudo, no Antigo Regime, uma vingança do rei, uma vingança contra os súditos que não lhe acataram as ordens, e para que o rei restasse vingado, o condenado deveria sofrer.

Com a tomada do poder pela burguesia, o sofrimento não era mais necessário. As prisões teriam que disciplinar, disciplinar corpos dóceis. **Foucault** utiliza como exemplo para ilustrar o seu pensamento o modelo idealizado por **Bentham**,<sup>5</sup> do *panopticum*, modelo arquitetônico idealizado para que fosse possível a vigilância ininterrupta do detento.

Foucault desenvolve uma genealogia do poder, influenciado por **Nietzsche** (1998), cuja expressão no Direito Penal se dá pela pena, uma diretriz política que atua sobre o corpo do acusado cuja funcionalidade é disciplinar. A punição é a própria disciplina a que o preso deve obrigatoriamente se submeter.

A pena, para **Foucault**, não teria nenhuma função ressocializadora. Sua função seria essencialmente disciplinar nos termos da diretriz política do poder que controla e constitui a própria razão de sua existência.

Tanto a visão de **Foucault**, como a visão de **Rusche** e **Kiersheimer**, situam-se em perspectivas críticas às funções da pena e do Direito Penal.

A criminologia crítica aponta para uma tendência política do sistema penal em selecionar os marginalizados para comporem a clientela penal, e salienta que o Direito Penal, acompanhado da política criminal, exerce uma função que na realidade é muito distante do discurso igualitário pelo qual a dogmática penal pretende se sustentar.

Existiria uma enorme distorção entre criminalidade aparente, aquela que efetivamente chega a ser selecionada pelas agências de repressão penal e a criminalidade real, a criminalidade verdadeira, mas que não aparece nas estatísticas oficiais em razão da cifra negra.

Neste sentido são as palavras de **Ana Lúcia Pinheiro Flauzina**:

*“Além disso, constatou-se que há uma distância abissal (denominada cifra oculta) entre a criminalidade real e a efetivamente registrada em termos oficiais. O número de casos que do acontecimento do fato delituoso à formalização efetiva da denúncia – que passa pelo crivo da Polícia e do Ministério Público, além da instância judiciária – é efetivamente levado a cabo é muito reduzido. A criminalidade vai mesmo se perdendo nas malhas seletivas do sistema, restando apenas uma ínfima parcela de práticas relacionadas em sua maior parte à clientela preferencial do aparato penal”* (FLAUZINA, 2006, p. 19).

<sup>5</sup> Jeremy Bentham, foi o responsável pela criação do modelo arquitetônico de prisões denominado *panopticum*.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

A respeito da distorção nas estatísticas ocasionada pela cifra negra, **Vera Andrade** (2003) salienta que a criminalidade é ubíqua, está em todos os estratos sociais, sendo que um dos fatores relevantes que faz com que as estatísticas apontem para uma maior incidência nas camadas mais pobres e marginalizadas é a diferença na criminalização das condutas, pois as condutas dos setores mais pobres são mais facilmente criminalizadas quando comparadas as dos setores mais ricos.

**Zaffaroni** (2001) explica que o Direito Penal é vocacionado para selecionar os crimes cometidos pelos setores mais vulneráveis da sociedade.

*“Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças e etc fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizados”* (p. 26).

Como o sistema penal não pune todas as condutas ilegais, mesmo porque seria até impossível que assim o fizesse, segundo as palavras de **Zaffaroni**, é preciso que haja seleção, e neste ponto entra o aspecto político que **Foucault** (1987) designava como “gestão diferencial das ilegalismos”.

Assim, a criminologia crítica coloca expostas várias inconsistências do Direito Penal, e aponta de maneira clara a sua orientação política, a sua política criminal de punir uns, ao passo que acoberta a conduta de outros, sendo certo que a fúria punitiva recai sobre setores criminalizados da sociedade.

Diante de todas as fragilidades expostas, diante da denúncia da criminologia crítica da “gestão diferenciada de ilegalismos”, a questão do racismo emerge como de suma importância, pois no contexto brasileiro a questão racial por motivos históricos constitui um símbolo que enfraquece consideravelmente a população negra, que está mais susceptível de ser criminalizada e sofrer violência institucional das agências de repressão penal.

#### 2.4 O Racismo como força motriz da violência institucional penal

Depois de expostas as contradições do sistema penal pelo discurso criminológico, é fundamental que se discorra sobre um aspecto fundamental da política criminal, que não obstante estar velado por um discurso dogmático fictício, se mostra claramente nas realidades das prisões brasileiras, na realidade da violência policial e institucional do aparato repressivo brasileiro: o racismo.

A diferença entre a possibilidade de se criminalizar uma conduta cometida por uma pessoa branca de classe média, e a mesma conduta, de outra pessoa negra e pobre, é abissal. Não é coincidência que a maioria da população carcerária seja composta de pessoas negras, e não é coincidência que a fúria penal deságue prioritariamente sobre a população negra.

O discurso criminológico, principalmente após a ascensão da criminologia crítica, desvelou a luta de classes oculta na repressão penal, mas é necessário também que desvele outra forma de conflituosidade social: o racismo.

**Ana Luiza Pinheiro Flauzina** (2006) defende que existiria não somente no Brasil, mas na América Latina como um todo, um profundo racismo institucionalizado, que tenta se automascarar, mas que não consegue esconder suas facetas.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



E não se trata de algo não intencional, não se trata de algo que surge invisível para que fique oculto entre a consciência coletiva, mas algo trabalhado, minuciosamente detalhado, fruto não de omissão, mas de uma vontade política positiva de quem defende, ainda que veladamente, os interesses de uma elite branca dominante.

**Ana Lúzia Pinheiro Flauzina** (2006) defende que é preciso que o discurso criminológico reconheça de forma explícita a atuação do sistema penal como racista. Assim são suas palavras:

*“Diante de tais constatações é preciso, antes de mais nada, problematizar a forma como, no Brasil, tem se contruído a relação entre racismo e sistema penal, na aparente contramão de um discurso que prega a inexistência da discriminação como fonte das desigualdades instauradas entre negros e brancos no país. Assim, num primeiro momento, o que buscaremos pontuar é o que tem efetivamente significado, no marco da democracia racial, denominar de forma explícita a atuação do sistema penal como racista”* (p. 29).

Nesse sentido, é preciso reconhecer que se o sistema penal é assim, se o sistema penal atua para infligir dor, se o sistema penal tem como alvo principal pessoas negras, tal não se dá por acaso. Existe uma política por detrás, não se trata de algo não intencional, mas algo deliberado.

Retornando ao já exposto, como a criminologia crítica já reconheceu e desvelou a luta de classes por detrás do sistema penal, ou então em versões não marxistas, a desigual distribuição de poder, que termina por apresentar o mesmo resultado: a criminalização dos mais pobres, dos marginalizados, dos desfavorecidos, é preciso que reconheça também a questão racial como fundamental para a promoção de uma política criminal injusta e baseada na manutenção do *status quo* favorável a uma elite branca.

**Carlos Wedderburn** (2005) ilustra a existência do racismo no Brasil e na América Latina, associando o racismo à tentativa de um genocídio simbólico da população negra e indígena:

*“Quando você nega a presença física de uma população você está dizendo que você quer que ela desapareça e você fará de tudo para que ela desapareça fisicamente. E é isto que estamos vendo de maneira bem clara quando você olha as novelas, as novelas estão falando! [...] verão que todas as novelas latino-americanas são iguais – as populações negras são representadas ali como um defeito, como uma imperfeição, e estão destinadas a desaparecer”* (p. 35).

**Ana Luíza Pinheiro Flauzina** ressalta que esse suposto genocídio simbólico é apropriado pelo sistema penal, de forma a agir com toda sua violência institucional sobre a população negra.

**Lilian Schwarcz** (1998) esclarece que o mito da “democracia racial” propagado no Brasil e na América Latina oculta o que é claro: o racismo institucional. Assim, o racismo sai da esfera pública, que não o admite oficialmente, e vai para a esfera privada. Mas somente na esfera privada não é suficiente para que subsista e então a esfera pública endossa informalmente o racismo, embora tente ainda propagar o mito da “democracia racial”.

**Ana Luíza Pinheiro Flauzina** (2006), discorrendo sobre as origens do projeto de extermínio da população negra, comenta que além de ser preciso o identificar, de saber que de fato, ele existe, é preciso além, conhecer sua origem:



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

*“Tudo indica que as bases de atuação do sistema penal brasileiro nunca conseguiram se divorciar de seu passado colonial por completo, arrastando para a contemporaneidade vestígios de um direito penal de ordem privada. O projeto que preside sua atuação, portanto, é em grande medida, herdeiro do estatuto escravocrata” (p. 41).*

Considerar o racismo como elemento importante de uma política criminal que quer nada menos, mesmo que veladamente, que o extermínio da população negra, como elemento de uma histórica influência da cultura europeia que se espalhou no sentido de inferiorizar as culturas negras e indígenas, na América Latina e no Brasil, é o primeiro passo para reconhecer que dentro do nosso contexto latino-americano, existe um elemento que não é tão somente adjetivo à luta de classes, mas substantivo, que ao lado dela caminha, para que toda uma sorte de indesejados continuem a não incomodar a supremacia de uma elite branca.

A criminologia crítica, a criminologia da reação social, ao saírem da Europa, ao saírem dos Estados Unidos, embora seja evidente que o racismo também nestes países tenha muita relevância, ganha um contorno diferente na América Latina, que envolve todo um passado colonial e escravocrata, de dominação dos povos indígenas, dos negros, um passado de mortes, de sangue, que ainda perdura, atualmente, lado a lado a um sistema penal que funciona como controle social, ainda que de forma velada, das diferenças raciais, em contraposição a uma pretensa democracia racial remota e fictícia.

A realidade da punição, do encarceramento, da violência contra os pobres, da criminalização da pobreza, ganha uma nova feição no contexto latino-americano, uma feição historicamente construída por um passado escravocrata e de extermínio de índios e negros, para apoiar a política estatal de manutenção da cultura europeia como cultura dominante.

### 3. Conclusão

A realidade do sistema penal inflige dor, sofrimento e mortes de maneira diferenciada, de maneira seletiva. Essa conclusão, além de intuitiva, parece ser consenso, seja entre operadores do direito ou não.

Essa imparcialidade do Direito Penal ensinada nos manuais de dogmática, que é ensinada também aos estudantes de direito, não condiz com a prática. Mesmo porque não haveria como, adverte **Zaffaroni**, punir todas as condutas típicas, por uma milagrosa consciência de justiça que atingisse nosso sistema penal. O que está por detrás do sistema penal é uma seleção, e esta seleção atua deslegitimando suas pretensas funções pacificadoras, suas pretensões, nos dizeres de **Baratta**, de “defesa social”.

A verdadeira funcionalidade do sistema penal, isto a criminologia crítica já desvelou, a verdadeira finalidade, dada a realidade, parece se distanciar dos costumeiros verbos com que o operador do direito e especialista do Direito Penal está acostumado quando lê os manuais de dogmática: “proteger”, “pacificar”, “ressocializar”, “defender”.

A realidade mostra a afinidade do sistema penal com um minucioso sistema de controle social, que só se organiza em virtude de uma anterior política, e aqui cabe ressaltar, positiva, intencional, deliberada, que se desdobra na política criminal, e termina por criminalizar sempre os mesmos, termina por criminalizar a pobreza, os marginais, os indesejados.

Essa funcionalidade do sistema penal não está nos livros de dogmática. E o discurso da dogmática parece ter a função de, solenemente, suavizá-la, através de ficções jurídicas, de eufemismos, elucubrações e etc.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

É a política criminal “mandando” o sistema penal “bater”, ao passo que “alguém” “fala” para a política criminal agir dessa forma. E este alguém, a criminologia crítica tenta mostrar quem é, chegando a conclusões divergentes, embora não dissonantes, dependendo da vertente estudada. Seja de origem marxista, seja de origem não marxista, seja a luta de classes, seja o poder, seja o materialismo dialético marxista, o fato que parece claro é que essa seletividade é deliberada.

Os escolhidos do sistema, aqueles que morrem em virtude da violência policial, aqueles que estão na penitenciária, aqueles que cumprem pena, cumprem, muitas vezes, e é neste ponto que a criminologia crítica inova, não para espiar os crimes que supostamente cometeram, certamente que não. A razão por lá estarem é, parece ser, a depender do caso, outra completamente diferente.

O Estado parece não se preocupar com a vítima, parece não se preocupar com o suposto autor do delito, o Estado parece não se importar nem mesmo, e muito menos, com a ressocialização. Mas o Estado tem que estar preocupado com alguma coisa, pois caso contrário não agiria, não com tanto empenho. E esse “alguma coisa” descrito acima é, ou pode ser, algo difícil, algo constrangedor, para o próprio Estado, em assumir.

Na visão crítica o Direito Penal serve para controlar, não para punir, serve para disciplinar, não para ensinar, serve para exterminar, não para ressocializar.

Mas ainda há, diante de todo este quadro, quadro que deslegitima os cânones clássicos da dogmática penal, e que está inserida de forma arraigada no contexto brasileiro e latino-americano, outra variável: o racismo. O passado colonial, o passado imperial, o passado mercantilista, o passado escravocrata, o passado de genocídio dos índios, o passado de tráfico negreiro, o passado de neoliberalismo, todo este passado coloca esta outra variável criminológica no contexto de repressão do sistema penal.

Portanto, para entender, e entender no nosso contexto latino-americano, é fundamental, é essencial, pois somos latino-americanos, é preciso que primeiro saibamos, e admitamos, que essa variável é fundamental, é decisiva, e ao lado das outras, já exaustivamente enumeradas neste trabalho, funciona para transformar o sistema penal latino-americano em algo *sui generis*; pune-se o pobre, criminaliza-se o pobre, criminaliza-se a pobreza, mas também, pune-se o negro, criminaliza-se o negro, criminaliza-se por questões raciais.

Neste artigo quase que raramente foram acostadas estatísticas, não é nossa proposta. Existem, aliás, inúmeras pesquisas que mostram que o sistema penal é, de fato, seletivo. E parece que existe até certo consenso quanto a isso, principalmente dentre os operadores do direito, e até dentre a população em geral. Este artigo não denuncia o problema, que por motivos óbvios, parece já está denunciado há muito tempo. Este artigo somente diz, mesmo que todos pareçam já ter ciência, que é assim que o sistema penal funciona, ele vai continuar funcionando assim até que a política criminal que está por detrás, que o impulse, não se altere.

Talvez um passo inicial seja o fim dos eufemismos, para que a situação seja descrita da forma como ela realmente é, e assim os motivos, as razões, as explicações para o sistema penal deixem de se basear em discursos liberais, de defesa social, quando na verdade o que está sendo feito é algo totalmente diverso.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

#### 4. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à ilusão do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? *Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, 2013. Disponível em: <[http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/1468](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1468)>. Acesso em: 17 fev. 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica a criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BENTHAM, Jeremy. *Teoria de las penas y las recompensas*. Paris, 1826.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.

NIETZSCHE, Friedrich. *A genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2004.

SANTOS, Carla. Um olhar sobre afro-descendentes da América e Caribe. *Irohin*, Brasília, ano X, n. 10, abr./maio. 2005.

SCHWARZ, Lília Moritz. *Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na intimidade. História de vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## Direito à convivência familiar e comunitária entre a criança e o adolescente e mães privadas de liberdade

Priscila Coelho

Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e integrante do Grupo de Diálogo Universidade Cárcere Comunidade (GDUCC) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**Resumo:** O presente artigo é fruto do trabalho de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que teve como objetivo principal analisar como ocorre o exercício da maternidade dentro do sistema penitenciário brasileiro, verificando quais são os obstáculos que se apresentam ao pleno direito à convivência familiar e comunitária entre a criança ou o adolescente, e a mãe que cumpre uma pena privativa de liberdade. Dessa maneira, e diante da enorme carência e dificuldade de efetivação de direitos e garantias fundamentais, conclui-se que a solução para o pleno exercício desse direito é promover o desencarceramento de mulheres presas gestantes e/ou com filhos/filhas que dela dependam, além do auxílio do Poder Público para assistência e amparo a esse núcleo familiar.

**Palavras-chave:** Criança e adolescente; Convivência familiar e comunitária; Encarceramento feminino.

**Abstract:** this article is the result of the completion of course work for the degree of Bachelor of Law presented to the Law School of the University Mackenzie, who aimed to analyze how is the exercise of motherhood within the Brazilian prison system, checking what the obstacles that have the full right to family and community life of the child or adolescent, and the mother who is serving a custodial sentence. In this way, and given the enormous need and difficulty of enforcing rights and guarantees, it is concluded that the solution to the full exercise of the right to family and community life of children and adolescents, is to promote the women arrested extrication pregnant and/or women that have sons / daughters who depend on it, and the assistance of the Government for assistance and support to this family unit.

**Keywords:** Child and Teenager; Family and Community Interaction; Female Incarceration.

**Sumário:** Introdução - 1. Condições do encarceramento feminino - 2. Direito à convivência familiar e comunitária - 2.1 Constituição Federal - 2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.3 Lei de Execução Penal, Lei da Primeira Infância e as alterações no Código de Processo Penal - 2.4 Regras de Bangkok - 2.5 Convenção sobre os Direitos da Criança e Declaração Universal dos Direitos da Criança - UNICEF - Considerações finais - Referências bibliográficas.

### Introdução

O presente artigo é fruto da pesquisa desenvolvida para elaboração do trabalho de conclusão de curso denominado “Destituição do poder familiar de mulheres encarceradas e a violação aos direitos constitucionalmente garantidos” (COELHO, 2016), que teve por objetivo analisar o exercício da maternidade dentro do cárcere e, posteriormente, a separação ocorrida entre a criança e a mãe em decorrência do aprisionamento da mulher e do crescimento do bebê, considerando ser impossível a permanência prolongada de uma criança em um estabelecimento prisional que não



01 02 03



01 02



01 02



01 02



possui infraestrutura adequada para acomodá-la, com todas as necessidades especiais que sua condição de pessoa em desenvolvimento exige.

Diante da problemática do encarceramento feminino e das condições em que ele ocorre, foram pontuados os reflexos que a ausência de estrutura dentro da prisão ocasiona à vida não apenas daquelas que estão privadas de liberdade, mas também da criança que, apesar de não ter cometido crime algum, tem violado o seu direito à liberdade.

A importância do Princípio do Direito à Convivência Familiar e Comunitária pode ser identificada por meio de sua previsão em inúmeros diplomas legais, entre eles nossa Carta Constitucional de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Execução Penal, a Lei da Primeira Infância e as alterações realizadas no Código de Processo Penal, as Regras de Bangkok, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Nesse sentido, além da identificação e análise dos dispositivos que fazem referência ao direito à convivência familiar e comunitária entre a criança ou adolescente e a mãe, houve o direcionamento da análise, especialmente aos casos em que este convívio ocorre dentro de uma unidade prisional, em decorrência do encarceramento de mulheres grávidas e/ou mães, situação que não deve restringir, e muito menos retirar, o direito de convivência pertencente tanto à criança, quanto à mulher.

Dessa maneira, consideramos que as violações que ocorrem contra mulheres gestantes que são colocadas em penitenciárias sem nenhuma estrutura e preparo para atender à sua condição de mulheres grávidas e posteriores mães com bebês recém-nascidos, em um ambiente insalubre e penoso, são cruéis e desumanas, vez que além de se configurar como uma tortura psicológica à mãe, também se constitui necessariamente como uma punição injustificada à criança.

## 1. Condições do encarceramento feminino

Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres, de junho de 2014 nos fornece dados alarmantes sobre a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, em especial no que se refere às mulheres, confirmando informações que demonstram o abandono e o descaso do Estado com relação àquelas que estão sob sua tutela.

Ao falarmos do encarceramento feminino, principalmente quando consideramos o aumento exponencial e alarmante da população carcerária feminina nos últimos tempos, precisamos analisar o que fundamenta juridicamente, nos dias atuais, a determinação da privação de liberdade de tamanha quantidade de mulheres, tendo em vista que condutas como alcoolismo, desordem, escândalo, mendicância, ócio ou vadiagem, que foram as condutas com maior número de detenções policiais e correccionais no ano de 1943 (ANDRADE, 2011), **em tese**, não podem ser punidas de acordo com a legislação penal em vigor, uma vez que não mais tipificadas.

