

ANAIIS DO CPCRIM

IV CONGRESSO DE PESQUISAS EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

De 27 a 31 de agosto de 2020

São Paulo - SP



CPCRIM
CONGRESSO DE PESQUISA
EM CIÊNCIAS CRIMINAIS



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA

Eleonora Rangel Nacif

1º VICE-PRESIDENTE

Bruno Shimizu

2º VICE-PRESIDENTE

Helios Alejandro Nogués Moyano

1º SECRETÁRIA

Andrea D'Angelo

2º SECRETÁRIO

Luís Carlos Valois

1º TESOUREIRO

Gabriel Queiroz

2º TESOUREIRO

Yuri Felix

**DIRETOR NACIONAL DAS
COORDENADORIAS REGIONAIS E
ESTADUAIS**

Carla Silene Gomes

ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA

Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Cristiano Maronna

Sérgio Salomão Shecaira

Ela Wiecko

Geraldo Prado

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

**COORDENADORES-CHEFES DOS
DEPARTAMENTOS**

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS

Thayná Yaredy

AMICUS CURIAE

Maurício Stegmann Dieter

**ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO
BÁSICO CONTROLADO**

Roberto Portugal de Biazzi

BIBLIOTECA

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

BOLETIM

Luigi Barbieri Ferrarini

COMUNICAÇÃO

Roberto Tardelli

**CONCESSÃO DE BOLSAS DE
ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO
ACADÊMICO**

Juliana Souza Pereira

CONVÊNIOS

Gustavo Brito

**COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL**

Ilana Müller

CURSOS

Clara Masiero

CURSOS IBCCRIM – COIMBRA

Claudia Barrilari

DIREITO PENAL ECONÔMICO E *COMPLIANCE*

Priscila Beltrame

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Carolina Costa Ferreira

ESTUDOS SOBRE *HABEAS CORPUS*

Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Mariana Chies Santiago Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

André Lozano

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Dina Alves

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES

Renato Watanabe

MONOGRAFIAS

Eduardo Saad Diniz

NÚCLEO DE PESQUISAS

Riccardo Cappi

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS

Luciana Boiteux

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Silvio Luiz de Almeida

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Leandro Ayres França

SISTEMA PRISIONAL

Patrick Lemos Cacicedo

23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS E CHAMADA TEMÁTICA– IBCCRIM

Eduardo Saad Diniz

26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Marcela Diório

GRUPO DE ESTUDOS

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS

Manoel Alves Jr

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAS

Alice Quintela

EQUIPE DO IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL E NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA

SUPERVISÃO

Paulo Cesar Malvezzi Filho

EQUIPE

Marília Jahnel

Jonas Santos

NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Eliane Yanikian

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

**NÚCLEOS DE BIBLIOTECA E
PUBLICAÇÕES**

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Helen Christo

Natalí de Lima Santos

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

SUPERVISÃO

Douglas Calixto

EQUIPE

Adriana Peres Almeida Santos

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO

Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE

Ana Paula da Silva

Andreia da Silva Rocha

Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

ANAIS DO IV CONGRESSO DE PESQUISAS EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

Coordenação geral:

Dina Alves

Coordenação executiva:

Marília Jahnel

Coordenação por área:

GT 1 - Dogmática jurídico-penal: visões contemporâneas

Beatriz Corrêa Camargo

GT 2 - Direito penal econômico

Claudia Barrilari

GT 3 - Processo penal: defesa das garantias e liberdades democráticas

Franciele Nascimento

GT 4 - Enfrentamento ao genocídio da população negra

Deise Benedito

GT 5 - Sistema de justiça criminal e a população LGBTQIA+

Alice Quintela

GT 6 - Criminologia: democratização do sistema de justiça

Simone Henrique

GT 7 - Justiça Juvenil

Mariana Chies

GT 8 - Gênero, dispositivos jurídicos e sociais

Rosane Borges

GT 9 - Grupos de estudo, pesquisa e extensão

Luanna Tomaz

Produção editorial:

Willians Meneses da Silva

Diagramação:

Microart Design Editorial

Tel.: (11) 98493-4503

www.microart.com.br

Ficha catalográfica

A551

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (25. : 2020: São Paulo, SP)

Anais do IV Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, de 21 a 23 de outubro de 2020, São Paulo, SP [recurso eletrônico] / Organizado por Dina Alves. – São Paulo: IBCCRIM, 2020.

2082 p. (Anais; IV)

Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/3>

ISSN 2594-9527

1. Dogmática Jurídico-Penal visões contemporâneas 2. Direito Penal Econômico 3. Processo Penal defesa das garantias e liberdades democráticas 4. Enfrentamento ao genocídio da população negra 5. Sistema de Justiça Criminal e a população LGBTQIA+ 6. Criminologia democratização do sistema de justiça 7. Justiça Juvenil 8. Gênero, Dispositivos Jurídicos e Sociais 9. Grupos de Estudo, Pesquisa e Extensão I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. III. Título. III. Série.

CDD: 345

CDU: 343.97

Ficha catalográfica elaborada por Natalí de Lima Santos – CRB-8/10.420

Licença Creative Commons

O trabalho Anais do IV CPCRIM de IBCCRIM está licenciado com uma Licença Creative Commons - Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional.



APRESENTAÇÃO

A quarta edição do Congresso de Pesquisa de Ciências Criminais (CPCRIM) foi realizada nos dias 21, 22 e 23 de outubro de 2020. Pela primeira vez, o Congresso ocorreu na modalidade virtual e descolou-se da programação oficial do Seminário Internacional de Ciências Criminais. A realização *online* permitiu acesso de pesquisadoras e pesquisadores de diversos estados do país, como Alagoas, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pará, Paraná e Roraima, entre outros.

Inaugurado em 2017, o CPCRIM oferece uma oportunidade de troca de conhecimento entre pesquisadoras e pesquisadores, incentivando discussões sobre temas de Ciências Criminais, Direitos Humanos e Ciências Sociais. Além disso, propicia um ambiente de construção teórica conjunta, além de ampliar a rede de contatos entre estudantes de semelhantes áreas de investigação.

A apresentação de pesquisas recentes no campo do Direito e das Ciências Sociais promoveu espaço para a difusão de conhecimentos e compartilhamento das análises desenvolvidas a partir dos temas organizados em 9 Grupos de Trabalho (GT), todos coordenados por mulheres pesquisadoras. Este ano a Coordenação Geral do Congresso foi de Dina Alves, Coordenadora do Departamento de Justiça e Segurança Pública do IBCCRIM, Advogada, Doutora em Ciências Sociais pela PUC/SP, Feminista negra abolicionista, Atriz, Pesquisadora na área de raça, gênero e prisões e autora da pesquisa “Rés negras, juízes brancos: análise interseccional da distribuição da justiça criminal, em que analisa a desproporcional punição contra as mulheres negras em São Paulo. Marília Jahnel, mestra em Ciências Humanas e Sociais e assistente da coordenação geral do IBCCRIM, foi a responsável pela Coordenação Executiva do Congresso.

Os 82 trabalhos apresentados ao longo dos três dias foram distribuídos nos seguintes Grupos de Trabalho: GT 1 “Dogmática jurídico-penal: visões contemporâneas” foi coordenado por Beatriz Corrêa Camargo, Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Uberlândia, Pós-Doutora e LL.M. pela Universidade de Bonn, Alemanha, Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Os trabalhos do GT 1 aprofundaram o estudo em algum dos princípios ou institutos da Parte Geral

do Direito Penal e refletiram acerca da prática judicial, apontando as tensões que se apresentam entre a dogmática e a jurisprudência.

Claudia Barrilari, Doutora em direito penal pela Faculdade de Direito da USP, Mestre em direito penal pela PUC/SP, pós graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/IBCCRIM e Coordenadora dos cursos em convênio com a Universidade de Coimbra do IBCCRIM, coordenou o GT 2 “Direito Penal Econômico” que reuniu trabalhos de pesquisa sobre Teoria da Norma Penal e Teoria do Delito aplicadas aos crimes econômicos ou empresariais, sobre o conteúdo e alcance dos tipos de injusto socioeconômicos problematizando e apresentando inovação ou testando soluções conhecidas, a partir da análise dogmática de casos concretos, precedentes jurisprudenciais ou do direito comparado.

O GT 3 “Processo Penal: defesa das garantias e liberdades democráticas” foi coordenado por Franciele Nascimento, Mestra em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná, Pós-graduada na modalidade especialização pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR), Graduada em Direito com ênfase em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Ainda, Franciele foi chefe de Secretaria do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Vara de Execução Penas e Medidas Alternativas de São José dos Pinhais/PR. Os trabalhos do GT 3 discutiram o processo penal como instrumento de resistência ao autoritarismo estatal e de efetividade do sistema de direito e garantias fundamentais do acusado no Estado Democrático de Direito, discutindo como o procedimento mantém e agrava a seletividade do Sistema de Justiça Criminal.

Deise Benedito, Mestra em Direito e Criminologia, pela UnB, Graduada em Direito e Especialista em Relações Raciais, Segurança Pública e Sistema Prisional, já foi diretora do Departamento de Promoção e Defesa da SDH/PR Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e Perita do Mecanismo Nacional de Promoção e Combate à Tortura, coordenou o GT 4 “Enfrentamento ao Genocídio da População Negra” que reuniu pesquisas sobre políticas de segurança pública, práticas institucionais, resultados da atuação policial, resultados do judiciário e a interrelação com a ausência de acesso a direitos fundamentais, refletindo sobre a interdisciplinaridade de estruturas que sustentam o extermínio da população negra no Brasil.

O GT 5 “Sistema de Justiça Criminal e a população LGBTQIA+”, coordenado por Alice Quintela, Doutoranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC, Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas - FDA/ UFAL, Coordenadora Chefe do Grupo de Estudos Avançados/GEA - Escolas Penais do IBCCRIM, contemplou pesquisas sobre gênero e sexualidade que encontram na violência a categoria que, junto com classe, raça, regionalidade e outros, intersecciona e pauta a existência da população LGBTQIA+. Os trabalhos refletiram acerca de como sexualidade e gênero operam e são operados pelo sistema de justiça criminal, a violência institucional, estrutural e individual contra a população LGBTQIA+, a prisão de pessoas trans e travestis que conclama as instituições jurídicas a pensar estes corpos dissidentes e seu local adequado no complexo penitenciário, entre outros aspectos.

A coordenadora Simone Henrique, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogada, Especialista em Direito Processual Civil (Fadisp), Mestra em Direitos Humanos, pela USP, Especialista em “Compliance”, pelo IBCCRIM e Universidade de Coimbra e Doutoranda em Direitos Humanos, pela USP, coordenou o GT 6 “Criminologia: democratização do sistema de justiça”. Este grupo abarcou pesquisas e debates sobre reformas e políticas judiciais, acesso à justiça, experiências de democratização da justiça, formas alternativas de solução de conflitos, controle social das instituições judiciais, justiça restaurativa, justiça de transição, entre outros.

O GT 7 “Justiça Juvenil” fomentou o debate científico a respeito do sistema de justiça juvenil, das políticas de segurança pública e das instituições de controle em que os/as adolescentes infratores/as sejam o foco. Os trabalhos dialogaram com reflexões sobre marcadores sociais da diferença, notadamente classe, raça e gênero, com uma perspectiva crítica à seletividade do sistema de justiça juvenil, às demandas punitivistas e às propostas legislativas que visam a retirar direito dos/as adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais. Os trabalhos também refletiram sobre as consequências da pandemia nos sistemas de privação de liberdade para adolescentes. O GT foi coordenado por Mariana Chies, Pesquisadora de Pós-doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e Coordenadora-Chefe do Departamento de Infância e Juventude do IBCCRIM.

O GT 8 “Gênero, Dispositivos Jurídicos e Sociais” acolheu discussões ligadas às políticas e teorias de gênero, a aplicação dessas políticas e teorias no universo jurídico, a interseccionalidade (raça, gênero, orientação sexual, classe) como uma visada fundamental para o exame das assimetrias sociais e para o aperfeiçoamento dos dispositivos jurídicos, o lugar das mulheres no universo jurídico, e em outras esferas. O GT foi coordenado por Rosane Borges, Jornalista, Professora Pesquisadora colaboradora do Colabor (Centro Multidisciplinar de Pesquisas em Criações Colaborativas e Linguagens Digitais), da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (USP), Doutora e Mestre em Ciências da Comunicação pela USP.

Por fim, GT 9 “Grupos de Estudo, Pesquisa e Extensão”, novo GT voltado aos ex-alunos e alunas dos Grupos de Estudo, Pesquisa e Extensão do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais que tem como objetivo difundir a compreensão da questão criminal e suas intersecções, a partir do olhar crítico sobre os modelos de controle do comportamento delitivo, os sistemas teóricos que os fundamentam e, sobretudo, o papel desempenhado pelos atores das práticas punitivas. O GT congregou ex-alunas e alunos dos Laboratórios de Ciências Criminais, Grupos de Estudos Avançados (GEA) e Grupos de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos (GCCRRIMDH), criando um espaço para discussão sobre os trabalhos que foram desenvolvidos no decorrer das atividades destes grupos, buscando o intercâmbio das reflexões que permearam sua produção. O GT foi coordenado por Luanna Tomaz, graduada em Ciências Sociais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Mestre em Direito na Universidade Federal do Pará, Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal e Pós-doutora em Direito na PUC-Rio, Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFPA e por Bárbara Furtado, Mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo, Coordenadora do Grupo de Estudos Avançados “Escolas Penais” do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em Ribeirão Preto - SP e Coordenadora Adjunta do Grupo de Estudos Avançados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais “Escolas Penais”.

Os anais do IV Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais, de natureza científica, reúnem as investigações apresentadas nos Grupos de Trabalho a fim de seguir contribuindo com o campo de investigação. O CPCRRIM garantiu um espaço consolidado de discussão, reflexão e de fortalecimento da produção acadêmica no país, em consonância com a história, a atuação e os ideais do IBCCRIM.

As opiniões expressas nos artigos, bem como a correção ortográfica e gramatical de cada trabalho, são de inteira responsabilidade dos(as) autores(as).

www.ibccrim.org.br

SUMÁRIO

GT 1 – DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: VISÕES CONTEMPORÂNEAS

Da efetividade da “nova lei de abuso de autoridade”: um estudo quantitativo da Lei 13.869/19 no TJ/MG

The effectiveness of “the new law of abuse of authority”: a quantitative study of Law 13.869/19 At TJ/MG

Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz e Mariana França de Oliveira e Silva..... 26

Potencialidades do materialismo histórico-dialético à crítica da dogmática penal: uma análise da culpabilidade

Potentialities of historical-dialectical materialism to the critique of criminal dogmatics: an analysis of the culpability

Bruna Rachel de Paula Diniz..... 51

Acerca da tendência de (re) normatização dos conceitos de dolo e culpa: uma reflexão acerca de aspectos relacionados ao elemento pessoal nos crimes de infração de dever

About the (re)standardization tendency of deceit and guilt: imputation in crimes of infraction of duty: a reflection about the aspects related elements of personal elements at infraction of duty crimes

Giuseppe Cammilleri Falco e Fernando Andrade Fernandes 75

As formas de intervenção delitiva nos crimes de infração de dever: uma análise sobre a posição do *extraneus*

The forms of delictive intervention on crimes of duty infringement: an analysis on the position of the extraneus

Louise Fernanda de Oliveira Dias e Fernando Andrade Fernandes 107

Hermenêutica jurídico penal e a questão do bem jurídico nos crimes contra a dignidade sexual

Criminal legal hermeneutics and the issue of the legal interest in crimes against sexual dignity

Luciano Filizola da Silva..... 137

A autoria mediata baseada nas razões operativas e auxiliares de Joseph Raz <i>The indirect perpetration based on Joseph Raz's operative and auxiliary reasons</i>	
Mathias Oliveira Campos Santos	159
Aplicação do princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória: uma análise da jurisprudência da região sul do Brasil <i>Application of the insignificance principle in predatory fishing crimes: an analysis of jurisprudence in southern Brazil</i>	
Tauana Bortolotto do Carmo e Paulo Vinicius Sporleder de Souza	180
GT 2 – DIREITO PENAL ECONÔMICO	
Dos níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna <i>The levels of enforceability of internal investigations</i>	
Anna Carolina Canestraro e Túlio Felipe Xavier Januário	215
Criptomoedas e lavagem de dinheiro <i>Cryptocurrency and money laundering</i>	
Daniele Soldatelli Ballardín	238
Criminologia 4.0 – Uma análise documental das estatísticas criminais no âmbito dos criptoativos e do cybercrime <i>Criminology 4.0 – A documental analysis of the criminal statistic in the cryptoassets and cybercrime field</i>	
Fernando Henrique Cardoso Neves e Lucas Holmes de Rezende Serrano .	273
O instrumento de <i>soft law</i> na ordem internacional e sua efetividade no combate ao crime de branqueamento de capitais <i>The soft law instrument in the international order and its effectiveness combats the crime of money laundering</i>	
Marcella Moraes Pereira das Neves Monty	295
Bitcoin como objeto material da lavagem de capitais <i>Bitcoin as a material object of money laundering</i>	
Marina Castro e Gabriele Ledermann Canteli.....	323

Apontamentos críticos sobre a viabilidade de adoção de um modelo punitivo não privativo de liberdade para a delinquência econômica no Brasil	
<i>Critical notes on the possibility of adopting a punitive model without liberty deprivation for economic delinquency in Brazil</i>	
Rafael Barros Bernardes da Silveira e Jamilla Monteiro Sarkis	346
O <i>compliance</i> como medida de enfrentamento à criminalidade penal empresarial no âmbito da administração pública	
<i>Compliance as a coping measure business criminal criminality within the public administration</i>	
Roberta Schaun	370
GT 3 – PROCESSO PENAL: DEFESA DAS GARANTIAS E LIBERDADES DEMOCRÁTICAS	
Predictive policing: a comparative perspective between countries	
Brenda Sharon Rocha Reis	390
A cadeia de custódia da prova no tráfico de drogas: relação com a política criminal atuarial	
<i>The chain of custody in drug trafficking: relationship with the actuarial criminal police</i>	
Cintia de Faria e José Flávio Ferrari Roehrig	409
Entre restrições indevidas e discricionariedade judicial: mapeamento da concessão de ofício de <i>Habeas Corpus</i> no STF no ano de 2019	
<i>Between undue restrictions and judicial discretion: mapping the Habeas Corpus granted ex officio by the STF in the year of 2019</i>	
Fernanda Apolônio Nóbrega	430
O acordo de não persecução penal como direito do imputado: uma perspectiva comparada	
<i>The non-persecution agreement as a guarantee of the defendant: a compared perspective</i>	
Jamilla Monteiro Sarkis e Rafael Barros Bernardes da Silveira	465
A ampliação do mapeamento genético induzida pela Lei n. 13.964/2019: Os impactos no processo penal e o avanço da política criminal atuarial no Brasil	
<i>The expansion of genetic mapping induced by Law n. 13.964/2019: The impacts on the criminal procedure and the advance of actuarial criminal policy in Brazil</i>	
Lucas de Souza Gonçalves	487

A (in)aplicação do princípio da presunção de inocência na fase de pronúncia nos julgamentos pelo Tribunal do Júri <i>The (in)application of the principle of the presumption of innocence in the pronounce phase in judgments by the Court of the Jury</i>	
Marcus Vinicius Berno Nunes de Oliveira e Letícia Barros de Oliveira.....	513
Investigação defensiva e a pescaria probatória no processo penal brasileiro <i>Defensive investigation and probatory fisheries in the Brazilian criminal process</i>	
Monalisa Muriel Rabelo Freire.....	543
Processo penal imediato: os linchamentos como resolução de conflito social <i>Immediate criminal process: lynching as a resolution of social conflict</i>	
Solon Pessoa Godinho Neto	571
Punindo a desinformação: um estudo crítico-comparativo acerca da criminalização das fake news <i>Punishing disinformation: a critical-comparative study about fake news criminalization</i>	
Talysson Teodoro Travassos Sanchez Rojas	593
GT 4 – ENFRENTAMENTO AO GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA	
O abolicionismo penal como método de enfrentamento ao genocídio negro <i>The penal abolitionism as a method of coping with the black genocide</i>	
Bianca Capalbo Gonçalves de Lima e Alícia Massotti Vilafranca.....	621
O <i>slave ship</i> como paradigma de análise dos aparatos de vigilância no genocídio antinegro pelo estado brasileiro <i>The slave ship as paradigm analysis of black people's genocide by the brazilian state</i>	
Elizandra Salomão e Pedro Diogo Carvalho Monteiro.....	655
O encarceramento em massa da população jovem e negra: uma análise comparada entre os estados unidos e Brasil <i>The mass incarceration of the young and black population: a comparative analysis between the united states and Brazil</i>	
Gustavo Câmara Corte Real.....	680

Política de morte: a violência policial e a atuação das milícias como faces de um mesmo Estado

Death policy: police violence and the activities of the militias as faces of the same State

Igor Frederico Fontes de Lima, José Matheus dos Santos e Rainara Vieira Araujo 715

A pátria que estupra: a produção racial da punição contra as jovens vítimas de violência sexual

The homeland that rapes: the racial production of punishment against young victims of sexual violence

Jéssica Perez Di Lorenzo 738

Necropolítica: a guerra à drogas na cidade do Rio de Janeiro

Necropolitics: drugs war in the city of Rio de Janeiro

Manuela Gonçalves Abreu Souza e Silvio Almeida 768

Violências interseccionais: mulheres negras, do passado ao presente

Intersectional violences: black women, from past to present

Marilia do Amparo Alves Gomes e Tânia Rocha de Andrade Cunha 794

A população negra, uma fração em exílio em sua própria classe

The black population, a fraction in exile in it's own class

Odair Dias Filho 816

Negros de bem: respeitabilidade e punição na imprensa negra paulista

Good black men: respectability and punishment in são paulo black press

Suzane Eulália de Castro Jardim 838

GT 5 – SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E A POPULAÇÃO LGBTQIA+

O encarceramento do corpo: a manutenção de mulheres transgênero e travestis em estabelecimentos penais masculinos

The body incarceration: the maintenance of transgender women and transvestites in male penal establishments

Beatriz Borges e Silva e Franciele Silva Cardoso 865

Transgêneros: uma análise da situação jurídica dos transexuais e travestis encarcerados à luz dos direitos humanos

Transgenders: an analysis of the legal situation of transsexuals and transvestites incarcerated in light of human rights

Beatriz Luchetta Garcia 896

Violência lesbofóbica e interseccionalidade: reflexões críticas sobre a ideia de criminalização

Lesbophobic violence and intersectionality: critical reflections on the idea of criminalization

Else Freire de Castro Amorim e Francisco de Assis de França Junior..... 928

A problemática envolta no cumprimento da pena privativa de liberdade por transgêneros

The problematic that surrounds serving the sentence of deprivation of liberty by transgender people

Giulianna Elisa Rodrigues Schiavon..... 956

A concessão de medidas protetivas de urgência às mulheres trans vítimas de violência de gênero

The concession of urgency protective measures to transsexual women victims of gender violence

Maria Tereza Orestes Taliberti e André Luis Jardini Barbosa 987

O procedimento administrativo disciplinar como controle de gênero: estudo de caso dos PADs de trans e travestis na Ala GBT+ da Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria

The disciplinary administrative procedure as gender contr: case study of trans and transvestite pads in the GTB+ wing of the penitentiary Professor Jason Soares Albergaria

Regina Geni Amorim Juncal, Emanuella Ribeiro Halfeld Maciel e Ísis Alvim Machado Faria 1011

A privacidade como limite à criminalização da homossexualidade: uma análise crítica de casos paradigmáticos

Privacy as a limit to the criminalization of homosexuality: a critical analysis of paradigmatic cases

Vinícius Novo Soares de Araújo..... 1041

GT 6 – CRIMINOLOGIA: DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

O acordo de não persecução penal e a obstinada seletividade penal

The non-persecution agreement and the obstinate criminal selectivity

Amanda Souza Batista 1066

A advocacia dos encarcerados: em tempos de pandemia, quem cuida dos interesses políticos dos que não votam?

Encarcerated's advocacy: in the midst of a pandemic virus, who takes care of the political interest of the ones who do not vote?

Beatriz Iuane Santos Silva e Bruna Rafaela de Santana Santos 1083

Causas do persistente silenciamento das mulheres vítimas de violência no Brasil: breve aproximação

Causes of the persistent silencing of women victims of violence in Brazil: brief approach

Daniela Caramati de Souza Fonseca 1115

Intervenção penal em condutas motivadas por discriminação homotransfóbica

Criminal intervention in hateful conducts against LGBT people

Ian Matozo Especiato 1137

Bloqueio de corridas pela Uber: prevenção contra crimes ou criminalização da pobreza?

Order blocking by Uber: crime prevention or criminalization of poverty?