O Infopen Mulheres de junho de 2014 apresenta dados que informam ser de 68% a quantidade de mulheres presas pelo crime de Tráfico de Drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976 e art. 33 da Lei 11.343/2006), sendo esse o crime com maior índice de encarceramento de mulheres, seguido dos crimes contra o patrimônio: furto (art. 155 do Código Penal) que



01 02 03



01 02



01 02



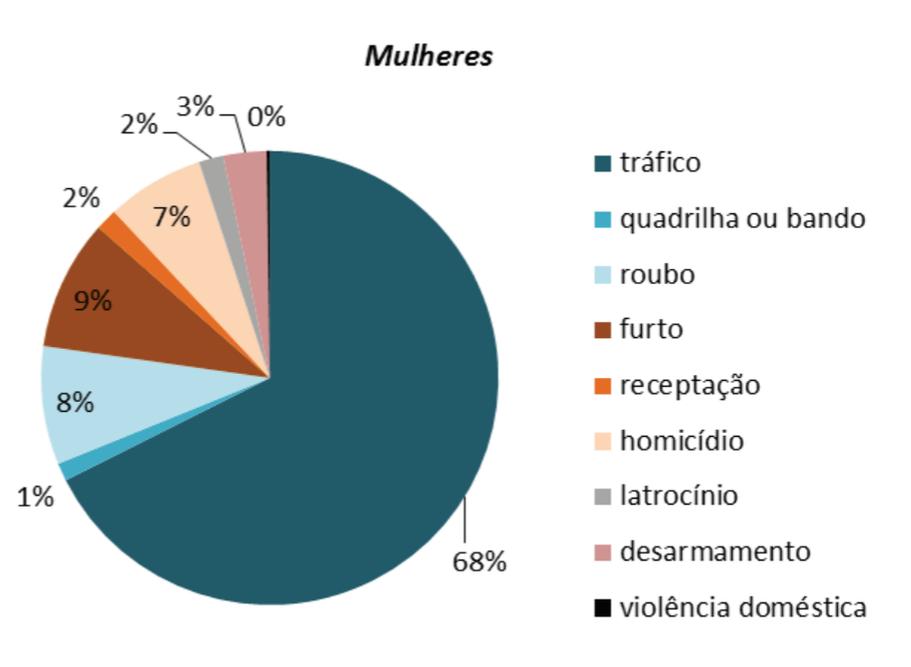
01 02



corresponde ao total de 8% de incidência, e roubo (art. 157 do Código Penal) que configura 9% do aprisionamento feminino. Sobre essa realidade, Raquel da Cruz Lima dirá que:

*“[...] O aumento da quantidade de mulheres presas, porém, advém da opção por lidar com o tema das drogas por meio de políticas criminais que incidem precipuamente sobre os indivíduos que desempenham funções de pouca relevância e baixa remuneração no mercado transnacional das drogas” (LIMA, 2015, on-line).*

**Figura 1 - Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014**



Fonte: Infopen, jun. 2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Ora, não é à toa que os crimes de tráfico de drogas e os crimes ligados ao patrimônio são os principais delitos utilizados como justificativa para o envio de mulheres para a prisão. Aliás, menos ainda surpreende o encarceramento em massa de mulheres decorrente dessas práticas, uma vez verificado qual é o atual perfil da mulher encarcerada no Brasil e quais são as razões que a levam a seguir por esse caminho.

Nesse sentido, é preciso perceber que não são mulheres chefes do tráfico as principais atingidas pela política criminal de drogas no Brasil sendo, inclusive, extremamente difícil que mulheres assumam postos de liderança dentro da estrutura de funcionamento das facções criminosas, pelo contrário, na grande maioria das vezes as mulheres envolvidas no tráfico ocupam posições subalternas e com baixa remuneração, sendo colocadas à frente do tráfico e utilizadas como mulas para desviar a atenção da polícia das grandes operações envolvendo transporte de consideráveis quantidades de drogas ilícitas.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Assim, a grande maioria das mulheres encarceradas pela acusação do transporte de entorpecentes, não estão nesta condição por opção e nem enriquecidas pela adoção dessa conduta. A inserção dessas mulheres muitas vezes ocorre por meio de seu companheiro, como prova de amor e fidelidade, outras vezes pela ausência dele. A falta de espaço e de oportunidade para atuar no mercado de trabalho formal, é uma das grandes causas de inclusão da mulher no mundo do crime, vez que diante da ausência de opções de meios legais para garantir condições mínimas de sobrevivência para si e para os seus filhos, essas mulheres passam a visualizar, com o tráfico de drogas, uma maneira de garantir o sustento mínimo de sua família.

Esse tipo de política apenas serve para superlotar, cada vez mais, os presídios que já não apresentam condições estruturais para receber a todos que para lá são encaminhados. O uso indiscriminado da prisão provisória, presente no art. 312 do Código de Processo Penal, tornou-se apenas um mecanismo de seletividade penal, funcionando apenas para determinada camada da população, qual seja, aquela desprovida de recursos financeiros para retirar sobre si o peso do estigma que o Estado e a sociedade lhe impuseram, promovendo desta maneira, a destruição de inúmeros núcleos familiares e o rompimento de laços afetivos.

**Débora Diniz** irá dizer que “[...] as mulheres do presídio são muito parecidas – pobres, pretas ou pardas, pouco escolarizadas, dependentes de drogas, cujo crime é uma experiência da economia familiar” (2015, p. 211).

Diante do aprisionamento, se torna inevitável o rompimento dos laços afetivos entre mães e filhos, uma vez que o fato de estar presa afigura-se como desonra de tal ordem que alguns familiares preferem que as crianças acreditem estar a mãe morta: “estou aqui há cinco anos e quando me prenderam meu marido disse a meus filhos que morri” (CASTILHO, 2007, p. 43).

Outro fator importante a ser considerado quando tratamos do rompimento dos vínculos afetivos com os/as filhos/as e companheiros/as, é a imposição da prática da revista vexatória, conduta ainda presente em muitas penitenciárias do país, como condição ao **direito** de visitas tanto da presa – garantido na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) e nas Regras de Bangkok (Tratado Internacional de Direitos Humanos) – quanto da criança ou adolescente com relação à mãe que se encontra privada de liberdade, vez que este direito também está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990):

“Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

[...]

§ 4.º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial”.

Nesse contexto, podemos afirmar que a prática da revista vexatória, atividade totalmente abusiva e degradante para qualquer pessoa, também ocorrerá em sentido totalmente contrário aos princípios e garantias inerentes à criança e ao adolescente, desrespeitando principalmente o direito à convivência familiar e comunitária, por não dispor de um ambiente para visitas que garanta o seu desenvolvimento integral.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

Isso porque, esta prática, condicionante à entrada de visitantes na unidade prisional, consiste em fazer um grupo de pessoas desconhecidas, inclusive com a presença de crianças, retirarem suas roupas, agacharem repetidas vezes diante de um espelho, tossirem, fazerem força, abrirem a genitália com as mãos e permitirem que agentes do sistema penitenciário visualizem e examinem seus genitais.<sup>1</sup> Tudo isso acompanhado de insultos, ofensas, humilhação e muito desrespeito na abordagem de pessoas inocentes, que acabam sendo tratadas como se culpadas fossem.

Apesar de existirem leis em diversos Estados tornando a prática **ilegal**, ela continua ocorrendo em vários lugares, sob a justificativa da falta de equipamentos e recursos financeiros para adquiri-los, fazendo com que o procedimento ainda ocorra sob o pretexto de garantia da segurança dentro dos estabelecimentos prisionais. Enquanto isso, direitos são violados e laços afetivos desfeitos. No relato abaixo, é possível perceber que a violação à integridade dos visitantes pode atingir uma pessoa de tal maneira, que ela escolhe não retornar mais para visitar seu familiar, principalmente quando acompanhada de uma criança ou adolescente:

*“Eu não vou voltar mais para visitar meu marido, porque a última visita foi muito humilhante e eu não tenho mais condições de passar por aquilo. Entraram quatro pessoas e uma criança de uns seis anos, ficamos todos pelados e a agente penitenciária falando tudo o que tínhamos que fazer. A gente é obrigada a ver a mãe tirar a fralda e a abrir as perninhas das crianças. É humilhante demais”* (BRASIL DE FATO, 2016) [on-line].

Apesar da existência de dispositivos legais em vigor que coíbam a prática, é necessário que seja de fato respeitada a sua aplicação, sendo imprescindível que agentes do Estado sejam coibidos de prosseguir com a perpetuação de práticas que, além de serem violadoras, desumanas e degradantes, também são ilegais em diversos locais. Para isso, é importante que ocorra uma mudança cultural e social, com maior conscientização de toda a sociedade da existência desse problema e da necessidade de sua imediata cessação, para que o direito de receber visitas e passar um tempo com seus familiares, permitindo a manutenção dos laços afetivos, não seja retirado de pais, mães, crianças e adolescentes, estendendo, desta maneira, a pena da pessoa encarcerada.

Nas palavras de **Diniz** sobre sua experiência vivenciada dentro do cárcere na Penitenciária Feminina do Distrito Federal: *“Do que conheci, posso dizer que o presídio é uma máquina de abandono para a qual os sentidos da violência são múltiplos...”* (DINIZ, 2015, p. 210).

Com relação à questão estrutural, é possível verificar que o problema da insuficiência de unidades construídas para atender especificamente mulheres, origina diversas outras dificuldades como, por exemplo, a ausência de infraestrutura necessária para gestantes e mulheres com crianças recém-nascidas, vez que a quantidade de estabelecimentos prisionais que possuem cela/dormitório adequado para mulheres grávidas, existência de berçário e/ou centro de referência, e creches que possibilitariam maior tempo de convívio das mães com seus/suas filhos/as, ainda é muito escassa, principalmente nos estabelecimentos mistos, onde essas questões não são tidas como prioridade, conforme demonstram os gráficos abaixo extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres):

<sup>1</sup> Fonte: <<http://www.fimdarevistavexatoria.org.br>>.

 **SUMÁRIO**

 **EXPEDIENTE**

 **APRESENTAÇÃO**

 **ENTREVISTA**

 **ARTIGOS**

01 02 03

 **ESCOLAS PENAIS**

01 02

 **DIREITOS HUMANOS**

01 02

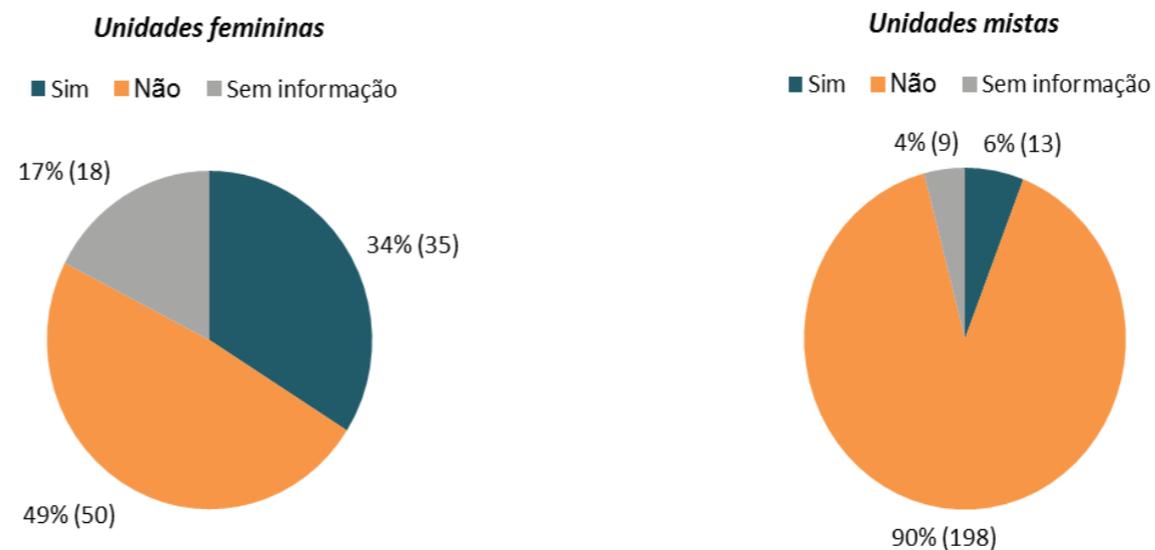
 **INFÂNCIA**

01 02

 **RESENHA DE FILME**

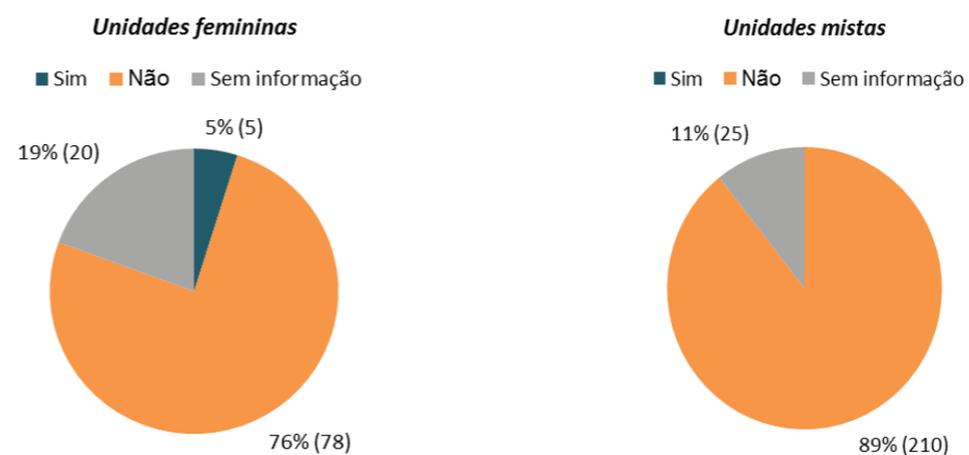
 **CONTO**

**Figura 2- Existência de cela/dormitório adequado para gestantes em unidades femininas e mistas. Brasil. Junho de 2014**



Fonte: Infopen, jun. 2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

**Figura 3 - Existência de creche em unidades femininas e mistas. Brasil. Junho de 2014**



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

A ausência de celas ou dormitórios adequados para gestantes, bem como a inexistência de berçários para os recém-nascidos, pode prejudicar sobremaneira tanto o desenvolvimento e a saúde da criança, quanto a saúde física, mental e psicológica da mãe, vez que a ausência de estrutura essencial para acomodar mulheres nessas condições, somada ao problema da superlotação das celas, pode resultar na submissão destas mães às arbitrariedades de outras presas que, por serem mais antigas na cela, relutam em ceder seus lugares nas camas, fazendo com que mulheres grávidas ou até mesmo mães com seus bebês tenham que dormir no chão frio das celas, desrespeitando inúmeros direitos previstos no ECA, e fazendo com que o processo de separação de mães e filhos ocorra de maneira muito mais precoce, desrespeitando os direitos legalmente garantidos e pertencentes tanto às mulheres, quanto às crianças, conforme demonstrado abaixo no relato de Nana Queiroz, reproduzido no livro: “Presos que Menstruam”, descrevendo um pouco desta difícil realidade:

*“[...] as demais moravam em presídios mistos, com pouca ou nenhuma adaptação para recebê-las. Cadeias de homens e mulheres ainda predominam fora das capitais e, quando nascem em locais assim, as crianças vivem em celas superlotadas, úmidas e malcheirosas, chegando até mesmo a dormir no chão com as mães. Apiedadas pelos filhos, muitas presas preferem devolvê-los à família ou entregar para adoção a vê-los vivendo em tais condições” (QUEIROZ, 2016, p. 117).*

Dessa maneira, se o cárcere não se apresenta como um local apropriado para mulheres adultas, menos ainda o será para uma criança. Contudo, o direito à convivência familiar entre a mãe e a criança ou adolescente **precisa ser respeitado**, independentemente do descaso advindo do Poder Público, afinal, trata-se de um direito constitucionalmente garantido não condicionado à boa vontade de autoridades públicas.

## 2. Direito a convivência familiar e comunitária

O direito à convivência familiar entre mães e filhos/as é também um direito fundamental pertencente a todas as crianças e adolescentes, sendo tão importante quanto qualquer outra garantia fundamental como o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, à educação, à dignidade, à liberdade, ao respeito, e quaisquer outros que nos sejam constitucionalmente garantidos.

Nossa Carta Magna prevê, no art. 229, como *dever dos pais*, assistir, criar e educar os filhos menores, sendo dever dos filhos maiores, ajudar e amparar aos pais na velhice, carência ou enfermidade. Nesse sentido, é importante ressaltar a perda do antigo e retrógrado pátrio poder, que além de concentrar excessivos direitos hoje considerados irracionais do pai sobre os/as filhos/as, como a escolha sobre com quem casar e a decisão sobre qual profissão e futuro seguir, também passa a dividir com a mãe, de forma igualitária, as responsabilidades e a necessidade de proporcionar às crianças e adolescentes sob sua tutela, a Proteção Integral que sua condição exige. Nesse sentido, no art. 226, § 5.º, da Constituição Federal está previsto que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Assim, o conceito moderno de família não se baseia mais na figura masculina, autoritária e soberana do *pater familias*, ao contrário disso, hoje este conceito se vincula ao modelo denominado de “família eudemonista”, ou seja, aquela que tem por base o afeto existente entre seus membros e como objetivo a busca pela felicidade plena dos seus



01 02 03



01 02



01 02



01 02



integrantes de forma individualizada. Segundo João Baptista Villela (1994), a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor.

Com base nesse novo modelo de família, pode-se dizer que a criação e o desenvolvimento das crianças integrantes dessa entidade familiar, estrutura-se no afeto ofertado pelas mães, pais e responsáveis, sendo de extrema importância seu papel na socialização das crianças que estão sob seus cuidados. De acordo com **Giselle Câmara Groeninga** (2011), é pela natureza do nosso psiquismo que somos seres dependentes, sobretudo afetivamente. E é nos relacionamentos familiares que se conhecem, evoluem e se modificam os afetos.

Nesse sentido, o afeto tem se mostrado como a base do relacionamento familiar e da promoção do vínculo que irá unir determinadas pessoas identificadas como integrantes de uma família, atribuindo-lhes o sentimento de pertença com a construção de um relacionamento familiar. Para isto, é imprescindível que a convivência familiar ocorra de maneira adequada e saudável, principalmente para as crianças. **Groeninga** (2011) irá dizer que “... a convivência remete à noção de pertença e de relacionamento familiar”.

Assim, a doação deste afeto no seio da entidade familiar, será essencial para o desenvolvimento e para a formação da criança, tanto com relação à personalidade que esta irá desenvolver, quanto com relação à sua saúde física, mental e psicológica, sendo também extremamente fundamental a presença deste afeto no processo de criação, humanização e socialização desta criança, desde a mais tenra idade.

Sobre a convivência familiar, **Groeninga** dirá que:

*“[...] define-se pelo relacionamento constante e duradouro entre os integrantes da família. Esse relacionamento distingue-se, sobretudo, pelos vínculos pautados pela continuidade afetiva, que caracteriza o exercício das funções na família, e que fomentam o conhecimento de si e do outro, bem como a possibilidade em reconhecer e ser reconhecido, sendo esse último tipo de vínculo essencial para a formação da identidade e da autoestima”* (2011, p. 176).

Quando falamos sobre a continuidade afetiva, partimos do pressuposto de que é no começo da vida que a necessidade e a dimensão do afeto e do cuidado que devem ser concedidos à criança, precisam ser maiores. Neste primeiro momento, é imprescindível o contato que a mãe (principalmente) deve ter com seu bebê, sendo necessário que o convívio e a formação deste relacionamento continuem a ser desenvolvidos e estreitados no decorrer de toda infância, permanecendo durante as demais fases da vida de ambos. Neste sentido, **John Bowlby** irá ressaltar a importância da continuidade e regularidade desta relação:

*“[...] a qualidade dos cuidados parentais recebidos nos primeiros anos de vida tem uma importância vital para a futura saúde mental da criança. O essencial para a saúde mental é que tanto o bebê quanto a criança pequena tenham a experiência de uma relação contínua, íntima e calorosa com a mãe ou com quem ocupe esse lugar. Ou seja, uma relação regular e constante, em que cada uma das partes da dupla possa encontrar satisfação e prazer”* (2006, p. 4).

Apresentada a necessidade e a importância da convivência familiar entre a mãe e o bebê desde o começo da vida, apontando a necessidade da perpetuação dessa relação durante todo o desenvolvimento da criança, passaremos a expor como ocorre a previsão normativa do **direito** à convivência familiar, disposto não somente na Constituição Federal, como também em Legislações Ordinárias, Resolução de Órgãos Administrativos e até mesmo em Recomendação da Organização das Nações Unidas (ONU).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



## 2.1 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal é a norma de maior importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro. É o direito positivado, o direito posto, a lei suprema dentro da nossa sociedade. É onde se encontra a previsão dos diversos direitos e garantias fundamentais.