Karina Barbosa de Lima 1165

O dever de sigilo de mediadores e conciliadores: limites penais e civis para a concretude do acesso ao sistema de justiça

The duty of confidentiality of mediators and conciliators: criminal and civilian limits for concreteing access to the justice system

Letícia Prazeres Falcão e Fernando Vinícius Rezende Linhares 1195

Sistema prisional: encarceramento em massa de negros no Brasil – reflexões para o século XXII

Prison system: mass packing of blacks in Brazil – reflections for the XXII century

Lucas Augusto Tomé Kanno Vieira, Beatriz Vilela de Ávila e Vítor Gabriel Carvalho 1215

A criminologia crítica como método de estudo interdisciplinar do fenômeno criminoso

Critical criminology as a method of interdisciplinary study of the criminal phenomenon

Paola Cristina Silva Oliveira 1244

Políticas públicas de reduções de danos: o programa “fazendo justiça” no Brasil e seus esforços no combate ao encarceramento preventivo

Prisons public policies: the justiça presente program in Brazil and its efforts in combating preventive incarceration

Taiguara Libano Soares e Souza e Helena Rocha Matos 1273

GT 7 – JUSTIÇA JUVENIL

A internação compulsória e a psiquiatrização da juventude no Brasil

Compulsory treatment and psychiatrization of youth in Brazil

Alana Katiúscia Schütz da Silva e Ney Fayet de Souza Junior 1309

Asfixia coletiva: o impacto das disputas entre o estado e os grupos criminais nas trajetórias de adolescentes moradores de periferias

Social asphyxia: the impact of disputes between the state and criminal groups over the trajectories of teenagers from the periphery

Clarice Beatriz da Costa Söhnngen e Ivana Oliveira Giovanaz..... 1330

A produção da sociologia sobre a justiça juvenil

The production of sociology on juvenile justice

Fernando Salla e Raphaela da Silva Correa e Gabriel Augusto de Carvalho Sanches 1351

Semiliberdade às avessas: um estudo sobre a medida socioeducativa de semiliberdade durante o período da pandemia do Covid-19 na cidade de Belo Horizonte/Minas Gerais

Semiliberity to adverses: a study on the socio-educational measure of semiliberity during the Covid-19 pandemic period in the city of Belo Horizonte/Minas Gerais

Isadora Costa Saraiva..... 1368

A responsabilização do estado brasileiro por violação dos direitos humanos de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa restritiva de liberdade

The international responsibility of the brazilian state for violation of the human rights of adolescents in compliance with restrictive socio-educational measure of freedom

Josué Justino do Rio e Marina Perini Antunes Ribeiro 1389

O lúdico é matar: homicídio de jovens no estado de Roraima em 2018

The ludic is killing youth homicide in the state of Roraima from 2018

Ketiane Guerreiro e Gilmar Pinheiro de Andrade e Regys Odlare Freitas 1417

A possível aplicabilidade do instituto jurídico da *coculpabilidade* de maneira mitigada aos atos infracionais

The possible applicability of the legal institute of coculpability in a mitigated manner to the infractions

Lucas Bécsi Valiengo e Luiz Felipe Bragança Petri..... 1439

Roubo e motivação: um estudo sobre os adolescentes em conflito com a lei

Theft and motivation: a study on adolescents in conflict with the law

Luciana Souza Borges Herkenhoff e Natália Vieiras Dalla Bernardina 1463

A atuação dos tribunais de justiça estaduais no sistema socioeducativo em contexto de pandemia

The performance of state justice courts in the socio-educational system in the context of a pandemic

Marcos César Alvarez, Gabriel Augusto de Carvalho Sanches e Raphaela da Silva Correa 1495

A busca pela autodeterminação em meio à violação de direitos: adolescentes criminalizados e projeto de vida

The search for self-determination in a right violation context: criminalized adolescents and life purpose

Marina Scaramuzza Bressan e Ana Maria Klein 1513

Dois pesos, muitas medidas: controles do estado a adolescentes em medida socioeducativa de internação na cidade de São Paulo

Two weights, many measures: state controls to adolescents in socio-educational internment penalty in the city of São Paulo

Matheus de Fernando Cequini Pereira 1536

Fragilidades expostas: sistema socioeducativo em pandemia

Exposed fragilities: social-educational system in the pandemic

Mayara Silva de Souza e Letícia Carvalho Silva 1566

Adolescência, drogadição e o ato infracional, há relação?

Adolescence, drug addiction and the offense, is there a relationship?

Vívian Lima de Amorim e Lucas Ciccio Ribeiro 1598

GT 8 – GÊNERO, DISPOSITIVOS JURÍDICOS E SOCIAIS

Femigenocídio e necropolítica: os corpos que não importam

Femigenocide and necropolitics: bodies that do not matter

Amanda Caroline Generoso Meneguetti 1620

O estigma da mulher tatuada no cárcere: aprisionamento além do encarceramento

The stigma of women tattooed in prison: imprisonment beyond incarceration

Anne Augusta Rocha Simões, Maria Eduarda Verissimo de Amorim, Mayla Mayara Sabino de Carvalho e Thácylla Jéssyka Leal Dantas 1639

Gêneros, vulnerabilidades e opressões: um estudo a partir da teoria da interseccionalidade e da obra navalha na carne, de Plínio Marcos

Genders, vulnerabilities and oppressions: a study through the intersectionality's theory and Plínio Marcos' play entitled navalha na carne

Julia de Albuquerque Barreto e Lucas Henrique De Lucia Gaspar 1661

A construção do estereótipo da mulher criminosa: da caça às bruxas à institucionalização de mulheres histéricas nos manicômios do Século XX

The construction of the stereotype of criminal woman: from the witch hunt to the institutionalization of historic women in the manicomes of the 20th century

Larissa de Melo Itri 1684

A incompreensão da qualificadora do feminicídio: a imputação conjunta com o motivo torpe

Letícia Santos Dezorzi..... 1714

O feminicídio e a deturpação do amor

The femicide and the deturpation of love

Marcela Helena Petroni Pinca 1740

As Ponciás de cada cela: considerações acerca da situação prisional das mulheres no Brasil à luz da ADPF 347

Ponciás in each cell: considerations about the women's prison situation in Brazil according to ADPF 347

Maria Adélia Gomes Correia de Melo e Olga Julliana Oliveira de Farias ... 1767

Pensar nas mulheres indígenas: atravessamentos conceituais sobre violências, feminismos e decolonialidade

Thinking about indigenous women: conceptual crossings on violences, feminisms and decoloniality

Ricardo Damasceno Moura 1788

Corpos nus, “locus fraturado”: diálogos entre o “sistema moderno-colonial” de gênero e a institucionalização da violência obstétrica no Brasil

Naked bodies, “fractured space”: dialogues between the “modern-colonial gender system” and the institutionalization of obstetric violence in Brazil

Rosa Maria Zaia Borges e Jackeline Caixeta Santana 1806

Mulheres, encarceramento e direito à saúde: (des)construção de direitos sociais e apenas no maranhão

Women, jars and the right to health: (de)construction of social rights and just in maranhão

Viviane Freitas Perdigão Lima, Renata Caroline Pereira Reis e Thiago Allisson Cardoso de Jesus 1832

GT 9 – GRUPOS DE ESTUDO, PESQUISA E EXTENSÃO

Criminologia positivista na república velha (1889-1930) e seus impactos na construção da cidadania brasileira

Positivist criminology in old republic (1889-1930) and its impacts on the Brazilian citizenship

Ana Julia Pozzi Arruda..... 1859

Violência e homofobia: perspectivas sobre Alagoas

Violence and homophobia: perspectives about Alagoas

Else Freire de Castro Amorim e Dr. Hugo Leonardo Rodrigues Santos 1886

Participação e violência política: uma discussão sobre lideranças negras no Rio de Janeiro

Participation and political violence: a discussion on black leadership in Rio de Janeiro

Igor Novaes Lins 1919

A questão criminal no estado neoliberal brasileiro: apontamentos da criminologia crítica diante do Estado de exceção

The criminal issue in brazilian neoliberal state: notes of critical criminology on State of exception

João Vitor Lovato Sichieri e Felipe Gomes Mano 1936

O perigo que vem do céu: impactos do uso de aeronaves nas operações policiais no estado do Rio de Janeiro

The danger that comes from sky: impacts of aircraft use on police operations in the state of Rio de Janeiro

Lorraine Vicente dos Santos Pereira e Juliana Sanches Ramos..... 1963

A iniciativa instrutória do juiz nos sistemas processuais penais: a divergência doutrinária e reflexos da Lei 13.964/19

The probative initiative of the judge in the criminal procedure systems: doctrine divergence and Law 13.964/2019 reflexes

Matheus Léo Pereira Badaró Duarte e Marina de Almeida Mattos 1996

As dificuldades na concessão de benefícios na execução penal: análise dos sistemas brasileiro, português e espanhol

The difficulties of the granting of benefits in the criminal sentence: implementation: analysis between the brazilian, portuguese and spanish legal systems

Millena Gêmero 2027

A seletividade do sistema penal brasileiro na criminalização da população negra

The selectivity of the brazilian penal system in criminalizing the black population

Tiago Ferreira Ferreira..... 2061

GT 1

Dogmática jurídico-penal: visões contemporâneas

Apresentação oral

**DA EFETIVIDADE DA “NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”:
UM ESTUDO QUANTITATIVO DA LEI 13.869/19 NO TJ/MG**

*THE EFFECTIVENESS OF “THE NEW LAW OF ABUSE OF AUTHORITY”:
A QUANTITATIVE STUDY OF LAW 13.869/19 AT TJ/MG*

Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz

Mestre pela UFMG. Professora de Direito Penal na Faculdade Milton Campos.

Procuradora do Estado de MG.

E-mail: apdiniz@terra.com.br

Mariana França de Oliveira e Silva

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Milton Campos, 5º período. Especialista em Medicina do Trabalho pela FCMMG. Pós-graduada em Cirurgia Geral, pelo CBC.

Médica pela UFMG.

E-mail: marianahappy.rt@gmail.com

Resumo: Este artigo pretende discutir a efetividade da Lei 13.869/19 relacionado os achados de pesquisa jurisprudencial, realizada no portal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 22 de fevereiro de 2020, a aspectos que se destacam na redação do novo dispositivo, na sua formação, bem como nos avanços que esse diploma representou em relação ao anterior, a Lei 4.898/65. Destacar-se-ão alguns pontos, tais como: a demanda pela presença do elemento subjetivo específico para que se configure o crime de abuso de autoridade, o conceito de autoridade aplicável à norma e o tipo penal aberto. Além da pesquisa jurisprudencial foi realizada revisão bibliográfica da doutrina e da produção legislativa aplicada, com enfoque nos relatórios da Comissão de Constituição e Justiça. Como resultado da pesquisa jurisprudencial foram analisadas as fundamentações de 23

acórdãos e em nenhuma delas, os relatores identificaram existência de crime de abuso de autoridade. Tendo em vista os aspectos observados ficou claro tanto a necessidade de uma nova lei que abordasse os crimes de abuso de autoridade, quanto ficaram justificados aspectos da norma que, por vezes, dificultam a sua efetividade, mas que protegem a autoridade que atua no exercício regular de sua atividade.

Palavras-chave: Lei 13.869/19; Nova lei de abuso de autoridade; Elemento subjetivo específico; Tipo penal aberto, Lei 4.898/64.

Abstract: This article aims to discuss the effectiveness of Law 13,869/19 related to the findings of jurisprudential research, carried out on the website of the Court of Justice of Minas Gerais on February 22, 2020, to aspects that stand out in the wording of the new provision, in its formation, as well as in the advances that this diploma represented in relation to the previous one, Law 4.898/65. Some points will be highlighted, such as: the demand for the presence of “the specific subjective element” to configure the crime of abuse of authority, the concept of authority applicable to the rule and “the open criminal type”. In addition to the jurisprudential research, a bibliographic review of the doctrine and applied legislative production was carried out, focusing on the reports of the Constitution and Justice Commission. As a result of the jurisprudential research, the foundations of 23 judgments were analyzed and in none of them, the rapporteurs identified the existence of a crime of abuse of authority. In view of the aspects observed, it became clear both the need for a new law to address the crimes of abuse of authority, and justified aspects of the rule that sometimes hinder its effectiveness, but which protect the authority that acts in regular exercise of your activity.

Keywords: Law 13,869/19; New Law of Abuse of Authority; The specific subjective element; The open criminal type; Law 4.898/65.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a efetividade da Lei 13.869/19, a chamada “Nova Lei de Abuso de Autoridade”, a partir dos achados em pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 22 de fevereiro de 2020. Foram encontrados 38 espelhos de acórdãos, utilizando-se como entrada as palavras: lei E n. 13.869. Dentre

os achados, 15 acórdãos não se aplicavam ao trabalho em questão, sendo referentes à lei estadual: Lei 13869/2001. Foram analisados, portanto, 23 decisões e, em nenhuma delas, os relatores identificaram existência de crime de abuso de autoridade.

Tão alardeada pela mídia e atropelada por disputas políticas a Lei 13.869/19 entrou em vigor em 03 de janeiro de 2020, revogando dispositivo anterior, a Lei 4.898/65. A polêmica que envolve a Lei 13.869/19 pode confundir um expectador menos atento. O cenário político brasileiro tem sido marcado por uma polarização, que teve início com o processo de redemocratização, e vem se intensificando, nos últimos anos. Foi nesse cenário que a Lei 13.869/19 foi sancionada, sendo considerada, por muitos, como uma represália à “operação lava jato”. Ocorre que esse não é um ponto de vista unânime. Nucci (2020) inicia a sua análise da Lei 13.869/19 destacando, em sentido oposto ao divulgado pela imprensa, que a nova lei, na verdade, protege a autoridade no exercício de sua função. O autor pondera que a Lei 13.869/19 trouxe progressos importantes em relação à legislação anterior, que havia sido editada ainda no período da ditadura militar. Na Lei 4.898/65, os tipos penais eram muito abertos e não havia referência ao elemento subjetivo específico. É fato, porém, que o tipo penal aberto ainda está presente, em grande medida, na Lei 13.869/19. Discutir-se-ão, portanto, as nuances que envolvem esse tipo penal, observando os riscos de excessiva subjetividade e, como contraponto, destacar-se-á, também, a faculdade desse tipo penal enquanto aspecto capaz de garantir liberdade de interpretação para o operador do direito.

Outra questão teórica central a ser analisada é a que envolve o disposto, já no art. 1º da Lei 13.869/19, Brasil (2019), o dolo específico. Todas essas questões abarcam os principais pontos destacados no relatório da Comissão de Constituição e Justiça (2017), que teve como a preocupação primordial evitar que a nova legislação previsse o crime de hermenêutica. E são, também, essas questões que vão balizar as discussões a respeito da efetividade da Lei 13.869/19, a partir da observação dos resultados encontrados na busca jurisprudencial realizada.

Os achados desse trabalho apontam no sentido de reconhecer uma dificuldade de aplicabilidade da Lei 13.869/19. Contudo, é de suma importância compreender as limitações que se apresentam para que a chamada Nova Lei de Abuso de Autoridade seja efetiva, na medida em que é fundamental garantir os limites da intervenção penal na

esfera individual. Como afirma Foucault (1979), a autoridade pode buscar a verdade, mas é certo que apresenta limites muito tênues entre o seu exercício necessário e o abuso.

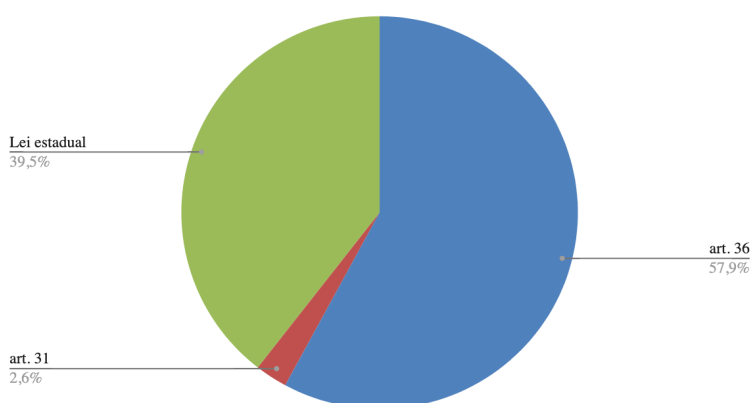
1. OS ACHADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A Lei 13.869/19 define os crimes de abuso de autoridade lastreando a sua ocorrência à presença do elemento subjetivo específico, delimitando, o seu sujeito ativo e mitigando o risco de ocorrência do crime de hermenêutica. Trata-se de uma conceituação, para os crimes de abuso de autoridade, que amplia o sujeito ativo e o próprio conceito de autoridade, aplicáveis à norma, estendendo, sobremaneira, as possibilidades de sua aplicação em comparação ao dispositivo revogado, a Lei 4.898/65.

Com o objetivo de discutir a efetividade da nova lei foi realizada pesquisa, ilustrado pelo gráfico 1, jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 22 de fevereiro de 2020. Este levantamento quantitativo foi suportado por revisão bibliográfica da doutrina e da produção legislativa aplicada, com enfoque nos relatórios da Comissão de Constituição e Justiça.

Gráfico 1 – Análise quantitativa

TJ/MG 22/02/2020



Quadro 1 – Pesquisa jurisprudencial

- Pesquisa livre de acórdãos
- Entrada: lei e nº 13.869
- 38 espelhos de acórdãos
- 15 não se aplicam - Lei estadual

23 decisões

Fonte: Elaborado pelo autor, 2020.

Fonte: Elaborado pelo autor, 2020.

A pesquisa jurisprudencial foi realizada por meio eletrônico, utilizando-se o portal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no campo Pesquisa Livre de Acórdãos. As

entradas foram lei e n.13.869, e não houve limitação temporal, conforme Quadro 1. Como resultado foram obtidos 38 espelhos de acórdãos. Destes, 15 não se aplicam ao estudo que ora se apresenta, porque tratam de lei estadual, a Lei 13.869/2001. Foram analisados, portanto, 23 decisões e, em nenhuma delas, os relatores identificaram existência de crime de abuso de autoridade. Dentre os 23 julgados, 22 tratavam a respeito do artigo 36 e 1 decisão tratava do artigo 31 da Lei 13.869/19.

Contudo, o recorte objetivo da pesquisa jurisprudencial proposta não diz respeito ao artigo da lei abordado em cada acórdão, e sim, à análise da fundamentação das decisões. A par de especificidades presentes em cada situação, o exame das fundamentações demonstrou que, além de em nenhum dos casos restar configurado o crime de abuso de autoridade, em todos eles foi demandada a exigência da presença do elemento subjetivo específico.

A partir da observação dos dados da análise quantitativa, realizada através da pesquisa jurisprudencial, foram elencadas questões, acerca da Nova Lei de Abuso de Autoridade, com o propósito de discutir os achados procedendo-se a análise qualitativa. Seguem-se as discussões para que, ao final das mesmas, seja possível ponderar sobre a efetividade da Nova Lei de Abuso de Autoridade.

2. O CONCEITO DE AUTORIDADE

A Lei 13.869/19 versa a respeito dos crimes de abuso de autoridade, dessa forma, se faz necessário conceituar a palavra autoridade. Assim, antes de avançar o estudo proposto, acerca da Nova Lei, é adequado proceder uma observação breve sobre o entendimento de autoridade e o seu caráter dinâmico, se alterando em resposta aos movimentos de configuração e comportamento da sociedade.

A obra Vocabulário Jurídico, de Plácido e Silva, conceitua o termo relacionado-o com o poder, descrevendo as possibilidades de entendimento do vocábulo por dois caminhos: autoridade como pessoa que detém o poder ou a autoridade como o próprio poder.

Autoridade. Termo derivado do latim *auctoritas* (poder, comando, direito, jurisdição), é largamente aplicado na terminologia jurídica como poder de comando de uma pessoa, o poder de jurisdição ou o direito que se assegura a outrem para praticar determinados atos relativos a pessoas, coisas ou atos.

Desse modo, por vezes a palavra designa a própria pessoa que tem em suas mãos a soma desses poderes ou exerce uma função pública, enquanto, noutros casos, assinala o poder que é conferido a uma pessoa para que possa praticar certos atos, sejam de ordem pública, sejam de ordem privada. (SILVA, 2016, p.177)

A relação entre autoridade e poder é também o entendimento de Alain Renault sobre o tema, embasando o seu posicionamento no processo histórico de formação das sociedades modernas. O autor direcionou o seu olhar para as relações de poder que permearam o processo de transformação social através dos tempos para discutir o seu significado de autoridade nos dias atuais. Na medida em que as liberdades individuais ganharam importância crescente, marcadamente após a Revolução Francesa, a autoridade passou a encontrar obstáculos para ser exercida. Como haveria autoridade entre iguais? Decorre deste impasse, a justificativa para a associação entre autoridade e poder, como situação que viabiliza o exercício dessa autoridade, sem a qual a vida em sociedade seria apenas uma possibilidade ficcional. Vai permitir a dominação sem o uso da violência. Para Renault (2004, p. 32), portanto, “não há autoridade sem poder”. O poder permite o exercício da autoridade, e a autoridade, por sua vez, aumenta esse poder. Renault destaca, a partir da etimologia do termo autoridade essa relação com o poder:

Onde os gregos não tinham forjado nenhum termo correspondente a uma tal noção e se tinham limitado a falar do poder, a *auctoritas* é o termo que os romanos criaram, derivando-o do verbo que significava “aumentar” (*augere*), para exprimir o que, no quadro de uma relação de poder (*protestas ou imperium*), pode produzir um “aumento” desse poder (RENAUT, 2004, p. 33).

Assim, o recurso à autoridade intervém quando um poder, por razões diversas, tem necessidade, a fim de cumprir eficazmente a função que é sua e de obter obediência daqueles sob quem se exerce, de acrescento de justificação ou de fundamentação: quando precisa, poderíamos dizer de um “superpoder” que não pode consistir simplesmente em juntar-lhe mais um poder, mas sim, em modificar a natureza ou o próprio teor desse poder (RENAUT, 2004, p. 34).

Contudo, conceituar autoridade a partir de sua, suposta, relação direta com o poder, com o exercício do poder, para o exercício do poder. Está longe de ser um consenso. Hannah Arendt, em seus estudos sobre o assunto, tem posição diversa. Para a autora esta relação direta entre autoridade e poder pressupõe considerá-los, ambos, como tendo a mesma função, o que seria um equívoco, “o que quer que preencha a mesma função pode, conforme tal ponto de vista, ser englobado sob a mesma denominação” (ARENDR, 2001, p. 139-140). Sampar e Fachin (2016), em seu trabalho Poder e Liberdade em Hannah

Arendt, explicam a compreensão de poder de Arendt relacionando ao que a autora denominou como agir em concerto. De acordo com os autores, Sampar e Fachin (2016, p. 68), para Arendt o poder se expressa: “1) como um instrumento de violência e imposição – forma de pensar que, a seu ver, desnatura o real significado da expressão; 2) o poder visto como fim em si mesmo, erigido sobre a ação conjunta das pessoas.” E é neste segundo sentido que se daria o agir em concerto, a união das pessoas fazendo surgir o poder que depende desse coletivo. Diferentemente do que se dá com a autoridade.

A relação autoritária entre o que manda e o que obedece não se assenta nem na razão comum nem no poder do que manda; o que eles possuem em comum é a própria hierarquia, cujo direito e legitimidade ambos reconhecem e na qual ambos tem seu lugar estável predeterminado (ARENDT, 2001, p. 129).

Dessa forma Arendt descola as ideias de poder e autoridade, justificando-se esta independência, na medida em que, poder e autoridade, apresentam funções diversas entre si. Para a autora, a autoridade se efetiva a partir da legitimidade. Se, para Aristóteles, a autoridade era natural, “há, por ação da natureza e para a manutenção das espécies, um ser que manda e outro que obedece. Aquele que não tem senão a força física para executar deve, obrigatoriamente, obedecer e servir.” (ARISTÓTELES, 2004, p. 12). Essa condição foi sendo subvertida no transcurso da história ocidental. Principalmente com a alteração nas relações interpessoais e com a mudança de perspectiva sobre a valoração do indivíduo. Já nos referimos, anteriormente, ao papel central das revoluções políticas do séc. XVIII, em especial da Revolução Francesa, nessa mudança de paradigma. Em Estados que pressupõe a igualdade entre os homens não é razoável pensar no exercício da autoridade injustificada, ou, ainda pior, através da subjugação pelo uso da força.

Não é objetivo deste trabalho pormenorizar toda a complexidade que envolve as relações de poder e autoridade na sociedade atual. Todavia, pode-se pontuar que a construção da autoridade não conseguiu se desvencilhar por completo das expressões de poder, ainda que a legitimidade seja uma das bases do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a partir da percepção da extensão dos embates doutrinários que buscam explicar a autoridade nas suas inúmeras acepções, pode-se compreender a necessidade de elaboração de uma norma que viesse substituir a Lei 4.898/65 trazendo uma abordagem mais condizente com o país pós redemocratização e com a matéria abuso de

autoridade. A Lei 9.784/99, por exemplo, que trata do processo administrativo no âmbito da administração federal, apresenta um conceito de autoridade, art. 1º, III – “autoridade – o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.” (BRASIL, 1999, p.1). Este conceito, entretanto, se mostra limitado para abranger todo o espectro de possibilidades que se aplicam aos crimes de abuso de autoridade.

Daí, destaca-se a decisão acertada do legislador ao adotar um conceito amplo para autoridade na Lei 13.869/19.

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I – servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II – membros do Poder Legislativo; III – membros do Poder Executivo; IV – membros do Poder Judiciário; V – membros do Ministério Público; VI – membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo. (BRASIL, 2017, p.30b)

Ainda que Arendt tenha discutido profundamente os desdobramentos de se relacionar autoridade e poder, incorrendo no equívoco de associar esse conceito com violência e dominação a Lei 13.869/19 parece haver adotado esse caminho conceitual.

Por trás da aparente confusão subjaz a firme convicção à luz da qual todas as distinções seriam, no melhor dos casos, de pouca importância: a convicção de que o tema político mais crucial é, e sempre foi, a questão sobre “quem domina quem”. Poder, vigor, força, autoridade e violência seriam simples palavras para indicar os meios em função dos quais o homem domina o homem; são tomados por sinônimos porque têm a mesma função. (ARENDR, 2009, p. 60).

A que se observar o contexto no qual está inserido o conceito de autoridade aplicado à Nova Lei de Abuso de Autoridade. Neste caso, o objeto da norma é o crime de abuso de autoridade. Entende-se, pois, que o agente, ao cometer o crime, associa poder e autoridade, já que aventa a possibilidade de utilizar de sua condição para benefício próprio ou para prejudicar outrem. Por isso, uma norma que vise coibir o crime de abuso de autoridade não poderia adotar conceito de autoridade apartado das relações de poder.