Dessa maneira, podemos constatar que as normas constitucionais possuem soberania e expressam a vontade do povo para a realização de um Estado Democrático de Direito, sendo obrigatório seu cumprimento não somente pelo Poder Público, mas por toda a sociedade. A inclusão do direito à convivência familiar como norma constitucional, colocou a sua proteção como uma questão pública, e não mais privativa e de interesse apenas das partes envolvidas.

O direito à convivência familiar e comunitária está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 227, estabelecido como um dever não apenas da família, mas também de toda sociedade e do Estado, devendo ser assegurado à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, conforme abaixo exposto:

*“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”* (Constituição Federal, 1988) [on-line].

Importante também pontuar, que o entendimento constitucional de que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes também é uma entidade familiar, pode ser considerado um avanço na medida em que reconhece constitucionalmente que existem outras formas de arranjos familiares, como a família monoparental, contribuindo de alguma maneira, para o fim do preconceito que acompanha milhares de famílias que, devido às inúmeras circunstâncias da vida, acabaram por seguir padrões diferentes daquele que nos é apresentado como ideal: pai, mãe, filhos. A criação de uma criança realizada apenas por um de seus genitores não retira seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária a que esta tem direito.

Por fim, ainda nesse sentido, o reconhecimento em nossa Carta Política, no art. 226, § 6.º, dos mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, proporcionou tanto às crianças, quanto aos pais, a oportunidade de ampliar relacionamentos entre irmãos, dentro do seio familiar, promovendo o aumento da convivência familiar, de maneira que só beneficia o pleno desenvolvimento infantil, uma vez que não faz sentido para as crianças, a divisão entre filhos “oficiais” e filhos “bastardos”, como costumava acontecer no passado.

## 2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

Além da previsão constitucional do direito à convivência familiar e comunitária, a legislação ordinária que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), similarmente, também prevê a proteção deste direito, trazendo em seu texto legal, variadas hipóteses em que se faz necessária a observância desta garantia.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Com uma redação muito próxima do texto constitucional, porém, acrescentando a responsabilidade de proteção e efetivação dos direitos da criança e do adolescente, também à comunidade, não restringindo essa ação apenas à sociedade e ao Estado, o art. 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente diz ser:

*“[...] dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.*

No art. 19 do ECA está assegurada a convivência familiar e comunitária, em um ambiente que garanta o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, sendo que estes deverão ser educados e criados no seio de sua família, e apenas em situações *excepcionais* serão retirados da convivência familiar e colocados em família substituta:

*“Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”* (grifo nosso).

No mesmo sentido, o § 3.º do art. 19, assim como o art. 23 do Estatuto, confirmam a preferência da manutenção ou reintegração da criança ou do adolescente à sua família, *ainda que esta esteja em condições precárias com relação à carência de recursos financeiros e materiais*, inclusive, não podendo ser este o único argumento utilizado para justificar a perda ou a suspensão do poder familiar, tendo em vista que, se este é o único motivo para retirada da criança ou do adolescente de seu núcleo familiar, o que esta família necessita, na verdade, é da assistência do Estado, e não do etiquetamento como não adequada para promover a criação e o desenvolvimento das crianças ou adolescentes que estão sob sua responsabilidade.

Portanto, ao contrário do que muitos pensam, o Princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança não determina que o mais adequado para a criança ou para o adolescente seja ter à sua disposição, e em abundância, todo conforto e comodidade que o dinheiro possa comprar. Na verdade, a convivência com sua família é considerado o bem mais valioso, e que, portanto, deverá ser preservado prioritariamente.

No que diz respeito à convivência entre a criança e o adolescente e seu genitor que esteja privado de liberdade, o ECA inova ao garantir, expressamente, a realização de visitas periódicas, que deverão ser promovidas pela pessoa que esteja responsável pelos cuidados desta criança ou deste adolescente, disciplinando, inclusive, nos casos de acolhimento institucional, que a entidade responsável promova estas visitas. A importância deste dispositivo é enorme ao reconhecer a necessidade da manutenção do vínculo entre mães e filhos/as ainda que tenha ocorrido o encarceramento daquele que antes era responsável pela criança ou pelo adolescente.

Da mesma maneira que foi anteriormente colocado que a carência de recursos econômicos não é motivo para a retirada da criança ou adolescente do convívio com seus familiares, o § 4.º do art. 19 também nos mostra que a privação de liberdade de qualquer um dos genitores, não deve ser justificativa para se retirar o direito inerente à criança e ao adolescente da convivência com sua família, vez que a condenação, conforme expressamente previsto no § 2.º do art. 23 do Estatuto, não deve implicar na decretação de destituição do poder familiar.

Nesse sentido, para que sejam respeitados os direitos de visita da criança e do adolescente, é imprescindível que seja imediatamente interrompida a prática da revista vexatória, conforme já exposto no capítulo anterior, uma vez que



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

submete crianças e adolescentes a situações vergonhosas, humilhantes e degradantes, sendo totalmente contrário aos princípios protetivos de liberdade, de respeito e da dignidade de crianças e adolescentes. Além disso, importante ressaltar que, de acordo com o que está expressamente disposto no art. 18 do ECA, não compete **apenas** ao Estado “*velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, sendo este um dever de todos*” (grifo nosso).

Ainda com relação ao direito à convivência familiar e comunitária, ao trazer no art. 25 o entendimento do que representa a família natural, “*formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*”, e no parágrafo único do mesmo artigo, o entendimento do que é a família extensa ou ampliada, ou seja, “*aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*”, o Estatuto traz a possibilidade de manutenção da convivência familiar com outros agentes familiares próximos, mesmo na ocorrência da retirada da guarda de qualquer um dos genitores, independente de qual seja o motivo.

Dessa maneira, ainda que a criança ou adolescente não esteja mais sob a responsabilidade do pai ou da mãe, ou não possua mais a possibilidade de manter o contato com eles, ainda assim, poderá permanecer com outro parente próximo com quem possua maior afinidade, vez que o § 3.º do art. 28 estabelece que para colocação da criança ou adolescente em família substituta será considerado o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida, consoante o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto nos arts. 3.º e 4.º do Estatuto, cumulado com o art. 227 da Constituição Federal.

Ao disciplinar sobre a colocação em família substituta, tanto com relação à guarda, quanto com relação à adoção, o Estatuto prevê expressamente que estas medidas são **excepcionais**, sendo que sua decretação apenas ocorrerá quando não for mais possível manter a criança ou o adolescente em sua família natural ou extensa.

Com relação à tutela, existe o mesmo entendimento, vez que de acordo com o parágrafo único do art. 36 do ECA, seu deferimento “*pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar*” e, conforme já analisado anteriormente, essa medida também deverá ser decretada somente em casos excepcionais.

Importante também ressaltar o disposto no art. 28, § 4.º, do Estatuto, que disciplina sobre a colocação de grupos de irmãos para guarda, tutela ou adoção *juntos*, na mesma família substitutiva, de maneira a visar à manutenção dos vínculos afetivos fraternais. A regra é extremamente importante à medida que, atualmente, muitas famílias que desejam adotar, além de estabelecerem inúmeras restrições físicas com relação à criança ou ao adolescente, não estão dispostas a receberem irmãos para serem adotados conjuntamente, o que resulta no rompimento de laços afetivos, além do desrespeito ao princípio da convivência familiar e comunitária da criança ou do adolescente.

Apesar do processo de adoção ser irrevogável, como estabelece o art. 39 do ECA, complementado pelo art. 41 do mesmo texto legal, que determina o desligamento de todo e qualquer vínculo entre a criança ou o adolescente com os pais e parentes biológicos (salvo os impedimentos matrimoniais), a lei assegura ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, além de ter acesso irrestrito a todo processo, e verificar por si só como ocorreu sua adoção. Mesmo sendo o processo medida excepcional e irreversível, ao completar 18 (dezoito) anos, o adotando pode escolher conhecer sua origem biológica e tentar restaurar a convivência com sua família de origem, se assim o desejar, de acordo com o que estabelece o art. 48 do ECA.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Apesar da existência de muitos dispositivos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente que visam assegurar o direito à convivência familiar e comunitária demonstrando sua importância, abusividades (ainda hoje) ocorrem, o que faz com que muitas famílias sejam separadas e laços familiares rompidos, representando, dessa maneira, a punição da pobreza em mais uma de suas formas, vez que dificilmente a destituição será determinada em uma família proveniente de meio mais favorecido, sem a presença e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

### *2.3 Lei de Execução Penal, Lei da Primeira infância e as alterações no Código de Processo Penal*

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), que tem por objetivo principal efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, também possui disposições que visam assegurar o direito de manutenção da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o pai ou a mãe que se encontra em situação de privação de liberdade.

Com relação ao que dispõe a LEP sobre o direito à convivência familiar e comunitária, notamos que, apesar de não possuir muitas garantias e proteções diretamente relacionadas a esse direito, a lei traz em seus dispositivos algumas determinações para promover a manutenção do contato de mães que se encontram privadas de liberdade e, principalmente, a criança que está sob sua responsabilidade, vez que estabelece no § 2.º do art. 83 a obrigatoriedade da existência de berçário nos estabelecimentos prisionais femininos, para que as mulheres possam cuidar de seus filhos recém-nascidos.

Além de estabelecer a existência de berçário, no § 2.º do art. 83, a lei também prevê a amamentação destes bebês pelo período *mínimo* de 6 (seis) meses. De acordo com a recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS), este é o período necessário para alimentação exclusiva da criança com o leite materno, sendo dos 6 (seis) meses até os 2 (dois) anos de idade – fundamental – a presença do aleitamento conjugado com o consumo de outros alimentos inseridos gradativamente na alimentação do bebê.

Entretanto, ocorre que a determinação da permanência da criança pelo período mínimo de 6 (seis) meses com a mãe, se referindo apenas à questão da amamentação, conduz a uma interpretação excessivamente restritiva da lei, pois exclui a real necessidade de se manter esta convivência incentivando a criação de laços afetivos entre a mãe e o/a filho/a após o nascimento. Independentemente da questão da importância da amamentação, é extremamente necessário para o pleno desenvolvimento da criança, a criação de vínculo com sua genitora.

Além disso, de acordo com a Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) n.º 4, de 15 de julho de 2009, que dispõe sobre a estada, permanência e posterior encaminhamento das/os filhas/os das mulheres encarceradas, no art. 2.º está prevista garantia de permanência da criança com a mãe no mínimo até um ano e seis meses, tendo em vista a importância da presença da mulher neste período para o desenvolvimento da criança, auxiliando o disposto no art. 3.º no entendimento de que o período de convivência da criança com a mãe deveria ser estendido até os dois anos de idade, considerando que o processo de separação pode durar até seis meses e que **deve** ocorrer de maneira gradual, conforme é possível verificar nos dispositivos abaixo transcritos, respectivamente:

*“Art. 2.º Deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo*



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

*e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua(seu) filha(o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro. (grifo nosso).*

Art. 3.º *Após a criança completar um ano e seis meses deve ser iniciado o processo gradual de separação que pode durar até seis meses, devendo ser elaboradas etapas conforme quadro psicossocial da família, considerando as seguintes fases:*

- a) *Presença na unidade penal durante maior tempo do novo responsável pela guarda junto da criança;*
- b) *Visita da criança ao novo lar;*
- c) *Período de tempo semanal equivalente de permanência no novo lar e junto à mãe na prisão;*
- d) *Visitas da criança por período prolongado à mãe.*

*Parágrafo único. As visitas por período prolongado serão gradualmente reduzidas até que a criança passe a maior parte do tempo no novo lar e faça visitas à mãe em horários convencionais.”*

Todavia, infelizmente, o prazo **mínimo** de 6 (seis) meses passou a se tornar regra em muitas unidades prisionais existentes no Brasil, além da interpretação errônea da destinação deste período exclusivamente para amamentação, já que muitas vezes quando a mãe não consegue amamentar, a criança lhe é retirada e encaminhada para a convivência com parentes que possam por ela se responsabilizar ou enviada para adoção quando não é possível a determinação da guarda para parentes.

Além disso, se o bebê apresentar problemas que requeiram cuidados médicos específicos, como a permanência em hospitais, a mãe é privada da convivência com seu/sua filho/a, sendo que o período em que a criança permanece internada é descontado do período de seis meses que passaria com a mãe. Assim, se a criança necessitar permanecer hospitalizada por período igual ou superior a seis meses, ela será arbitrariamente privada da convivência com sua mãe.

Ademais, a Lei de Execução Penal também prevê a necessidade da existência de seção para gestante e parturiente nas penitenciárias femininas, bem como a presença de creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, conforme estabelece o art. 89 da LEP, a fim de que possa ser mantida a convivência familiar entre a mãe e a criança, além de ser uma maneira de mitigar os efeitos causados pela *hipermaternidade*, ou seja, a maternidade excessiva que ocorre nos primeiros seis meses de vida do bebê, e que atinge mulheres que dão à luz e são mães dentro do cárcere, conforme demonstrado na pesquisa “dar à luz na sombra”, desenvolvida pelo Ministério da Justiça (BRASÍLIA, 2015).

Contudo, diante da ausência desses ambientes especiais previstos em lei, verificamos o descaso por parte do Estado em assegurar os direitos legalmente constituídos a essas mulheres e suas/seus filhas/filhos, sendo essa apenas uma maneira de promover a institucionalização da criança junto com a mãe, vez que estaria sendo igualmente privada de sua liberdade dentro do sistema carcerário, apesar de nada ter feito para receber tal punição.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Por outro lado, manter a mãe na prisão, sendo que muitas vezes essa mulher pode ter uma pena baixa a ser cumprida, e encaminhar a criança para outra família ou para o cuidado de familiares, que podem ser desconhecidos ou não ter muita proximidade com a mãe e nem com a criança, não é uma maneira adequada de se preservar o direito à convivência familiar e comunitária estabelecida em tantos dispositivos legais.

Nesse sentido, o art. 117 da Lei de Execução Penal, estabelece critérios para a admissão do recolhimento em regime aberto, em *residência particular*, para presas condenadas que possuam filho menor ou deficiente físico ou mental, bem como para as condenadas gestantes, vez que a única maneira de não promover o encarceramento da criança junto com a sua mãe, mas também não impedir o direito à convivência familiar entre ambos, é atuando no sentido de desencarceramento desta mulher.

Apesar de a Lei de Execução Penal contemplar alguns critérios a serem considerados apenas para o regime aberto, o Código de Processo Penal, permite ao juiz substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, diante de algumas características do agente, como ser imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. Além disso, a Lei da Primeira Infância (Lei 13.257, de 08 de março de 2016) inovou positivamente ao incluir outras possibilidades extremamente importantes para determinar a aplicação deste artigo, permitindo, dessa maneira, a determinação da prisão domiciliar para gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, conforme previsto no art. 318 do CPP.

Conforme já explicitado anteriormente, a maior porcentagem dos crimes cometidos por mulheres está relacionada ao tráfico de drogas ou aos crimes contra o patrimônio, sendo que muitas destas mulheres se socorrem desta prática para poder sustentar os filhos que dela dependem, sendo inadmissível que sejam consideradas grandes traficantes, vez que são apenas pessoas que, no desespero de não conseguirem um espaço no mercado de trabalho formal, vislumbram com o tráfico uma alternativa para sobreviverem.

Diante dessa situação, a Lei da Primeira Infância produz um grande avanço ao permitir a possibilidade de substituição da prisão preventiva (aplicada indiscriminadamente no Judiciário), pela prisão domiciliar a estas mulheres que, selecionadas pelo sistema criminal, possuem, em sua grande maioria, carência de recursos financeiros e alta vulnerabilidade social sendo, a cada dia, mais marginalizadas pela sociedade.

Tendo em vista que, apesar de a lei se referir apenas às presas provisórias ao determinar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, por meio de pedido realizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo<sup>2</sup> para aplicação da lei por analogia à mulher presa com filhos de 11 e 9 anos de idade, na cidade de Ribeirão Preto, foi aberto precedente concedendo o benefício por analogia aos casos de presas condenadas definitivas.

Entretanto, partindo do pressuposto de que a menoridade civil e penal no Brasil cessa aos 18 anos, e que nossa Constituição Federal veda o trabalho aos menores de 16 anos, permitindo apenas o trabalho na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, conforme art. 7.º, XXXIII, da Carta Constitucional, questionamos se a lei não deveria estender a idade máxima do filho dependente para até os 18 anos incompletos, vez que ao estar sob a responsabilidade da mãe criminalmente processada, também tem o direito à convivência familiar e comunitária, tendo em vista que a lei não

<sup>2</sup> Fonte: Site da Defensoria Pública do Estado de São Paulo



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

assegura a proteção e o direito ao convívio com a mãe apenas à criança, sendo esta garantia também pertencente aos adolescentes.

#### 2.4 Regras de Bangkok

As regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – Regras de Bangkok – é o principal marco normativo em âmbito internacional a abordar a problemática que envolve o fenômeno do aprisionamento de mulheres.

Apesar de o Brasil ter participado ativamente das negociações para a elaboração dessas regras, bem como para sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, ainda não tivemos a elaboração de políticas públicas consistentes nesse sentido, o que demonstra não ter ocorrido a devida internalização das regras em nosso ordenamento jurídico. Cabe ressaltar que o Brasil assumiu o compromisso internacional do cumprimento desse tratado de direitos humanos.

Nesse sentido, ao falar sobre o ingresso da mulher no sistema prisional, a *Regra 2*, no item 2, permite antes ou no momento do ingresso, que as mulheres responsáveis pela guarda de crianças possam tomar as providências necessárias em relação a elas, inclusive permitindo que seja suspensa a medida privativa de liberdade por um período razoável, levando em consideração o melhor interesse da criança. Considerando que, muitas vezes, a quebra do vínculo afetivo entre mães e filhos/as é medida desnecessária e apenas serve para causar traumas e sofrimento aos envolvidos, esta Regra se apresenta como uma forma de respeito ao direito à convivência familiar e comunitária da criança, do adolescente e também da mulher que é por eles responsável.

A Regra também é importante na medida em que muitas são as situações de prisão em flagrante, com condução coercitiva pela autoridade policial, sem a permissão do contato com familiares, apesar desse ser um direito fundamental garantido constitucionalmente no art. 5.º, LXII, da Constituição Federal. Em consonância com essa situação, e possuindo o objetivo de atenuar possíveis desencontros entre mães e filhos/as diante do encarceramento, a *Regra 3* determina que no momento do ingresso, deverão ser registrados o número e os dados pessoais dos/as filhos/filhas das mulheres que ingressam nas prisões. Os registros deverão incluir, sem prejudicar os direitos da mãe, ao menos os nomes das crianças, suas idades e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda.

As *Regras 22 e 23* apresentam determinações importantes no tocante à aplicação de sanções, sendo que a *Regra 22* determina que “não deverão ser aplicadas sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação”, e a *Regra 23* determina que “sanções disciplinares para mulheres presas não devem incluir proibição de contato com a família, especialmente com crianças”. Apesar de considerarmos que tais situações nem deveriam precisar ser regradas, a realidade nos mostra que além de necessário o regramento, é preciso que seja este seguido pelas autoridades públicas, vez que a segregação (principalmente com relação às crianças) de mulheres gestantes, que estejam amamentando ou que simplesmente estejam reclusas, além de ser extremamente prejudicial para a presa, também irá afetar sobremaneira a criança, fazendo com que esta tenha a pena da mãe a ela estendida, sendo punida sem ter cometido crime algum.

Ainda com relação ao direito de visitas de mulheres presas, extremamente importante o disciplinado pela *Regra 28* que trata especificamente das visitas que envolvam crianças, sendo necessário que exista um *ambiente propício que*



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIAS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

*resulte em uma experiência positiva, permitindo o contato direto com as mães, tendo em vista o melhor interesse da criança e o princípio de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento.*

A existência de serviços e instalações para o cuidado das crianças dentro da prisão, como uma creche, por exemplo, que apesar de prevista em nossa legislação ainda é pouquíssimo presente nas unidades prisionais existentes no Brasil, evitaria a perpetuação do fenômeno já mencionado da *hipermaternidade*, verificado no trabalho desenvolvido pelo Ministério da Justiça “dar à luz na sombra”, que concluiu que o período que a mãe passa com seu filho dentro da prisão, é dedicado exclusivamente à criança, sendo que a mãe fica impossibilitada de participar de quaisquer outras atividades por ser a única responsável pelos cuidados permanentes e constantes de seu filho/a, evitando que a criança tenha contato com outras pessoas e atividades, prejudicando desta maneira seu pleno desenvolvimento.

Outra importante determinação para os direitos da criança e do adolescente, contida no item 2 da *Regra 48*, estabelece que “mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus/suas filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal”. Podemos fazer um paralelo desta Regra com o que já foi exposto sobre o período de amamentação dentro dos estabelecimento prisionais, sendo que, apesar de existir recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS) no sentido de que o período **mínimo** de amamentação deverá ser de seis meses, esse tempo é muitas vezes considerado como o máximo possível para permanência da mãe com a criança, o que causa desestímulo decorrente da pressão exercida pelos agentes penitenciários, com relação à interrupção do aleitamento materno.

Nesse sentido, a observância do item 2 da *Regra 48*, é importante no sentido em que, uma vez seguido de maneira correta pelos estabelecimentos prisionais, faria com que o período de convivência entre a mãe e a criança não fosse interrompido com base apenas em um limite temporal definido pelas autoridades policiais, mas sim levando em consideração o bem-estar e a perpetuação do afeto ofertado pela mãe, bem como o melhor para a criança.

A decisão sobre a permanência de um bebê recém-nascido dentro de uma unidade prisional é difícil e acompanhada de diversos fatores. Se por um lado é necessária e garantida a convivência familiar entre a mãe encarcerada e seu filho ou sua filha, por outro também é importante que os impactos da prisão não recaiam sobre esta criança, que não traz consigo nenhuma sentença. Nessa perspectiva, a *Regra 49* dispõe que “decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas”.

Com relação às crianças que estão dentro da prisão, a *Regra 51* prevê claramente, que estas crianças deverão ter acesso aos serviços de saúde, tendo seu desenvolvimento supervisionado por especialistas. Ainda, ao disciplinar sobre a educação dentro do sistema prisional, tal Regra determina que esta deverá ser o mais aproximado possível da disponível às crianças que não se encontram institucionalizadas. Afinal, a previsão da existência de creches dentro do sistema prisional a fim de estabelecer maior contato entre a mãe encarcerada e seu/sua filho/a não deve prejudicar a educação e o aprendizado desta criança em hipótese alguma.

Contudo, apesar de as Regras estimularem, de maneira geral, a permanência das crianças com suas mães dentro do cárcere, como uma maneira de se preservar a convivência familiar, importante tanto para a mãe, quanto para a criança, é necessário entender que nem sempre esta será a melhor decisão a ser adotada. Pautando-se no princípio do



01 02 03



01 02



01 02



01 02



melhor interesse da criança, que deverá ser analisado diante de cada caso concreto, poderá ocorrer a determinação da separação da mãe de seu filho ou sua filha.

Nesta situação, de acordo com o que determina a *Regra 52*, é necessário que a retirada desta criança do convívio com sua mãe ocorra de maneira delicada e apenas quando verificadas alternativas de cuidado a esta criança, afinal, a separação pressupõe uma quebra no vínculo materno, sendo extremamente importante que sejam promovidos encontros entre mães e filhos/as, por meio de visitas, sempre que possível, conforme estabelece a *Regra 52*.

Por fim, as Regras de Bangkok estabelecem, na *Regra 64*, a importância de serem aplicadas penas não privativas de liberdade a mulheres gestantes e/ou com filhos/as que dela dependem, vez que a determinação do cumprimento de penas alternativas faz com que a separação e o sofrimento decorrentes do aprisionamento possam ser evitados com a aplicação, quando necessário, das medidas cautelares menos agressivas e menos estigmatizantes previstas no art. 319 do CPP, como a monitoração eletrônica ou comparecimento em juízo, por exemplo.

Sendo as Regras de Bangkok uma série de diretrizes acerca do tratamento destinado a mulheres presas, e considerando ainda a participação ativa do Brasil na elaboração destas Regras, bem como o reconhecimento pelo STF destas Regras como meio de desencarcerar mulheres, com a citação no julgamento do *Habeas Corpus* 118.533, no qual o STF também decidiu não ser crime hediondo a conduta do tráfico de drogas cometido por pessoa sem antecedentes criminais e não pertencente a organização criminosa, concluímos pela necessidade cada vez mais urgente da utilização destas Regras como garantia dos direitos fundamentais de crianças e mães que sofrem com a negligência e o descaso vivenciado todos os dias dentro do sistema prisional.

### *2.5 Convenção sobre os Direitos da Criança e Declaração Universal dos Direitos da Criança – Unicef*

Ainda sobre o direito à convivência familiar entre mães encarceradas e as crianças atingidas por esta situação, convém destacar algumas determinações igualmente relevantes presentes na Convenção Sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990) e na Declaração Universal dos Direitos da Criança (de 20 de novembro de 1959).

Partindo da consideração e reconhecimento no preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Criança, da família como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, foi estipulada a *necessidade da família receber proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade*, uma vez reconhecido que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, *deve crescer no seio de sua família*, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Nesse sentido, o art. 9.º, item 1, da Convenção estabelece como dever de todos os Estados Partes, zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando verificado que a separação está em conformidade com o melhor interesse da criança, verificado nos casos em que houver a constatação de maus-tratos ou descuido por parte dos pais, por exemplo.

Ocorrendo a separação da criança de sua mãe ou de seu pai, deverá ser respeitado o direito de manutenção regular das relações pessoais e contato direto com os genitores, exceto se a decisão for contrária ao melhor interesse da criança, de acordo com o que disciplina o item 3, do art. 9.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIAS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

Apesar do que foi estabelecido acima não ser próprio para crianças separadas de seus genitores em decorrência de uma sentença condenatória, entendemos serem válidas as determinações também para os casos de separação em virtude da imposição de pena privativa de liberdade à mãe ou ao pai que antes era responsável pelo filho/a.

Contudo, o item 4 do art. 9.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança, estabelece expressamente a obrigação do Estado Parte que detém a custódia do pai ou da mãe presa, quando solicitado, proporcionar à criança ou a outro familiar informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes. Tal determinação é extremamente importante na medida em que, diariamente, muitas pessoas que possuem familiares que delas dependem financeiramente, ou são responsáveis por crianças e/ou adolescentes, entram no sistema prisional sem ao menos ter a oportunidade de avisar seus familiares de onde estão e o que ocorreu para estarem em tal situação, em outros casos podem ser transferidas de maneira arbitrária, novamente sendo violadas em seu direito à comunicação da situação em que se encontram para as pessoas que lhes são próximas.

Com relação à Declaração Universal dos Direitos da Criança, ressaltamos a importância dos Princípios VI e X com relação ao respeito à garantia do direito à convivência familiar e comunitária nos casos em que a mãe está inserida em um ambiente prisional.

Ao estabelecer sobre o direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade, o princípio VI determina que, sempre que possível, a criança deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, em um ambiente de afeto e segurança moral e material, o que não é possível verificar dentro de uma unidade prisional, vez que muitos funcionários do sistema penitenciário chegam a receber adicional de insalubridade em 40%, seu limite máximo! Ora, se a prisão é considerada um local insalubre para seus funcionários, que dirá para crianças recém-nascidas em seus primeiros meses de formação. Este princípio é claro ao determinar que, “*salvo circunstâncias excepcionais, não deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe*”.

O Princípio X da Declaração Universal dos Direitos da Criança prevê o direito de crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos. No âmbito das determinações acima descritas, nos parece inviável que uma criança possa crescer e se desenvolver dentro da prisão da maneira como hoje ela se apresenta, sendo evidentes as relações de poder estabelecidas entre as presas e os funcionários, as ordens, o tratamento discriminatório, a vigilância, as humilhações, as restrições, enfim, toda a angústia e limitação decorrente da condição de estar privada de sua própria liberdade. Para que seja respeitado esse Princípio, e também o direito à convivência familiar entre crianças e mães, muito ainda tem que ser mudado na lógica estrutural do sistema prisional que atualmente vigora no Brasil.

Portanto, concluímos que com relação ao direito à convivência familiar e comunitária, apesar da grande quantidade de diplomas legais, tanto nacionais quanto internacionais, garantindo sua efetivação, ainda existe um caminho muito longo a ser percorrido para que seja possível alcançar sua concreta efetivação. Verificamos ainda que não é a legislação que carece de mudanças, mas sim a mentalidade de toda a sociedade, sendo que a mudança que precisamos deve ser cultural e social.

Como muito bem mencionado no filme O Começo da Vida, o afeto é a fita isolante entre as ligações, sendo que o contato da criança com a mãe nos primeiros meses de vida é fundamental para o pleno desenvolvimento desta criança, não só pela questão do aleitamento materno, mas também pela formação dos vínculos que serão decisivos na vida do adulto que esta criança se tornará (O COMEÇO DA VIDA, 2016).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

**José Martins Filho** também irá dizer no vídeo disponibilizado pelo Instituto Alana e intitulado “Os primeiros mil dias da criança”, que uma primeira infância abandonada de afeto produz na criança maior tendência de participar de um mundo violento no futuro. Portanto, se desejamos uma sociedade mais justa, mais tranquila e mais calma, além da justiça social fundamental, devemos pensar em um microambiente familiar no nascimento dessa criança, formado além desse vínculo, por uma maternidade e paternidade consciente, afinal, a criança tem que saber que é amada (FILHO MARTINS, 2013).

Por fim, para que possamos *de fato* fazer valer os direitos e garantias das mães privadas de liberdade e seus/suas filhos/as dentro do cárcere, é necessário respeito e reconhecimento dos inúmeros diplomas normativos que tratam do assunto, afinal, de acordo com o exposto no filme “O começo da vida”, não devemos considerar a criança como negligenciada pela mãe, mas sim negligenciada pelo ambiente, vez que não é apenas dever da família assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas também se constitui como um dever da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, conforme preconiza art. 4.º do ECA e art. 227 da CF.

### Considerações finais

Diante de todo exposto ao longo deste trabalho, concluímos que independentemente da concessão da guarda provisória para parentes ou do envio da criança para o abrigo, a separação entre mãe e filha/o se configura como uma situação traumática e prejudicial para a criança, vez que o aleitamento materno apenas nos primeiros seis meses de vida não é suficiente para o seu total e completo desenvolvimento, além desta decisão ser extremamente prejudicial e ocasionar a perda do vínculo afetivo entre a mãe e a criança.

*“Presas que perde o filho na entrega foge do presídio sem sair das grades. O dia da despedida é triste, o seguinte é miserável: não há deserto maior que o primeiro dia sem o filho. Quem parte não é só a criança do berço: junto se vai o sentido da sobrevivência de uma mulher parida na prisão”* (DINIZ, 2015, p. 111).

Além disso, apesar de muitas vezes a guarda provisória ser considerada a melhor alternativa possível para a criança ou o adolescente, nem sempre essa premissa é verdadeira, tendo em vista que os interesses de parentes distantes ou até mesmo próximos sobre a criança, podem ser os mais diversos, não incluindo o cuidado único e exclusivo visando ao bem-estar e melhor interesse da criança ou do adolescente, o que causa profundo sofrimento na mãe quando se vê impotente ante a situação em que o/a filho/a se encontra, conforme descreve relato retirado do livro *Cadeira*, de **Débora Diniz**:

*“O catatau<sup>3</sup> anunciou urgência, não teve espera nem intermediário do pátio para o jaleco branco,<sup>4</sup> ‘Seu Lenilton, por favor, me ajude, meus filhos estão com os meus sogros e quem está cuidando é a tia deles. Eu, infelizmente, dei a guarda provisória para eles, mas só que a tia deles está batendo nos meus filhos. Por favor, me ajude, pois, infelizmente, estou presa e não posso fazer nada”* (DINIZ, 2015, p. 117-118).

<sup>3</sup> Uma forma de comunicação típica dos presídios. É um papelete escrito pela presa ou por uma escriba que descreve em poucas linhas o pedido. A triagem dos catataus é feita pela segurança, que escolhe qual sairá do pátio para o poder, mas também qual nunca será atendido. A agenda de atendimentos do Núcleo de Saúde é definida pelos catataus ou pelas urgências. O catatau não é exclusivo para as necessidades de saúde, mas para qualquer demanda da presa à administração (DINIZ, 2015, p. 219).

<sup>4</sup> Representa os trabalhadores de saúde no presídio: assistente social, auxiliares de enfermagem, dentista, enfermeiro, farmacêutico, médico e psicólogo. São profissionais da saúde pública vinculados ao posto de saúde da cidade onde se localiza o presídio. Não são subordinados à segurança pública, mas trabalham na companhia dos coletes pretos.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

“[...] se deu conta de que Dayana recebia o auxílio-reclusão. ‘Quem é o beneficiário do seu cartão?’, ‘O meu sogro, seu Lenilton, por isso eles quiseram as crianças’, as lágrimas eram de raiva” (DINIZ, 2015, p. 121).

Direitos e garantias protegidos em lei existem em ampla quantidade em nosso ordenamento jurídico. No entanto, o que não conseguimos vislumbrar é a efetividade destes direitos e garantias no plano prático, no dia a dia, no caso concreto. Não há que se escolher entre manutenção da criança no cárcere ou decretação de prisão domiciliar à mãe. Antes de tudo, precisamos repensar nossa política criminal, as diretrizes do direito penal em nossa sociedade, as pessoas escolhidas e determinadas para serem alvo do sistema carcerário e sofrerem constantes e diárias violações aos direitos humanos.

Considerando a seletividade do direito penal e o impacto que ele causa na vida de milhares de mulheres, suas famílias, seus companheiros e seus/suas filhos/as, concluímos que o encarceramento é apenas uma consequência do modelo de sociedade que temos estruturado em nosso país. Nesse sentido, não há que se falar em ressocialização da presa, uma vez que ela nunca fez parte desta sociedade capitalista, machista e racista em que sobrevivemos, onde aqueles que não estão dentro do padrão esperado, são simplesmente marginalizados, reprimidos e aprisionados.

A maternidade exercida dentro da prisão é sempre acompanhada de inúmeros problemas e dificuldades que não deveriam ocorrer se fossem respeitados os inúmeros direitos que existem, e que são legalmente garantidos tanto às presas, quanto à criança ou adolescente.

Entendemos que, se o Estado não fornece os subsídios necessários para que a lei seja cumprida, a punição não deve ser repassada à presa, que acaba tendo diminuído o tempo de convívio com seu bebê. Nesse sentido é que consideramos ser urgente e necessária a aplicação da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, principalmente (mas não somente, vez que a lei não traz esta restrição) nos crimes de tráfico de drogas privilegiado, conforme possibilitado pela Lei da Primeira Infância, publicada durante o desenvolvimento deste trabalho, e que alterou o art. 318 do CPP nesse aspecto.

Para isto, necessário se faz o peticionamento ao Juízo da Vara de Execução Penal, solicitando a aplicação da Lei da Primeira Infância, para que esta mulher tenha substituída sua prisão preventiva pela prisão domiciliar. Caso haja recusa no pedido, será imperativa a impetração de *habeas corpus* pela ameaça ao direito de liberdade pelo indeferimento da aplicação da lei.

Ainda, consideramos que uma mulher que possui filhos que dela dependem menores de 12 anos, reside na periferia, não possui emprego fixo, e muito menos pertences valorosos, certamente não é uma poderosa chefe do tráfico, mas sim, uma mulher desesperada que viu nesta oferta, uma possibilidade de fornecer o mínimo (moradia e alimentação) para si e aos seus/suas filhos/filhas. Aliás, ressaltamos que condições mínimas para sobrevivência deveriam ser fornecidas pelo Estado Social que acreditamos existir no Brasil, de acordo com o que estabelece nossa Constituição Cidadã.

Nesse contexto, não é decente e nem razoável enviar uma mulher nessas condições para a prisão, destruir sua família, fazendo com que seus/suas filhos/as sejam enviados/as para abrigos, retirando toda e qualquer possibilidade de construir um futuro juntamente com seus familiares, sendo esta apenas uma maneira de puni-la por sua pobreza, retirando-a do convívio social, ignorando a falha do Estado para com esta cidadã em total desrespeito também ao direito à convivência familiar inerente à criança ou adolescente.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Dessa maneira, não restam alternativas razoáveis ao Estado senão ajudar e acolher esta pessoa, fornecendo outras possibilidades diversas ao mundo do crime, afinal, se o Estado espera um determinado tipo de comportamento de seu cidadão, deve fornecer condições mínimas para que esta pessoa possa agir da maneira como é cobrada. Se o Estado dita determinadas regras ao povo, encarcerando aqueles que não as cumpre, não pode simplesmente descumprir normas protetivas aos direitos humanos sem receber punição alguma por isso. Esse tipo de atitude não nos parece nem um pouco coerente, apesar de acontecer todos os dias, e ainda ser completamente ignorado pela grande maioria da população.

Partindo deste entendimento, relembramos que ao longo deste trabalho foram apresentadas basicamente duas principais alternativas para solução do problema da separação de mães encarceradas de suas/seus filhas/filhos, de modo a conseguir maior efetivação do direito à convivência familiar, tendo em vista a enorme importância do contato da criança com sua mãe nos primeiros meses de vida.

Assim, falamos sobre a permanência da criança dentro do estabelecimento prisional até os sete anos de idade incompletos, desde que haja creche que possibilite esta situação sem prejudicar a criança, ou a decretação da prisão domiciliar à mulher, em substituição à aplicação da prisão preventiva.

Diante da necessidade de decisão sobre qual seria a melhor alternativa a ser adotada, concluímos que nenhuma das duas se apresenta como opção válida, condizente e em respeito aos direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, uma vez verificada a contextualização em que estas prisões ocorrem. Consideramos que punir estas mulheres (e estas crianças) mantendo-as na prisão juntamente com sua/seu filha/filho, ou decretar a prisão domiciliar considerando o estigma que esta decisão causará na vida desta mulher – muitas vezes uma prisão (social) perpétua – não está em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse sentido, consideramos que apesar das alternativas acima mencionadas serem menos maléficas para a mãe e para a criança, principalmente se comparadas à aplicação da pena privativa de liberdade em regime fechado, a única solução possível que verificamos para a interrupção das inúmeras violações aos direitos humanos conforme exposto neste trabalho, e neste contexto em especial, a violação ao direito à convivência familiar e comunitária, é no sentido de desencarceramento destas mulheres, no fim da seletividade do direito penal, e na substituição da utilização de práticas punitivas, pela efetividade de programas assistenciais.

### Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*, 1990. Disponível em: <<http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BOITEUX, Luciana. *Porque precisamos tanto do indulto para mulheres condenadas por tráfico de drogas?* Justificando, 06 maio 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/05/06/por-que-precisamos-tanto-do-indulto-para-mulheres-condenadas-por-trafico-de-drogas/>>. Acesso em: 18 set. 2016.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



BOWLBY, John. *Cuidados maternos e saúde mental*. Colaboração de Mary D. Salter Ainsworth e tradução de Vera Lúcia Batista e Irene Rizzini. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Título original: *Child care and the growth of love*).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 175*, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jan. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 29 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 out. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 23 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.257, de 8 março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei 11.770, de 09 de setembro de 2008, e a Lei 12.662, de 5 de junho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 mar. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em: 17 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução n.º 4 de 15 de julho de 2009*. Brasília: 16 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/resolucao-no-04-de-15-de-julho-de-2009.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA,



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Diretrizes para a Convivência Mãe-Filho/a no Sistema Prisional*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/DIRETRIZES\\_convivenciamaeefilho.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/DIRETRIZES_convivenciamaeefilho.pdf)>. Acesso em 29 out. 2016.

CAMPANHA PELO FIM DA REVISTA VEXATÓRIA. *Rede de Justiça Criminal*. Disponível em: <<http://redejusticacriminal.org/campaign/titulo-da-campanha/>>. Acesso em: 22 set. 2016.

CERNEKA, Heide Ann. *Regras de Bangkok* – Está na hora de fazê-las valer! Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://itcc.org.br/regras-de-bangkok-esta-na-hora-de-faze-las-valer/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

COSTA, Mariana Amoedo; BARBOSA, Anália da Silva. Mulheres encarceradas e o exercício da maternidade: discutindo o trinômio mulher, criança e rede familiar. Seminário Fazendo Gênero, 9, 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: UFSC, 2010. Disponível em: <[fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277859738\\_ARQUIVO\\_Trab.Oral-17junho.pdf](http://fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277859738_ARQUIVO_Trab.Oral-17junho.pdf)>.

DINIZ, Debora. *Cadeia: Relatos sobre mulheres*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à Convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LANÇAMENTO DO RELATÓRIO SOBRE TORTURA DA PASTORAL CARCERÁRIA, 2016, São Paulo, SP. *Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa (Relatório)*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2016.

LIMA, Raquel da Cruz. *Mulheres e tráfico de drogas: Uma sentença tripla – parte I*. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), 29 set. 2015. Disponível em: <<http://itcc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Mulheres e tráfico de drogas: Uma sentença tripla – parte II*. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), 05 ago. 2015. Disponível em: <<http://itcc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-ii/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Mulheres e tráfico de drogas: uma sentença tripla – parte III*. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://itcc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-iii/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

\_\_\_\_\_; FONSECA, Anderson Lobo da. *A prisão adequada para as mulheres é a que não existe*. Le Monde Diplomatique Brasil, 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=3238>>. Acesso em: 17 set. 2016.