3. A LEI 4.898/65 E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

A Nova Lei de Abuso de Autoridade revogou a Lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965, que tratava a respeito dos crimes de abuso de autoridade. A Lei 4.898 foi criada durante o período da ditadura militar. A sua forma de abordar o abuso de autoridade não se aproximava do ideário construído com o Estado Democrático de Direito após o processo de redemocratização. Dessa forma, se fazia necessária uma revisão da Lei 4.898/65, em especial após a promulgação da Constituição de 1988.

A Lei 4.898/65 não inaugurou as discussões a respeito dos crimes de abuso de autoridade no Brasil. De acordo com Cogan e Silva (2019, p. 276), “antes mesmo da independência, o Príncipe Regente D. Pedro I decretou, em 23 de maio de 1821, medida visando proteger a liberdade dos súditos”. A medida visava proteger os súditos, entre outras questões, das autoridade, governadores, juízes criminais e magistrados, que abusavam de seu poder mandando prender pessoas por “mero arbítrio”, ainda que não se fala-se, diretamente, na expressão “abuso de autoridade”. A expressão “abuso de autoridade” já se fazia presente, contudo, no Código Criminal do Império, a Lei de 16 de dezembro de 1830, (COGAN; SILVA 2019, p. 277) “abuso de poder”, entendido como uso de poderes legais contra “interesses públicos” ou em “prejuízo de particulares”, seria crime.

Apesar das leis 4.898/65 e 13.869/19, ambas tratarem dos crimes de abuso de autoridade, há diferenças profundas no tratamento dado à matéria em cada um dos dispositivos. Isso se observa, primeiro porque os contextos de promulgação são diferentes, conforme mencionado, mas também porque o legislador procurou tentar corrigir erros apontados na lei de 1965. De acordo com Nucci (2019, p. 1) “a lei anterior, editada na época da ditadura militar, carecia de reforma integral, adaptando-se aos tempos atuais. (...) os tipos penais da lei 4.898/65 eram muito mais abertos e não taxativos do que o cenário ofertado pela lei 13.869/19”. O dispositivo, redigido à época da ditadura, trazia a previsão de criminalização para os abusos por parte das autoridades, mas o fazia de uma forma tão vaga que tornava o dispositivo, praticamente, inócuo.

A Lei n. 4.898/65 e a Lei n. 13.869/19, apesar de versarem sobre o mesmo assunto, com previsões acerca da configuração dos delitos de Abuso de Autoridade, têm características próprias quanto a forma que o fazem, já que refletem as épocas em que foram criadas. A primeira tem sua origem em 09 de dezembro de 1965, pouco mais de um ano após o Golpe Militar de 1964, que iniciou

um grande período de Ditadura Militar no Brasil, e representou uma tentativa de demonstrar que o então Governo puniria aqueles que abusassem de suas atribuições (SOUZA, 2020, p.2).

A Lei 4.898/65 não representava mais do que um mecanismo de propaganda para o governo militar. Como explicam Capez e Robert (2020) A Lei 4.898/65 era uma "Legislação simbólica e ineficaz (...) apenas para dar a impressão de que o regime de exceção instalado não toleraria abusos. Suas penas insignificantes não conferiam proteção eficiente ao cidadão contra as arbitrariedades cometidas pelos agentes públicos durante a ditadura" (CAPEZ; ROBERT, 2020, p.1).

Dessa forma, era clara a necessidade de rever o tratamento conferido aos crimes de abuso de autoridade. Apesar das diversas abordagens sobre a matéria, ao longo da história do Brasil, os diplomas não haviam sido capazes de estabelecer um conjunto normativo que trata-se a questão à contento. Assim, em setembro de 2019 é promulgada, e, em janeiro de 2020 entra em vigor, a Lei 13.869/19, a chamada "Nova Lei de Abuso de Autoridade".

Ainda que haja questionamentos a respeito do novo diploma, tanto no tocante às razões que levaram a sua promulgação, quanto a questões técnicas como a presença de tipos penais abertos ou a espécie de ação penal, pública condicionada à representação do ofendido, em regra, por exemplo, é certo que a nova lei representa um avanço importante em relação ao texto anterior. É bem verdade que já havia inúmeras tentativas de coibir o cerceamento da liberdade do indivíduo através do abuso de autoridade, ao longo do processo histórico brasileiro, mas, foi apenas com a promulgação da Lei 13.869/19 que o crime de abuso de autoridade foi tipificado com cominação de pena privativa de liberdade.

De um modo geral, a nova lei é melhor do que o diploma revogado, tem maior precisão técnica e protege de forma mais eficaz o cidadão contra incursões autoritárias, além de proteger a discricionariedade do julgador dentro das hipóteses legais, não tipificando condutas culposas e exigindo o fim especial de prejudicar, excluindo a ilegalidade praticada por desconhecimento ou equivocada interpretação da lei (CAPEZ; ROBERT, 2020, p.3).

Trata-se de norma extensa. A Nova lei de Abuso de Autoridade se compõe de 45 artigos divididos em oito capítulos, a saber: Capítulo I – Disposições Gerais, Capítulo II – Dos Sujeitos Do Crime, Capítulo III – Da Ação Penal, Capítulo IV – Dos Efeitos Da Condenação e Das Penas Restritivas De Direitos, Capítulo V – Das Sanções De Natureza Civil e Administrativa, Capítulo VI – Dos Crimes e Das Penas, Capítulo VII

– Do Procedimento e Capítulo VIII – Das Disposições Finais. Eles abordam, desde os sujeitos ativo e passivo, a tipificação dos crimes e cominação das penas, até aspectos processuais, influenciando, também, diferentes áreas do ordenamento jurídico brasileiro como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da OAB.

4. O PROCESSO LEGISLATIVO

Sancionada em meio a um cenário de polarização política, a Lei 13.869/19 foi acusada de colocar em risco o trabalho de combate à corrupção no Brasil, na medida em que implicaria em cerceamento da atuação das autoridades envolvidas nos processos de grande repercussão.

A polarização política remonta às Revoluções Liberais do séc. XIX, mas, no Brasil, passa a ganhar maior relevância com o processo de redemocratização.

Após ter ocupado, desde a Revolução Francesa e ao longo dos séculos XIX e XX, um papel central como sistema classificatório de partidos políticos, a escala esquerda-direita passa, nas últimas duas décadas, por uma reavaliação de seu potencial explicativo. O surgimento das questões pós-materialistas, a queda do muro de Berlim e o colapso da União Soviética impactam profundamente o cenário político internacional, contribuindo com uma sensação crescente de indiferenciação dos partidos políticos. (...) Também no Brasil, se identifica claramente esta sensação de crescente indiferenciação ideológica entre os principais partidos políticos, tanto no nível do senso comum e no discurso dos próprios políticos, quanto nos discursos jornalísticos. (TAROUCO; MADEIRA, 2011, p. 172)

Desde meados da década de 70 até a Constituição de 1988 o país assistiu ao final da Ditadura Militar com um processo de redemocratização “lento e gradual” como determinado pelo próprio governo Geisel. Esse processo se deu com a ascensão dos movimentos sociais, contudo de uma forma muito tímida.

No Brasil ocorreu, em linhas gerais, a permanência na política e em postos do governo de figuras de destaque durante o regime autoritário. (...) A transição brasileira teve (...) a vantagem de não provocar grandes abalos sociais. Mas teve também a desvantagem de não colocar em questão problemas que iam muito além da garantia de direitos políticos à população (FAUSTO, 2015, p. 447).

A partir deste pequeno histórico compreendemos que a formação do cenário político brasileiro, construído com o processo de redemocratização, já apresentava tendência à polarização com o advento dos partidos ligados aos movimentos de esquerda, em oposição à direita representando a situação, quem exercia o poder durante o período da ditadura militar. Acontece, contudo, que o panorama partidário no Brasil, por inúmeras questões que não cabem no espaço breve deste trabalho, é marcado por instabilidades, já que a troca entre os partidos é a regra. Assim, a identificação da população tende a se dar com um grupo, ou um político, em especial, e não com um partido específico, de maneira geral. Favorecem esse processo as coligações partidárias e o presidencialismo de coalizão, como fatores que tornam ainda mais imprecisas as fronteiras partidárias.

Somou-se a esse quadro um aspecto novo: a força popular passou a ser considerada como um fator de peso no cenário político, não mais apenas como uma massa de eleitores. Em 2013 eclodem as manifestações populares organizadas através das mídias sociais. As manifestações, de repercussão internacional, tiveram início com o Movimento Passe Livre (MPL) após aumentos de passagens de ônibus, mas esse foi apenas o início. É certo que essa não foi a primeira vez que o país assistiu a um movimento amplo de participação popular, isso já havia ocorrido, por exemplo, com o Movimento pelas Diretas Já ou com o Fora Collor. Contudo, as manifestações populares de 2013 guardam importantes especificidades em relação aos movimentos que as antecederam. O movimento de 2013 transcendeu a ideologia partidária sendo organizado, de forma espontânea, pela própria população. E, a medida que mais pessoas se mobilizavam havia espaço para a ampliação do movimento, outras demandas, as mais diversas, eram incorporadas. Todavia, ainda que a diversidade de demandas, categorias e classes sociais fosse a regra, persistiu a polarização, mas agora com um viés predominantemente econômico social.

Desde junho de 2013 temos algo de extraordinário ocorrendo nas lutas sociais e políticas do Brasil. Sindicatos, partidos de esquerda e movimentos populares foram, em geral, surpreendidos por um movimento de massas que despertou muita curiosidade, esperança, desconfiança e incertezas sobre o seu caráter, sua natureza, seu rumo, suas reivindicações, seu programa, suas formas organizativas e sua capacidade de mobilização. Sem dúvida temos um novo cenário na luta de classes, marcado por muitas mobilizações, com distintas pautas e convocadas por pessoas, grupos, coletivos e organizações que não conseguem muitas vezes dialogar entre si sobre o que fazer, como fazer e para onde direcionar toda a energia e indignação de um setor da sociedade que foi para as ruas de

todo o país lutar por transformações econômicas, sociais, políticas e culturais (BUZETTO 2013, p. 125 – 12).

Dentre os inúmeros questionamentos a corrupção era assunto recorrente nas manifestações pelo país. Então, ainda sob o calor dos acontecimentos de 2013, tem início uma ação da Polícia Federal, sem precedentes na história do país, a Operação Lava Jato.

A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação já apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos. O caso se expandiu e, hoje, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avança em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos irregulares celebrados com governos estaduais

Atualmente, a operação conta com desdobramentos na primeira instância no Rio de Janeiro, Distrito Federal e São Paulo, além de inquéritos e ações tramitando no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) para apurar fatos atribuídos a pessoas com foro por prerrogativa de função. Pelo menos 12 países iniciaram suas próprias investigações a partir de informações compartilhadas por meio de acordos de cooperação internacional. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2014, p. 1).

Mesmo em relação à Operação Lava Jato, que segue em atividade, a população se viu dividida, de um lado os que viam no trabalho da Polícia Federal o “nirvana”, onde, finalmente, o seu antigo clamor de combate à corrupção seria ouvido. De outro lado, as denúncias atingiram diversos níveis de cargos públicos e privados, e, por isso, alguns começaram a defender que a Operação Lava Jato teria como objetivo, na verdade, perseguir grupos políticos específicos. De qualquer forma, discutir a legalidade ou efetividade das ações da Operação Lava Jato não está no escopo deste trabalho. Certo é, que foi esse, de maneira resumida, o ambiente no qual seria promulgada a Lei 13.869/19, sob duros ataques de que a Nova Lei de Abuso de Autoridade representaria, tão somente, uma resposta do governo aos processos de grande repercussão, em especial à Operação Lava Jato. O novo dispositivo foi acusado, inclusive, de limitar o combate à corrupção na medida em que cercearia a atividade das autoridades.

O que acontece, todavia, é que uma observação mais cuidadosa do processo legislativo que deu origem à Lei 13.869/19, conforme o Quadro 2, demonstra uma trajetória que afasta a relação de causalidade da promulgação do dispositivo, das disputas políticas contemporâneas a ela.

Quadro 2 – Linha do tempo



Fonte: Elaborado pelo autor, 2020.

Lei 13.869/19 foi resultado da tramitação do projeto de lei do Senador Randolfe Rodrigues apresentado em 2017 (PLS85/2017). Mas a construção da Nova Lei de Abuso de Autoridade teve início em período anterior.

Conforme citado anteriormente, a Lei 4.898/65, que tratava a respeito do abuso de autoridade antes de ser revogada pela Nova Lei de Abuso de Autoridade, havia sido editada ainda no período da Ditadura Militar. Com o processo de abertura e a redemocratização ao final da Ditadura Militar ficou evidente a necessidade de rever a forma como era tratado o abuso de autoridade pelo ordenamento jurídico, em especial após a Constituição de 1988.

Dessa forma, ainda em 2009, como resultado do II Pacto Republicano, foi apresentado o PL 6418 à câmara dos deputados, pelo então Deputado Raul Jungman, com o objetivo de atualizar o tratamento conferido ao abuso de autoridade. O Pacto Republicano foi uma iniciativa do Supremo Tribunal Federal (STF): “Em 2004, o Supremo Tribunal Federal, o Palácio do Planalto e o Congresso Nacional firmaram uma parceria para melhorar instituições do país por meio do Pacto Republicano. Essa parceria entre os Três Poderes da República visa contribuir para uma democracia sólida” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p.1). Tendo em vista o resultado positivo deste I Pacto Republicano, em 2009 o mesmo foi renovado e instituído o II Pacto Republicano.

A efetividade das medidas adotadas indicava que tais compromissos deveriam ser reafirmados e ampliados para fortalecer a proteção aos direitos humanos,

a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e assim como o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça. Apenas no decorrer daquele ano, o II Pacto Republicano produziu doze leis e uma emenda constitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p.1).

Apesar do PL 6418/2009 não ter seguido sua tramitação no Congresso, as ideias e discussões deste projeto seguiriam o seu caminho. Em 2016 o Senador Renan Calheiros apresentou um projeto de lei ao senado, o PLS 280/2016, em seu conteúdo era retomado o texto apresentado à Câmara dos Deputados pelo Deputado Raul Jungman sete anos antes. De modo semelhante, quando da apresentação do PLS 85/2017 pelo Senador Randolfe Rodrigues, as ideias dos projetos citados anteriormente foram absorvidas ao conteúdo do novo texto. Observou-se no relatório da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) de 2017 “que o texto do PLS no 280, de 2016, é idêntico ao de um projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados em novembro de 2009 pelo Deputado Raul Jungman” (BRASIL, 2017, p. 39b).

O texto do relatório da CCJ avança e esclarece sobre as acusações de que a Nova Lei teria sido promulgada apenas como resposta aos processos de grande repercussão. A compreensão de como se deu a construção das ideias, as quais dariam origem à Lei 13.869/19, afasta a sua promulgação de uma relação de causalidade com disputas políticas ou com a operação lava jato. “Essa evidência afasta por si só as equivocadas ilações de que se tem a intenção de obstruir investigações em curso” (BRASIL, 2017, p. 39b).

A compreensão das particularidades do processo legislativo da Lei 13.869/19 permite depreender do progresso que o novo dispositivo representou ante ao anterior. Ademais, muito além disso, demonstrou a relevância e oportunidade de um dispositivo atualizado que abordasse o crime de abuso de autoridade. Por fim, fica claro que, apesar do contexto político, social e econômico, exercer sempre, em alguma medida, influência sobre as matérias tratadas pelo poder legislativo, a Nova Lei de Abuso de Autoridade não foi promulgada como simples resposta aos processos de grande repercussão. Observe-se que, ainda que essa discussão sobre o processo legislativo não tenha relação direta com os obstáculos à efetividade da lei – objeto deste trabalho –, ela permite evidenciar a legitimidade da norma, o que é fundamental para a relevância de sua efetividade.

5. O TIPO PENAL ABERTO

Uma das críticas centrais que se faz à Nova Lei de Abuso de Autoridade diz respeito à presença do tipo penal aberto. Ocorre que, no entanto, “os tipos penais da Lei 4.898/65 eram muito mais abertos e não taxativos do que a Lei 13.869/19 apresentou” (NUCCI, 2020, p. 1). A lei é a principal fonte do Direito Penal e, tendo em vista a gravidade da intervenção do *jus puniendi* do Estado na esfera individual é fundamental que as leis sejam claras, objetivas. É essa linha de pensamento que dá origem aos questionamentos a respeito do tipo penal aberto. O tipo penal aberto é uma espécie de lei penal que vai depender, para o seu completo entendimento, da interpretação do operador do direito, cabendo, portanto, uma complementação valorativa.

Consideram-se tipos penais abertos aquelas normas incriminadas que não contém a indicação da conduta proibida que somente é identificada em função dos elementos exteriores ao tipo. Falta em tais preceitos *una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido com la sola ayuda del texto legal* (DOTTI, 2005, p. 60).

Essa característica de falta de completude do tipo penal aberto entra em conflito com o Princípio da Taxatividade, segundo o qual a lei deve ser clara, é preciso que haja segurança em relação ao conteúdo da lei, ao que ela quer dizer. Ademais, a lei deve vir do processo legislativo como assegura o Princípio da Reserva Legal. A norma penal do tipo aberto, na medida em que depende de informações adicionais ao que está efetivamente descrito na norma, deixa margem para intervenção externa, ferindo, não só o princípio da reserva legal, como também a taxatividade.

Em todas as hipóteses dos tipos penais abertos o preenchimento da tipicidade depende do reconhecimento, feito pelo juiz, de que a conduta (ação ou omissão) desobedeceu aos deveres objetivos de cautela impostos pela vida comunitária nas variadas formas de atividade humana (DOTTI, 2005, p. 61).

Tanto o Princípio da Taxatividade quanto o Princípio da Reserva Legal são corolários do Princípio da Legalidade. Princípio este de previsão constitucional – art. 5º, XXXIX, CF/88 -, o qual também abre o Código Penal – art 1º, CP -. Resta evidenciado, portanto, a relevância desse princípio para o Direito Penal, matéria na qual esse critério deve ser ainda mais rigoroso. Art 1º, CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina.

Não há pena sem prévia cominação legal.” O Princípio da Legalidade “determina a base estrutural do próprio Estado Democrático de Direito. Trata-se de ponto fundamental da intervenção punitiva que se pretenda respeitadora da segurança jurídica.” (Lopes 2013, p. 99) Daí, a taxatividade se constitui em questão fundamental no que toca à legislação, em especial à norma penal. E o tipo penal aberto falha quando ao quesito taxatividade na medida em que essa norma “consiste no tipo legal que contém palavras ou expressões dependentes do exame de elementos exteriores ao tipo para aferir a ilicitude da conduta.” (ARMANDO, 2015, p. 10).

Fato é que, o tipo penal aberto é um elemento normativo que pode trazer importante contribuição para o processo jurisdicional.

De outra parte admitimos que expressões como “razoável” trazem certo grau de subjetividade ao texto legal, mas é bom que assim seja, pois de outro modo poderíamos prescindir mesmo da atividade jurisdicional. Onde não cabe interpretação, até as máquinas podem sentenciar.

Registro, ademais, que todo nosso ordenamento jurídico, inclusive o sistema penal, é orientado pelo princípio da razoabilidade, conceito que está na base do senso comum teórico do jurista e que, por isso mesmo, não lhe é estranho, tampouco lhe causa dificuldade a interpretação de textos legais expressamente orientados segundo esse princípio.

E o mais importante: esses elementos normativos constam da descrição dos tipos penais para evitar a punição de condutas praticadas em uma “zona cinzenta”, na região limítrofe da legalidade, para que sejam punidas apenas as condutas manifestamente ilegais. Ou seja, aquelas em que a situação de desconformidade com a lei seja mesmo escancarada, que fique evidente aos olhos de qualquer um (BRASIL, 2017, p. 39b).

Se, por um lado, o tipo penal aberto apresenta risco de excessiva subjetividade, podendo ofender a taxatividade e, por conseguinte, a legalidade, quando gera uma interpretação frágil da norma. Por outro lado, esse elemento tem, na sua característica de indeterminação, a vantagem de permitir o exercício da hermenêutica, favorecendo que o *jus puniendi* do Estado consiga acompanhar o dinamismo da sociedade e suas demandas e, assim, permitir a adequação da norma ao caso concreto.

6. O ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO

Inúmeras questões orbitam a caracterização dos crimes de abuso de autoridade, entre elas, as discussões a respeito da diferença entre excesso e abuso de poder, ou o papel do crime de prevaricação. São discussões que fogem ao escopo do presente trabalho, mas, se faz necessário enfatizar, ao menos uma dessas questões, o elemento subjetivo específico. O dolo específico apresenta papel central na discussão dos achados da pesquisa jurisprudencial que norteia esse estudo.

Como observado em passagens anteriores desse texto, a Nova lei de Abuso de Autoridade traz uma série de inovações em relação ao texto da Lei 4.898/65. Destaca-se, entretanto, para efeitos do presente trabalho, a exigência do elemento subjetivo específico, o qual está no centro das discussões a respeito da efetividade da Lei 13.869/19.

O professor Fernando Galvão procede uma apresentação pormenorizada a respeito do dolo, mas de forma resumida, pode-se conceituar o termo como: “Dolo é conceito técnicojurídico que se refere a um dado da realidade natural que é a intenção, e somente pode ser compreendido no contexto normativo do juízo de tipicidade.” (GALVÃO, 2015, p.277). O Código Penal se refere ao crime doloso em seu art. 18, I “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzido”. A consideração do dolo diz respeito à relevância da intenção do agente na caracterização da tipicidade do crime. A doutrina se aprofunda nessa caracterização classificando o dolo, entre outros, em dolo genérico e específico, sendo este último o que é de interesse para a discussão que ora se apresenta sobre a Lei 13.869/19.

Muitas vezes, os tipos penais contêm referências explícitas sobre a finalidade do agente na conduta criminosa. A doutrina tradicional entendeu, assim, que existia, ao lado do elemento subjetivo comum – o dolo, tipo genérico, de praticar o fato descrito na lei – um outro, o qual denominou dolo específico ou especial fim de agir e que se consubstancia na intenção explicitamente descrita no tipo. O dolo seria específico porque o legislador definiu expressamente qual intenção do agente satisfaz as exigências subjetivas de determinado tipo. De qualquer forma, esses elementos subjetivos especiais conformam o tipo subjetivo doloso. A norma jurídica que pretende estimular o comportamento individual por meio do tipo incriminador expressa uma restrição ao elemento intencional do sujeito. Somente interessa ao tipo penal a realização objetiva da conduta se orientada por determinada finalidade. Não havendo finalidade o fato será atípico (GALVÃO, 2015, p.281).

O projeto de lei da Nova Lei de Abuso de Autoridade (PLS 85/2017) apresenta, na sua justificação, a relação do abuso de autoridade com a utilização excessiva do poder e com o desvio de finalidade. (BRASIL 2017a). Essa é uma mudança de extrema importância em relação ao dispositivo anterior. A Lei 4.898/65 não trazia previsão expressa em relação à necessidade de que houvesse o dolo específico por parte do agente. “Quanto à lei anterior, coube à doutrina e à jurisprudência extrair o elemento subjetivo específico (ou dolo específico), pois o texto da Lei 4.898/65 nada mencionava a esse respeito.” (NUCCI, 2020, p. 1).

A incorporação do elemento subjetivo específico ao texto da norma trouxe segurança jurídica, na medida em que torna mais precisa a adequação da norma ao caso concreto. Além disso, protege a autoridade que atua no exercício regular de função. Haja vista as ações das autoridades, para que se amoldem ao tipo penal, terão que estar imbuídas de finalidade específica. É o que assevera Nucci (2020) no mesmo trabalho, a nova lei frisou que não se pune “o agente público quando este não tiver agido com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou atuar por capricho ou satisfação pessoal. Enfim, blindou quase por completo, a autoridade.” (NUCCI, 2020, p. 1) assim dispõe o art. 1º, §1º da Lei 13.869/19:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º *As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal* (Grifo meu).

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (BRASIL, 2017, p.30b).

O legislador atuou de maneira congruente ao incluir o § 2º ao texto da norma. Este dispõe, conforme transcrição do texto acima, que a divergência na interpretação de fatos, provas ou, até mesmo da norma, não se configura em crime de abuso de autoridade. A prevenção de que se incorre-se no chamado “crime de hermenêutica” aparece, de forma expressa, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro apesar de ter sido discutido inúmeras vezes desde que o termo foi usado pela primeira vez por Rui Barbosa no final do séc. XIX. O que dispõe o art. 1º, § 2º da Lei 13.869/19, portanto, tal qual a demanda pelo elemento subjetivo específico, prevista no § 1º do mesmo artigo, é mais um aspecto

da nova lei que contribui para a atuação da autoridade que exerce sua atividade de forma regular.

Se a autoridade, na justa intenção de cumprir seu dever, acaba cometendo excesso, haverá ilegalidade, mas não crime de abuso de autoridade por ausência da intenção específica de abusar. As autoridades precisam de um mínimo de segurança jurídica para atuarem sem receio de represálias, não sendo razoável que fiquem sujeitas a punições por mera divergência de entendimento e subjetivismos (COSTA, 2020, p.4).

Decerto, há dificuldade em se comprovar o elemento subjetivo específico, o que impacta, em alguma medida, a efetividade da lei. Entretanto, haja vista as demais implicações enumeradas anteriormente com a disposição expressa do dolo específico na Nova Lei de Abuso de Autoridade, é incontroversa a importância desse elemento na composição da norma permitindo que a mesma exerça um contraponto entre o abuso de autoridade enquanto crime e a atuação da autoridade que pode, por vezes, se equivocar, sem que se configure em crime de abuso de autoridade.