LOPES. Rosalice. *Prisioneiras de uma mesma história: o amor materno atrás das grades*. 2004. 204 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2004.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

O COMEÇO DA VIDA. Direção e produção: Estela Renner. Intérpretes: Ack Shonkoff, James Heckman, Vera Iaconelli, Raffi Cavoukian, Gisele Bündchen, Charles A. Nelson III, Alison Gopnik, Andrew Meltzoff. Brasil: Maria Farinha Filmes, 2016.

OS PRIMEIROS MIL DIAS DA CRIANÇA. Direção e Produção: Instituto Alana. São Paulo: Instituto Alana, 2013. On-line. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=90D56DzIz1Q>>. Acesso em: 23 out. 2016.

PASTORAL CARCERÁRIA. *Tortura em tempos de encarceramento em massa*. São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Relat%C3%B3rio\\_Tortura\\_em\\_Tempos\\_de\\_Encarceramento\\_em\\_Massa-1.pdf](http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Relat%C3%B3rio_Tortura_em_Tempos_de_Encarceramento_em_Massa-1.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2016.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

*Revista vexatória persiste após 2 anos de proibição por lei no Estado de São Paulo. Brasil de Fato*, São Paulo, 13 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2016/08/13/revista-vexatoria-persiste-apos-2-anos-de-proibicao-por-lei-no-estado-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 24 set. 2016.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, de 20 de novembro de 1959. Genebra, 1959. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2016.

VILLELA, João Baptista. *As novas relações de família*. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu. 1994.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## Para além da redução da maioria penal: análise ao sistema infracional brasileiro

**Adriana Silva Gregorut**

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Professora Assistente de Introdução ao Estudo do Direito e Filosofia do Direito. Advogada.

**Victoriana Leonora Corte Gonzaga**

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Professora Assistente de Direito Constitucional. Advogada.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar o sistema de responsabilização dos adolescentes no Brasil. Para isso abarca a evolução histórica do tratamento dado a eles pelo nosso ordenamento jurídico e reflete sobre como se dá o procedimento infracional, o modo de aplicação das medidas socioeducativas no Estado de São Paulo – com especial enfoque nas Varas Especializadas da Infância e Juventude da Capital do Estado, e qual o perfil dos adolescentes que cumprem as medidas. Assim, de modo crítico, o presente trabalho busca refletir sobre as mitigações de garantias do sistema de responsabilização infracional e sua seletividade; questionando a aclamada ideia de “impunidade” dos adolescentes que, muitas vezes, são punidos de modo mais gravoso que os adultos.

**Palavras-chave:** Adolescente; ato infracional; ressocialização; medidas socioeducativa; proteção integral.

**Abstract:** This article aims to analyze the juvenile accountability system in Brazil. It examines the historic evolution of the way Brazilian law treats young people and it thinks over the juvenile justice system, the way juvenile sanctions are enforced in the State of São Paulo – with an emphasis in the Special Juvenile Courts in State capitol, and the profile of young offenders under sanction. Therefore, this article seeks to critically consider the mitigation of procedural guarantees and rights within the juvenile justice system and its selective character; questioning the acclaimed idea of impunity among young offenders, who are often sanctioned in a more severe manner than adults.

**Keywords:** Teenagers; infringement; resocialization; socio-educational measures; full protection.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O modelo de responsabilização do adolescente no Brasil – 2.1. Os resquícios do Código de Menores no sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude – 2.2. A aplicação da medida socioeducativa – 2.3. As condições das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado – 3. O perfil do adolescente responsabilizado pelo sistema infracional – 4. Exemplos de boas práticas no âmbito do sistema de justiça penal juvenil – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

Desde 1993, quando foi originalmente feita a proposta de emenda constitucional para redução da maioria penal de 18 para 16 anos (PEC 171/1993), este assunto tem se manifestado nas discussões do Congresso Nacional brasileiro,



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

por meio da atuação de alas conservadoras do Poder Legislativo, que ganham força, em determinados momentos, conforme as circunstâncias políticas se tornam favoráveis. Outras propostas de alteração da Constituição Federal que surgiram desde então, foram anexadas e vêm tramitando em conjunto com a proposta original. A composição atual do Poder Legislativo, que inclui as bancadas religiosa, armamentista e ruralista, permitiu, mais uma vez, a retomada dessa discussão, culminando na aprovação da PEC 171/1993 em 2.º turno pela Câmara dos Deputados, em 19.08.2015.<sup>1</sup>

Em 01.07.2016, a proposta foi incluída na pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal e aguarda realização de nova audiência pública.<sup>2</sup> O parecer do relator Senador Ricardo Ferraço foi favorável à PEC 33/2012, que busca alterar a Constituição Federal para possibilitar a imputação penal dos menores de 18 anos e maiores de 16, mediante incidente de desconsideração da inimputabilidade, a ser promovido privativamente pelo Ministério Público, sendo cabível apenas nos casos dos crimes previstos no art. 5.º, XLIII, da CF.<sup>3</sup>

Referida medida representa um passo atrás na busca pelos direitos dos adolescentes. No entanto, mais do que o perigo do retrocesso, ao despendermos todos os nossos esforços em contra-argumentar as razões que levam muitos a defender a redução da maioria penal, deixamos de voltar a atenção para uma situação que já está posta: o sistema de responsabilização de adolescentes previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em muitas situações, nos vemos obrigados a defender o atual modelo de atendimento a adolescentes que tenham cometido atos infracionais e o sistema de justiça infracional, por muitos chamado de Direito Penal Juvenil,<sup>4</sup> como se fosse significativamente melhor que o sistema prisional destinado aos adultos. Porém, esquecemos que existe, também no sistema de medidas socioeducativas, uma crise profunda, consubstanciada principalmente nas muitas vezes precárias condições das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado. Nesse sentido, conforme assevera Saraiva (2009, p. 96), “a crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir infratores de menos de dezoito anos”.

Ainda, ao estabelecer as regras de procedimento para apuração de atos infracionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente repete, quase que em sua totalidade, a Lei 6.697/1979 (o Código de Menores), que operava segundo a lógica da doutrina da situação irregular, conforme se verá ao longo do presente trabalho. Assim, são mitigados diversos direitos relativos ao devido processo legal, garantidos em sua plenitude aos adultos, por meio do Código de Processo Penal, prejudicando a ampla defesa e a busca pela verdade real.

É importante lembrar que, no atual sistema brasileiro, o adolescente é responsabilizado pela prática de atos infracionais desde os 12 anos de idade, de forma que não se pode confundir inimputabilidade com impunidade.

1 ALVES, D. Redução da idade penal passa na Câmara e segue para o Senado. *Folha de S. Paulo*, Brasília, 19 ago. 2015, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/08/1671019-reducao-da-maioridade-penal-e-aprovada-na-camara.shtml>> (acesso em 22/11/2015).

2 Conforme informações disponíveis no site do Senado Federal: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817> (acesso em 19/11/2016).

3 “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

4 Nesse sentido ver: SARAIVA, J. B. C. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, 3. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Ou seja, falar em impunidade de adolescentes é fechar os olhos para a realidade: em 2013, 23.066 adolescentes encontravam-se em cumprimento de medidas socioeducativas, conforme o Levantamento Anual de 2013, elaborado pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente.<sup>5</sup> Nesse sentido, afirmam **Rosa, Ribeiro** e **Rangel** (2007, p. 45):

*“O ‘mito da impunidade’, como asseveram Saraiva (2002) e Garcia Mendez, alimentado pela mídia e acreditado por grande parte da população, é verdadeiro ardid a sustentar o desvio de foco para o que realmente merece reforma no Brasil: o imenso hiato entre os direitos assegurados pela lei e a sua materialização para a maior parte da população”.*

No Brasil, os adolescentes são submetidos a uma responsabilização diferenciada, que leva em consideração sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e a realidade social distinta em que vivem, elementos “*que exigem do sistema jurídico respostas e intervenções também distintas e singulares*” (**Sposato**, 2015, p. 7-9). Assim, o discurso da impunidade acaba por desviar a atenção do debate público sobre o modo pelo qual estamos responsabilizando nossos adolescentes.

Pretende-se, portanto, no presente trabalho, lançar uma visão crítica sobre este modelo de responsabilização dos jovens brasileiros. Para tanto, faremos inicialmente uma análise da evolução histórica do tratamento dado às crianças e adolescentes pelo ordenamento jurídico brasileiro, passando pelos períodos da indiferenciação penal, da doutrina da situação irregular e da doutrina da proteção integral. Nesse âmbito, identificaremos normas e práticas do sistema de responsabilização do adolescente que refletem uma permanência da lógica da doutrina da situação irregular na realidade atual da Justiça Especializada da Infância e da Juventude e na aplicação das medidas socioeducativas, passando por uma descrição ampla das condições do sistema das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado.

Por fim, apresentamos, com base em dados oficiais, um perfil recente dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa no Brasil, como forma de demonstrar a seletividade desse sistema e, assim, tecer a proposta de crítica sobre este modelo de responsabilização do adolescente por atos infracionais, que configura o objetivo do presente artigo.

## 2. O modelo de responsabilização do adolescente no Brasil

O tratamento dado à criança e ao adolescente pelo Estado, no Brasil, passa por três períodos distintos, conforme elaboração doutrinária a respeito.

Inicialmente, fala-se em indiferenciação penal, ou doutrina criminal de proteção, em que crianças e adultos eram tratados da mesma forma, em especial no âmbito penal. Desse modo, durante as últimas décadas do século XIX, adolescentes de 9 a 20 anos, que tivessem praticado crimes, eram presos em cárceres públicos, os mesmos destinados à privação de liberdade de adultos (**Rosa; Ribeiro; Rangel**, 2007, p. 34).

<sup>5</sup> BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Nota – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Brasília, DF, 2013, disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2013> (acesso em 22/11/2015).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Nos primeiros anos do século XX, porém, verifica-se uma série de iniciativas legislativas que determinam nova regulamentação ao atendimento à infância, consolidando-se no Código Mello Mattos, de 1927. Passa-se a adotar, desse modo, uma posição de cunho assistencialista em relação àquelas crianças cujas famílias não se mostram capazes de fornecer proteção, ensejando a necessidade de intervenção do Estado.

Assim, sob a égide da doutrina da situação irregular, a criança passa a ser tratada como objeto de tutela estatal. O Estado, no lugar de atuar precoce e preventivamente na proteção à criança e ao adolescente, apenas reage aos problemas relacionados a um grupo específico de crianças: aquelas em situação irregular, ou seja, os órfãos, os abandonados, os de convívio anti-social, os autores de atos infracionais e os desajustados.

O juiz, com amplo poder discricionário em mãos, passa a agir segundo uma postura tutelar, que considera a criança como um objeto de sua proteção – é ele quem sabe o que é melhor para aquela criança que não se adequa às normas sociais de convívio e aos padrões morais da sociedade em que está inserida. Assim leciona Saraiva (2009, p. 66-67):

*“Dissertando sobre o tema, Luigi Ferraioli destaca que o paradigma paternalista do direito menoril, fundado na Doutrina da Situação Irregular, resultava de sua natureza informal e discricionária, sempre consignado a um suposto poder ‘bom’ que invariavelmente atuaria no ‘interesse superior do menor’. Este pressuposto resultou dramaticamente desmentido pela realidade, transformando-se o sistema da doutrina da situação irregular na ausência absoluta de regras, possibilitando e legitimando os piores abusos e arbitrariedades”.*

Nesse sentido, é instaurado um sistema de criminalização da pobreza, destinado à exclusão dos adolescentes ditos “em situação irregular” do convívio social. Essa denominação acaba por abarcar não somente os adolescentes que tivessem realmente cometido algum ato infracional, mas também aqueles socialmente excluídos, abandonados, os quais passam a ser denominados “menores”, conforme afirma Saraiva (2009, p. 40-41):

*“O perverso binômio carência/delinquência, que marcou a lógica operativa deste sistema, e a resultante confusão conceitual, não distinguindo os abandonados dos infratores, até hoje presente na cultura brasileira, foi o fundamento das primeiras legislações brasileiras em relação ao Novo Direito da Criança. Na linha deste caráter tutelar da norma, a nova ordem acabava por distinguir as crianças bem nascidas daquelas excluídas, estabelecendo uma identificação entre a infância socialmente desvalida e a infância ‘delinquente’, criando uma nova categoria jurídica: os menores”.*

A tentativa de reforma da legislação brasileira sobre direitos da criança e do adolescente, em especial por meio da Lei 4.513/1964, que instituiu a Política Nacional do Bem-Estar do Menor e cria a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), e a Lei 6.697/1979, conhecida como o novo Código de Menores, falhou em superar a influência da doutrina da situação irregular.

Segundo Saraiva (2009, p. 52), durante a vigência do Código de Menores de 1979, aproximadamente 80% (oitenta por cento) da população jovem recolhida nas unidades do sistema Febem não tinha cometido qualquer ato infracional equiparado a crime, consagrando um “sistema de controle da pobreza, que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais”.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Essa situação se estendeu até o período de redemocratização, quando a força dos movimentos sociais conseguiu introduzir no texto constitucional de 1988 os arts. 227<sup>6</sup> e 228,<sup>7</sup> que absorvem as normativas internacionais e inauguram no sistema brasileiro a doutrina da proteção integral.

6 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.”

7 “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Buscou-se, então, substituir a doutrina da situação irregular por esse novo sistema, consagrado por um conjunto de normativas internacionais, composto pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores - Regras de Beijing (Res. 40/33 de 1985), pelo Conjunto de Princípios para a Proteção de todos os Indivíduos Sujeitos a qualquer Forma de Detenção ou Prisão (Res. 43/173 de 1988); pela Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, de 1989 (Decreto 99.710/1990); pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade (Res. 45/113 de 1990); pelas Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil - Diretrizes de Riad (Res. 45/112 de 1990); pelas Regras Mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade - Regras de Tóquio (Anexo da Res. 45/110 de 1990); pela Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto 40/1991); e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992). Crianças e adolescentes passam a ser considerados como sujeitos de direito e da proteção do Estado sob a ótica da proteção integral, prioridade absoluta e auxílio ao pleno desenvolvimento. O Estado passa a ter responsabilidade primária e solidária na garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e, posteriormente, no ECA, em concorrência com a sociedade e a família.

O que se observa, no entanto, é que, enquanto o avanço foi significativo no âmbito da proteção dos direitos das crianças e adolescentes em geral, no que diz respeito ao tratamento dado aos adolescentes que cometem atos infracionais, mantém-se a lógica do Código de Menores e da doutrina da situação irregular, conforme se expõe a seguir.

### *2.1 Os resquícios do Código de Menores no sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude*

A doutrina da proteção integral inaugurada com o ECA, amplamente inspirado na normativa internacional dos direitos humanos, traz em seu bojo garantias e direitos individuais diretamente relacionados ao procedimento de apuração de atos infracionais.

Assim, com a edição do ECA, passou-se a assegurar ao adolescente, nesse procedimento, entre outras garantias, o direito à ampla defesa e ao contraditório, a necessidade de ampla motivação do Juiz nas decisões em que se aplica medida socioeducativa, bem como o direito de comunicação dos motivos da apreensão em flagrante, entre outras disposições que limitam o avanço do poder discricionário do Juiz e da autoridade policial sobre a esfera de liberdade do adolescente.

No entanto, persistem no sistema socioeducativo brasileiro regras e procedimentos típicos da doutrina da situação irregular, e o sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude tem funcionado com base em inúmeras ilegalidades.

Não se olvida aqui que a apuração de ato infracional se dá por meio de procedimento diverso do processo penal. Contudo, deve-se levar em conta que ambos (o procedimento infracional e o processo penal) são instrumentos de salvaguarda dos direitos do adolescente e do acusado contra a limitação às suas liberdades imposta pelo poder estatal. O procedimento infracional, assim como o processo penal, deveria servir para conter o poder do Estado - afinal, a privação de liberdade é medida extrema, e apenas pode ser adotada após um procedimento que garanta a mais ampla defesa ao adolescente (assim como deve ser garantida ao acusado no processo penal).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIAS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Porém, essa visão é, por vezes, contraposta sob o argumento de que a medida socioeducativa não configura pena, mas sim um bem, aplicado em nome de um suposto superior interesse do adolescente, de modo que não são aplicáveis ao procedimento infracional as garantias do processo penal.

Mais que isso, a medida socioeducativa desconsidera a subjetividade do adolescente e é apresentada como resposta padronizada do Estado àqueles indivíduos que apresentam um suposto risco à sociedade. Nesse sentido, leciona **Alexandre Moraes da Rosa** (2008, p. 209-210):

*“A medida socioeducativa, ou seja, a resposta estatal brasileira, ao promover uma finalidade pedagógica, fomenta a normatização e a disciplina [...], a saber, por propostas padrões que desconsideram, por óbvio, o sujeito e, especialmente, a existência de demanda, para, em nome da salvação moral, do bem do adolescente, proceder-se ao fomento de sua desubjetivação”.*

Diante de tal cenário, faz-se cada vez mais necessário conceber a medida socioeducativa como uma sanção imposta pelo ECA, que interfere diretamente na liberdade dos jovens, limitando-a ou suprimindo-a, de modo que *“há que se dar dentro do devido processo legal, sob os princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania”* (Saraiva, 2009, p. 101).

Isso porque, da forma como está concebido hoje, o sistema de apuração de atos infracionais tem implicado em uma série de mitigações de direitos dos adolescentes submetidos a esse procedimento.

Um exemplo disso é o disposto no art. 227 do ECA, segundo o qual todos os crimes definidos no Estatuto são processados por meio de ação pública incondicionada. Diferentemente do procedimento infracional, no sistema penal as ações possuem, além da natureza pública incondicionada, a natureza de pública condicionada (art. 24 do CPP) e a ação privada (art. 30 do CPP). Sendo pública condicionada, o exercício depende de autorização do ofendido (por meio da representação ou requisição); enquanto que a titularidade da ação privada é, em regra, atribuída ao ofendido – ou, na falta dele, de seus sucessores.

Nesse sentido, um adulto pode não ser processado, se sua vítima optar por não representar ou não propor a queixa; já ao adolescente não cabe tal entendimento, na medida em que a ação socioeducativa é sempre incondicionada. Pontua-se, por exemplo, que mesmo a vítima de estupro que não queira dar prosseguimento à ação não tem essa escolha, que cabe exclusivamente ao Ministério Público. Este, ao tomar conhecimento do fato, representará o adolescente sempre que entender cabível, independentemente do desejo da vítima.

Ainda, a denúncia ou queixa, no processo penal, será rejeitada pela falta de justa causa, nos termos do art. 395, III, do CPP. Ou seja, há a exigência da justa causa (a qual se expressa por meio de indícios de autoria e prova de materialidade) para que haja o recebimento da denúncia/queixa no tocante ao procedimento envolvendo um adulto; ao passo que o art. 182, § 2º, do ECA dispõe expressamente que *“a representação independe de prova pré-constituída de autoria e materialidade”*. O § 1º do mesmo artigo dispõe que a representação *“conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional”*.

Na mesma linha, o art. 312, *caput*, do CPP prevê que a prisão preventiva será decretada quando *“houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria”*; já na internação provisória o ECA, em seu art. 108, parágrafo único,



01 02 03



01 02



01 02



01 02



exige-se apenas “*indícios suficientes de autoria e materialidade*”, ou seja, não é necessária prova de existência da materialidade, contenta-se com seu indício. Neste sentido, afirma **Saraiva** (2009, p. 109):

*“Ao adolescente que se atribui a autoria de ato infracional reconhecem-se todas as garantias mais outras, próprias de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em um “plus” de garantias, que se tem denominado discriminação positiva. Faz-se inaceitável a facilidade em que alguns julgados reconhecem a possibilidade de internação provisória, quando um maior de dezoito anos, na mesma circunstância, jamais teria contra si o decreto de prisão preventiva”.*

Referidas mitigações são sustentadas pela falaciosa pretensão socioeducativa – que ganha prevalência em detrimento de garantias processuais. No entanto, ainda que maquiadas pelo escopo de socioeducar, as disposições legais ferem de modo gritante as Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de Riad), de 1990, na qual há previsão de que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso que receberia um adulto na mesma situação.<sup>8</sup>

Ainda, a nosso ver, consiste em mitigação de direitos dos adolescentes a regra que determina que o adolescente seja ouvido no início da instrução, sendo sua oitiva o primeiro ato processual, que ocorre durante a audiência de apresentação (art. 186 do ECA). Ao contrário do procedimento infracional, no processo penal<sup>9</sup> o interrogatório do acusado é realizado ao final da instrução (art. 400 do CPP), como forma de possibilitar que ele elabore sua defesa da melhor e mais ampla forma possível.

Referida regra, introduzida no Código de Processo Penal por meio da Lei n. 11.719/2008, tem como objetivo garantir o direito à ampla defesa do acusado, permitindo que o mesmo, com base em uma visão global de todas as provas produzidas durante a instrução, possa estruturar sua defesa da forma mais adequada possível.

Porém, tal direito não é garantido ao adolescente, que presta seu depoimento antes mesmo de saber se, por exemplo, foi reconhecido ou não pela vítima. Assim, tal situação abre margem para que essa confissão seja utilizada como meio exclusivo para sua responsabilização, inclusive com consequente aplicação de medida de internação, apesar de entendimento contrário do Superior Tribunal de Justiça, consolidado pela Súmula n. 342.<sup>10</sup>

Na prática, acaba-se por valorizar, em alguns casos, mais a confissão de um adolescente que eventualmente não tenha cometido o ato infracional do que sua negativa ou silêncio. Isso acontecia principalmente quando eram realizados acordos entre o Ministério Público e a defesa do adolescente, em relação aos adolescentes primários que se encontravam em internação provisória. O instrumento do acordo é uma forma de renúncia à instrução processual, com consequente julgamento antecipado da ação, e constituiu, por certo período de tempo, prática recorrente nas

8 Nesse mesmo sentido o art. 35, do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), instituído pela Lei 12.594 de 18.01.2012, o qual versa: “A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; (...)”, grifos nossos.

9 Ressalta-se que o procedimento especial presente na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) prevê a realização do interrogatório do réu no início da audiência de instrução e julgamento, antes da oitiva das testemunhas. Porém, no julgamento de Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público Federal na Ação Penal n. 528, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a alteração trazida pela Lei n. 11.719/2008, por ser mais benéfica ao réu, deve ser aplicada também nos procedimentos especiais. Assim, passou-se a aplicar a nova regra do art. 400 do CPP, ao procedimento da Lei de Drogas, além de outros procedimentos especiais, realizando-se o interrogatório sempre ao final da instrução processual.

10 Súmula 342 do STJ: “No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente”; 3a Seção, DJ 13.08.2007.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Varas Especializadas da Infância e da Juventude da Capital do Estado de São Paulo, com relatos dos acordos também nas varas do interior do Estado de São Paulo.

Neste sentido, destaca-se a recomendação conjunta<sup>11</sup> das Corregedorias-Gerais do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo de 26.10.2015, a qual recomenda que promotores e defensores públicos que atuam na Infância e Juventude se “*abstenham de praticar acordos como forma de renunciar à instrução processual, com o conseqüente julgamento antecipado da ação*”. Tal recomendação tem como base “*os princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa dos adolescentes*”.

Nesses casos, antes de instaurada a audiência de apresentação, o Ministério Público realizava uma proposta de “acordo”, em que desistia de produzir outras provas, caso o adolescente confessasse e houvesse concordância da defesa quanto à medida a ser aplicada. Celebrado o “acordo”, era proferida sentença de procedência de responsabilização, determinando a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação, e operada a imediata liberação do adolescente que se encontra em internação provisória.<sup>12</sup>

Essa seria a vantagem do acordo para o adolescente, que não permaneceria em internação provisória – de prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 108 do ECA) – e receberia medida socioeducativa mais branda que a medida de internação.<sup>13</sup>

Ressalta-se que o que ora descrevemos ocorreu, durante tempo considerável, a despeito do entendimento consolidado na já citada Súmula n. 342, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nos acórdãos que ensejaram a edição da citada Súmula, o STJ entendeu ser nula a desistência de produção de provas pelas partes, homologada pelo Juiz, por consistir em cerceamento de defesa, sendo indispensável confrontar a confissão do adolescente com outras provas para que se possa chegar a uma eventual responsabilização.<sup>14</sup>

11 Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20conjunta%20das%20Corregedorias-Gerais%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20e%20da%20Defensoria%20P%C3%BAblica%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.pdf>> (acesso em 23/11/2015).

12 Observa-se que não se trata do instituto da remissão-transação, ou remissão imprópria, prevista no art. 127 do ECA, em que o Ministério Público pode conceder a remissão e requerer a aplicação cumulada de medida socioeducativa diversa da semiliberdade ou da internação. A prática aqui descrita não possui previsão legal.

13 Tendo em vista o caráter sigiloso dos procedimentos de apuração de ato infracional, é difícil o acesso a dados concretos quanto à prática aqui descrita. No entanto, é possível encontrar relatos de profissionais do direito que atuam perante a Justiça Especializada da Infância e da Juventude, como se pode ver em: FELLER, Marcelo. *Prender para confessar é uma realidade nas varas da infância de São Paulo*, Consultor Jurídico, São Paulo, 10 fev. 2015, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/marcelo-feller-prender-confessar-rotina-varas-infancia>> (acesso em 24/11/2015).

14 “*Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. Semiliberdade. Confissão. Desistência de produção de outras provas. Cerceamento de defesa. Constrangimento ilegal evidenciado. O direito ao contraditório e à ampla defesa são consagrados no texto constitucional. A confissão da prática de ato infracional não exime o juiz de colher outras provas. Seja qual for a sua clareza, não se pode jamais considerá-la exclusivamente para efeito de uma condenação, sem confrontá-la com outros elementos, que possam confirmá-la ou contraditá-la. O direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o acusado, seu advogado, o Ministério Público, pois o Estado/Juiz deve sempre buscar a verdade dos fatos*”. (HC 38551 RJ, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 16.11.2004, DJ 06.12.2004, p. 373)”. Nesse sentido também: HC 32.324-RJ, HC 39.548-SP, HC 42.382-SP, HC 42.496-SP, HC 43.644-SP, e RHC 15.258-SP.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

A prática ora descrita era vista, por alguns, com bons olhos. Isso porque há quem defenda que o acordo confere autonomia ao adolescente, que pode escolher não aceitá-lo, prosseguir com o procedimento de apuração de ato infracional e tentar provar sua inocência. Não se pode esquecer que o adolescente é sujeito de direitos (de acordo com a doutrina da proteção integral) e pode decidir como lidar com a instrução processual.

Por outro lado, há aqueles que defendam que os acordos poderiam, em certos casos, significar o exercício de uma forte influência sobre o adolescente, principalmente nos casos em que havia grande probabilidade de manutenção da internação provisória, caso o adolescente se recusasse a confessar o ato infracional. Nesses casos, o adolescente se via compelido a confessar o ato infracional, como forma de receber medida socioeducativa mais branda e não precisar passar por período de internação provisória.

O problema surgia quando o adolescente que confessou – na tentativa de evitar o aguardo do prosseguimento da ação em internação provisória – não era o verdadeiro autor do ato infracional, e ainda assim era responsabilizado com o cumprimento de uma medida socioeducativa. Nesses casos, o que essa medida socioeducativa poderia ensinar ao adolescente? E a situação pode se tornar ainda mais grave: no caso de descumprimento reiterado e injustificado da medida imposta (o que configura uma situação bastante provável, afinal qual é o estímulo para cumprir uma medida relativa a um ato que não se cometeu?), haveria a aplicação de internação-sanção de até 90 (noventa) dias (art. 122, III, § 1º, do ECA).

Assim, verificava-se que, no procedimento infracional, privilegiou-se a confissão, ainda que inverídica, em detrimento da busca da verdade real, sob o argumento de se estar protegendo o superior interesse do adolescente. É nesse aspecto que reside a influência da lógica inerente à doutrina da situação irregular no sistema atual: mesmo o adolescente que não cometeu ato infracional, caso esteja em uma situação de suposta vulnerabilidade, deve ser a todo custo submetido à medida socioeducativa – alimentando a ideia de que se o adolescente estiver na rua ele poderá infracionar; então, melhor estar sob a égide do Estado, em uma Fundação Casa, onde poderá ser vigiado e disciplinado.

Importante pontuar que os acordos deixaram de ser realizados recentemente devido à já citada recomendação conjunta do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo; entretanto, este documento não possui, infelizmente, efeito vinculante, apenas valor de “recomendação”, o que nos preocupa, pois se os acordos – que não possuem previsão legal – foram utilizados durante tanto tempo, poderiam voltar a ser empregados. Trata-se de preocupante situação de insegurança jurídica,<sup>15</sup> ainda mais em se tratando da liberdade de adolescentes.

Observa-se, diante do exposto, que aos adolescentes submetidos a procedimentos de apuração de ato infracional não é garantido, em sua plenitude, o devido processo legal. Como resultado dessas mitigações, vê-se um incremento na aplicação da medida de internação. Da totalidade de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, aproximadamente 66% estão cumprindo internação em prazo indeterminado, segundo dados do CNJ, expostos no documento Panorama Nacional sobre as execuções de medidas socioeducativas de internação, de 2012.<sup>16</sup>

15 Pontua-se, ainda, que além de não possuir previsão legal, os acordos possuem prática totalmente contrária ao entendimento da Súmula 342 do STJ.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Programa Justiça ao Jovem. Panorama Nacional: A Execução de Medidas Socioeducativas de Internação, Brasília, DF, 2012, disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama\\_nacional\\_doj\\_web.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf)> (acesso em 20/11/2015).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Uma medida que deveria se pautar pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3.º, V, da CF), acaba por se tornar recorrente (e não excepcional), o que prejudica ainda mais o processo socioeducativo.

Opera-se, nesse âmbito, sob a ideia de que a inimputabilidade do adolescente se fundamenta em sua suposta incapacidade de entendimento, conforme preceitos da doutrina da situação irregular. Daí decorre a percepção de que o Juiz é a pessoa que saberá determinar as medidas mais adequadas para assegurar o “bem-estar” do adolescente.

Ocorre que, ao contrário desse entendimento, o Juiz estabelece brevíssimo contato com o adolescente, sendo praticamente impossível conhecê-lo, bem como seu histórico, sua personalidade e seu contexto social. Seria esse o procedimento e a pessoa mais adequados para determinar o que é o melhor para uma pessoa que demanda proteção integral e prioridade absoluta? Um sistema como este permite uma discricionariedade demasiado ampla ao Juiz, ensejando, por vezes, decisões arbitrárias. Nesse sentido leciona **Saraiva** (2009, p. 79-80):

*“Operando com o sempre invocado princípio do superior interesse do menor, diante da incapacidade destes, competia ao adulto, ‘imbuído do espírito do bem’, determinar qual seria o melhor para a criança, sem expressas referências limitadoras deste poder discricionário, sob o sempre invocado argumento de amor à infância. [...] De fato, é fácil encontrar no funcionamento concreto dos chamados sistemas tutelares de menores alusões pseudodoutrinárias a um intangível bem-estar do menor, que se invoca como justificação última de todo tipo de decisão”.*

Conforme leciona **Alexandre Morais da Rosa** (2008, p. 207), a dita “delinquência” do adolescente é, na realidade, resultado de uma agressividade decorrente de um momento de construção de sua subjetividade, sendo o adolescente “protagonista de um momento de passagem, sem ritos sociais de apoio, lançado aos seus próprios mitos, na eterna tentação de existir e se construir como sujeito numa sociedade complexa”.

Tal agressividade é especialmente compreensível considerando o contexto de pobreza e marginalidade social em que vivem os adolescentes frequentadores das Varas Especiais da Infância e da Juventude. Sem considerar, ainda, o processo de adolescência que é marcado pela necessidade de transgressão.

Nesse sentido, a intervenção estatal (quando estritamente necessária) deve sempre levar em conta a “singularidade do sujeito adolescente, sem que haja, portanto, uma regra universal de ouro” (**Rosa**, 2008, p. 208).

No entanto, o que se vê, em regra, no tratamento ao adolescente ator de ato infracional pelo Estado, é a aplicação de medidas socioeducativas que transparecem uma “salvação moral-comportamental dos adolescentes, via ‘conserto’ de sua subjetividade” (**Rosa**, 2008, p. 208). Continua o autor:

*“Busca-se, na grande maioria dos casos, movimentar o aparelho de controle social com a finalidade de ‘normatizar’ o adolescente, desconsiderando-o como sujeito para tornar objeto de atuação”* (**Rosa**, 2008, p. 208).

É nesse ponto que o ECA falha em aplicar plenamente a doutrina da proteção integral, prevalecendo a lógica da situação irregular, que trata o adolescente como objeto, e não como sujeito.

Com base em tudo o que foi exposto, não se pode chegar a outra conclusão senão no sentido de que as medidas socioeducativas possuem caráter de sanção e não representam uma suposta oportunidade reeducativa, que visaria



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

apenas ao interesse do adolescente e sua proteção integral, ainda mais considerando as condições às quais são submetidos os adolescentes em internação das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado, conforme será exposto no item 2.3, *infra*.

## 2.2 A aplicação da medida socioeducativa

A medida socioeducativa será aplicada ao adolescente considerando as características do ato infracional cometido (circunstâncias e gravidade), e o contexto social no qual o adolescente está envolvido, por meio de sua avaliação psicossocial (art. 112, § 1.º, do ECA).

Essa avaliação pode ser realizada pela equipe técnica do Judiciário, bem como pela equipe das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas (art. 186, § 4.º, do ECA). Em ambos casos, a avaliação será realizada por uma equipe interprofissional, composta por pedagogos, assistentes sociais e psicólogos, com a participação do adolescente e sua família.

O diagnóstico técnico do adolescente informa o Juiz quanto às condições socioeconômicas de sua família (características do núcleo familiar, da residência, das condições da moradia, quem auxilia no sustento da casa etc.), bem como informações sobre o próprio adolescente (sua capacidade de compreender e cumprir medida socioeducativa, seu envolvimento escolar, se realiza atividade laborativa e seu comportamento dentro da Unidade de Medida Socioeducativa – casos em que o adolescente está cumprindo internação provisória).

Ainda, consta no relatório as entrevistas realizadas com o adolescente, citando, muitas vezes, sua confissão quanto ao ato infracional e detalhando seu envolvimento, o que viola inúmeras garantias do adolescente e afronta seu direito ao silêncio. Frisando que não consta no relatório informação quanto ao conhecimento do adolescente de que o documento produzido por meio das entrevistas instruirá o julgamento de seu processo, violando também seu direito à informação.

O Juiz pode, portanto, fundamentar sua decisão pautado pelas informações psicológicas, sociais, pedagógicas, de saúde e de segurança do adolescente. No entanto, não está vinculado a essas informações, podendo decidir ao contrário da indicação profissional. Reitera-se que na prática infracional há um número significativo de casos em que os relatórios são favoráveis ao cumprimento de medida em meio externo e, no entanto, o Juiz aplica medida de internação, argumentando pela gravidade do ato infracional.

Assim, o que se observa é que nem sempre a condição psicossocial do adolescente é levada em conta para a aplicação de uma medida mais branda; mas, é considerada para justificar sua internação.

Os princípios da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse da criança e do adolescente, inovações importantes trazidas pelo ECA, acabam servindo para ampliar o poder discricionário do Juiz e, usurpados pelos interesses de uma sociedade punitivista, ampliam também o espaço de incidência do poder punitivo estatal.

Por vezes o Juiz desconsidera o adolescente em sua particularidade, apenas para servir aos anseios retributivos de uma sociedade que vive sob a sombra da criminalidade juvenil, alimentada pela mídia sensacionalista. Esse cenário gera situações em que, por exemplo, ao aplicar a medida, o Juiz avalia apenas a proporcionalidade entre o ato praticado e a gravidade da sanção, desconsiderando a intervenção mais adequada ao caso concreto.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Como resultado, “a falta de individualização na execução socioeducativa acaba acarretando mais punição, ou ‘pura punição’, sem cumprimento da finalidade diferencial a que as medidas socioeducativas se propõem como discurso normativo” (COSTA, 2015, p. 10-11), e, em muitos casos, adolescentes acabam recebendo tratamento mais severo do que adultos na mesma situação.

### 2.3 As condições das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado

Os estabelecimentos de cumprimento de medida socioeducativa de internação reproduzem a situação caótica do sistema carcerário brasileiro. Superlotação, agressões, castigos e desamparo são as características que definem o sistema ao qual são submetidos os adolescentes condenados pela prática de atos infracionais.

A taxa de ocupação no país é de 102%, conforme dados do CNJ (2012). Porém, é preocupante a situação de alguns Estados do Nordeste: Ceará tem uma ocupação de 221%, enquanto esse índice é de 178% em Pernambuco e 160% na Bahia. Em São Paulo, o STF decidiu, em 2013, autorizar que o Estado excedesse a capacidade máxima de suas unidades em 15%, para que os jovens pudessem cumprir as medidas perto de suas famílias, o que acaba mascarando os dados sobre superlotação.

Outros dados demonstram a precariedade das unidades de internação: apenas 34% dos estabelecimentos possuem médicos presentes para atendimento dos adolescentes; 32% dos estabelecimentos possuem advogados.

Quanto à infraestrutura, destaca-se que 48% das unidades contam com área destinada à visita familiar, o que por vezes resulta em abandono dos adolescentes pela família, dadas as dificuldades na visita. Nesse sentido, vale destacar que, em agosto de 2014, foi editada, no Estado de São Paulo, a Lei Estadual n. 15.552/2014, que proíbe a revista vexatória em estabelecimentos prisionais. No entanto, o governador do Estado de São Paulo vetou justamente o dispositivo que determinava que a proibição abrangeria as unidades da Fundação CASA. A revista vexatória é mais um obstáculo à aproximação da família ao adolescente em cumprimento de medida de internação.<sup>17</sup>

Observa-se, ainda, que, apesar de previsto na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), o direito à visita íntima de adolescentes casados ou amasiados, apenas 3% dos estabelecimentos contam com área destinada a esse tipo de visita.

Tais condições aumentam a probabilidade de violência dentro das unidades. Em 2012, 34 estabelecimentos registraram ocorrências de abuso sexual e 19 registraram ocorrências de homicídio dentro de suas dependências. Ainda que se considere a cifra oculta em relação às ocorrências de agressões por parte de representantes do Poder Público, tendo em vista o receio dos jovens em reportar tais situações, os dados são igualmente alarmantes: 28% dos adolescentes comunicaram agressões praticadas por funcionários; 10% narraram agressões praticadas por Policiais Militares dentro das unidades; e 19% reportaram a ocorrência de castigos físicos.

<sup>17</sup> Observa-se que há em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto Lei n. 7.764, o qual versa sobre a revista pessoal à qual devem se submeter a quem queira ter acesso a estabelecimento penal, vedando “qualquer forma de desnudamento ou tratamento desumano ou degradante”. No entanto, o PL, infelizmente, não objetiva regulamentar também estabelecimentos de cumprimento de medida socioeducativa; disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=619480>> (acesso em 15/02/2016).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



Os casos de tortura em estabelecimentos de cumprimento de medida socioeducativa são recorrentes. Um caso recente envolveu ao menos 15 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação na unidade Cedro (da Fundação CASA), no Complexo Raposo Tavares, na cidade de São Paulo, em junho de 2015.<sup>18</sup> A Defensoria Pública do Estado de São Paulo recebeu denúncias de tortura e agressões ocorridas dias após um suposto tumulto, que deixaram diversos adolescentes gravemente feridos.

Os relatos dão conta de que as agressões ocorrem normalmente alguns dias após o tumulto, como forma de evitar o conhecimento por parte das autoridades e a identificação no exame de corpo de delito. Também é costume que os funcionários pratiquem as agressões de forma que as marcas não sejam visíveis.

Nesse sentido, a realidade dos estabelecimentos de cumprimento de medida socioeducativa impede que o “*objetivo [pedagógico] seja concretizado: em geral as unidades carecem de estrutura física, de profissionais capacitados para atendimento aos menores em conflito com a lei e de um projeto pedagógico*”.<sup>19</sup>

O panorama apresentado demonstra que as unidades têm reproduzido o sistema que se via na extinta Fundação para o Bem-Estar do Menor (FEBEM), que funcionava justamente sob a lógica da doutrina da situação irregular. Ou seja, pouco foi feito desde então para que se incrementasse o sistema socioeducativo, de forma que não se pode esperar qualquer efeito reeducativo e que contribua para a redução da criminalidade juvenil.

As medidas socioeducativas, que deviam se limitar a restringir o direito à liberdade, acabam resultando em violações de diversos outros direitos fundamentais dos adolescentes, como a integridade física, a intimidade, a convivência familiar e comunitária, e principalmente a dignidade da pessoa humana.