CONCLUSÃO

Importante ponderar algumas conclusões inicialmente. Primeiro é certo que, a discussão a respeito da efetividade da lei 13.869/19 passa por um sem número de questões que não cabem no espaço delimitado de um artigo científico, tais como as controvérsias quanto ao tipo de ação penal – ação pública condicionada à representação. Outro ponto a observar é que se faz relevante um seguimento comparativo abrangendo período mais extenso de observação que fará parte de trabalhos posteriores. Ademais, os dados obtidos na pesquisa jurisprudencial descrita neste trabalho se apresentam um tanto incipientes. O levantamento dos dados se deu em 22 de fevereiro de 2020 e a Lei 13.869/19 havia entrado em vigor em 03 de janeiro de 2020. Entretanto, ainda que o período que compreende a entrada em vigor da lei e a colheita dos dados tenha sido de pouco mais de 1 mês e meio, e que outras questões demandem, ainda, detalhamento mais pormenorizado dada a abrangência da norma em questão, é possível observar uma tendência dos julgados sinalizando no sentido de uma baixa aplicabilidade da Lei 13.869/19, haja vista não ter sido provida nenhuma decisão a favor da existência do crime de abuso de autoridade.

A par das limitações pontuadas, a observação dos resultados quantitativos sob a perspectiva do processo legislativo que deu origem à Lei 13.869/19 e de aspectos teóricos, como a demanda pelo elemento subjetivo específico, trouxe um entendimento da complexidade e do alcance da Nova Lei de Abuso de Autoridade. A presença do elemento subjetivo específico, como elementar do crime de abuso de autoridade, representa ponto de disrupção na abordagem do abuso de autoridade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O desafio que se apresenta, entretanto, está em cuidar para que o mesmo instituto que protege a autoridade que atua no exercício regular de sua atividade, não seja, em contrapartida, responsável pela baixa efetividade da norma.

A necessidade de atualização da Lei 4.898/65 que levou à Nova Lei de Abuso de Autoridade se desenvolveu com o processo de abertura política e a formação do Estado Democrático de Direito. Com a redemocratização e a constitucionalização a proteção das liberdades individuais ganhou protagonismo no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, garantir que a ação seja tipificada apenas quando haja a finalidade por parte do agente de se beneficiar ou prejudicar outrem, conforme pressupõe a exigência do elemento subjetivo específico vem de encontro à importância de se preservar os limites da intervenção penal na esfera individual. Por outro lado, entretanto, resta claro que é de suma importância compreender as limitações que se apresentam para que a chamada Nova Lei de Abuso de Autoridade seja efetiva, e o dolo específico tem sua participação nesse cenário. Se, caracterizar a finalidade da ação do agente protege a autoridade no exercício regular de sua atividade, essa mesma exigência pode, todavia, dificultar que se configure a situação como típica, que se amolde ao tipo penal.

Não há dúvida que o combate à corrupção passa pelo combate ao abuso de autoridade, e ficou claro que a Lei 13.869/19 vai no mesmo sentido. Assim, não obstante os questionamentos quanto às intenções para a promulgação da Nova Lei de Abuso de Autoridade, pode-se considerar essa questão como superada. Em vista dos argumentos apresentados, que sinalizam em direção à baixa efetividade da lei, o tema que ora se propõe, para trabalhos futuros, é a necessidade de se discutir os meios para tornar mais efetiva e aplicável a lei 13.869/19 para que ela possa cumprir a sua vocação de proteger o indivíduo de abusos nas suas mais variadas formas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: T. Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2001.

ARMANDO, Nicanor Henrique Netto. As normas penais em branco no âmbito do direito penal ambiental e a sua (in)constitucionalidade. *Publica Direito*, São Paulo, p.1-26, 2015. Semestral. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=65f4086dbc18fa21>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n. 85, de 2017. Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. *Projeto de Lei do Senado n. 85, de 2017*. Brasília, 05 set. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em: 17 nov. 2020a.

BRASIL. Projeto de Lei n. 280, de 5 de julho de 2016. Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. *Projeto de Lei do Senado n. 280, de 2016*, Brasília, 5 jul. 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/Patr%C3%ADcia%20Guedes/Downloads/DOC-Relat%C3%B3rio%20Legislativo%20-%20SF177206549068-20170420%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Patr%C3%ADcia%20Guedes/Downloads/DOC-Relat%C3%B3rio%20Legislativo%20-%20SF177206549068-20170420%20(3).pdf). Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Lei n. 9.784, de 29 de Janeiro de 1999*. Brasília, 01 fev. 1999. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9784&ano=1999&ato=b19Mza65keNpWT17b>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório Legislativo*. Brasília, DF: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5239240&ts=1594031911652&disposition=inline>. Acesso em: 17 nov. 2020b.

BRASIL. *Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Diário Oficial da União, 27

set. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BUZETTO, Marcelo. As mobilizações de junho de 2013 e os desafios na construção do poder popular. *Lutas Sociais*, São Paulo, p. 125-39, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/ls/article/view/25729>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando; ROBERT, Hans. Lei de abuso: limite da liberdade jurisdicional para assegurar a individual. *Consultor Jurídico*, [S. l.], p. 1-7, 7 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/lei-abuso-limite-liberdade-jurisdicional-liberdade-individual>. Acesso em: 16 nov. 2020.

COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. Considerações sobre o abuso de autoridade: desenvolvimento histórico e atualidades. *Revista de Direito Ufms*. Campo Grande, v.5, n. 2, p. 270-293, jul. dez. 2019.

COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Configuração de abuso de autoridade exige animus abutend. *Consultor Jurídico*, São Paulo, p. 1-7, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/academia-policial-configuracao-abuso-autoridade-exige-animus-abutendi#:~:text=Esse%20elemento%20subjetivo%20especial%20que,Lei%20de%20Abuso%20de%20Autoridade>. Acesso em: 16 nov. 2020.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes; RAITZ, Tânia Regina. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 44, ed. 2, p. 367-383, 1 mar. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/08.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 6 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

LOPES, Luciano Santos. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico. In: FERNANDES, Jean Carlos (organizador). *Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade*. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2013, p. 99 – 138.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Pesquisa por jurisprudência no TJMG*. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 17 nov. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*: entenda o caso Lava Jato. Brasília, p. 1-3, 17 mar. 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 16 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. A nova lei de abuso de autoridade. *Guilherme Nucci*, São Paulo, 5 out. 2019. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/#:~:text=Preceitua%20o%20art.,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico>. Acesso em: 16 nov. 2020.

RENAUT, Alain. *O fim da autoridade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

SAMPAR, Rene Erick; FACHIN, Zulmar. Poder e liberdade em Hannah Arendt. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 24, p. 63-74, jan./jun. 2016.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1536 p.

SOUZA, Carola Maciel de. A Nova Lei De Abuso De Autoridade: A Insegurança Jurídica Gerada Pelo Uso De Conceitos Jurídicos Indeterminados E Pela Criminalização Da Hermenêutica Jurídica. *Âmbito Jurídico o seu portal jurídico da internet*, [s. l.], 1 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL). Ministro Cezar Peluso. Discurso. *Pacto Republicano: parceria entre os Três Poderes a serviço da democracia*, Brasília, p. 1-8, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/>

portalStfDestaque_pt_br/anexo/Discurso_abertura_ano_judiciario.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

TAROUCO, Gabriela da Silva; MADEIRA, Rafael Machado. Partidos, programas e o debate sobre esquerda e direita no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 149-165, março 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a11v21n45.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Apresentação oral

**POTENCIALIDADES DO MATERIALISMO HISTÓRICO-
DIALÉTICO À CRÍTICA DA DOGMÁTICA PENAL: UMA ANÁLISE
DA CULPABILIDADE**

*POTENTIALITIES OF HISTORICAL-DIALECTICAL MATERIALISM TO
THE CRITIQUE OF CRIMINAL DOGMATICS: AN ANALYSIS OF THE
CULPABILITY*

Bruna Rachel de Paula Diniz

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestra em Direito Penal
pela Universidade de São Paulo. Professora na Universidade Ibirapuera.

E-mail: brpdiniz@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo identificar o método científico empregado usualmente na estruturação e estudo da Dogmática Penal, bem como apresentar uma forma distinta de compreensão e de crítica deste mesmo objeto. Para tanto, inicia-se com considerações de ordem metodológica para explicar como o método positivista é empregado na Dogmática e que reflexos isso traz na construção do Direito Penal. Após isso, é apresentada outra proposta metodológica orientada pelo materialismo histórico-dialético, apta a compreender o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, encontrada na obra de Eugeni Pachukanis. Valendo-se dela, faz-se um estudo da evolução da Culpabilidade na Teoria do Delito. Ao final, discute-se a potencialidade que uma crítica orientada metodologicamente pelo materialismo histórico-dialético pode trazer para a construção de uma Dogmática Penal consciente de suas tarefas frente à realidade do Sistema Penal hoje.

Palavras-chave: Crítica marxista do Direito. Culpabilidade. Culpabilidade. Realismo Marginal.

Abstract: The present work aims to identify and explain the methodological approach typical of Penal Law and its differences in relation to a distinct approach based on the

historical-dialectical materialism. Therefore, the first section initiates with methodological considerations about the positivist method and also presents the Marxist critic of Penal Law, based on the works from Eugeni Pachukanis. With that in account, the paper presents a study of the category of Culpability in the Delict's Theory. The last section discusses the implications that the form of critic here adopted might bring to a Penal Law that is aware of its tasks when facing the cruel reality of the Criminal Justice System.

Keywords: Marxist critic of Law. Culpability. Co-culpability. Maginal Realism.

Sumário: Introdução. 1. A escolha do método como condutor da crítica: o positivismo e o materialismo histórico dialético. 2. O materialismo histórico-dialético como método de leitura do direito penal. 3. A culpabilidade na teoria do delito: uma análise a partir da obra de Eugeni Pachukanis. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Dogmática Penal da forma como é construída e analisada tem por base uma lógica própria que é comum aos mais diversos ramos do Direito e de outras Ciências Sociais aplicadas. Trata-se do chamado o Positivismo, cujo uso visto com naturalidade e as consequências de aplicação não discutidas. Com isso, o que se apresenta muitas vezes são problemas reais que a Dogmática não soluciona ou tenta solucionar e traz respostas que não são aplicadas na realidade, gerando um conflito insuperável entre a dimensão ideal das soluções teóricas e o mundo concreto.

Na identificação dos limites da Dogmática para lidar com a realidade foram feitas inúmeras propostas de reconstruções das categorias centrais da Dogmática Penal, seja na Teoria do Delito ou na Teoria da Pena, buscando ganhos de aplicabilidade e de alterações na forma como o Direito Penal é manejado na realidade. Tais propostas invariavelmente encontram barreiras quando chegam aos espaços reais de aplicação dos institutos penais, como nos Tribunais, na elaboração de políticas penais ou na execução destas. Esse conflito entre o que é prescrito pela teoria com a realidade promove insistentes tentativas de conformar o real ao teórico ou de denunciar incansavelmente o real como incorrigível.

Frente a isso, este trabalho propõe empregar um caminho distinto para a compreensão e crítica do Direito Penal, que, apesar de não ser novo, no sentido de

historicamente recente, ainda encontra pouca ressonância em trabalhos voltados ao estudo da Dogmática Penal. Para execução dessa proposta de análise do Direito Penal por outra lente que não a do Positivismo demonstram-se necessários alguns passos para que se compreenda do que se fala ao dizer “Método Positivista” e pelo que ele será aqui substituído para que sejam eliminadas as barreiras supostamente intransponíveis entre o mundo concreto e a elaboração teórica abstrata.

Feita essa apresentação inicial das bases metodológicas positivistas aqui rejeitadas e o método materialista histórico-dialético, que será empregado, parte-se para em segunda etapa do texto, na qual será aplicado o materialismo para o estudo do Direito Penal a partir da contribuição de Eugeni Pachukanis. Dentro disso, é proposta a aplicação das considerações teóricas feitas em uma análise da Culpabilidade na Teoria do Delito e ao final discute-se em que medidas propostas dogmáticas progressistas, como é o caso da Cocolpabilidade, desenvolvida por Raul Zaffaroni pode (ou não) representar um avanço emancipador.

1. A ESCOLHA DO MÉTODO COMO CONDUTOR DA CRÍTICA: O POSITIVISMO E O MATERIALISMO HISTÓRICO DIALÉTICO

A Dogmática Penal e as suas principais formas de análise têm como fundo o método Positivista, que, apesar de guardar relação com linhas da Criminologia e da compreensão do Direito, tem uma conceituação própria e aplicável às Ciências Sociais como um todo. Na caracterização de Michel Löwi (2003, p. 17-18), o Positivismo pode ser descrito por meio de três premissas centrais: a noção de que a sociedade é regida por leis naturais, voltadas à harmonia sistêmica e sem possibilidade de agência humana; o uso de ferramentas oriundas das ciências naturais e exatas para compreensão de fenômenos sociais; a ferramenta primordial para compreensão de fenômenos sociais; e a exigência declarada de que as ciências sociais devem ser objetivas, neutras e se limitarem a observar fenômenos causais e propor explicações supostamente livres de julgamento de valor.

Analisando as três bases do Positivismo descritas, a que apresenta maior ressonância na produção acadêmica é o ideal de neutralidade científica. Este conseguiria ser alcançado por meio do uso correto de uma metodologia adequada e apta a destacar o cientista da realidade em que está inevitavelmente inserido e elevá-lo a um patamar de

observação superior. A partir dessa torre de observação distante do mundo real, a missão do pesquisador é empregar as ferramentas abstratas da teoria que tem a seu alcance às suas observações sobre a realidade concreta, como se fossem a chave e a fechadura que deveriam se encontrar para estarem adequadas.

Esse distanciamento criado que pretende tornar o conhecimento produzido inerte às inclinações pessoais do pesquisador e aos desvios da realidade invariavelmente traz problemas de duas ordens. Na primeira delas, é produzido conhecimento que se dizendo neutro, não o é na realidade e promove a ascensão de um discurso ideológico ao status de científico, como é o caso da Criminologia Positivista. Por sua vez, na segunda linha de desvios, faz-se uma separação intransponível entre uma teoria ideal e prescritiva e uma realidade dissociada e incompatível com o teórico, que é o que se verifica no embate entre o que é produzido pela Dogmática Penal e o que é aplicado em âmbito judicial e administrativo.

Como já dito sucintamente na introdução deste trabalho, o que se busca aqui é a troca do método científico empregado para se encontrar resultados distintos na análise. Para tanto, o materialismo histórico-dialético representa uma via de superação da epistemologia positivista e de seus possíveis desdobramentos idealistas, na medida em que não compreende a realidade como um material bruto que vai ter sua verdade revelada pelo pesquisador. Para ele, ao contrário, a realidade não é simplesmente traduzida em dados empíricos, mas é trabalhada na forma de um concreto pensado, isto é, a partir de uma elaboração que é a abstração da realidade material por meio de uma construção conceitual, como explica Flávio Batista:

O processo de desenvolvimento da realidade ocorre de maneira diversa do processo de apreensão de tal realidade por meio da razão, ou seja, do processo de produção de conhecimento. Com isso, elimina-se o idealismo, na medida em que o concreto possui seu próprio desenvolvimento. A dialética, entretanto, garante que tais processos não são estanques, como poderia supor o empirismo clássico, mas influenciam-se reciprocamente, existindo uma determinação em última instância do concreto em relação ao pensamento do ser em relação à consciência. (BATISTA, 2013, p. 79-80)

Dentro disso, é central que para o materialismo histórico-dialético, a própria realidade não é compreendida como separada da consciência. Não há nada que exista (e tenha sua existência inteligível) sem que também se tenha a ideia compartilhada

socialmente do que é aquilo (o seu conceito), de forma que um não existe sem o outro. Dessa mesma forma, a “realidade concreta” e o “mundo das ideias” não têm existência possível em separado, o pesquisador e o objeto a ser conhecido também não são distanciados da forma como tradicionalmente se considera ideal dentro do que é compreendido como objetividade científica, pois o sujeito não pode ser compreendido como uma entidade apartada da realidade que o constitui, estando com ela em unidade dialética. Com isso, a própria realidade só tem existência a partir das relações desenvolvidas pelas pessoas em conjunto e elas próprias também só existem como sujeitos em decorrência desses dados materiais que os circundam.

A categoria “sujeito”, aqui mobilizada não se refere, entretanto a uma pessoa concreta em sua individualidade. Para a epistemologia marxista, sujeito é necessariamente um ser em sociedade e indissociável das condições materiais que o circundam, não se confundindo com o um indivíduo determinado com todas suas especificidades. Esse indivíduo, por sua vez, sobre quem se pode refletir a partir da figura do pesquisador, ainda guarda todo potencial de criatividade que lhe é inerente (BATISTA, 2013, p. 176). A tarefa deste pesquisador, na perspectiva epistemológica aqui proposta, é a de compreender a forma como operam as abstrações reais que decorrem das relações sociais, isto é, das relações indissociáveis entre sujeitos em conjunto e com seu entorno.

Para conseguir cumprir essa tarefa teórica, portanto, o pesquisador tem consciência de que, apesar de sua individualidade, ele é parte indissociável da relação dialética existente entre sujeito e objeto a ser conhecido. Tal assunção não lhe retira nem a liberdade de pensar metodologias de investigação que lhe permitam elaborar esse “concreto pensado”, nem significam uma “parcialidade”, na forma como a epistemologia positivista condena.

Esses três pressupostos teóricos explanados ao longo dessa seção: a unidade dialética da realidade concreta com a sua construção na forma de ideias; a unidade dialética entre sujeito e objeto do conhecimento e a separação das figuras do sujeito e do indivíduo, ambas também relacionadas, mas distintas, são as bases sobre as quais se constrói a crítica que será apresentada a seguir. Parte-se agora para a apresentação de um segundo grupo de pressupostos, agora relativos à metodologia de estudo empregada a partir do materialismo histórico dialético. O primeiro deles é a noção do que seria o próprio ser humano. Nessa busca da origem do que o distingue do restante dos outros seres vivos, a epistemologia

marxista compreende ser determinante o trabalho, aqui entendido como a ação do homem ao transformar a natureza segundo sua própria elaboração mental. Nesse ponto, o trecho a seguir é bastante explicativo da forma como o trabalho funda o homem como ser social.

Pressupomos o trabalho sob forma exclusivamente humana. Uma abelha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha supera mais de um arquiteto ao construir sua colmeia. Mas o que distingue o pior arquiteto da melhor abelha é que ele figura na mente sua construção antes de transformá-la em realidade. No fim do processo do trabalho, aparece um resultado que já existia antes idealmente na imaginação do trabalhador. Ele não transforma apenas o material sobre o qual opera; ele imprime ao material o projeto que tinha conscientemente em mira, o qual constitui a lei determinante de seu modo de operar e ao qual tem de subordinar sua vontade. [Grifo meu] (MARX, 2004, p. 212)

É fundamental dentro disso, pontuar que mais do que um aspecto evolutivo no desenvolvimento humano, a capacidade de transformar a natureza a partir de uma idealização prévia é o traço que funda o ser social e que o define como tal até hoje. Apesar disso, a ideia de que o trabalho é o traço fundante do ser social não significa nem que o homem sempre trabalhou, nem que sempre foi um ser social, ao contrário, mostra que na história do desenvolvimento humano o trabalho apareceu em dado momento e modificou a forma como ele se relaciona com a natureza e com seus pares.

Sendo a categoria do trabalho crucial para a compreensão do homem como ser social no curso do desenvolvimento histórico, o materialismo histórico-dialético tem sua forma metodológica primordial justificada por essa própria categoria que o fundamenta. Assim, ao se investigar a forma como o trabalho empírica e historicamente se modifica, acaba-se por compreender o que se passa com o ser humano em sociedade.

2. O MATERIALISMO HISTÓRICO-DIALÉTICO COMO MÉTODO DE LEITURA DO DIREITO PENAL

A digressão que resta expor é a forma como tal metodologia pode ser aplicada ao estudo das formas jurídicas. Para tanto, vale-se das elaborações de Eugeni Pachukanis, que, antes de expor propriamente sua crítica, alerta que ela é pensada para além de “uma crítica sociológica da jurisprudência do ponto de vista do marxismo” (PACHUKANIS, 2017, p. 136). Dessa forma, sua intenção não é relacionar a maneira como as relações

conflituosas presentes no corpo social influenciam a aplicação do direito, mas, como a forma jurídica traduz em si mesma as relações sociais existentes em determinado modo de produção.

Também ressalva o autor, que sua análise da forma não significa uma aproximação ao positivismo jurídico encerrado em seu formalismo e supostamente alheio à realidade. A forma aqui é uma forma histórica, cuja observação permite desvelar as condições materiais que tornaram possível sua criação e perpetuação. Na síntese de Christopher Arthur:

O que está em jogo em uma crítica marxista ao direito não é provar que os conceitos jurídicos são conscientemente manipulados pelos juristas burgueses com o fim de intimidar os trabalhadores (o que é indiscutível), mas mostrar que neles – nesses conceitos – a realidade social assume forma de uma construção ideológica que expressa certas relações objetivas que derivam das relações sociais de produção e permanecem ou ruem com elas. (ARTHUR, 2017, p. 27)

Com tais pressupostos, a análise da forma jurídica é exposta a partir de seu elemento mais simples – o sujeito de direito. Isso se deve ao fato de que todas as relações jurídicas são constituídas por sujeitos em relação, compreendidos pelo direito como entes abstratos destacados de suas personalidades concretas.

Apesar da aparente naturalidade e neutralidade com a qual a categoria “sujeito de direito” é apresentada pela dogmática jurídica, como se fosse uma decorrência automática das relações sociais encontradas, seu aparecimento pode ser historicamente localizado e motivado. É especificamente com o surgimento da forma mercantil que se cria a necessidade da existência de um sujeito de direito – um ente desvinculado da pessoa concreta e portador em potencial de direitos. Isso é ilustrado na história do direito alemão que, com o desenvolvimento das trocas mercantis, recorreu aos institutos do Direito Romano para regulá-las e, com isso, teve que introduzir conceitos distintos para “pessoa” e “sujeito de direito”, os quais não têm grafia em alemão (PACHUKANIS, 2017, p. 147).

Sobre a forma mercantil, alerta-se que ela acontece de modo contingente em diversas formas de organização social ao longo da história, mas é somente com o capitalismo moderno que a mercadoria passa a ser um dado qualitativo, conformando todas as formas de relação, sejam elas entre sujeitos ou entre sujeitos e objetos. Isso se dá a partir do encobrimento da verdadeira natureza do trabalho humano e do próprio homem que passa

a encarar sua atividade produtiva como uma mercadoria oferecida para ser trocada por outras mercadorias, havendo, ao final uma desvinculação completa do sujeito em relação àquilo que produz (fetichismo da mercadoria) e dos próprios sujeitos entre si (reificação).¹

Com a universalidade da categoria mercantil, essa relação muda radical e qualitativamente. O destino do operário torna-se o destino geral de toda a sociedade, visto que a generalização desse destino é a condição necessária para que o processo de trabalho nas empresas se modele segundo essa norma. Pois a mecanização racional do processo de trabalho só se torna possível com o aparecimento do “trabalhador livre”, em condições de vender sua força de trabalho como uma mercadoria “que lhe pertence”, como uma coisa que “possui”. (LUKÁCS, p. 206-207)

O sujeito de direito é assim a construção jurídica apta a operacionalizar as formas como o sujeito reificado se relaciona com o mundo em que está inserido. Ela permite olhar um indivíduo concreto na forma de sujeito abstrato, cuja capacidade principal é a de ser proprietário de mercadorias e ter a possibilidade de trocá-las livremente. Como colocado por Marx, as mercadorias não conseguem circular sozinhas, sem a intervenção humana, logo, nada mais lógico que dotar cada ser humano da possibilidade jurídica de realizar tais trocas (MARX, 1983, p. 79).

Ponto chave desse raciocínio é que a capacidade é uma mera potencialidade. O fato de se ser sujeito de direito não confere concretamente direitos, mas direitos em potencial. A categoria “qualifica todas as pessoas como igualmente ‘dignas’ da propriedade, mas nem de longe faz delas proprietárias” (PACHUKANIS, 2017, p. 127).

As bases da crítica de Pachukanis são aplicadas em um primeiro momento ao direito privado, sendo apontado que grande parte das construções dogmáticas feitas nos ramos do direito público acabam por ser confusas e artificiais por tentarem mascarar suas origens privatistas.² O direito penal, por sua vez, tem traços particulares, por ser

¹ Ainda sobre isso, Georg Lukács: “Para a consciência reificada, essas formas do capital se transformam necessariamente nos verdadeiros representantes da sua vida social, justamente porque nelas se esfumam, a ponto de se tornarem completamente imperceptíveis e irreconhecíveis, as relações dos homens entre si e com seus objetos reais, destinados à satisfação real de suas necessidades” (LUKÁCS, p. 211).

² Pachukanis prossegue colocando ainda: “Os direitos públicos subjetivos são, afinal, os mesmos direitos privados (e, por conseguinte, também os interesses privados) reavivados e um pouco transformados [...] Mas ao mesmo tempo em que a doutrina civilista, que lida com o estrato jurídico primário fundamental, utiliza de modo amplo e convicto o conceito de direitos subjetivos, na teoria do direito público a apli-

“esfera em que o intercâmbio jurídico alcança a tensão máxima” (PACHUKANIS, 2017, p. 200). Nele, o rol de sanções apresenta aquelas com consequências mais brutais, além de se encontrar uma das formas mais evidentes de destacamento do sujeito culpável do indivíduo concreto, de forma que o funcionamento de seus mecanismos merece atenção especial.