Ora, se não se conseguiu alcançar, nos 25 anos de vigência do ECA, um patamar mínimo de legalidade no processo de responsabilização de adolescentes e de execução de medidas socioeducativas, como se pode afirmar que a única solução para a criminalidade juvenil, no Brasil, seja incluir esses adolescentes no sistema de responsabilização penal, tão violador de direitos quanto o sistema infracional?

### 3. O perfil do adolescente responsabilizado pelo sistema infracional

O presente trabalho propõe observar a realidade na qual o adolescente está inserido, analisando dados referentes ao ato infracional e ao contexto socioeconômico do adolescente – dados relativos à escolaridade, atividade laboral e relações familiares.

De acordo com Estudo do IPEA,<sup>20</sup> os adolescentes de 12 a 18 anos incompletos correspondiam, em 2013, a 11% da população brasileira, totalizando 21,1 milhões. As informações sobre esses adolescentes mostram que 51,19% eram do sexo masculino.

18 ACAYABA, C. Jovens são espancados na Fundação CASA, diz Defensoria; MP abre ação, G1, São Paulo, 01 jul. 2015, disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/07/jovens-sao-agredidos-na-fundacao-casa-diz-defensoria-mp-abre-acao.html> (acesso em: 20/11/2015).

19 Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/noticia/13842-Menores-Infratores-e-as-Unidades-de-Internacao> (acesso em 01/04/2016).

20 SILVA, E. R. A, OLIVEIRA, R. M. O adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/sumrio%20nt%20maioridade%20penal.pdf>



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

O Levantamento Anual de 2013, elaborado pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, aponta que 23.066 adolescentes encontravam-se em cumprimento de medidas socioeducativas em 2013, sendo 95,48% do sexo masculino. Conforme pesquisa elaborada,<sup>21</sup> em 2003, pelo IPEA e Ministério da Justiça, 61% dos adolescentes privados de liberdade eram negros (pretos e pardos) e 66% viviam em famílias consideradas pobres.<sup>22</sup>

No tocante aos atos infracionais cometidos pelos adolescentes, o Levantamento Anual de 2013 aponta que a taxa de reincidência entre os adolescentes em cumprimento de medida de internação é de 43,3%, o que demonstra, por si só, o baixo potencial ressocializador das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado.

Partindo dos dados sobre a reincidência é possível inferir que os atos cometidos após a primeira internação apresentam maior gravidade, retratado pelo aumento significativo nas ocorrências de homicídio: enquanto na primeira internação o homicídio representa 3,33% dos atos infracionais cometidos, na segunda internação ele passa a representar 13,66%.

Quanto à escolaridade dos adolescentes brasileiros, o Estudo do IPEA aponta que os adolescentes de 15 a 17 anos passaram a frequentar mais as escolas, com significativo crescimento na taxa de frequência: 59,7% em 1992 para 89,4% em 2013; e 44,2% para 55,2% referente à frequência no ensino médio.

Já o CNJ (2012) registra que, dentre os adolescentes internados, 57% deles declararam não frequentar a escola antes de ingressar na unidade e 89% deles não concluíram a formação básica. O que evidencia que o perfil do adolescente em internação é de defasagem escolar, em comparação com os jovens em geral. Nesse sentido, necessário o questionamento quanto à seletividade do sistema infracional, uma vez que se responsabiliza mais adolescentes de baixa escolaridade.

Quanto à atividade laboral dos adolescentes brasileiros, reitera-se que nossa legislação permite o trabalho na condição de aprendiz ao adolescente de 14 a 15 anos, e libera o trabalho ao adolescente de 16 a 18 anos incompletos. Dentre os adolescentes de 15 anos: 85,80% ganham menos de um salário mínimo; 89,39% trabalham na informalidade; 90,10% não concluíram o ensino fundamental e 100% deles vivem em famílias muito pobres. Enquanto que os dados referentes aos adolescentes de 16 a 17 anos retratam que 61,40% ganham menos de um salário mínimo; 71,20% trabalham na informalidade; 69,40% não concluíram o ensino fundamental e 99% vivem em famílias muito pobres.

A realidade do adolescente trabalhador é marcada pela precária inserção laboral, baixos salários e a conseqüente exploração, informalidade e falta de proteção social. E, infelizmente, essa é a realidade de grande parte da população jovem pobre, que vive com a ausência de perspectiva.

Interessante frisar que o adolescente é constantemente questionado - no bojo do processo infracional - sobre suas atividades escolar e laborativa, cobrando-se dele responsabilidades que não deveria suportar. O sistema espera que o adolescente trabalhe e estude, mas esquece que 41,66% dos adolescentes possuem entre 12 e 14 anos - ou seja, não poderia estar trabalhando, em razão de vedação legal - e que a grande maioria trabalha na informalidade, em

21 SILVA, E. R. A. e GUERESI, S. (2003) *Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil*. Brasília: IPEA/Ministério da Justiça. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0979.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0979.pdf)

22 A pesquisa do IPEA/MJ utiliza o termo "pobre" para as famílias cujo rendimento mensal varia de menos de um até dois salários mínimos, valores vigentes em setembro e outubro de 2002.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



condições precárias. O questionamento sobre estas atividades representa, muitas vezes, uma cobrança ao adolescente, sem questionar e discutir quais são os locais disponíveis para o trabalho deste adolescente, o que é oferecido a ele, ou mesmo qual a qualidade da escola que ele tem e o porquê muitos adolescentes não têm interesse nessas escolas. Olvida-se, ainda, que o adolescente deveria estar conciliando atividades de lazer e estudo, e não ter o trabalho como uma obrigação.

A respeito das relações familiares dos adolescentes em internação, 14% deles possuem filhos; no tocante à sua criação: 43% foram criados somente pela mãe, 38% criados pelo pai e mãe e 17% pelos avós.

O CNJ (2012) registrou dados alarmantes sobre a utilização de substâncias psicoativas pelos adolescentes: aproximadamente 75% faziam uso de drogas ilícitas, sendo a maconha a substância mais citada, seguida da cocaína. O relatório pontuou que o elevado índice “*pode estar relacionado de alguma forma à ocorrência de atos infracionais*”.

Na contramão dos direitos e garantias constitucionais do adolescente, que preceituam proteção integral e prioridade absoluta, o adolescente em situação de vulnerabilidade social vivencia uma triste realidade de crimes e violência. De acordo com o Mapa da Violência de 2014,<sup>23</sup> dos 56 mil homicídios em 2012, mais de 30 mil das vítimas eram jovens de 15 a 29 anos. Dentre eles, 77% eram negros (pretos e pardos).

O Índice de Homicídio na Adolescência (IHA) aponta que os adolescentes do sexo masculino, entre 12 e 18 anos, possuem 12 vezes mais probabilidade de serem assassinados do que as meninas da mesma faixa. Enquanto, os adolescentes negros possuem três vezes mais chance de morrer assassinados do que os adolescentes brancos.

Consoante balanço apontado pela UNICEF,<sup>24</sup> 28 crianças e adolescentes são assassinados por dia no Brasil – as principais vítimas dos homicídios são meninos pobres, negros, moradores de periferias e em áreas metropolitanas das grandes cidades. Além disso, o Disque 100 atendeu, entre janeiro e dezembro de 2014, o montante de 151 mil crianças e adolescentes, com até 17 anos, vítimas de maus-tratos e agressões.

Os dados levantados retratam um cenário de fragilidades, de desigualdade social, violência, pobreza e imposição de barreiras aos adolescentes, agravando sua situação de vulnerabilidade social e tornando-os mais desprotegidos e sem perspectivas. Na contrapartida destes dados, o que vemos é o questionamento da sociedade sobre a violência que os adolescentes cometem – quando os meios de comunicação são tomados por casos de apelo midiático; sem pontuar o debate sobre as inúmeras e graves violências que eles são diariamente vítimas.

Nesse sentido, destaca-se observação da psicóloga e psicanalista Maria de Lourdes Trassi Teixeira: “*pesquisa recente com esses jovens [infratores] revela que eles se sentem abandonados nas instituições. Nesse contexto, a privação de liberdade não reeduca e sim gera ressentimento*”.<sup>25</sup>

23 BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Os Jovens do Brasil: Mapa da Violência 2014, Brasília, DF, 2014, disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014\\_JovensBrasil.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf) (acesso em 24/11/2015).

24 UNICEF. ECA 25 anos: Avanços e desafios para a infância e a adolescência no Brasil, Brasília, DF, 2015, disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf> (acesso em 24/11/2015).

25 PSI. Conselho Regional de Psicologia SP; Filhos da era de direitos. Revista n. 183 (Maio/Junho/Julho 2015), São Paulo.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

Não há clareza quanto ao que o Estado entende por “proteção”, uma vez que as peculiaridades do adolescente e sua realidade nem sempre são consideradas. Neste sentido, Santos (2004, p. 57):

*“Pesquisas de âmbito nacional apontam no sentido de que são fatores determinantes da marginalidade: a desestrutura familiar, que leva a carências afetivas, emocionais e/ou psicológicas, produzindo crianças com vínculos afetivos debilitados [...] baixo nível sócio-econômico, que desencadeia uma massa populacional de subempregados ou desempregados; carência da política social governamental, no sentido de incentivar o adequado apoio à família, ênfase ao atendimento a crianças abandonadas [...]”.*

Ao entender que o adolescente está num contexto tido como desestruturado, o Estado opta pelas medidas interventivas punitivas, esquecendo de cuidar da estrutura em si. Passa, portanto, a mensagem de que é mais fácil participar num momento posterior de responsabilização ao invés de implementar programas de auxílio aos dependentes químicos, programas educacionais e profissionalizantes, práticas públicas de empoderamento e inserção laboral, bem como prevenir a violência juvenil.

O sistema infracional é, portanto, um reflexo da realidade da exclusão e da violência. Contenta-se em auxiliar e reforçar ainda mais essa realidade, utilizando-se como filtro de seleção os fatores de cunho social, como a pobreza, baixa escolaridade e desestrutura familiar.

Assim sendo, os preceitos constitucionais de proteção diferenciada e integral, prioridade absoluta e melhor interesse da criança e do adolescente devem urgentemente ser incorporados como mandamentos a serem de fato seguidos pelo Estado.

#### 4. Exemplos de boas práticas no âmbito do sistema de justiça penal juvenil

Apesar das inúmeras críticas aqui apresentadas, é possível encontrar, ainda que de maneira incipiente, alguns exemplos de boas práticas no âmbito do sistema de justiça infracional, o que demonstra a possibilidade de, aplicando corretamente o Estatuto da Criança e do Adolescente e adequando-o aos parâmetros mínimos de garantias individuais e direitos fundamentais, obter-se um sistema eficaz de responsabilização de jovens infratores, que evite a ocorrência de ilegalidades.

Citamos, em primeiro lugar, a recente experiência de expansão do projeto das audiências de custódia na Justiça Especializada da Infância e Juventude. Conforme dados do CNJ,<sup>26</sup> algumas comarcas já estão procedendo à regulamentação da audiência de custódia para adolescentes apreendidos em flagrante. Nesses casos, determina-se que o adolescente seja levado à presença de um Juiz no prazo máximo de 24 horas, ocasião em que analisará a possibilidade de o adolescente responder ao processo em liberdade, bem como avaliará sinais de prática de tortura e maus-tratos.

A regulamentação das audiências de custódia para adolescentes encontra-se em processo de elaboração e implementação na 2.<sup>a</sup> Vara da Infância e Juventude de São Luis/MA, no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

<sup>26</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81834-audiencia-de-custodia-comeca-a-ser-estendida-aos-menores-infratores> (acesso em 28/03/2016).



01 02 03



01 02



01 02



01 02



do Sul; na 2.ª Vara de Infância e Juventude de Itapevi/SP; e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que está ainda em fase de construção de projeto nesse sentido.

Vê-se que se trata de iniciativas isoladas e, em alguns casos, muito localizadas. Porém, podem servir de exemplo de sucesso para futura expansão do projeto em todo o território nacional.

Outro exemplo de boa prática é a tentativa de implementação da Justiça Restaurativa no âmbito do sistema infracional, que procura dar protagonismo a todos os atores: adolescente, família, grupo social e vítima. A vítima, que exerce papel residual no processo penal, passa a ter direito à fala e a exercer protagonismo no bojo do processo, contribuindo ativamente para a solução do conflito.

Os resultados das experiências no âmbito de projetos que têm sido levados a cabo nos Juizados da Infância e Juventude em algumas comarcas do país (São Caetano do Sul, Brasília, Porto Alegre e Joinville) são animadores, segundo **Alexandre Moraes da Rosa** (2008, p. 212):

*“Num dos casos, [no Juizado da Infância e Juventude de Joinville – SC], o adolescente entendeu a transcendência do seu ato de furtar um ‘mouse’ de um computador, pode se desculpar com o proprietário e elaborar seu fantasma, além de reelaborar seu lugar na família. Nesta aproximação, ele promoveu uma ressignificação da conduta e foi via círculo restaurativo que o ato foi superado”.*

Trata-se de reestabelecer os contatos e laços sociais para superar a intolerância e o distanciamento que marcam os procedimentos do sistema infracional – em grande parte traumáticos para todas as partes envolvidas – buscando-se uma ressignificação da subjetividade do adolescente, com sua participação ativa no processo, no lugar da desobjetivação que tenta lhe impor um padrão de conduta subserviente, com vistas a eliminar o risco que apresenta para a sociedade.

Isso porque, segundo **Rosa** (2008, p. 213), é necessário sempre lembrar que “[h]á um sujeito no ato infracional. E a Justiça Restaurativa possibilita que ele se faça ver, dando-lhe a palavra, sempre”. O autor vai além:

*“A aposta que se faz, neste contexto, pois, é a de reconhecer o outro, a alteridade, na medida em que se descobre o sujeito. Dito de outra maneira, aceitar o outro sob a forma de uma relação conflituosa, para somente assim ocorrer o laço social. Do contrário, há intolerância”.*

Assim, ao reconhecer o adolescente como sujeito, a Justiça Restaurativa contribui para fazer observar os ditames da doutrina da proteção integral, por meio de um sistema que reconhece a subjetividade específica de cada adolescente e seu protagonismo nesse momento de passagem, estabelecendo os laços sociais que contribuirão para que o adolescente possa se desenvolver em sua plenitude.

## 5. Conclusão

Procuramos, no presente trabalho, elaborar uma análise crítica acerca do sistema de responsabilização de adolescentes no Brasil, por meio do sistema de medidas socioeducativas previsto no ECA. Verificamos que, apesar dos avanços na garantia de direitos à criança e ao adolescente, no que diz respeito ao tratamento a jovens que cometeram atos



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

infracionais, ainda prevalece a lógica da doutrina da situação irregular, em que o Estado toma para si a tarefa de tutelar um indivíduo cuja conduta seria incompatível com os padrões morais que a sociedade dele espera.

Trata-se, portanto, de um sistema tão seletivo quanto o sistema penal, que revela as desigualdades sociais do país. Mais que isso, o sistema infracional é marcado por mitigações processuais, em comparação ao sistema processual penal.

Nesse contexto, referido sistema acaba acentuando essas desigualdades, e contribuindo para a exclusão desses jovens, que já têm seus direitos sociais violados antes mesmo de ingressarem nas unidades de cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado.

E então, o adolescente sai da internação carregando o estigma do jovem criminoso, passa a ter dificuldade de reinserção no mercado de trabalho e a receber tratamento diferenciado em todas as instâncias da sociedade e do Poder Público. Nas palavras de **Alexandre Moraes da Rosa** (2008, p. 211), “[...] a estrutura cria a exclusão e depois sorri, propondo a exclusão novamente, via sistema infracional”.

Enquanto o sistema de responsabilização de adolescentes continuar operando segundo a lógica da doutrina da situação irregular, que considera o adolescente como incapaz de entender as implicações de seus atos e, portanto, deve ser objeto de tutela estatal, o Estado continuará impedindo que o mesmo exerça protagonismo na determinação dos rumos da própria vida, privando-o das oportunidades de se desenvolver plenamente, sem que sejam violados seus direitos mais elementares. Nesse sentido, entendemos ser mais que urgente a reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Título VI, Capítulo II Seção V (que trata do procedimento de apuração de ato infracional), de modo a adaptar referido procedimento conforme as regras de processo penal, garantindo ao adolescente os mesmos direitos que são assegurados aos adultos, evitando que aqueles sejam tratados de maneira mais gravosa em relação a estes, conforme preconizam as Diretrizes de Riad.

Da forma como se encontra formulado atualmente, o que o sistema infracional brasileiro proporciona é um esgarçamento dos vínculos familiares, a consolidação da violência como instrumento de solução de conflitos e o estabelecimento de “vínculos de dependência em face daqueles que vendem proteção, tais quais os membros de facções” (**Frasseto et Vay**, 2015, p. 3-5).

Ainda, entendemos que a medida socioeducativa de internação por si só dificulta a ressocialização do adolescente, o que agrava-se pela alta utilização destas medidas em meio fechado, enquanto utilizam-se pouco as medidas socioeducativas em meio aberto. Assim, precisamos discutir menos a construção de unidades de internação, a redução da maioria penal e a ampliação do tempo de internação e debater mais sobre a valorização e qualificação das medidas em meio aberto. O encarceramento do adolescente deve ser última opção.

Resta, portanto, evidente que o Estado não esgotou seu arsenal de políticas públicas de inclusão social, que possibilitariam a prevenção da inserção de crianças e adolescentes na prática criminosa. Nesse sentido, conforme afirmam **Dieter e Souza** (2015, p. 11-13), “[...] o legislador brasileiro ganharia mais revisando o que o Estado tem feito em favor da emancipação social dos jovens do que divagando sobre como encarcerá-los”. E a emancipação social dos jovens depende, necessariamente, de uma séria e profunda revisão da maneira pela qual o Estado tem tratado os adolescentes inseridos no sistema infracional.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## 6. Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Programa Justiça ao Jovem. Panorama Nacional: A Execução de Medidas Socioeducativas de Internação, Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Os Jovens do Brasil: Mapa da Violência 2014, Brasília, DF, 2014

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Nota - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Brasília, DF, 2013

COSTA, A. P. M. *Adolescentes: o Estado se revela violador de direitos e a sociedade faz coro à superficialidade*, Boletim IBCCRIM, Ano 23, n. 271, junho/2015, pp. 10-11.

DIETER, M. S. et SOUZA, L. A. *Irracionalismo e redução da maioria penal*, Boletim IBCCRIM, ano 23, n. 271, junho/2015, pp. 11-13.

FRASSETO, F. A. et VAY, G. S. *Encruzilhadas entre o panpunitivismo e a redução da maioria penal*, Boletim IBCCRIM, ano 23, n. 271, junho/2015, pp. 3-5.

LIBERATI, W. D. *Adolescente e ato infracional*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira 2002.

ROSA, A. M. *Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 58, v. 14, 2006, RBCCRIM, pp. 15-28.

ROSA, A. M. *Justiça Restaurativa e ato infracional: práticas e possibilidade*, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v. 9, n. 50, junho-julho/2008, pp. 205-213.

ROSA, E. M.; RIBEIRO JUNIOR, H.; RANGEL, P. C. *O adolescente: a lei e o ato infracional*, Vitória: EDUFES, 2007.

SARAIVA, J. B. C. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, 3. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, E. R. A, OLIVEIRA, R. M. *O adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários*, Brasília, DF, 2013.

SILVA, E. R. A. e GUERESI, S. *Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil*. Brasília: IPEA/Ministério da Justiça, 2003.

SPOSATO, K. B. *Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal de adolescentes*, Boletim IBCCRIM, Ano 23, n. 271, junho/2015, pp 7-9.

UNICEF. ECA 25 anos: Avanços e desafios para a infância e a adolescência no Brasil, Brasília, DF, 2015

VOLPI, M. *O adolescente e o ato infracional*, 5. ed., São Paulo: Cortez, 2005.

VOLPI, M.; SARAIVA, J. B. C. *Os adolescentes e a lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*, Brasília: ILANUD, 1998.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## “Te doy mis ojos”: o que veem as mulheres quando o direito as olha

Camila Cardoso de Mello Prando

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UnB. Tutora do PET-Direito-UnB. Coordenadora do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD).

“Te doy mis ojos”<sup>1</sup> é uma obra cinematográfica que constrói uma narrativa complexa e atenta em torno da relação atravessada pela violência doméstica vivida por Antonio e Pilar. O fim da relação ocorre no momento de máxima desalienação de Pilar, quando ela se reapropria do seu olhar e dali segue outro caminho.

Pilar repete para sua irmã, que a acolhe no momento final da separação: “Preciso me enxergar. Não sei quem sou. Há tanto tempo não me olho. Não consigo explicar.”