Focando primeiramente na noção de crime e punição, podem ser eles compreendidos como elos de uma relação de troca, um contrato involuntário estabelecido após o fato, que regulamenta as formas anteriores de vingança, a partir da ideia de equivalente estabelecida entre crime e pena, com a sanção que equilibra o dano sofrido pela vítima. Apesar da aparente simplicidade dessa proposição, ela revela “muito mais a forma jurídica do que as teorias ecléticas dos juristas modernos” (PACHUKANIS, 2017, p. 202).³ Tanto é, que mesmo as formulações mais modernas acerca do princípio da proporcionalidade, o qual orienta a aplicação das penas, tem em seu cerne a noção de uma equiparação entre dano causado e punição a ser sofrida.⁴

Ainda que a noção da troca seja central, um dado histórico importante para a análise proposta é justamente o equivalente pelo qual se equipara o dano sofrido, isto é, qual a natureza da sanção imposta e como ela é negociada. Nas formas de direito encontradas na Roma antiga, o processo penal funcionava como uma verdadeira negociação entre as partes, por vezes mediada por um terceiro, na qual um dos lados visava aumentar ao máximo a pena corporal imposta ou a restituição material e o outro reduzi-las.

Essa mesma orientação se mantém por grande parte da Idade Média, na qual a função primordial do direito criminal era evitar conflitos sociais através da composição privada por meio de fianças, que eram arbitradas segundo o estamento a que pertencia o causador do dano e o da vítima. Com isso, o direito penal desempenha um papel importante

cação desse conceito gera equívocos e contradições [...] *as teorias de direito público são ricas em construções forçadas, artificiais e monstruosamente unilaterais*”. (grifo meu) (PACHUKANIS, 2017, p. 131).

³ Nas formulações que seguem esse raciocínio, Pachukanis completa: “O direito penal arcaico evidencia essa ligação de modo particularmente claro e abrupto, pois nele o prejuízo causado ao patrimônio e gerado à pessoa são diretamente equiparados um ao outro com uma ingenuidade que as épocas posteriores rejeitam com pudor.” (PACHUKANIS, 2017, p. 203).

⁴ Sobre as formulações mais recentes acerca do Princípio da Proporcionalidade na aplicadas à aplicação da pena desde a elaboração legislativa, até a execução penal ver: GOMES, Mariângela. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

de preservação da hierarquia social, equalizando a justiça criminal difusa existente com os privilégios sociais decorrentes da rígida organização social em estamentos (RUSCHE, KIRSCHHEIMER, 2004, p. 23-25).⁵

Em relação às penas públicas, impostas desde a Roma antiga e também na Idade Média, sua função era primordialmente arrecadatória, fazendo o Estado às vezes de um dos polos de negociação.⁶ Estas modalidades de penas se aprimoram com o aumento do poder da Igreja Católica, que toma o lugar da vítima na negociação da pena e muda a natureza do crime de uma agressão privada para uma violência cometida contra deus. Por trás dessa nova economia das penas também se traduz um forte aspecto ideológico, no qual o acordo que regula a vingança antes privada passa a ser um acerto de contas com uma autoridade divina.

Essa nova roupagem que ganha o acordo para mensurar as grandezas de crime e pena é de particular importância no modo de produção feudal, marcado pela forte estratificação social e exploração exaustiva do trabalho camponês. Nele, a justiça penal nascente de um amálgama das instâncias de poder eclesiásticas, dos senhores feudais e posteriormente das monarquias com poder centralizado ao final da Baixa Idade Média, leva às formas de penalização corporais cruéis, voltadas à intimidação.

Rusche e Kirschheimer (2004, p. 37) descrevem que até o século XV as penas cruéis, como mutilações, espancamento e a pena de morte eram usadas esporadicamente, em casos considerados extremos pela administração da justiça estatal. Após esse período (e com ênfase no seu aumento no século XVI), esse tipo de sanção se torna o comum, sendo aplicadas sempre que o juiz demonstrava se tratar de “um réu perigoso para a sociedade”.

⁵ Rusche e Kirschheimer (2004, p. 25) descrevem que será justamente dessa forma de punição por meio de fianças que irá surgir a alternativa de penas corporais, já que grande parte dos condenados às mais altas penas eram camponeses que não conseguiam pagá-las. Assim, a eles foi se impondo penas corporais de maneira cada vez mais recorrente.

⁶ Sobre esse ponto o trecho que segue traz considerações importantes: “A administração do direito penal, como veremos adiante, provou ser uma fonte frutífera de receita [...] o angariamento de recursos através da administração da justiça criminal foi um dos principais fatores de transformação do direito penal, de uma mera arbitragem entre interesses privados, com representatividade da autoridade pública apenas na posição de árbitro, para uma parte decisiva do direito público.” (RUSCHE, KIRSCHHEIMER, 2004, p. 25-26).

Essa fase de penas desumanas e ditas “desproporcionais” é questionado pela primeira geração de Garantistas no século XVIII, que se voltava a equalizar as formas de retribuição. É de se notar que a frase célebre do Garantismo: “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda” (BECCARIA, 1999, p. 187), deixa bastante claro que sua proposta volta-se a melhorar os termos do acordo penal existente entre criminoso e a justiça penal, mas sem jamais questioná-lo.

Apesar dos supostos avanços que essas reformas penais propostas trouxeram, elas não significaram a superação das penas corporais, que conviveram de maneira oficial até o início do século XX com legislações embasadas no garantismo penal. Além dessa continuidade, faz-se o adendo de que tais penas não devem ter sua natureza atribuída a uma irracionalidade ou natureza primitiva da sociedade medieval (até porque subsistem de forma extraoficial e recorrente até a atualidade), já que “a crueldade mesma é um fenômeno social que apenas pode ser entendido nos termos das relações sociais dominantes num determinado período” (RUSCHE, KIRSCHHEIMER, 2004, p. 42).

3. A CULPABILIDADE NA TEORIA DO DELITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA DE EUGENI PACHUKANIS

Uma mudança central que se opera na Dogmática Penal ao final do século XVIII, é a introdução da noção de Culpa para suplantar a de responsabilidade, antes central na determinação da natureza e quantidade de pena imposta. Pachukanis (2019, p. 212) descreve que essa passagem tem suas raízes no individualismo próprio da sociedade burguesa, que atomiza o sujeito como se ele sozinho fosse totalmente livre e responsável por suas ações.

Assim, se antes o importante para medir a punição era a extensão do dano causado, com a introdução da noção de *Culpabilidade* interessa saber qual a intenção do agente no momento do cometimento da ação delituosa. O elemento psicológico passa a ser central na cominação da pena, pois denota o grau de liberdade que se tem ao agir e, sendo a pena privativa de liberdade a nova forma de punição primordial no acordo estabelecido com Estado punidor, cabem ajustes de acordo com esse grau de liberdade no momento da

ação. Uma expressão disso é a ideia de que um crime culposos tem necessariamente um tempo menor de pena em comparação ao mesmo crime na modalidade dolosa, já que a um agente “menos livre” cabe uma menor retenção de sua liberdade.

Importante pontuar que Pachukanis usa a categoria Culpabilidade para se referir à intenção do autor do crime ao praticar a ação típica (como englobante do Dolo e da Culpa), uso este que fazia sentido na Dogmática Penal à época, que ainda não havia desenvolvido uma categoria autônoma e normativa para Culpabilidade na Teoria geral do Delito. Portanto, o que ele nomeia por Culpabilidade é hoje o que se está contido na Tipicidade Subjetiva. Dessa forma, é com o chamado “modelo positivista” do século XIX que dialoga Pachukanis,⁷ notadamente com a obra de von Liszt, na qual é bastante clara a tradução dogmática das premissas do Garantismo Clássico por meio da sua sistematização dogmática. Inclusive, é possível traçar um paralelo à proposta pachukaniana de análise da forma como se estrutura a culpa no Direito Penal por meio da pressuposição de um sujeito livre com a teoria psicológica da Culpabilidade de von Liszt.

Ao tratar de Culpabilidade, von Liszt descreve que seria esse o elemento da Teoria do Delito que revelaria o grau de civilidade e avanço da dogmática penal. Para isso, traz um histórico da forma de aplicação de penas na antiguidade romana, nos povos bárbaros germânicos e na idade média, quando a intenção do agente ou a sua condição psicológica pouco importava, resultando na punição sem restrição para crianças (os ditos “impúberes” no texto) e na ausência de diferenciação aprofundada entre dolo e culpa como hoje se conhece.

Dessa forma, ao desenvolver sua teoria do delito, von Liszt isola os elementos objetivos nas categorias da tipicidade e da antijuridicidade e traz todos os elementos relativos ao agente para a culpabilidade, na qual serão feitas as considerações de ordem psicológica. Tais elementos de ordem psíquica, entretanto, são limitados a constatar uma potencialidade mínima de compreensão do fato delituoso, longe de trazer para a análise dogmática dados da realidade social. Segundo o próprio von Liszt (2006, p. 256-257)

⁷ Isso é constatado pela época em que Direito e Marxismo foi escrito e pelas próprias mudanças que sofre a teoria do delito com o surgimento do Neokantismo ao final do século XIX, que deslocou o Dolo e a Culpa para a Tipicidade e deixou as considerações sobre a imputabilidade na Culpabilidade. Ao longo da seção trato dessa evolução de forma mais clara.

“[...] a imputabilidade criminal nada tem que ver com o livre arbítrio. Responsável é todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são”, de modo que se é livre (e consequentemente pode-se ter sua liberdade retirada) na medida em que se tem o controle necessário sobre suas ações.

Apesar do diálogo de Pachukanis ter sido proposto com a Dogmática penal nos moldes apresentados, o que aconteceu em formas contemporâneas de desenvolvimento da Teoria do Delito foi o seu aprofundamento e sua sofisticação teórica na aferição do suposto grau de liberdade individual do agente e para sua efetiva equalização com a quantidade de liberdade a lhe ser retirada.

As bases neokantistas partiram de críticas ao Causalismo de von Liszt, o qual pretendia construir uma Dogmática livre de valoração, tarefa esta que se demonstrou impossível, visto que qualquer norma jurídica é criada dentro de um contexto social e não pode ser dele desvinculada. Apesar deste ponto de partida guardar certa afinidade com a crítica que já expus no início dessa seção, a consequência de sua aplicação pelos autores neokantistas é diametralmente oposta, já que passam a considerar que, por serem as categorias da teoria do delito decorrente de valores sociais hegemônicos, cabe ao poder estatal aplicá-los às normativas sem qualquer limitação a essa vontade que prepondera na coletividade.

Isso se verifica nas transformações que sofre a Teoria Geral do Delito com o Neokantismo, que desloca para a Tipicidade os elementos subjetivos que se faziam presentes antes na Culpabilidade e inaugura uma nova Culpabilidade normativa e teleológica na qual são oferecidos critérios para definir o grau de liberdade e autodeterminação do agente e de reprovabilidade de sua ação. As mudanças promovidas pelo Neokantismo, a partir do início do século XX, permitiram uma tradução mais clara da orientação política estatal na operação do Direito Penal, tornando secundários os pressupostos garantistas clássicos e referendando opções exponencialmente autoritárias, como foi o Direito Penal do terceiro Reich.

Em reação aos retrocessos em termos de cerceamento de garantias penais legitimados pelo Neokantismo, Hans Welzel propõe o Finalismo no qual não deixa de assumir que a valoração social conforma as categorias da Dogmática, mas vai estruturar sua teoria do delito em categorias ontológicas, que fincam bases aptas a evitar a normativização de desejos

políticos oscilantes ou autoritários. Nessa linha, desenvolve a Culpabilidade normativa com maior detalhamento, destacando que em seu cerne permanecem a imputabilidade (capacidade de compreensão do injusto) e a reprovabilidade em relação à ação típica, bem como que os elementos anímicos continuariam junto à Tipicidade (WELZEL, 1956, p. 113-114). Aqui, destaca-se que durante a escrita Welzel tenta demonstrar como sua Culpabilidade está fundada sobre a ideia de que há um distanciamento entre o que se esperava como ação desejada do agente e a sua conduta efetiva. (WELZEL, 1956, p. 111-112).

Essa formulação aparenta considerar o sujeito da ação típica em sua concretude, inclusive pelas próprias formulações do autor que comento, que afirma tratar da aferição da culpabilidade do agente não em um sentido abstrato, tendo como base algo como um homem médio, mas na situação específica que estrutura sua vontade segundo a norma. Apesar disso, ao longo do capítulo sobre a Culpabilidade, Welzel afirma textualmente a dificuldade em se averiguar de forma clara tanto a capacidade de culpabilidade quanto a consciência acerca da contrariedade da ação praticada contra o ordenamento.⁸

Dessa forma, é perceptível um ganho aparente de concretude do sujeito, que mesmo assim não deixa de ser atomizado. Isto é, o agente da conduta até poderia ser considerado em si, mas não como parte integrante de uma série de relações sociais que informam e afetam sua capacidade de agir e de compreender o que faz em relação ao Direito Penal.

Outro indício de que as formulações do Finalismo ainda se fundamentam sobre as bases da negociação entre os equivalentes da lesão causada com a quantidade de liberdade a ser retirada do agente, nos termos da proposta de Pachukanis apresentada, é a concepção de pena que tem Welzel, alinhado às teorias absolutas ou retributivas da pena, que a compreendem como uma resposta ao delinquente na medida de sua culpabilidade, de modo a firmar o acordo feito entre quem praticou uma conduta típica e a sociedade que o circunda, balizado pela sua liberdade ao agir e pela reprovação de seus atos.⁹

⁸ No texto original, cujo conteúdo já reproduzi: *“Jede wissenschaftliche Erkenntnis fundet hier ihre Grenze, da sie nicht etwas zum Objekt machen kann, was prinzipiell der Objektivierung entzogen ist, nämlich die Subjektivität des Subjekts. Das Urteil, dass ein bestimmter Mensch in einer bestimmter Situation schuldig ist, ist darum kein theoretischer, sondern ein rein existentieller, und zwar ‘kommunikativer’ Akt: Es ist die Anerkennung des anderen als Du, als gleiches, sinnvoller Bestimmung zugängliches und darum gleich verantwortliches Subjekt, wie ich selbst es bin.”* (WELZEL, 1956, p. 122)

⁹ No texto original, o que foi descrito ao longo do parágrafo vem apresentado seguinte forma: *“Die Strafe ist gerechtfertigt als Vergeltung nach dem Mass der Schuld. Dieser Strafsinn wendet sich na die Einsicht und*

A proposta finalista de teoria do delito sofre uma série de críticas em seus elementos, sendo um conjunto delas dirigida ao que está contido em sua Culpabilidade. É nessa crise dos elementos da Culpabilidade que os autores ditos funcionalistas criam as novas bases para com ela trabalhar, de modo a afastar as bases ontológicas das categorias do crime finalistas e promover uma Culpabilidade orientada pelas funções a serem perseguidas pelo Direito Penal.

Claus Roxin de certo modo constrói sua crítica se valendo do que o próprio Welzel já apontava como uma fraqueza em sua formulação de Culpabilidade, já que descreve como a constatação de liberdade necessária ao agente (livre arbítrio) e possibilidade de agir de outro modo não podem ser plena e empiricamente constatadas. Dessa forma, e como consequência automática, não se poderia afirmar com certeza que o autor de conduta típica é culpável, pois havendo fundada dúvida, deveria ser sempre absolvido. (ROXIN, p. 799-800).¹⁰

Na produção de Roxin é possível identificar duas fases de reflexão distintas acerca da Culpabilidade. Na primeira, denominada funcional, a Culpabilidade é pensada como um reflexo dos critérios de prevenção especial que a pena deve apresentar, desse modo, é a categoria da teoria do delito responsável por determinar a necessidade e a quantidade de pena a ser aplicada, sendo de importância secundária a medida de liberdade do agente ao agir.¹¹ Como explica Leonardo Silveira:

an den Willen des Menschen, sowohl des Täters wie der Mitwelt. Die gerechte Vergeltung des schuldhaften Rechtsbruchs macht den Unwert der Tat vor aller Augen sichtbar und festigt damit das sozioethische Urteil." (WELZEL, 1956, p. 188)

¹⁰ Nesse mesmo sentido: BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, 1984.

¹¹ Na tradução em espanhol da obra de Roxin, o seguinte trecho traz as seguintes considerações que podem ser alocadas como descrição dessa culpabilidade funcional: "*La investigación que hemos dedicado a la significación de la prevención en la determinación de la pena conduce, después de todo lo dicho, a una concepción que se podría calificar como de «una teoría del valor de empleo modificada por la prevención especial». La modificación consiste en reconocer un marco de culpabilidad en la determinación de la pena conforme al § 46, StGB, pero este marco se completa, dentro de lo posible, por necesidades preventivas especiales. Tal solución, no sólo suministraría, como se indicó al principio, a «prevencionistas» y «retribucionistas de la culpabilidad» la base común apoyada en la ley para un modelo de las causas finales de la determinación de la pena, sino que también serviría de base a los partidarios de la «teoría del margen de libertad» y de la «teoría del valor de empleo».*" (ROXIN, 1981, p. 144-145)

Por tal razão, o elemento relevante para ser analisado não é se o agente poderia ou não ter agido lícitamente ao invés de ter praticado sua conduta ilícita, que é a conceituação de “culpabilidade” segundo a terminologia de Welzel que aquele tempo era seguida Tribunal Supremo Federal alemão. Mesmo que exista a possibilidade de agir conforme ao direito, o verdadeiramente relevante é se o legislador quer ou não fazer o agente responsável pela sua conduta. Portanto, mesmo quando estivesse presente a “culpabilidade” na concepção então predominante, ainda seria possível responder negativamente para o questionamento sobre se existiam necessidades jurídico-penais de se sancionar o agente. (SILVEIRA, 2016, p. 62)

Nessa primeira fase pode ser identificada uma aproximação com a proposta de Culpabilidade de Gunther Jakobs, que também irá orientá-la segundo uma função preventiva da pena. Apesar disso, ao contrário de Roxin, que enxerga na prevenção especial (em especial positiva) uma função orientadora preponderante, Jakobs coloca a imposição de pena como uma decorrência da necessidade de se reestabelecer a ordem jurídica violada (prevenção geral positiva).¹²

Em resposta às críticas de que uma concepção de Culpabilidade orientada por decisões de política criminal poderia levar a arbitrariedades e conflitos com os princípios penais garantistas que ele diz fundamentar toda sua teoria do delito, Roxin passa a uma segunda fase em sua teoria, denominada de disfuncional. Nela, ele passa a entender a culpabilidade como “idoneidade para ser destinatário de normas” e a estrutura para cumprir o papel de limitadora de eventuais excessos punitivos.

Nessa Culpabilidade reformulada, o fundamento da sua aferição é a motivabilidade do agente pela norma. Ao dizer isso, Roxin reafirma que não se trata de um retorno ao Finalismo, como se estivesse propondo avaliar o grau de liberdade no momento da prática da ação típica, mas de uma categoria normativa e empírica, já que a partir da psicologia e da psiquiatria, seriam fornecidas possibilidade de aferir essa capacidade. Sobre a normatividade da Culpabilidade é de especial interesse a construção que Roxin faz acerca do que considera como liberdade para a análise que aqui proponho. Para o autor,

¹² Sobre a concepção de Culpabilidade Günther Jakobs que expliquei ao longo do parágrafo referenciado, o texto original traz a seguinte redação: “*Der Schuldbegriff ist deshalb funktional zu bilden, d. h. als Begriff, der eine Regelungsleistung nach einer bestimmten Regelungsmaxime (nach den Erfordernissen des Strafzwecks) für eine Gesellschaft bestimmter Verfassung erbringt. Der Strafzweck ist nach der hier entwickelten Konzeption positiv generalpräventiver Art; es geht um die Erhaltung allgemeiner Normenerkennung (nicht Abschreckung)*” (JAKOBS, 1993, p. 484)

a liberdade deve ser tratada com um “princípio jurídico regulativo”, isto é, não como um dado real, que pressupõe serem todos os homens verdadeiramente iguais, mas como uma forma de tratamento que deve ser oferecida aos sujeitos.

Essa assunção de que a liberdade concreta dos sujeitos é um dado irrelevante para a aplicação da normal penal, sendo considerada apenas idealmente, de certa forma demonstra como a crítica ao direito de Pachukanis não é descabida. Entretanto, a formulação funcionalista da culpabilidade apresenta apenas uma nova roupagem para a negociação que se trava entre sujeito e Estado na medição da liberdade que lhe será retirada. Com isso não afirmo que as distintas concepções de Culpabilidade na Teoria do Delito na História não têm desdobramentos consideráveis dentro da Dogmática Penal, mas que dentro da forma de crítica delineada anteriormente, suas formulações guardam em seu cerne o acordo entre estado e particular balizado pela liberdade em abstrato que se tinha no momento do crime.

Uma construção dogmática na qual se encontra uma forma diferente de entender a Culpabilidade a partir da matriz teórica que trouxe, seria a formulação acerca do que se denomina Cculpabilidade. Inserida na categoria de princípio ao ser tratada na produção teórica, ela é uma resposta à ausência de concretude do sujeito culpável, que tem a reprovabilidade de seu comportamento balizada em um critério de liberdade abstrato, como já tratei. Assim, a proposta atrelada à Cculpabilidade seria de verificar o grau de responsabilidade do agente, o considerando como alguém inserido em uma sociedade desigual e cujas escolhas não podem ser dissociadas de suas condições materiais.

Eugenio Raúl Zaffaroni descreve ainda que o conteúdo da Cculpabilidade que formula não é ontológico ou normativo, mas, ético, pois inexistindo igualdade material entre os sujeitos e sendo ela resultado de uma ausência de garantia de direitos sociais, não poderia o Estado sancionar da mesma forma aqueles que tem graus diferentes de direitos garantidos. Nessa proposta, “a mensuração da reprovação do delito estaria relacionada à situação de vulnerabilidade do agente em vista da seletividade estrutural do sistema” (ZANOTELLO, 2013, p. 132).

A afirmação de Zaffaroni de que o conteúdo de sua Culpabilidade só poderia ser ético vem da crítica que ele propõe à Culpabilidade ao longo da histórica da Teoria do Delito, a qual não poderia ter qualquer conteúdo otológico ou normativo, como defendem

os autores que expus ao longo deste ponto. Ele aponta que a retirada do dolo/culpa realizada pelo Neokantismo não significou nada além de um “suposto’ esvaziamento (que nunca se deu) [com a] eliminação do material estranho que ocultava um vazio teórico real, que significava a resposta de aceitação da responsabilidade por parte da agência judicial” (ZAFFARONI, 1991, p. 137) e que a Culpabilidade normativa funciona na realidade como um mecanismo para ocultar a forma seletiva pela qual o Sistema Penal atua.¹³

De maneira sucinta, a proposta de reconstrução da Culpabilidade por Zaffaroni, dentro do que ele propõe como Realismo Marginal, é inserir a vulnerabilidade como categoria determinante da medida da culpabilidade. Para isso, ele descreve que na atuação do Sistema Penal há dois eixos complementares que podem resultar em vulnerabilidade, um primeiro que compreende a chamada “situação de vulnerabilidade”, aqui já descrita como a análise do agente na concretude de suas relações sociais e da sua relação prévia com o Sistema de Justiça Criminal, e outro que denomina “esforço pessoal para a vulnerabilidade”, no qual verificam as inclinações individuais para realizar a conduta tipificada como crime.¹⁴ Dessa forma, a atuação do julgador deve ser sentido de reduzir a pena em razão inversamente proporcional a sua vulnerabilidade.

¹³ Em sua crítica à Culpabilidade normativa, Zaffaroni irá descrever que uma categoria com critérios verdadeiramente normativos só seria aceitável se fosse aplicada da mesma forma a todos aqueles que cometeram as mesmas condutas típicas e antijurídicas. Em suas palavras “o conceito de culpabilidade normativa – a reprovação personalizada – entrou em crise com a deslegitimação do exercício do sistema penal. A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação “Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo? São perguntas que a reprovação normativa não pode responder” (ZAFFARONI, 1991, p. 259). Ele prossegue em sua crítica colocando ainda que a ideia de reprovabilidade pelo injusto contida na Culpabilidade “nunca foi critério útil à quantificação da pena, e a pobreza dogmática nessa matéria é a melhor prova de que sempre se ocultou uma falência dogmática ou discursiva, dificilmente desculpável”.

¹⁴ Sobre a posição e o esforço pessoal para vulnerabilidade: “A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria [...] o esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular”. (ZAFFARONI, 1991, p. 270) Como exemplo da articulação de ambos Zaffaroni coloca “os mais notórios esforços para a vulnerabilidade partindo de posições de nível muito baixo de vulnerabilidade, foram empreendidos por alguns delinquentes do poder (genocidas, delinquentes econômicos, etc) logo derrotados em contendas hegemônicas com outro poder maior. A ajuda que estes prestam ao sistema penal é enorme, por reforçarem a falsa ilusão de igualdade perante a lei de utilidade do sistema penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 271).

Assim sendo, a Culpabilidade e suas decorrências podem ser entendidas dentro dos pressupostos da crítica que apresentei de duas formas. De certo modo, pode se dizer que ela traz para a aplicação de penas uma nova dimensão, conferindo maior concretude ao sujeito e situando-o nas relações sociais que ocupa, por outro lado, e (trazendo a crítica de Pachukanis à sua potencialidade máxima) é possível pensar também que as considerações sociais que vêm com a Culpabilidade apenas trazem novos contornos à troca de equivalentes que é gerida pela Justiça Penal, sem que desvele por completo as verdadeiras formas nas quais ela opera. Essa ambiguidade na forma de enxergar a Culpabilidade pode ser percebida com a leitura de trabalhos sobre o tema, que o inserem como decorrente de diversos posicionamentos bastante distintos, seja em orientações declaradamente liberais (ZANOTELLO, 2013, p. 64-65), ou em elaborações de teóricos críticos ao uso do direito penal na realidade latino-americana de forma a minimizar disparidades quando viável (ZAFFARONI, 1991, p. 259).¹⁵

Ao trazer ao debate a categoria da Culpabilidade em relação aos pressupostos da crítica pachukaniana, uma das conclusões que se traz é a de que o Sistema de Justiça Criminal moderno é estruturado para realizar essa troca de equivalentes (entre infração penal e cerceamento da liberdade) a partir de um amplo conjunto de instituições e agentes, que se voltam a operá-lo de maneira cada vez mais autônoma em relação ao fato e a vítima concretos. Isso porque no Sistema Acusatório, com a figura do promotor, que titulariza o poder de acusar, a vítima passa a figurar em segundo plano, sendo de menor importância sua reparação pessoal. Ademais, nesse acordo, fica evidente a desvantagem daquele que negocia com o Estado sua liberdade, já que se vê confrontando um amplo aparato que o acusa, o julga e executa sua pena. Pachukanis pontua que essa forma, além de trazer disparidades de poder para as partes, ainda é inerente à Justiça Penal:

Caso se deixe inteiramente de lado essa forma de contrato, priva-se o processo penal de sua “alma jurídica”. Imagine por um instante que o tribunal esteja de fato preocupado apenas em debater de que modo se podem mudar as condições de vida de determinada pessoa, para influenciá-la no sentido correccional

¹⁵ Especialmente em relação ao trabalho de Zaffaroni, entendo ser importante pontuar que sua produção não pode ser alinhada a um Garantismo que diz solucionar as desigualdades inerentes ao Sistema Penal. Ao contrário, ele coloca expressamente que as possibilidades que encontra de atuação no interior da Dogmática são soluções possíveis no momento atual, sendo sua preocupação maior a de não legitimação do Sistema Penal por meio de sua crítica.

ou para proteger dela a sociedade, e então o próprio sentido do termo “pena” imediatamente desaparecerá. (PACHUKANIS, 2017, p. 211)

Esse mecanismo formal, baseado nesse acordo entre crime e sanção, sobre o qual se estrutura a Justiça Criminal tem ainda reflexo na forma secundária como a Execução Penal é encarada no estudo do direito e na atenção recebida nas formulações de políticas públicas. Isso se deve à centralidade da cominação judicial da pena para a resolução satisfatória do acordo involuntário estabelecido após o fato delituoso, já que não importa o efeito prático que a pena imposta irá trazer, mas, sim a definição de quanto tempo ela irá durar (PACHUKANIS, 2017, p. 216-217).

Ao dizer isso, não faço uma defesa do abandono imediato das ferramentas dogmáticas pelos participantes da justiça criminal nas mais diversas posições. Muito pelo contrário, é inegável que em uma realidade na qual o encarceramento em massa¹⁶ e a letalidade policial na abordagem de jovens negros crescem vertiginosamente,¹⁷ não se pode abrir mão de nada que contenha, ainda que pontualmente o aprisionamento e a morte.

Nem mesmo o próprio Pachukanis, ao descrever um momento de transição do Capitalismo, defendeu o abandono abrupto da forma jurídica, até porque não seria a imposição verticalizada do seu fim que o traria, pois, como visto, ela decorre da forma da troca que estrutura todas as relações sociais. Dessa forma, uma extinção do Direito Penal e das instituições da Execução Penal tal qual as conhecemos só aconteceria “na medida em que começarmos a erradicar esses conceitos e prescindir deles na realidade, e não somente nas declarações” (PACHUKANIS, 2017, p. 223). Nesse sentido, partilho da conclusão de Marcus Orione ao tratar da aposta de juristas progressistas em um direito conformado

¹⁶ O número exato de presos no sistema penitenciário brasileiro somou 726.712 pessoas em junho de 2016 – último dado tabulado. Do total, 5,8% é composto por mulheres. A taxa de presos por grupo de 100 mil habitantes subiu nesse mesmo período de 306,22 para 353 indivíduos. A proporção deste crescimento não deixa dúvidas de que estamos diante de um processo de “encarceramento em massa”, noção que passou a ser usada por estudiosos do campo da punição para descrever as mudanças na escala do encarceramento que se iniciaram nos anos 1970 e tornaram-se visíveis em meados dos anos 1980, especialmente nos Estados Unidos. (SILVESTRE, MELO, 2017).

¹⁷ “Segundo levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 21.910 pessoas morreram em decorrência de intervenções policiais no Brasil entre os anos de 2009 e 2016 (FBSP, 2017). Durante o mesmo período, 2.996 agentes policiais também foram assassinados (tanto em serviço quanto fora dele). Tais números não apenas posicionam as polícias brasileiras entre as organizações de força mais letais do planeta, como também consolidam seus quadros profissionais entre os que mais morrem em virtude do exercício da atividade e/ou da identidade policial” (ZILLI, 2018, p. 71).

pela proteção de direitos fundamentais que caminha ao lado de uma defesa de um direito penal e de uma execução penal cumpridora de direitos humanos:

[...] embora entendamos que o direito jamais conseguirá superar tais dificuldades, dada a sua própria essência, é possível, àqueles que acreditam na sua capacidade de transformação social, passar a adotar o seu discurso e dotá-lo de uma qualidade argumentativa que busque a maior eficiência. (O que, aliás, me parece uma armadilha mais do que tudo). Embora aqui não haja garantia de sucesso – e, em geral, acredito que não haverá sucesso –, existirá sempre a possibilidade de que algumas vantagens individuais sejam obtidas por aqueles que estejam em condições de inferioridade no mundo. Assim, estamos diante de um vazio discursivo que é substituído por outro discurso, também vazio a nosso ver, e que em geral é expropriado pela lógica dos direitos fundamentais. É claro que, como se trata de uma armadilha, o terreno em que se joga o jogo pertence ao outro, que terá todas as armas à sua disposição. Os juristas mais progressistas, e que pretendem um mundo melhor, é que devem avaliar o risco de fazer tal jogo. Pessoalmente, acredito pouco na prestação dessa escolha. (CORREA, 2011, p. 207-208)

Ao final, esta exposição é a condensação de diversas propostas críticas alinhadas ao materialismo histórico-dialético oriundas da teoria marxista e de teóricos da criminologia crítica para alertar às armadilhas não aparentes de um Garantismo muitas vezes bem intencionado. Já que é tamanha a desumanidade que permeia a vida das vítimas do sistema de justiça criminal, sendo elas, condenados, vítimas na capitulação jurídica, famílias de presos e tantos outros grupos afetados pela prisão e pelas instituições penais, é central que se formule uma crítica que supere o idealismo e que evite uma atuação jurídica e política ingênua.

CONCLUSÃO

A forma de crítica mais recorrente no corpo dos estudos que se voltam à análise de um Direito Penal dito progressista recorrem às formulações do Garantismo, as quais acabam invariavelmente demonstrando que o plano do *ser*, seja ele composto por decisões judiciais que se desviam de princípios penais constitucionais basilares, garantias legais ou pelas próprias condições do complexo prisional brasileiro, encontra-se bastante distante do *dever ser* devidamente pormenorizado na doutrina e na legislação. Esse descompasso entre as formas como a realidade deveria ser e a forma como as normas são projetadas

são uma consequência inerente ao Positivismo, seja ele empregado em um estudo dito dogmático ou em algumas análises empíricas criminológicas.

Para superar esse tipo de conclusão, adotou-se o materialismo histórico-dialético como pressuposto metodológico da crítica pretendida, de modo a entender a elaboração teórica e a realidade concreta na forma de uma unidade dialética, assim como o sujeito e objeto do conhecimento. Com isso, se torna possível uma crítica ao direito penal que se baseie nas contradições inerentes à sua própria forma, que expressa uma relação de troca, tal qual encontrada em todas as relações presentes no modo de produção capitalista.

Isso não significa que qualquer ganho em termos práticos promovido pelas garantias penais deva ser rechaçado ou evitado, mas que uma crítica que supera as limitações do positivismo deve alertar para as falsas promessas garantistas, que parecem ser um remédio fácil para desigualdades e violências que elas mesmas ajudam a perpetuar.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado *in* EAGLETON, Terry. *Ideologia. Uma introdução*. São Paulo: Ed. Unesp/Ed. Boitempo, 1997.

ALTHUSSER, Luis. *Ler O Capital*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

ALTHUSSER, Luis. *Sobre a Reprodução*. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANDRADE, Vera. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da desilusão*. Rio de Janeiro: Reavan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica e crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, *in Cuadernos de política criminal*, n. 24, Edersa, Madrid, 1984.

BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Outras Expressões/Dobra editorial, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORREA, Marcus. O Conflito de Princípios e as Falácias da Liberdade in *Revista Brasileira de Direito Constitucional* n. 17, jan./jun. 2011.

EAGLETON, Terry. *Ideologia. Uma introdução*. São Paulo: Ed. Unesp/Ed. Boitempo, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. Marxismo y Cuestión Criminal. *De Sociedad – Revista de Ciências Sociales*, n. 4, 1994.

GOMES, Mariângela. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Conselho Editorial do Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciências Sociais: elementos para uma análise marxista*. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. RACISMO E INSULTO RACIAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos estud. CEBRAP* [online]. 2016, vol.35, n.3, pp.11-28.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Tomo I. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. Trad. Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PACHUKANIS, Evgeny. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Sundermann, 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SELIGER, Martin. *Ideology and Politics*. Londres: Allen & Unwin, 1976.

SILVEIRA, Leonardo. *A Culpabilidade no Funcionalismo Penal*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Boletim IBCCRRIM**, São Paulo, v. 25, n. 293, abr. 2017. Acesso em: 31 jul. 2019.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 3. ed. Santiago do Chile: Juridica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001. ZANOTELLO, Marina. *O Princípio da Coculpabilidade no Estado Democrático de Direito*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZILLI, Luís Felipe. Letalidade e Vitimização Policial: características gerais do fenômeno em três estados brasileiros. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 17, dez. 2018.

Apresentação oral

**ACERCA DA TENDÊNCIA DE (RE) NORMATIVIZAÇÃO DOS
CONCEITOS DE DOLO E CULPA: UMA REFLEXÃO ACERCA DE
ASPECTOS RELACIONADOS AO ELEMENTOS PESSOAL NOS
CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER**

*ABOUT THE (RE)STANDARDIZATION TENDENCY OF DECEIT AND
GUILT: IMPUTATION IN CRIMES OF INFRACTION OF DUTY: A
REFLECTION ABOUT THE ASPECTS RELETIONED ELEMENTS OF
PERSONAL ELEMENTS AT INFRACTION OF DUTY CRIMES*

Giuseppe Cammilleri Falco

Mestrando e graduado (2018) em Direito pelo Programa de Pós Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – *Campus* Franca/SP. Advogado.
E-mail: giusepecfalco@gmail.com

Fernando Andrade Fernandes

Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011); Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2000); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Assistente doutor da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – *Campus* Franca/SP. E-mail: feranfer@uol.com.br

Resumo: As atuais tendências dogmáticas no contexto das Ciências Jurídico Criminais se encaminham no sentido de estruturar a Teoria do Delito sob bases normativas, ante à necessidade de atender determinadas necessidades geradas no ambiente da sociedade contemporânea. Esta tendência de re-normativização de vários institutos dogmáticos da Teoria Jurídica do Delito, intensificada particularmente em finais do Sec. XX, projetou-se também no entendimento acerca dos elementos que geram um vínculo pessoal com delito (dolo e culpa), em especial, quanto ao dolo, sendo atenuada ou eliminada a relevância do aspecto volitivo, incidindo a tônica na representação por referência à consciência. Desta forma, considerando-se que a *culpa strictu sensu* já se afeiçoa mais a

um juízo de natureza normativo, verifica-se um distanciamento de elementos de natureza psicológica-descritiva em relação ao dolo, também na direção de uma maior normatização do juízo a respeito da sua verificação. Paralelamente, verifica-se que parte da doutrina vem estruturando a Teoria do Delito sob o fundamento de deveres, positivos e negativos, gerais e especiais, ou seja, vinculando o reconhecimento do crime à infração de um dever decorrente do sistema social. Assim, a questão que se coloca reside em saber como se estruturam e projetam consequências os mencionados elementos que geram o vínculo pessoal nos crimes de infração de dever, particularmente em relação aos que decorrem da infração de deveres especiais, ante ao comum entendimento no sentido de que nesta espécie de crimes a análise destes elementos é prescindível. Para a mencionada análise recorre-se à metodologia dedutiva, de modo a possibilitar a exposição dos conceitos gerais dos crimes de infração de dever e dos mencionados elementos de natureza pessoal, para, depois, relaciona-los. O objetivo perseguido com a pesquisa consiste em, a partir de uma maior aproximação do sentido normativo dos seus dois objetos principais, elementos pessoais e crimes de infração de dever, verificar como os primeiros, nas formas de dolo e culpa, se estruturam nos últimos. Além disso, frente às tendências no sentido da sua (re) normatização e os reflexos decorrentes na compreensão a respeito dos crimes de infração de dever, tem por objetivo responder em que medida deve o direito penal ser estruturado a partir de critérios subjetivos-descritivos, como os que sempre orientaram a análise a respeito particularmente do dolo. A pesquisa tem como referencial teórico as tendências penais funcionalistas (racional teleológica e sistêmica), mas atenta à compatibilidade com o Ordenamento Jurídico pátrio. Nesse sentido, a hipótese de trabalho (a verificar-se) é que, ainda que sob a ótica normativa, há a necessidade de distinção dos elementos volitivos e cognitivos nos crimes de infração de dever, sob pena de responsabilização penal objetiva. Ao cabo a pertinência temática se dá, em primeiro lugar, pelo objeto da pesquisa exclusivamente normativo, o qual busca refinar as instituições da Teoria do Delito, depois, pela ainda incipiente e divergente doutrina sobre o tema.

Palavras-chave: Dolo, culpa, infração, dever, normativização.

Abstract: The current dogmatic tendencies of the criminal legal sciences aims to structure the Crime Theory on normative bases, considering the necessities generated in the actual social environment. This tendency, intensified in the end of XX century,

it also interfered in the personal elements of crime (deceit and guilt), especially, about the deceit being eliminated the aspect of volition. Consequently was valued the aspect of conscience. By this way, considering that the guilt it already surfs to the normative tendencies, the deceit moved away from the psychological-descriptive to also get closer to the standardization. In parallel, part of the criminal law doctrine has been structured on the duty fundamentals, positives and negatives, general and especial, in other words seeing the crime as a infraction of duty. So the question is how the mentioned personal elements behave in the context of infraction of duty, particularly in the especial duty, once the general understanding point to irrelevance of such analysis in this sort of crimes. The paper uses a deductive methodology to expose general aspects of the personal elements and infraction of duty, when, after, they will be related. The goal of the research is to understand how personal elements are structured in the infraction of duty. Besides that, seeing this standardization tendencies, the research wants to answer to what extent Criminal Law can be fundamented in subjective-descriptive criteria. The research theoretical reference the functionalist tendencies of Criminal Legal Science, but also compatible with the Brazilian Legal Order. The hypothesis is, although under we consider Criminal Law in the standardization tendencies, is a need to consider personal elements, as volition, na cognition, under penalty of incurring in objective accountability. At the end, the relevance of the research for the event is, justly, the objective to accurate Criminal Theory in a theme that where criminal legal doctrine is still incipient.

Keywords: Deceit, guilt, infraction of duty.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar os elementos pessoais,¹ particularmente o dolo, nos delitos de infração de dever. Utiliza-se a metodologia lógico-dedutiva para, partindo dos tradicionais entendimentos acerca dos elementos pessoais, projetá-los na estrutura dos

¹ O presente texto opta por usar a terminologia “elemento pessoal” em detrimento da expressão “elemento subjetivo”, comum na manualística jurídico-criminal, porém que não corresponde a uma semântica mais correta. Em que pese a alternativa seja explicada no texto, vale ressaltar que essa opção se dá, pois tais elementos dizem respeito à vinculação entre o crime e o seu agente concreto, considerando-se as suas especificidades e particularidades pessoais, que não se limitam aos aspectos propriamente subjetivos.

delitos de infração de dever. O texto inicia-se com uma análise sobre o desenvolvimento da teoria dos elementos pessoais; passa por uma proposta visando a sua delimitação e, por fim, chega-se na sua projeção na estrutura dos delitos de infração de dever.

O presente artigo surge no contexto do movimento de (re)normativização do Direito Penal e, por consequência, da Teoria do Delito, o qual alcança os conceitos dos elementos pessoais do crime. Desta forma, justifica-se o refinamento destes conceitos, sobretudo, para melhor a aplicação do Direito Penal. Por coerência metodológica, entende-se o objeto do Direito como sendo a norma, no sentido que essa atribui significado jurídico aos eventos da realidade. Por isso, o Direito Penal é uma expressão de valores do sistema social que o produziu.

O referencial teórico adotado, de base funcionalista sistêmica, entende a sociedade como um sistema social em que os integrantes detêm funções e expectativas que interagem por meio da comunicação. Assim, o sistema é capaz de promover um desenvolvimento autopoietico. Contudo, o problema acontece quando um fator externo ao subsistema jurídico o irrita; neste momento, faz-se necessário entender a irritação e traduzi-la para a comunicação própria do sistema jurídico, qual seja, a norma. É no estágio metodológico de entendimento da irritação e proposição de uma resposta normativa que a pesquisa se situa.

Então, busca-se entender qual o problema que se refere aos elementos pessoais (irritação) com fins a elaboração de uma proposta normativa para sua resolução. Essa resposta, para obedecer ao método proposto, deverá seguir o referencial jurídico-penal de que todos os integrantes do sistema social detêm um rol de deveres e direitos. Desta maneira, como em um teatro em que cada ator representa um papel em prol do melhor andamento da peça, no sistema social cada integrante desenvolve um papel para o cumprimento de uma função social para o correto funcionamento do sistema social.

Isto posto, a norma penal, ao prescrever condutas proibidas, por lógica, quer impor o modelo de conduta aceitável. Senão é esse o significado da conhecida máxima: “o que não está proibido está permitido”. Portanto, o crime, aqui, é entendido como a não evitação da conduta típica evitável, justamente, no sentido de que, antes de proibir, o direito penal impõe um modelo de conduta.

Os referenciais teóricos adotados, em resumo, buscam a (re-)normativização dos elementos pessoais. Não por outro motivo a proposta é entendê-los neste cenário científico.

1. OS TRADICIONAIS ENTENDIMENTOS SOBRE OS ELEMENTOS PESSOAIS

A construção dos conceitos relacionados aos elementos pessoais, seja ao nível do dolo ou da culpa *strictu sensu*, é amplamente influenciada pelo entendimento vigente acerca de sujeito ou de Ciência. Na verdade, o conceito de Ciência, bem como o entendimento de sujeito, influencia todo o sistema jurídico. Logo, ao projetar esse entendimento aos conceitos de dolo e culpa *strictu sensu*, percebe-se que, alterando para nosso contexto o provérbio citado por Lilia Moritz Schwacz,² os conceitos das *Escolas Penais*, na realidade, são mais fruto do seu tempo, que propriamente, de seus atores.

Aristóteles já entendia, o que depois se chamaria de imputação subjetiva, que somente merece castigo o desenvolver de uma conduta voluntária, isto é, que se leva a cabo sabendo da significação normativa desta conduta.³ Sendo assim, revisar, ainda que brevemente, os entendimentos de dolo e culpa *strictu sensu* firmado pelas chamadas *Escolas Penais* pelo tempo faz-se construtivo, em especial, para melhor entendimento da construção dos conceitos abordados neste escrito. Sendo assim, busca-se abordar as características principais de cada *Escola* e a influência destas na construção do entendimento de dolo e culpa *strictu sensu*.

Neste ponto, observa-se que a linha histórica do desenvolvimento da Ciência Jurídico-Criminal respeita um movimento de pêndulo metodológico, em que as correntes de pensamento oscilaram entre o material e o metafísico ou o ontologismo e normativismo.⁴

² “Segundo um velho provérbio árabe: “os homens se parecem mais com sua época do que com seus pais”. SCHWACZ, Lilia Moritz. Apresentação à edição brasileira: Por uma historiografia da reflexão. In: BLOCH, Marc. *Apologia da história: ou ofício do historiador*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

³ “Desde la exposición de ARISTÓTELES en el libro tercero de la Ética a Nicómaco, la imputación subjetiva forma parte del patrimonio cultural europeo como presupuesto para el mérito y el castigo: sólo merece aprobación, o bien reproche y castigo, el obrar voluntario [freiwillig] no, en cambio, lo que sea involuntario, y esto es, sobre todo, lo que se lleva a cabo no sabiendo del concreto significado normativo del actuar” KÖHLER, Michael. La imputación subjetiva: estado de la cuestión. Tradução de Pablo Sánchez-ostiz Guitiérrez.. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Madrid, Espanha: Civitas, 2000. cap. II, p. 69-90.

⁴ “Este debate se caracteriza por sucessivos sistemas teóricos que se atrelam, em maior ou menor intensidade, ao predomínio de concepções filosóficas, oscilando entre o ontologismo e o normativismo” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.p.115

Logo, percebe-se que – sucessivamente – a *Escola* seguinte busca ir na direção oposta à anterior em movimento propriamente pendular.

1.1 O positivismo naturalista

Antes de abordar as contribuições do *positivismo naturalista* para os conceitos de dolo e culpa *strictu sensu*, deve-se justificar o recorte metodológico, qual seja, de início da caminhada histórica pela *Escola positivista*. Isto porque, alguns podem se frustrar, uma vez que é sabido que existiam pensamentos anteriores à *Escola positivista* acerca de dolo e culpa. A título de exemplo no Direito Romano, anterior ao marco científico do Direito Penal Liberal (*Escola clássica*), já se propunha a existência de *dolus malus*, o qual era entendido mais como uma intenção contrária às regras daquela organização social, do que, propriamente, o dolo como elemento pessoal de uma conduta.⁵ No entanto, o presente recorte se dá no marco da inserção do critério da tipicidade no conceito de crime, que solidificou o que hoje se entende por conceito analítico de crime. Segundo o qual a Ciência jurídico-penal, como se verá, mais se ocupou com os conteúdos dos elementos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) do que, propriamente, com a reformulação estruturais deste conceito analítico.

A doutrina do delito-tipo, característica do movimento *positivista*, a qual se embasava em um entendimento causal da conduta, considerava que as circunstâncias materiais do fato determinam o entendimento jurídico da conduta, pouco importando a vontade ou a compreensão subjetiva do agente.⁶ Portanto, seria necessário, para a constatação do crime, apenas, o conhecimento das circunstâncias de fato, ou seja, um entendimento puramente contemplativo do estado de coisas. Desta maneira, segundo essa *Escola*, não há por parte do autor do delito qualquer valoração das circunstâncias,

⁵ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*: Tradução de José Hygío Duarte Pereira. Brasília, DF.: Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1. p. 275

⁶ Nesse sentido: “*la circunstancia de hecho que corresponden al delito-tipo objetivamente ejecutado por él (el delito-tipo como esquema rector común para la faz objetiva y la subjetiva). Por eso no existe, p. ej., asesinato u homicidio, cuando el autor, a pesar de haber muerto a un hombre, lo hizo creyéndolo una estatua. (Sería cuestión distinta la del homicidio culposo o la de tentativa de daño).*” BELING, Ernest Von. *Esquema de Derecho Penal*; la doctrina del delito-tipo. Traducion de las obras originales alemanas: 11 ed. 1930. Liberia “el foro”. Buenos Aires. 2002.p.110.

mas, apenas, entendimento material e objetivo.⁷ Isto porque, nesta doutrina, o dolo reside na culpabilidade dividindo-se no conhecimento das circunstâncias e o conhecimento da antijuridicidade do fato.

Então, o dolo, para a citada corrente doutrinária, no plano da imputação, não tem conteúdo volitivo, uma vez que a própria conduta típica, em si, representa um vício de vontade do autor quando diante do fato criminoso. Isto porque, como dito, o dolo residia no âmbito da culpabilidade, de modo que esse representa o entendimento do agente acerca da qualidade antijurídica da conduta.

Ainda neste período, Franz Von Liszt, embora ainda vinculado a um entendimento causal do delito, passa a entender a norma penal por referência a valores. Tanto é assim, como não é novidade, que em sua obra inaugura-se o pensamento político criminal, marcado por reflexões axiológicas.

Logo, o dolo, nesta *Escola*, é entendido como a representação da realidade pelo agente.⁸ Assim, o elemento volitivo, o qual expressa a representação de um resultado causal oriundo da conduta, passa integrar o dolo. Em outras palavras, o dolo, aqui, é a representação premeditada do ato voluntário que deu causa a um resultado delimitado como crime.⁹

Por isso, essa doutrina pontua ser diferente o dolo do desejo, esse que representa uma vontade, ainda que dirigida a um fim, mas sem a realização causal para atingir este fim. Por exemplo, o desejo de que o avião em que o desafeto está viajando caia. O exemplo, embora textualmente busque elucidar o que é o desejo, por óbvio, também

⁷ *Es necesario solamente el conocimiento de las "circunstancias de hecho", que contempladas jurídicamente, reproducen la imagen del delito-tipo legal. "Circunstancias del hecho" significa estado de cosas puramente objetivo; el autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito-tipo)* BELING, Ernest Von. *Esquema de Derecho Penal: la doctrina del delito-tipo*. Traducción de las obras originales alemanas: 11 ed. 1930. Liberia "el foro". Buenos Aires. 2002 p.110

⁸ "Dolo é, pois, a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)" LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Russel. Campinas. 2003. P. 275

⁹ "1º a representação do ato voluntário mesmo, quando este corresponde a ideia de um crime determinado, quer sob a sua forma ordinária quer sob uma forma mais grave.; 2º a previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime; 3º A representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma" Ibid. p.276

nos expõe, ainda que em sentido amplíssimo, uma situação em que se pode aferir uma vontade. Além disso, caso o avião caia, da mesma forma, é possível aferir um resultado (morte do desafeto), no entanto, não há conduta causal que vincule o desejo ao resultado obtido. Então, o entendimento do dolo como representação de uma relação causal entre as condutas empreendidas e as mudanças desejadas se dá quando o agente tem a certeza do resultado.¹⁰

Além do elemento da vontade, percebe-se a presença do elemento da consciência para constituição da conduta dolosa na citada doutrina, resumindo-se o dolo na realização consciente das circunstâncias do delito. Portanto, tal elemento é desprovido de conteúdo valorativo. Aqui, a desaprovação valorativa da conduta, situada na culpa, é, por sua vez, a viga mestra da responsabilização penal. De tal sorte que, em resumo, a culpa (responsabilidade/responsabilização) é a integralidade do modelo de crime (gênero), fazendo com que o dolo seja uma modalidade da culpa (espécie).