Quando Pilar reivindica seus olhos e seu olhar e, ao mesmo tempo, adquire a capacidade de dar nome ao que sente, desfaz-se a cena repetida da mulher caída na relação violenta. Seu caminho até ali é contado no filme através dos seus encontros com algumas obras de arte – pinturas com as quais ela trava um profundo processo de *reconhecimento* de si e de seus enigmas. O gozo da cena da mulher assujeitada e vítima encontra, pouco a pouco, suporte no imaginário constituído pelas pinturas com as quais Pilar se depara. Esses encontros fazem com que a personagem consiga emergir e se deslocar, e através deles ela se torna capaz de dar nome àquelas cenas de violência – o medo é o nome que ela pronuncia e elabora no seu longo percurso. É quando o medo se transmuta em palavra que ela se libera para ser outras mulheres.

Qual o caminho que ela percorre até aquele momento final em que a personagem abandona seu lugar em uma relação atravessada pela violência? Caminhando junto à narrativa encontro pistas e novas problematizações para as questões relativas às (im)possibilidades de intervenção do direito no casos de violência doméstica contra a mulher. A pergunta – provocada pela obra – que proponho ao fim do trajeto do Pilar é: “o que veem as mulheres quando o direito as olha?”.

### 1. Os três atos (ou os três quadros)

Pilar está casada há nove anos com Antonio, que externa seu ciúmes e possessividade por meio de agressões físicas e ameaças. Na primeira cena do filme Pilar acorda seu filho Juan e foge, sentindo tremores, rumo à casa de Ana, sua irmã. Quando chega lá é acolhida e *não consegue falar* sobre que está se passando com ela, apenas pede para Ana ir buscar algumas coisas suas e do filho em sua casa para que eles pudessem ficar alguns dias em companhia da irmã. Pilar é uma mulher aterrorizada pelo medo de ser aniquilada pelo marido.

Ana propõe que a irmã arrume um emprego e consegue que ela seja uma vendedora de bilhetes em uma igreja-museu em São Tomé, Espanha. Na igreja, em um espaço em que várias obras de arte são expostas à visitação, Pilar inicia sua trajetória de visitar a si por meio do olhar que dedica às pinturas. São as imagens enquadradas nas pinturas

<sup>1</sup> Te doy mis ojos. Direção: Icír Bollán, Espanha, Productora La Iguana, 2003.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



que mobilizarão em Pilar o seu lugar no mundo. O olhar de Pilar é cindido em dois quando uma das imagens do museu a captura e abre nela um reconhecimento momentâneo e intransferível do seu desejo. Dessa fissura ela consegue fazer emergir sua subjetividade e se movimentar. A imagem que a captura é da ordem da contingência, onde Pilar consegue encontrar *algo* a respeito de sua verdade.

A imagem faz as vezes do discurso analítico no processo de encontro de alguma verdade, mesmo que barrada pelo gozo.

Diz **Lacan**:<sup>2</sup>

*“A economia do gozo, taí o que ainda não está perto da ponta dos nossos dedos. Haveria um pequeno interesse em que chegássemos lá. O que podemos ver sobre isto, a partir do discurso analítico, é que, talvez, tenhamos uma chancezinha de encontrar alguma coisa a respeito por vias essencialmente contingentes”.*

O que é da ordem da contingência e do acaso é o lugar em que se “para de não se escrever”. O que não se escreve é *toda* a verdade, barrada pelo gozo, sustentado pela causa do desejo. Pelo acaso e somente pelo acaso é que, uma vez ou outra, esbarramos em alguma verdade que, em algum momento, “para de não se escrever”. Alguma verdade é apenas *alguma verdade* de Pilar, aprendida por ela a um custo que sempre parte do zero e que não pode ser partilhada. Apenas serve para ela e, em seguida, se perde. Mas ela já não está mais no mesmo lugar.

A obra de arte, objeto do ver e do olhar de Pilar, pode ser entendida como aquela que está estruturada como limiar, que “não é senão a abertura que carrega dentro de si ‘a ferida aberta de seu coração’.”<sup>3</sup>

Assim diz **Didi-Huberman**:<sup>4</sup>

*“Como se fosse preciso um arquiteto ou um escultor para dar forma a nossas feridas íntimas. Para dar, à cisão que nos olha no que vemos, uma espécie de geometria fundamental. [...] E se falo de uma geometria fundamental, é porque o simples quadro de porta parece justamente funcionar aqui [...]. como o suporte visível de uma instância bem mais geral, a que Husserl denominava, ao interrogar a origem da geometria, uma ‘formação de sentido’.*

A imagem funciona para Pilar como o suporte do ver a partir das cisões que ela porta dentro de sua geometria fundamental. Com as pinturas ela vai aos poucos *enquadrando* em seu olhar aquilo que porta dentro – aquilo que carrega na pele – e se resignificando. As imagens daquelas obras são o suporte do olhar de Pilar rumo a si num exercício constante de luto e desejo.

O que vê Pilar quando as obras de arte a olham?

2 LACAN, Jacques. *O Seminário, livro 20: mais, ainda*. Jacques Lacan; texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. 2 ed. revista. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 59.

3 DIDI-HUBERMAN, Georges. *O que vemos, o que nos olha*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 231

4 Idem, p. 232.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

## 1.1 *La dolorosa: a mulher que sofre*



O primeiro encontro de Pilar com uma imagem que opera *algo* nela se dá em sua visita à Igreja em São Tomé, para onde segue para conversar com Lola e conseguir um trabalho como vendedora da bilheteria do Museu. Sua irmã a esperava lá enquanto trabalhava em uma restauração.

Pilar percorre com os olhos as várias pinturas expostas e se detém absorta diante da imagem de Morales, “La dolorosa”:<sup>5</sup> o retrato de Nossa Senhora de mãos cruzadas e olhos aflitivos, signos místicos de sofrimento e compadecimento. Ali a imagem está estruturada como limiar, tocando a abertura na carne de Pilar, a abertura que carrega dentro de si.

O retrato ainda guarda outra identificação com a personagem do filme. O nome dado à Virgem Maria por sua aparição no início do cristianismo na Espanha era Nossa Senhora de Pilar. Seus nomes coincidiam e talvez a Pilar contemporânea tenha encontrado na representação de sua homônima a resignação e a dor que carregava dentro de si, entendidas talvez como seu destino.

Naquele momento Pilar havia recém-saído de casa amedrontada pela fúria do marido e começava a dar seus primeiros passos para se deslocar daquele lugar. Ela ainda não havia criado palavras para dar nome ao que sentia. Ela foi escolhida pela pintura

de El Morales e, embora absorta e tocada por aquela imagem, seus olhos interrogavam o que de si havia ali. A imagem parecia justo cumprir uma economia nomeada por Didi-Huberman:<sup>6</sup> “*tal seria [...] a imagem, nessa economia: guardiã de um túmulo (guardiã do recalque) e de sua abertura mesma (autorizando o retorno luminoso do recalcado). Petrificação e atração ao mesmo tempo.*”

Foi sua irmã quem tentou despertar um saber que havia em Pilar ao dizer referindo-se à imagem de Nossa Senhora: “*Ela acaba de perceber que deixou os sapatos em casa*”. Pois foi assim que Pilar havia chegado à casa de Ana na madrugada: com seu filho e sem os seus calçados. Amedrontada, a única coisa que Pilar naquele momento soube dizer à irmã é que ela estava tão perdida que sequer havia colocado os sapatos.

### *Danae: a mulher trancafiada e a mulher desejante*

Depois de terminar seu contrato temporário como vendedora de bilhetes para a entrada do Museu, já reconciliada com Antonio, Pilar é convidada a fazer um curso para orientar visitas guiadas aos museus. Nesse curso ela precisava escolher algumas obras para expô-las a um público selecionado. Sua primeira obra escolhida foi “Danae recebendo la lluvia de oro” de Tiziano, do século XVI.<sup>7</sup>

5 MORALES, Luis de. *Mater dolorosa*, 1570, óleo sobre tela.

6 DIDI-HUBERMAN, 1998, p. 232.

7 DI GREGORIO, Tiziano Vecellio. *Danae recebendo la lluvia de oro*, 155?, óleo.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01 02 03



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02



INFÂNCIA

01 02



RESENHA DE FILME



CONTO

Segundo a mitologia, Danae foi encerrada em uma torre por seu pai, o rei de Argos, desde que ele soube por um oráculo que seu neto, futuro filho de Danae, iria matá-lo. No entanto, Zeus,<sup>8</sup> apaixonado, transformou-se em uma chuva de ouro, entrou no quarto de Danae e a fecundou.

Pelo fato da pintura de **Tiziano** ter sido considerada escandalosa à época, durante a exposição guiada Pilar conta ao público quem foram os donos daquela obra e como se relacionaram com ela:

*“Pilar: Alguns de seus donos queriam Danae muito perto, como Júpiter. Mas outros foram como o seu pai, trancando-a para que ninguém a visse. Um rei que pensou inclusive em queimar o quadro. Mas não conseguiu, e aqui está, para todos verem.”<sup>9</sup>*

Pilar maneja dois lugares possíveis para a mulher da pintura, seja em sua origem mítica, seja em seu destino de quadro. De um lado a mulher que deveria estar fechada a chaves para que ninguém a visse ou tivesse acesso a ela: em uma imagem representativa de seu lugar com Antonio, que não suportava a excitação em vê-la exposta aos olhos dos outros. De outro a



mulher desejada por Júpiter, para quem Danae se entrega desejanste. Na sua narrativa Pilar discorre sobre um belo desfecho: *“ninguém teve o poder de trancafiar Danae, e hoje ela está aqui para todos verem.”*

Pilar segue adiante em uma narrativa em que pouco a pouco desvenda seus enigmas. Ao enxergar na obra de arte a mulher em seus dois lugares, entre o pai e o amante, ela é tocada pela imagem que encontra em sua carne a cisão de onde ela pode fazer emergir outras mulheres.

*Kandinsky: onde emerge o nome das coisas*



*“Pilar: Diz o pintor que podemos escutar os quadros. Ouvi-los dentro de nós, como ouvimos música. Pois as cores são como as notas, e se repetem como uma melodia. Três amarelos, dois azuis, amarelo de novo e o silêncio, o branco. O branco não soa, não dói. Se*

8 A personagem Pilar se refere a Júpiter (deus grego) normalmente identificado com o deus grego, Zeus.

9 Te doy mis ojos. Direção: Icír Bollán. Espanha, 2003.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



*podemos ouvi-los também podemos senti-los. O verde é o equilíbrio. Azul é profundidade. O vermelho, o vermelho é o medo*".<sup>10</sup>

A segunda obra escolhida por Pilar para expor ao público é "Composition n. 8" de Kandinsky, criada em 1923.<sup>11</sup> Um desenho de formas geométricas onde ela encontra algo mais que porta em sua carne e em sua geometria fundamental.

Antes da cena da exposição ao público do quadro de Kandinsky, Pilar encontra um caderno de Antonio. Quando Antonio o compra, sugerido pelo terapeuta<sup>12</sup> que o acompanha desde que Pilar havia saído de casa, ele explica a ela que aquele caderno possuía três cores: as páginas amarelas serviriam para fazer um diário, as verdes para escrever as coisas boas, e as vermelhas para as coisas ruins.

Certo dia de manhã Pilar encontra o caderno caído no chão e não resiste ao desejo de lê-lo. Ela lê o que Antonio escreve nas páginas vermelhas e em seguida vai ao museu apresentar a obra de Kandinsky.

Naquela obra Pilar se encontra com uma imagem decomposta e significa nela o nome para suas sensações. Cada cor representa para ela um sentimento. E o vermelho – o vermelho tem o nome do medo. Ela reconhece o medo em Antonio, que o faz se sentir tão humilhado e caído e o leva (pelos braços das ordens patriarcais de posse e aniquilamento da mulher) a humilhá-la e fazê-la sentir tremores – também de medo. Ela se *desidentifica* do medo de Antonio, ao mesmo tempo em que reconhece e *nomeia* o seu próprio medo. As cores e as formas de Kandinsky dividiram o olhar de Pilar e, na fissura dessa cisão, ela encontrou um nome para a causa do seu desejo. Ela já não estava mais lá. Ela já era outra.

**Larriera**, tratando da maneira como opera a psicanálise nos fala um pouco sobre este processo equivalente ao que passa Pilar – da mobilização do inconsciente no encontro com o imaginário:

*"(...) una vez que un análisis se ha encaminado, una vez que un análisis ha comenzado a producir, justamente avanza en esta dirección de producción de sentidos, es decir, de ir articulando significantes que estaban reprimidos, ver de qué modo constituían cadenas, de que modo estaban encadenados, y en esa concatenación de eso que va viniendo a la conciencia se producen efectos de sentido con cambios de posición del sujeto. ( ) Ese sentido lo va encontrando, va produciendo ese sentido en esa movilización del inconsciente y en ese encuentro con lo imaginario".<sup>13</sup>*

## 2. A cena da judicialização: o que as mulheres veem quando o direito as olha?

Pilar e duas amigas que também faziam o curso de guia de museu são convidadas para guiar uma exposição em Madrid. Antonio recebe a notícia muito mal, mas ela decide ainda assim aceitar ao convite.

Quando Pilar está se arrumando para sair de casa, Antonio encena um ato de extrema humilhação retirando sua roupa, deixando-a nua e trancando-a na sacada do prédio, "*para que todos a olhem*", porque "*é isso do que você*

10 Te doy mis ojos. Direção: Icír Bollán. Espanha, 2003.

11 KANDINSKY, Wassily. *Composition VIII*, 1923, óleo sobre tela.

12 Depois da separação Antonio passou a frequentar um grupo terapêutico assemelhado às propostas de grupos de atendimentos a homens agressores.

13 LARRIERA, Sergio. *Sesión del 23 de mayo de 1997*. Granada (mimeo).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA



ARTIGOS

01

02

03



ESCOLAS PENAIS

01

02



DIREITOS HUMANOS

01

02



INFÂNCIA

01

02



RESENHA DE FILME



CONTO

*gosta*". A cena de violência do filme é seguida pela ida de Pilar a uma delegacia, onde ela procura dar palavras para o que aconteceu.

*"Policial: Onde ele a agrediu?"*

*Pilar: Não houve ferimentos externos. Só internos.*

*Policial: Tente descrever o que houve. Ele não a agrediu fisicamente. Ele à insultou? Ele a ameaçou verbalmente?*

*Pilar: Ele quebrou tudo.*

*Policial: Quebrou algo seu?*

*Pilar: Tudo. Quebrou tudo. Tudo, tudo, tudo...*

*Policial: Calma, senhora".<sup>14</sup>*

O que via Pilar quando procurou a delegacia para registrar a agressão sofrida? O que a olhava desde o agente do Estado?

No momento em que Pilar procura transformar em palavras as agressões interiores sofridas, o agente do Estado revela-se incapaz de escutá-la. Pilar não encontrou uma imagem<sup>15</sup> na qual pudesse reconhecer uma porta capaz de convidá-la a experienciar o olhar como luto e desejo e, com isso, ressignificar seu lugar. Apesar do sabido registro da contingência onde se inscreve *alguma verdade*, alguns suportes do ver tendem a ser mais generosos e capazes de provocar a abertura suficiente para que talvez *algo* se revele.

Pilar vira as costas ao agente e vai embora aparentemente segura de que não havia nada para encontrar ali. Segue para a casa da irmã e lá decide que ela "precisa se olhar".

No trajeto de Pilar se encontra um processo de busca de autonomia financeira<sup>16</sup> e também um caminho de quem decifra seus próprios enigmas tendo como suporte os seus objetos de ver e olhar.<sup>17</sup> Ao acompanhá-la transformar-se em outras mulheres, já não fixadas naquela que é parte da trama de poder e de controle de uma situação de violência, é possível aprender muitas coisas.

Mas me interessa aqui indagar qual o lugar do *direito* no trajeto de tantas e tantas mulheres. Para Pilar, o *direito* representado no agente foi incapaz de escutá-la, não lhe serviu como suporte do ver. Talvez ela procurasse ali a lei capaz de instaurar em sua vida um novo lugar em substituição ao olhar e à lei instaurados por Antonio. E em algum momento ela compreendeu que essa lei, entendida a partir do corte psicanalítico, não se encontrava lá. Ou, em outra

<sup>14</sup> Te doy mis ojos. Direção: Icír Bollán. Espanha, 2003.

<sup>15</sup> Entendo a imagem como suporte do ver e do olhar, como sugere Didi Huberman (1998, p. 242).

<sup>16</sup> Algumas autoras entendem que há grande importância do trabalho e da autonomia financeira na desestabilização das hierarquias de gênero. É importante ressaltar que essa pauta do mercado de trabalho e autonomia financeira não é universalizável nas lutas feministas, já que o feminismo negro assinala que as mulheres negras estão no mercado de trabalho desde há muito tempo, e vivenciam nessas condições as opressões sob perspectivas particulares. Cf. HOOKS, Bell. *Feminist theory: from margin to center*. Cambridge: South and Press, 2000.

<sup>17</sup> Acompanhar o trajeto de Pilar não é de forma alguma usá-lo como *modelo* possível para que mulheres *estejam livres* da violência doméstica. A história da Pilar parece representar um contexto de opressão bastante menor do que situações cotidianas de muitas outras mulheres. O objetivo é pensar, ao contrário da busca do modelo, a partir das singularidades.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



ordem, que seus registros íntimos não encontravam lugar no léxico do direito. A violência sofrida não estava marcada visivelmente em sua carne, e o direito penal não era capaz de traduzi-la.<sup>18</sup>

A cena provoca uma indagação com a qual provoço as leitoras: o que as mulheres em situação de violência doméstica veem quando o direito as olha?

### Referências bibliográficas

DIDI-HUBERMAN, Georges. *O que vemos, o que nos olha*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1998.

HOOKS, Bell. *Feminist theory: from margin to center*. Cambridge: South and Press, 2000.

LACAN, Jacques. *O Seminário, livro 20: mais, ainda*. Jacques Lacan; texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. 2 ed. revista. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

LARRIERA, Sergio. Sesión del 23 de mayo de 1997. Granada (mimeo).

<sup>18</sup> No direito brasileiro embora a Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006) descreva a violência psicológica como uma das formas de violência doméstica, as decisões penais não a reconhecem. Tal invisibilidade não ocorre simplesmente porque não existe um tipo penal específico, mas porque, mesmo podendo lançar mão de tipificações penais adequadas, o atores jurídicos (nomeados aqui no masculino, por inferir que homens ou mulheres, tendem a reproduzir um padrão patriarcal e sexista do direito) não representam a existência de determinados atos como violência.



01 02 03



01 02



01 02



01 02



## Gabriel

**Carolina Guimarães Rezende**

Gabriel, 16 anos, acusado de porte de arma.

Conversamos antes da primeira audiência e, depois de ler a acusação, lhe perguntei o que tinha acontecido. Arredio, em poucas palavras ele disse que já há algum tempo estava em situação de rua. Naquele dia, a polícia tentou removê-lo, à força, do local onde habitualmente dormia, destruindo seu colchão e alguns dos seus poucos objetos. Resistiu. Pouco depois, os policiais afirmaram ter encontrado a arma entre seus pertences.

Expliquei que haveria uma próxima audiência, mas que, de todo modo, era extremamente importante que ele dissesse ao juiz o que acabara de me relatar.

Na segunda audiência, foram colhidos os depoimentos dos policiais, em muito desencontrados e inconsistentes.

Feitas as alegações finais de acusação e de defesa, algumas horas depois Gabriel recebeu a sentença: considerado culpado por porte de arma, decidiu-se que permaneceria internado por prazo indeterminado, pelo tempo máximo de três anos.

Enquanto eu lhe dava a notícia, ele, maior que eu, nada disse. Ficou ali, parado diante de mim, enquanto de seus olhos grandes corria uma torrente contínua de lágrimas, muito grossas. Ele, altivo, frágil, desconfiado, violentado e sofrido, chorando em silêncio; eu, frustrada, impotente, cansada, tentando acolhê-lo como podia, e como se o pudesse, enquanto lhe tirava o chão.

Quando terminei, ele me perguntou se tinha recebido a sentença de internação por não ter casa ou família. Eu, que não conseguiria fitá-lo mentindo, não vi outra saída que não lhe dizer que sim, e o mais que pude, naquele momento, foi juntar minhas lágrimas às suas.

Naquela noite, não consegui jantar. Fiquei me perguntando se Gabriel, por sentir a fome de quem passou o dia no fórum sem qualquer alimento, ou a fome de quem já fez da rua sua casa, jantava na Fundação, ou se, como eu, tinha na garganta um imenso nó que só lhe permitia sentir o gosto de sal das lágrimas.