Assim, fazendo referência à analogia do pendulo metodológico mencionada ao início, a doutrina positivista filia-se na vertente ligada ao ontologismo, o qual analisa as questões jurídicas vinculadas à realidade.

1.2 O neokantismo

O movimento *neokantista*, seguindo a analogia do pendulo metodológico, ao menos no que concerne às Ciências jurídicas, situa-se, justamente, na posição oposta ao movimento positivista. Isto porque a *Escola neokantista* criticou o método causal naturalístico do positivismo, com fincas a incluir um referencial axiológico ao Direito. A *Escola neokantista* fundamentou todo o sistema jurídico por referência a valores, ou seja, as estruturas do delito deveriam ser entendidas sob o prisma de algum valor a ser perseguido, tal qual, a justiça, igualdade, dignidade, entre outros.¹¹

¹⁰ “o dolo dá-se incondicionalmente quando o agente tem por certo (necessário) o resultado;” Ibid. p.278

¹¹ “A rigor, os fundamentos ideológicos e filosóficos sobre os quais se assentava [o positivismo] já não correspondiam à realidade científica do Direito, reafirmando-se a falácia mencionada por Hume e Kant: do “ser” não se extrai o “dever ser”. Surgiu, assim, o sistema neoclássico do delito, fundado essencialmente na filosofia dos valores de origem neokantiana, tal como ela foi desenvolvida, nas primeiras décadas do século XX, pela chamada Escola sudocidental ou de Baden. Em lugar da lógica formal de um pensamento jurídico restrito ao ontologismo (categorias do ser), desenvolveu-se a ideologia de redefinir o

A corrente *neokantista* entende que os elementos subjetivos situam-se no âmbito da culpabilidade, neste ponto, mantendo o que a *Escola positivista* firmou. Porém, nesta corrente, a culpabilidade não representa somente uma concepção psíquica da conduta do agente, mas, também, um sentido valorativo de reprovação. Em outras palavras, o que importa é a regulação normativa e, por isso, valorativa, dos conceitos psíquicos.¹²

O dolo, então, para essa *Escola*, ligada ao normativismo, não se trata somente de um componente de consciência e vontade da conduta criminosa, mas, sobretudo, um juízo de valor negativo em relação à conduta culposa. Não por outro motivo, o a conduta praticada na modalidade dolosa corresponde a uma maior intensidade de pena.

Outrossim, diz Mezger que “a ação dolosa exige o conhecimento e a previsibilidade das circunstâncias do fato criminoso que fundamentem a pena”.¹³ Nestes termos, o autor resume o elemento doloso em um fato psíquico, qual seja, o conhecimento das circunstâncias que circundam o agente,¹⁴ as quais representam o elemento de consciência e uma circunstância valorativa. Resumindo-se, então, na previsibilidade do resultado típico entendido como as circunstâncias que são produzidas pelo autor, ou seja, que dependem de sua vontade.¹⁵

conceito de delito segundo os fins superiores que persegue o Direito Penal (fins de justiça para Gustav Radbruch, normas de cultura, para Max Ernest Mayer, ou o são sentimento do povo e da raça, para Edmund Mezger), bem assim os juízos de valor ou axiológico que lhe serviram de base” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p.117.

¹² “La cuestión de si la meta de la relación psíquica es algo jurídico o algo real, puede quedar por ahora abierta. Tampoco importa por el momento si la propia relación psíquica debe ser considerada como una voluntad o como una representación mental. Lo principal es la limitación del concepto de culpabilidad a la faz interna” FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002. p.25

¹³ Tradução livre de: “La acción dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que fundamentan la pena” MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografía Argentina, 1958. p.237.

¹⁴ “a) El conocimiento de las circunstancias de hecho actuales que fundamentan la pena. Se entienden por tales las circunstancias que ya existen en el momento de la comisión o de la omisión, independientes, pues, de la voluntad del autor y no causadas por él. Así, el autor debe saber que su disparo se dirige contra un hombre (§ 211-212), que se adueña de una cosa mueble ajena (§ 242), que el niño no ha cumplido todavía los catorce años (§ 176, N. 3).” Ibid. p.238.

¹⁵ “b) La previsión de las circunstancias de hecho futuras que fundamentan la pena, y muy especialmente del resultado que pertenece al tipo legal. Se entienden por tales las circunstancias que dependen de la voluntad del autor y que, por lo tanto, son causadas por él. El que actúa dolosamente debe prever la producción de las mismas. Así, debe prever que su disparo matará al rival (§ 211), que su mentira perjudicará el patrimonio de otro (§ 263), que la acción de adueñarse de una cosa ajena privará a la víctima de la custodia de la misma (§ 242), que causará escándalo (§ 183), que sus palabras exteriorizarán su desprecio por otro (§ 185)” Ibid. p.239

No mais, a culpa *strictu sensu* para o neokantismo, seja em Mezger ou Frank, segue a tendência da normatividade. De modo que essa é verificada quando há o descumprimento de um dever de cuidado, ou seja, há para o neokantismo o dever de agir com precaução.

1.3 O finalismo

Uma vez que o sistema jurídico voltado à referência a valores elaborado pelo *Neokantismo* foi alvo de críticas, sobretudo, por dar sustentação jurídica aos regimes totalitários europeus do início do século XX, o pendulo metodológico move-se, novamente, para o ontologismo. Nesse extremo formatar-se-ia uma Teoria do Delito voltada à preceitos lógicos-objetivos do “ser”, sob o fundamento de um conceito pré-existente de conduta,¹⁶ qual seja, a ação final.

Não por outro motivo, uma vez que a conduta final é a viga mestra desta *Escola* da Teoria do Delito, o dolo e a culpa *strictu sensu* foram deslocados da culpabilidade para o tipo. Afinal, se no tipo situava-se a descrição da conduta final (agir com um fim definido) é lógico que o elemento conceitual que disponha sobre a psique do indivíduo deveria estar próximo a esse modelo de conduta.¹⁷ Sendo assim, logo de saída, vê-se que os elementos subjetivos, para a *Escola finalista*, possuem a natureza de característica psicológica da conduta típica, ao contrário do que queriam os neokantistas.

Isto posto, ligado a interpretação ontológica do crime pelo método fenomenológico e a preceitos psíquicos do agente, é visível que o *finalismo* adota um método psicológico-descritivo. Ou seja, que não aporta significado à conduta, mas tão somente a observa. Em seu conteúdo, por sua vez, preza pelas referências psíquicas.

¹⁶ “O conceito de delito do finalismo foi desenvolvido por Hans Welzel, desde os anos 1930, em diversas etapas, tendo por plano geral o abandono ao normativismo penal neokantiano, e a reestruturação da teoria do crime – novamente – sobre bases ontológicas (categorias do “ser”). Contudo, diferentemente dos clássicos que se lastreavam na causalidade natural, a teoria desenvolvida por Welzel baseou-se em categorias lógico-objetivas preexistentes a toda configuração jurídica, que não podem ser modificadas, e que deveriam também ser observadas pelo legislador” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p.119.

¹⁷ “A teoria do dolo não observa que o dolo não é uma parte integrante, mas o objeto de reprovação da culpabilidade, e que, por isso, pertence à ação e ao tipo do injusto, no entanto a consciência da antijuridicidade é só elemento de reprovabilidade” WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução a doutrina da ação finalista. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001. p.117.

Em Welzel, o dolo é composto de um elemento volitivo, representado pela decisão de atuar, e um elemento cognitivo, expresso na consciência do agente.¹⁸ Então, o dolo comporta um primeiro estágio, qual seja, de consciência de realização da conduta, somado à vontade de realização da conduta em direção ao resultado. Desta forma, constitui-se a conhecida formula dolo como a soma de consciência e vontade a nível psicológico defendida pelo *Finalismo*.

No entanto, ao delimitar a culpa *strictu sensu* Welzel afasta-se do ideal pré-jurídico de ação final para sustentar uma mera causalidade entre a conduta e o resultado. Então, nos delitos culposos, em tempo que se verifica a falha da conduta finalista, ou seja, a concretização de um resultado diferente do concebido mentalmente, verifica-se nexos causal entre a conduta e o resultado.

Assim, até mesmo no *Finalismo*, que se esforçou para aproximar a *Teoria do Delito* ao plano mais ontológico, vê-se na culpa *strictu sensu* um elemento valorativo, o qual impõe um modelo de comportamento, qual seja, o comportamento finalístico. Nas palavras de Welzel, no crime culposos deve perceber-se a omissão de atuar em direção final lícita.¹⁹ Logo, para o *Finalismo*, há um dever de desenvolver conduta finais lícitas. Esse o elemento normativo.

2. A normatização dos elementos pessoais

Em primeiro lugar, deve-se ter como dado que o art. 18, parágrafo único, do Código Penal determina que a imputação penal dependerá de dolo ou, quando previsto em lei, culpa *strictu sensu*. Logo, ao menos no Ordenamento Jurídico brasileiro, é inviável, enquanto viger o atual texto do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, a imputação de um delito a alguém sem a verificação de elementos pessoais na conduta. Essa constatação não é nova e, usualmente, é expressa pela máxima da impossibilidade de responsabilização penal objetiva.

¹⁸ “Toda acción conciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el elemento intelectual –, y la decisión de querer realizarlo – el elemento volitivo –. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real, constituyen el dolo” Ibid. p.73.

¹⁹ “El desvalor de acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos.” Ibid. p.137

Assim, visto que não há possibilidade jurídica de descartar a verificação do elemento pessoal quando da imputação do delito, as perguntas que ora nos impõem são, em primeiro lugar, acerca do método para a verificação destes elementos e, depois, quais os critérios de definição dos elementos pessoais. Ou seja, como e o que deve ser verificado em uma conduta para defini-la como dolosa ou culposa.

No que toca ao método, usualmente, os elementos subjetivos são abordados pela via psicológica-descritiva, em que se observa tais elementos como condições do estado mental do agente. Então, segue-se uma concepção que está apoiada em um método contemplativo, o qual não atribui valor ao crime, mas o observa como um evento empírico ou, em outras palavras, como um dado da realidade. Logo, a metodologia tradicional tem o fato criminoso como axioma e, assim, projeta-o em um justo encaixe à norma. Não por outro motivo, por muitas vezes, os iniciados no Direito Penal ouviram a máxima: “o fato subsume-se à norma”.

Ademais, esse método busca um fundamento psicológico para os elementos pessoais. Assim, tem-se elementos como vontade; consciência ou previsibilidade vinculados a conteúdos psicológicos, tais como, ânimo de matar (*animus necandi*); desejo; capacidade intelectual de escolha; intuito de ludibriar, entre outros.

Porém, o melhor método para a análise dos elementos pessoais refere-se a uma abordagem atributiva-normativa, isto porque o conteúdo psicológico, por si só, provou-se incapaz de solucionar diversos problemas. Além disso, a vertente mais moderna da *Teoria do Delito*, adotada neste artigo, as chamadas de *Escolas Funcionalistas*, tem por cerne a *imputação normativa*, de modo que nada mais lógico que usar método compatível com essa perspectiva.

Essa análise, chamada de *atributiva-normativa*, tem por método a atribuição. Ou seja, não importa o que se passava na mente do indivíduo no momento do fato, mas tão somente se o fato demonstra elementos suficientes para a atribuição do significado disposto na norma penal.

O método atributivo, ao contrário do que se pode pensar a priori, representa, em comparação à metodologia psicológica-descritiva, uma restrição do âmbito de incidência

da norma (por consequência do poder punitivo), uma vez que componentes externos ao Direito não são considerados quando da imputação.

Um exemplo da vida cotidiana que bem ilustra a diferença entre tais métodos é fornecido por Luís Greco:

“As diferenças ficam mais claras se imaginamos o caso do estudante que não estuda até a véspera da prova e, ao abrir o livro, recebe um telefonema, sai, bebe, não dorme e chega direto da discoteca para fazer a prova. Pode ser que ele lamente com sinceridade a reprovação: “Minha vontade não era isso”, “foi sem querer”. O amigo honesto talvez responda: “Não reclame, você quis ser reprovado”. Nesse diálogo, o estudante usa o termo vontade em sentido psicológico-descritivo e o amigo em sentido atributivo-normativo”.²⁰

Por fim, deve-se pontuar que o método atributivo, diferente do psicológico-descritivo, parte do observador em direção à conduta. Em outras palavras, o autor do delito não é juridicamente competente para dizer se agiu com dolo ou culpa, mas sim aquele que observa a conduta. Afinal, atribuir, no sentido de dar significado, somente tem cabimento quando um terceiro se movimenta em direção ao objeto. De outro lado, com fins de cumprir as funções mais antigas da doutrina penal, qual seja, estabelecer limites à incidência do poder punitivo (norma penal), faz-se necessário desenhar critérios normativos – compatíveis com o ordenamento jurídico – que instrumentalizem a atribuição de significado de dolo ou culpa à conduta.

Esse é, precisamente, o objetivo a que nos propomos: sugerir uma proposta de critério normativo para a atribuição de dolo e culpa *strictu sensu* à conduta criminosa.

2.1 A culpa

O termo culpa comporta diversos significados na linguagem cotidiana, de modo que sem muitos esforços imaginativos consegue-se pensar em conexões do termo com a psicologia, a ética, a moral, etc. O simples exemplo do sentimento de culpa experimentado pelo jovem que no campeonato de futebol escolar erra o gol da vitória, mostra que os significados do termo culpa vão muito além de conceitos jurídicos. No entanto, em que

²⁰ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 887.

pese tais significados não se distanciarem do sentido usado pelo Direito, faz-se necessário diferenciá-los. Ademais, há a necessidade de diferenciar (tarefa que certamente não é capaz de se esgotar nesse artigo), a culpa em sentido *lato* e, a que ora nos interessa, a culpa *stricto sensu*.

A culpa, em sentido amplo, relaciona-se, no plano jurídico penal, com o que parte da doutrina chama de princípio da culpabilidade, o qual se entende como a delimitação da responsabilização penal. Isto porque o Direito Penal, ao garantir expectativas sociais, funciona para que pessoas não atuem culpavelmente em detrimento das expectativas firmadas. Em outras palavras, o Direito Penal se embasa em uma regulamentação normativa para delimitar àqueles que podem, ou não, ser atribuída responsabilidade (culpa) pelo descumprimento de uma expectativa. O que se quer dizer é que a imputação de uma conduta típica e a consequente atribuição de pena deve, ao menos, verificar a ocorrência de culpa.²¹

Com efeito, ao projetar o pressuposto de que a responsabilização penal depende de culpa ao art. 18, parágrafo único, do Código Penal tem-se que a culpa *strictu sensu*, que, como dissemos, é o mínimo elemento de vinculação da pessoa com o fato, é o fundamento primeiro da responsabilidade penal. O que se pontua é que somente poderá se atribuir responsabilidade de um evento naturalístico a alguém (imputação) quando verificada – ao menos – o elemento da culpa *strictu sensu* por seus próprios elementos normativos.

Então, melhor expressão para indicação destes elementos (dolo e culpa) – chamados pela doutrina tradicional de “elementos subjetivos” – é, na realidade, elementos pessoais. Visto que são estes elementos que conferem ao crime o significado de manifestação pessoal do agente e, nesta medida, permitem que esse responda pessoalmente as consequências jurídicas da responsabilidade penal.²² O que se quer dizer é que a responsabilidade penal não se satisfaz com a atribuição de um fato a uma conduta, mas sim com a vinculação

²¹ “El Derecho penal garantiza la expectativa de que quien esta sometido al Derecho no se va a comportar culpablemente, lo que significa que va a ser suficientemente fiel al Derecho, y en caso de que no muestre una fidelidad suficiente, eso es de su incumbencia, es decir su culpabilidad, y no un error de quien tiene una expectativa” JAKOBS, Gunther. *Dogmática de derecho penal y la configuracion normativa de la sociedad*. 1 ed. Thomson Civitas. Madrid. 2004. p.32

²² “Subjetivación de la imputación no es el concepto adecuado para denominar estos hechos, sino personalización más especial.” JAKOBS, Günther. *Sobre la funcion de la parte subjetiva del delito en derecho penal*. Anuario de derecho penal y ciencia penales. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989. p. 633/652. p. 633

de um fato determinado a uma conduta praticada por uma pessoa (s) determinada (s). Em resumo, essa é a função do elemento pessoal: determinar a(s) pessoa(s) a ser (em) responsabilizada (s) pelo prática do crime.

Nesse sentido, o recorrente jargão da “impossibilidade de responsabilização penal objetiva”, na realidade, expressa que é impossível que exista uma responsabilização penal sem consideração de dolo ou culpa *strictu sensu*. O que não quer dizer que se tratam de elementos decorrentes da subjetividade do autor da conduta, pelo contrário, o que deve ser considerado são elementos de natureza estritamente objetiva-normativa. Logo, o que se passa no interior da mente do autor da conduta criminosa não é penalmente relevante, isto porque, para o Direito Penal importa tão-somente sentimentos que são exteriorizados. O clássico exemplo do sobrinho que deseja que o tio morra andando na floresta durante a tempestade mostra que, sem uma conduta exteriorizada no sentido de influir em um curso causal ilicitamente arriscado, é irrelevante ao Direito Penal as questões de natureza subjetiva (impulsos e desejos) do sobrinho para com o tio. Novamente, por isso que falamos em elementos pessoais e não subjetivos.

A mais evidente diferença entre a culpa *strictu sensu* e o dolo pode ser identificada na pena abstratamente prevista, dado que os crimes dolosos têm maior quantidade de pena atribuída em comparação aos crimes culposos. Em outras palavras, uma conduta dolosa exige do Direito maior reprovação do que a conduta culposa. Explica Eduardo Viana:

“Entre as categorias [dolo e culpa] há uma relação, na qual o dolo representa um grau máximo de reprovabilidade, ao passo que a culpa um grau mínimo. Nas palavras de PUPPE, o desvalor da ação, tanto nos delitos culposos quanto nos delitos dolosos, pressupõe a criação de um risco permitido; em ambos pressupõe-se a violação de um dever de cuidado, bem por isso é possível dizer que todo autor que age dolosamente também preenche os requisitos dos delitos culposos. Não há, portanto, diferença de qualidade, mas sim de quantidade, isto é, o dolo é a culpa adicionada de algum outro elemento”²³

Portanto, distinguir a culpa do dolo, além de ser uma medida de justiça pela melhor aplicação da lei penal, traz diferença no *quantum* de pena atribuída e, ainda, a possibilidade punir ou não, uma vez que alguns delitos não comportam a modalidade culposa. Sendo

²³ NEVES, Eduardo Viana Portela. *O dolo como inferência: uma contribuição para o dolo sem vontade*. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2017.p.83.

assim, para se saber distinguir os elementos pessoais e, desta forma, melhor aplica-los pergunta-se: o que significa normativamente a culpa em sentido estrito?

O art. 18, inciso II, do Código Penal define crime culposo nas hipóteses em que “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.²⁴ Assim, a simples leitura do dispositivo revela que, para a análise da culpa, é necessário um referencial objetivo, qual seja, a prudência, perícia ou negligência. Sendo assim, a culpa *strictu sensu* consiste em elemento puramente normativo ancorado na inobservância de um dever objetivo, seja geral ou especial, de cuidado.²⁵ Logo, é coerente que para a imputação de um crime na modalidade culposa seja necessário a identificação da violação de um dever e que, por conta dessa, foi gerado um resultado típico.²⁶

Se o crime, segundo Jakobs, é uma violação de um dever normativo imposto à pessoa, tornar-se-ia dificultosa a diferenciação entre as condutas culposas e dolosas pelo fato de ambas as condutas partirem da premissa, qual seja, a violação do dever. Porém, a linha divisória conceitual entre o dolo e a culpa reside na relevância da representação do fato para a evitação da conduta criminosa.²⁷

O crime culposo, então, surge da situação em que a incompleta representação do contexto pelo agente é relevante para a realização da conduta. Ou seja, o agente do delito

²⁴ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

²⁵ “A noção de culpa diz respeito à inobservância do dever objetivo de cuidado, em uma conduta que produza um resultado não desejado, mas objetivamente previsível.” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020. p.172.

²⁶ “Mas a culpa não se esgota na violação do cuidado devido (desvalor da ação); é preciso causação de resultado lesivo e um nexo entre a ação descuidosa e a lesão (desvalor do resultado). Afinal, imagine-se o caso em que a ação descuidada sequer piore a situação do bem jurídico;” GRECO, Luis. Antecedentes históricos da moderna teoria da imputação objetiva: A teoria do crime culposo. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. III, p. 42-47.p.43.

²⁷ “El autor imprudente, en contraposición al autor doloso, cuenta con una limitada capacidad de evitación. Por ejemplo, por estimar como demasiado bajo el riesgo de una realización del tipo, o bien por desconocerlo completamente. Pero por este desconocimiento o estimación errada él mismo puede ser hecho responsable, puesto que, de haber observado el cuidado esperable, él habría juzgado correctamente la situación y con ello habría asegurado su propia capacidad de acción.” KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. *Revista de estudios de la justicia*: REJ, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011.p.52.

somente desenvolve a conduta, pois detém incompleta representação do contexto. Do contrário, com a completa representação, o agente evitaria a conduta criminosa.

Nesse grupo de casos também se inclui a circunstância em que o agente, ao representar por completo o contexto e o risco, desenvolve contra fatores de evitação da conduta. Então, por exemplo, o sujeito que dirigindo em alta velocidade em uma avenida pouco movimentada, ao ver uma pessoa atravessando a via, freia para evitar a colisão, desenvolve contra fatores de evitação da conduta. De modo que, caso aconteça o atropelamento, a esse deverá – ao menos por esse fator – ser atribuído o delito de lesão corporal na modalidade culposa, pois, em primeiro lugar, desenvolveu a conduta pela falta de representação plena do risco e, ao ter completa representação desse, desenvolveu contra fatores de evitação.

O agente, no crime culposos, age, seja de forma comissiva ou omissiva, sem ponderar as consequências de seus atos, do contrário não agiria desta forma ou, ao menos, tentaria evitar o resultado.²⁸ Sendo assim, o comportamento culposos é marcado pela inconsequência, pelo desastre, ou melhor, pela absoluta falha dos planos de conduta do agente, cuja resolução da conduta na forma típica – certamente – estará acompanhada de uma punição natural.

Porém, neste ponto deve-se diferenciar a conduta culposa da tentativa. A primeira não tem qualquer influência externa, mas tão somente uma falha de representação. A tentativa, pelo contrário, não detém qualquer falha de representação, mas, por conta de um agente externo alheio ao controle do agente, não se conseguiu produzir o resultado. Ou seja, não existe na tentativa qualquer contra fator de evitação ou, ainda, falha na representação, mas sim um curso causal interrompido por fator alheio ao controle do agente.

Tal abordagem da culpa *strictu sensu* abarca, também, a modalidade da chamada culpa consciente que usualmente é abordada pela vertente psicológica-descritiva, em que

²⁸ “Para el autor de la imprudencia no existe la certeza de que el resultado de su comportamiento será bueno, o aceptable, sólo para el y, a diferencia de lo que ocurre con los hechos dolosos, si se ha producido frecuentemente no lo podrá aceptar. La situación de la imprudencia se diferencia, por tanto, de la del dolo no solo por la ausencia de conocimiento de las consecuencias, sino también por la inaclorada aceptabilidad e de las misma: las consecuencias del dolo son aceptables (en otro caso no actuaría el autor)” JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencia penales*. Crónicas extranjeras. n.2. v.42. 1989.p.633-652.p. 641

o agente, embora possa prever o resultado, age acreditando que este não acontecerá. Isto porque, aqui, não importa, como já foi dito, a crença do agente em relação a contexto fático, mas sim a conduta desenvolvida pelo agente quando da completa representação do risco.

Em resumo, por uma vertente atributivo-normativa, defende-se que a atribuição de culpa *strictu sensu* à conduta depende da verificação de dois critérios: 1) a influência da incompleta representação do agente para o desenvolvimento da conduta; 2) o desenvolvimento de contra fatores de evitação quando da representação total do risco, se esse for possível.

2.2 O dolo

A punição do delito, uma vez que alguns crimes não comportam a modalidade culposa, depende, exclusivamente do dolo. Somente por esse motivo já se torna evidente a importância da diferenciação de dolo e culpa *strictu sensu*.

A abordagem da culpa *strictu sensu* como elemento pessoal basilar em que se insere o dolo, nos leva a uma dedução lógica, qual seja, de que o dolo depende dos critérios de verificação da culpa somado de outros critérios diferenciadores. Tradicionalmente, o elemento da vontade foi a tábua de distinção entre o dolo e a culpa *strictu sensu*. Porém, em que pese a doutrina tradicional analise a vontade por meio de uma metodologia psicológica-descriptiva, até mesmo na linguagem cotidiana esse elemento pessoal guarda um significado atributivo-normativo.

É possível, de fato, visualizar âmbitos de normatização extrajurídicos ou pré-jurídicos, como por exemplo acontece com o uso da linguagem cotidiana, em expressões essencialmente adscritivas, que têm por objeto conceitos de base psicológica, como a vontade: você não se preparou para a prova, logo você quis ser reprovado; você está fazendo muito barulho, então você quer acordar seu companheiro de quarto; você come mal e consome muito álcool, então você quer produzir danos à própria saúde. Em nenhuma dessas sentenças a vontade se utiliza em um sentido psicológico descritivo (já que o sujeito provavelmente não quer qualquer daqueles resultados), senão em um sentido normativo-atributivo. Esse sentido, portanto, já é conhecido em um nível pré-jurídico, desenvolvido ao nível da linguagem cotidiana.²⁹

²⁹ MARTELETO FILHO, Wagner. A normativização do dolo entre o princípio epistêmico e o princí-

As chamadas teorias do dolo são, em rasa síntese, divididas em duas: as teorias cognitivas, que consideram tão somente o critério da representação para a formação do dolo; e as teorias volitivas, que, além da consciência, reputam necessário a verificação da vontade para atribuição de dolo à conduta.

Porém, embora haja tal divergência doutrinária, há ao menos um ponto em comum – que é também ponto de partida – entre as teorias que integram as duas linhas de pensamento: a representação como critério determinante da consciência. Ou seja, grande parte da doutrina sustenta-se no fundamento de que a consciência, em caráter normativo, integra o dolo.³⁰

Sendo esse o pressuposto, tendo ainda por referencial que o crime é a não evitação da conduta criminosa evitável, espera-se que as pessoas desenvolvam condutas passivas em relação à realização de crimes e ativas no que toca a evitação dos crimes.³¹ Logo, verificada ao menos a tentativa de evitar a conduta delitiva fala-se em culpa *strictu sensu* (conforme já exposto). Porém, visualizada indiferença do agente em relação ao resultado, isto é, a falta de vontade quanto a evitação do fato, neste caso, pode-se falar em dolo.

Sendo assim, o pressuposto levantado por Armin Kauffman de que a vontade de realização da conduta mostra-se pela sua não evitação parece adequado, sobretudo, pelo viés de que se a vontade do autor fosse outra, ou seja, de não realizar a conduta criminosa, dever-se-ia, ao menos, visualizar uma intenção de evitação.³² Então, a aferição do dolo se

pio da responsabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 127-152., jan.mar. 2020.p.129/130.

³⁰ A chamada Teoria da Cegueira deliberada faz oposição a esse grupo de doutrinadores, pois entende que, quando há o dever de consciência, o agente pode ser punido pelo desenvolvimento de condutas contra a sua consciência. No entanto, em que pese a Teoria da Cegueira Deliberada já tenha sido usada em decisões e acórdão proferidos pelos Tribunais Superiores no Brasil, essa ainda não é unanimidade.

³¹ “El derecho penal protege bienes jurídicos frente a la producción de cambios desfavorables, o frente a la no-producción de cambios favorables, por la vía de la producción de normas. A través de prohibiciones se proscriben formas de comportamiento que producen cambios desfavorables o impiden cambios favorables. Y a través de mandatos se prescriben formas de comportamiento que producen cambios favorables o impiden cambios desfavorables. En consecuencia, son antinormativos aquellos comportamientos que no se ajustan a la correspondiente prohibición o mandato. Consideremos esto más de cerca, de la mano de una prohibición de la producción de un cambio perjudicial para un bien jurídico, que podemos llamar “resultado”. KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. *Revista de estudios de la justicia*: REJ, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011.p.45.

³² “Pero si puede, en cambio, plantearse a la inversa la pregunta acerca de si acaso la voluntad de realización del,

dá de forma negativa, ou seja, pela visualização da omissão no desenvolvimento de contra fatores de evitação, isto é, pela presença de indiferença em relação a realização ou evitação da conduta.

No entanto, o desdobramento de contra fatores de evitação incidem tão somente em relação à conduta e nada se relacionam ao resultado, em que pese, por vezes, o resultado seja parte da constituição do delito. Do contrário, tentando-se evitar somente o resultado após a realização da conduta, é a hipótese de arrependimento posterior definida pelo art. 16 do Código Penal.³³ O mesmo vale para os crimes de modalidade culposa.

O critério da indiferença, ainda, se distingue da culpa *strictu sensu*, não somente pela exigência – na culpa – da verificação de contra fatores de realização da conduta, mas, também, porque a conduta indiferente não se observa um descuido que vai contra os interesses do agente. Pelo contrário, a indiferença é justamente o meio pelo qual destina-se atingir os interesses do agente.³⁴

Porém o critério de indiferença, sozinho, não é suficiente para a atribuição de dolo, há, ainda, a necessidade de verificar uma possibilidade real de evitação.³⁵ Dado que, se o

autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida mas bien a impedirla. ” KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. *Anuario de derecho penal y ciencias criminales*. Espanha, ed. 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020. p. 194

³³ “Art. 16 – Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.” BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

³⁴ “Por tanto, existe indiferencia respecto a la realización del tipo cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que se ponen en juego sus intereses”. JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). *Dogmática y ley penal*: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 355

³⁵ “Sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de dirección, y su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado.” KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. *Anuario de derecho penal y ciencias criminales*. Espanha, ed. 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020. p.198.

agente tivesse informações suficientes para evitar a conduta deveria fazê-lo. Pensemos, por exemplo, no caso de um sujeito portador do vírus HIV, que, mesmo sabendo ser portador do vírus, mantém relações sexuais com outra pessoa e transmite o vírus por conta da inobservância de uma fissura, de natureza fabril, presente no preservativo. Esse agente não pôde evitar o efeito de sua conduta, pois não detinha todas as informações relevantes do contexto fático, em especial, a fissura no preservativo. Aqui não há a atribuição do dolo, dado que, em primeiro lugar, a pessoa portadora do vírus não tinha a capacidade, tampouco o dever, de conhecer a fissura do preservativo. Além disso, ante ao cuidado de usar o preservativo (contra fator de evitação), reputa-se que teria evitado a conduta, mostrando assim sua intenção de não transmitir o vírus.

Sendo assim, a possibilidade de evitação se resume em um dever de previsibilidade objetiva do resultado, o qual não basta a simples previsibilidade material, mas, também, a comunicação normativa impondo tal previsibilidade. Então, esse segundo elemento do dolo, que ora chama-se de previsibilidade, se resume em dois fatores, quais sejam, a possibilidade real de evitação e o dever de prever o resultado.

O dever de previsibilidade do fato deve ser analisado quando da análise do caso, para que este critério (previsibilidade) não seja reduzido a uma análise das leis da natureza. Assim dizendo, para a verificação da previsibilidade, o agente precisa estar situado em uma posição em que lhe é exigido, por força de dever social, a previsibilidade da circunstância. Por exemplo, o médico que, sem fazer os devidos testes, ministra um remédio de grande potencial alergênico levando o paciente, por conta de uma crise de alergia, a óbito, não pode eximir-se de dolo sob o argumento de ausência de previsibilidade. Isto porque, em vista do conhecimento técnico do médico, tinha o dever de prever esse resultado e, por isso, tomar todas as medidas necessárias para, ao menos, torna-lo menos provável.

O dolo indireto, seja na modalidade eventual ou alternativo, está preenchido por esses critérios. Isto porque, em ambas as modalidades de dolo indireto pressupõe-se a indiferença com a conduta a previsibilidade. O que se faz, agora, é trazer sustentáculo normativo-objetivo para esses critérios.

Enfim, o dolo se resume na circunstância em que o agente do delito teve plena representação do contexto e que, mesmo com capacidade e dever de prever o resultado, desenvolveu a conduta criminoso de forma indiferente. A atribuição deste elemento

depende verificação de dois elementos de conteúdo normativo ora desenvolvidos: a indiferença e a previsibilidade. O último critério subdividido em capacidade real de evitação e dever de previsibilidade objetiva.

3. A RELAÇÃO DOS CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER COM OS ELEMENTOS PESSOAIS

3.1 A estrutura normativa do delito de infração de dever

A chamada doutrina dos *delitos de infração de dever* é produto de uma vertente sociológica de entendimento da sociedade e, por consequência, do Direito. Essa doutrina, sobre bases funcionalistas, ou seja, entendendo que a sociedade de convergir para o cumprimento de uma função, defende que o sistema social se organiza por meio de interações comunicativas. Essas interações, ao alterarem a complexidade dos sistemas, exigem desses uma resposta para o restabelecimento da estabilidade. Então, quando se percebe uma alteração no nível de complexidade há, em contrapartida, uma resposta comunicativa visando o restabelecimento da estabilidade de interação, que não necessariamente, vale dizer, equivale a condição anterior a alteração de complexidade. Afinal, a resposta sistêmica pode levar a uma equalização da complexidade ao nível que, anteriormente, era considerada disfuncional. Ou seja, os sistemas e subsistemas são passíveis de modificações. Tudo isso com vistas à garantia da convivência social.

No plano jurídico, em específico, tais interações ocorrem por meio de um equilíbrio entre direitos e deveres das pessoas integrantes do sistema social. Logo, para essa vertente, o crime é uma relação social com definição normativa, de modo que, conforme Jakobs argumenta, “o Direito Penal constitui um cartão de visitas altamente expressivo”.³⁶ Isto porque, essa seção do direito, ao comunicar as incorretas formas de interação social, expressa os mais caros valores da sociedade. Sendo assim, de saída, a doutrina, em que presa esteja voltada à normatividade, revela que não está apartada da realidade concreta, afinal, se o

³⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003. Estudos de Direito Penal. v.6.p.7.

Direito pretende manter sua capacidade de conexão e, por isso, capacidade comunicativa com a vida, não pode contradizer as circunstâncias cotidianas consolidadas.³⁷

Ademais, é característico desta vertente da teoria do delito o conceito de pessoa, o qual se restringe às pessoas ativas para o Direito Penal, ou seja, com capacidade de consciência para julgar e processar de forma vinculada às estruturas da sociedade, em especial, a ordem jurídica. Esse conceito não toca a dignidade da pessoa humana ou direitos oriundos da condição de existência, pelo contrário, a definição de pessoa liga-se ao postulado jurídico de cumprimento de deveres. Em outras palavras, não ser considerado pessoa não necessariamente o retira direitos do sujeito, mas sim deveres. Então, não há necessidade de negar o ato do incapaz pela via do Direito Penal, pois dele não é esperado o cumprimento do dever.³⁸

Isto dito, a tendência do Direito Penal atual vai na linha da (re)normativização, que entende que o funcionamento da sociedade ocorre pelo cumprimento de expectativas construídas por meio da comunicação. Em um exemplo simples, o trânsito urbano funciona graças ao cumprimento de expectativas de comportamento descritas no Código de Trânsito Brasileiro, do contrário os carros colidiriam. O pedestre, ao aproximar-se de um ponto de travessia, espera que diante de um sinal de parada os veículos parem, de modo que este pedestre possa atravessar a via com a segurança de que não será atropelado. No entanto, se algum veículo atravessa o sinal de parada sem qualquer frenagem, há grande possibilidade de que o pedestre venha a ser atropelado ou que haja uma colisão com outros veículos. Afinal, os demais personagens (pedestres e motoristas da via transversal) estão se comportando conforme a expectativa de comportamento.

Sendo assim, a função do Direito Penal é a garantir que a norma de comportamento (em nosso exemplo o Código de Trânsito) tenha validade e, por isso, seja obedecida. O

³⁷ “Sin embargo, si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradicir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas” JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p.44.

³⁸ “Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.” JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução e Organização André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. rev.ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. p.4.

eixo da Ciência penal altera-se, passando de uma pergunta (o que fez a pessoa x?) para uma afirmação: a pessoa x deve cumprir seus deveres para não delinquir.

Nesse sentido, todos os integrantes da sociedade são dotados de um rol de direitos e deveres, os quais ordenam o cumprimento da expectativa de comportamento.³⁹ Então, por exemplo, para que se possa cumprir a expectativa de integridade física do corpo, todos detêm o dever de não agredir o outro⁴⁰ e, ao mesmo tempo, o direito de ter sua integridade física garantida de lesões oriundas de condutas alheias.⁴¹ Em resumo, todos desempenham um papel perante a sociedade, o qual é dotado de mais ou menos deveres a depender de sua função.

Os deveres são, em primeiro lugar, divididos em dois grandes grupos: os deveres negativos e os deveres positivos. A diferença entre esses deveres não é uma questão de evento naturalístico, tampouco de tipicidade penal, mas sim de fundamento normativo.⁴² Então, o que traz conteúdo ao dever não é o fato, mas sim a norma.⁴³

³⁹ No plano sociológico, ensina Luhmann: “Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito.” LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro 1983.p.48

⁴⁰ “Todo ordenamento regular da existência de pessoas, isto é, toda ordem social, contém como mínimo o dever que se impõe a toda pessoa de não causar danos a outrem” JAKOBS, Gunther. *Ação e omissão no direito penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.p.2

⁴¹ “Dever social é a denominação para a relação entre um obrigado e um terceiro que deriva seu direito dessa pessoa.” JAKOBS, Gunther. *Uma teoria da obrigação jurídica*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 6. No mesmo sentido: “En conclusión, cada deber presupone la existencia de un derecho que consiste en organizarse conforme a deber y cada derecho un deber que consiste en la administración inocua del derecho” JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003. p. 137

⁴² “Entonces –y esto es fundamental para seguir avanzando– la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no tiene que ver con la configuración naturalística del comportamiento o de la situación del bien, sino con el diverso fundamento de cada uno de estos deberes.” PLANAS, Ricardo Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. *Indret*. Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020. p.5.

⁴³ A origem da norma é um debate que ultrapassa os limites deste artigo, afinal, este debate toca a Teoria do Direito, a filosofia e a sociologia.

Isto dito, os deveres negativos são aqueles que dizem respeito a todo integrante da sociedade que é considerado pessoa para o Direito Penal. Esses dizem respeito às questões de convivência mais básica. A máxima do senso comum de que “o seu direito termina onde começa o do outro” é um resumo satisfatório do conteúdo desses deveres, os quais o Direito Penal não pode renunciar à tutela, sob pena de permitir o reinado da guerra de todos contra todos.⁴⁴

A regulação do direito penal, nos casos dos deveres negativos envolve a proibição de não danificar a organização alheia. Os crimes que envolvem deveres negativos são os que não necessitam de uma função social especial, o que é usualmente classificado pela doutrina tradicional de “crimes comuns”. Desta forma, os crimes devem ser interpretados e atribuídos conformes os deveres e não por referências às proibições. Em outras palavras, a questão não é se está proibido roubar, mas que se há um dever normativo de não exercer aquela conduta tida como roubo.

Então, esses crimes prescrevem expectativas de omissão, ou seja, de que a pessoa não desenvolva a conduta antinormativa. Em um exemplo simples, o sujeito que anda pela via pública tem a expectativa de que não seja ameaçado fisicamente nos seus bens, da mesma forma a expectativa social é de que a mulher possa andar pela via pública sem ter sua liberdade sexual violada. Não por outro motivo, o primeiro critério da imputação objetiva, particularmente a desenvolvida pela corrente funcionalista sistêmica, trata do princípio da confiança, o qual concede a pessoa o direito de contar com o cumprimento do dever do outro. Em outras palavras, os sujeitos em posição social ordinária não estão obrigados (não faz parte do seu rol de deveres) a prever situações danosas a direito próprio ou alheio. No entanto, não estão forçados a sentir passivo o dano causado por outrem, por vezes, há permissão de reação, como é o caso da legítima defesa em que há uma permissão jurídica para a reação frente a violação de direito.

⁴⁴ “La institución negativa a la que me estoy refiriendo es conocida desde el derecho romano, y se resume en la sentencia “no dañar a nadie” (*neminem laedere*). Que esta institución debe ser garantizada por el derecho penal es tan obvio como que ninguna sociedad puede renunciar a ella, al menos sin dejar de ser precisamente eso: sociedad, y no “estado natural” en donde reina la guerra de todos contra todos” GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9. p.273

De outro lado, enquanto os deveres negativos estão ligados a uma conduta omissiva de não danificar, os deveres positivos fundamentam-se em expectativas de condutas positivas (ativas; comissivas) de contribuição ao bem-estar dos demais.⁴⁵ Então, a expectativa é que, diante de uma situação de violação de expectativa, àquele que é atribuído dever positivo atue em direção de impedir ou cessar aquela violação. Nestes casos, o chamado princípio geral de cautela sobreleva-se para um dever de resguardo, por vezes, chamado de “dever de salvamento”.

Por seu turno, os deveres positivos dividem-se em outros dois grupos, quais sejam, o dever positivo geral e o dever positivo especial. O primeiro, sob o fundamento do dever geral de solidariedade, expressa o dever de ação em face de violações de normas em que não se envolva qualquer conhecimento ou posição social exclusiva. O melhor exemplo desta relação normativa é o crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal) que atribui a todos os capazes o dever de agir, ainda que somente pedindo o socorro da autoridade pública, ante a circunstância de vítima ferida.

Os deveres positivos especiais dirigem-se as pessoas detentoras de *status* exclusivo dentro do corpo social, o qual, via de regra, advém das funções institucionais que o indivíduo integra por vontade própria.⁴⁶ Por exemplo, o funcionário público, que deve zelar pela integridade dos princípios da administração pública (art. 37 da Constituição Federal de 1988), não deve omitir-se frente a uma ilegalidade dentro de sua função, sob pena de prática de crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal). Da mesma forma, é o caso dos pais que, por situarem-se na instituição familiar e, mais, na relação de responsável para com o infante, têm o dever positivo de proverem a instrução primária dos filhos, sob pena de prática de crime de abandono intelectual (art. 246 do Código Penal). Então, os deveres positivos especiais prescrevem condutas ativas para as pessoas, sob o fundamento

⁴⁵ “entonces podríamos ofrecer la siguiente reinterpretación: mientras los deberes negativos se basan en el deber intersubjetivo de respeto “*nemimen laedere*”, los deberes positivos hallan su fundamento en un deber para con la colectividad: el deber de contribuir al bienestar de los demás” PLANAS, Ricardo Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. *Indret*. Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020.p. 06.

⁴⁶ “Los deberes positivos especiales, en cambio, se dirigen únicamente al portador de un “*estatus especial*” (p. ej. funcionarios públicos). Tal condición de obligado especial la otorga –en la terminología de JAKOBS– la entrada voluntaria en una “*institución*” (p. ej. La Administración pública).” Ibid.p.7.

de relação de garantia do direito alheio (posição de garante). Então, o pai deve garantir a instrução do filho, bem como o funcionário público deve garantir o cumprimento dos princípios da administração pública.

Em resumo, os deveres são divididos, em primeiro lugar, em negativos e positivos. Esses exigindo da pessoa ação comissiva em relação ao cumprimento de deveres, enquanto aqueles elencam modelos de comportamentos no sentido de omitir-se de descumprir a norma (evitar o evitável). Por sua vez, os deveres positivos subdividem-se em deveres positivos especiais e gerais, em que se altera basicamente o *status* da pessoa em relação ao sistema social. Enquanto nos deveres positivos gerais não há qualquer diferenciação, nos deveres positivos especiais o agente da conduta tem relação de garante com a norma.

4.2 A imputação pessoal dos crimes de infração de dever

Primeiramente, como realizado em relação ao termo “elemento subjetivo”, neste excerto alterado para elemento pessoal, por logicidade, faz-se necessário uma adequação terminológica do que a doutrina e a jurisprudência costuma chamar de “imputação subjetiva”. A citada terminologia tradicional não é a mais precisa, pois dolo e culpa *strictu sensu* não relacionam o crime à subjetividade, mas sim o crime à pessoa. Então, uma vez que subjetividade sem exteriorização não tem relevância penal, melhor termo para a metodologia de atribuição do fato à pessoa é: imputação pessoal.

Partindo da proposição de que o crime é a não evitação da conduta típica evitável, deve-se ver os delitos pela ótica dos deveres negativos e positivos. No que toca aos deveres negativos, não existem tantos problemas, pois, via de regra, sua realização está expressa em um resultado naturalístico e uma comissão. Ademais, os deveres negativos estão interligados à pessoa e não a funções específicas. Assim, o dolo e a culpa *strictu sensu*, conforme desenhado anteriormente, funcionam sem maiores dificuldades. Então, nesses delitos, para atribuir a culpa *strictu sensu* é necessário ver alguma representação do perigo e a existência de contra fatores evitação. O dolo, por sua vez, é atribuído pela indiferença, bem como pela previsibilidade da conduta.

A título de clarividência, a despeito da teoria ser profundamente normativa, a previsibilidade naturalística neste ponto salta aos olhos, embora não seja critério de

imputação de elemento pessoal. Porém, nos deveres gerais negativos o elemento pessoal relaciona-se à conduta de não se omitir de realizar um movimento típico, portanto, bastante próximo do pressuposto conceitual ora usado (não evitação do evitável). Não por outro motivo a facilidade de instrumentalização da imputação pessoal a esse grupo de casos.

Todavia, os casos que envolvem deveres positivos não apresentam tamanha facilidade, pois o pressuposto de não evitação do evitável parece entrar em conflito com o dever de intervenção atribuído às pessoas com deveres especiais. A problemática tangencia, em primeiro lugar, o dever de previsibilidade e, depois, o dever de proteção.

O dever de previsibilidade nas hipóteses dos crimes de violação de dever positivo é mais acentuado. Ou seja, exige-se do agente maior capacidade de prever a violação do dever, quando em comparação aos crimes de violação de dever negativo. Em destaque, no conjunto dos deveres positivos especiais tamanha é a intensidade do dever de previsibilidade que se exige da pessoa a evitação do risco ao Direito. Isto porque, há, nesses casos, o dever de proteção/garantia.

Depois, sobre o dever de proteção, esse incide somente em relação às pessoas cujo rol de deveres contém um dever positivo especial, afinal, na posição de garante deve-se proteger o conteúdo da instituição normativa da qual o agente integra. Então, a punibilidade, ou seja a legitimidade de punir, nos casos de violação de deveres positivos especiais fundamenta-se não no domínio do fato, tampouco em alguma aptidão psíquica da pessoa, mas sim na infração de dever normativo especial que lhe cabia como garante.⁴⁷

Sendo assim, o crime de omissão “pura” é por excelência o crime de infração de dever positivo especial. Afinal, se não há dever que obrigue a agir, não há motivo de punir a omissão. Neste caso, a punição se legitima pela evitação da conduta ativa em nome do cumprimento do dever. De modo que os elementos pessoais devem ser aplicados,

⁴⁷ “La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si, además, el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber” GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9. p. 286

precisamente, nesta perspectiva, quando dos casos de infração de dever positivo por omissão.⁴⁸

Em resumo, para melhor atribuição dos elementos pessoais nos crimes de infração de dever, sugere-se que, em primeiro lugar, identifique-se o dever que fora violado. Desta forma, é possível proceder à correta atribuição dos elementos pessoais, os quais não se alteram nos deveres positivos ou negativos. A diferença está no vetor de aplicação, em que, no caso dos deveres positivos, altera-se para atribuir como conduta penalmente relevante a evitação da conduta comissiva protetora da norma que o agente tinha o dever de proteger.

NOTAS CONCLUSIVAS

I. Verifica-se um pendulo metodológico no que diz respeito aos conceitos de elementos pessoais na cronologia da Teoria do Delito. Por ora voltado ao plano normativo teleológico, por vezes voltado ao plano ontológico descritivo.

II. Dois são os métodos de entendimento dos elementos pessoais: 1) atributivo-normativo, que projeta significado ao fato por meio de conteúdo normativo; 2) descritivo-psicológico, que descreve o fato por meio de conteúdo psicológico.

III. Pelo método atributivo-normativo, então, há necessidade de correção terminológica do termo “elementos subjetivos” para elementos pessoais, uma vez que o relevante ao direito penal é o aspecto subjetivo exteriorizado pelo agente da conduta. Ou seja, os “elementos subjetivos” não ligam o fato ao intelecto, mas sim à pessoa, independentemente do que se passou por sua cabeça no momento da conduta criminosa. Portanto, melhor terminologia para esses elementos normativos é “elementos pessoais”.

⁴⁸ “Lo característico de su posición de garantía no es que deban responder por las lesiones de bienes jurídicos en el desempeño de su función (ello constituye una “normal” relación negativa), sino que deben garantizar el real contenido positivo de la institución Estado frente a la generalidad. Estos asumen, pues, una posición de garantía institucional. Según lo dicho, tal posición de garantía, no responde a la misma estructura que la que fundamenta los deberes negativos y, por ende, su quebrantamiento en cuanto tal no genera responsabilidad por los tipos delictivos que contemplan los concretos resultados lesivos (si éstos se producen), sino que, para sancionarse, el quebrantamiento del deber debe estar expresamente tipificado como omisión pura “especial” PLANAS, Ricardo Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. *Indret*: Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020. p.14

IV. A culpa *strictu sensu* fundamenta-se na relevância da representação para o desenvolvimento da conduta evitável.

V. A culpa *strictu sensu* depende de representação mínima e contra fatores de evitação.

VI. Sendo assim, a culpa *strictu sensu* é o limite da responsabilidade penal, de modo que, por logicidade, o dolo a integra.

VII. O dolo, por sua, vez é composto de representação do risco, indiferença e dever de previsibilidade do resultado.

VIII. Os deveres sociais são divididos em negativos e positivos. Esses, ao seu turno, são subdivididos em positivos especiais e gerais. Os deveres negativos são aqueles de não danificar, por isso, exigem omissão a prática do delito (evitação). Enquanto isso, os deveres positivos exigem comissão em favor da norma, em especial, os deveres positivos gerais em que se situa a posição de garante.

IX. O problema dos elementos pessoais nos delitos de infração de dever incide, sobretudo, nos crimes de violação de dever positivo especial em que há de se entender a metodologia como a evitação da conduta comissiva de proteção da norma. Então, reprime-se, a título doloso, condutas omissivas, pois havia, por força de dever, a necessidade de agir.

X. Assim, antes de projetar os elementos pessoais ao fato é indispensável que se entenda a origem do dever violado.

REFERÊNCIAS

BELING, Ernest Von. *Esquema de Derecho Penal*; la doctrina del delito-tipo. Traducion de las obras originales alemanas: 11 ed. 1930. Liberia “el foro”. Buenos Aires. 2002

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [S.l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: BdeF, 2002.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1, p. 271-288. ISBN 958-616-692-9.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [coords.]. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009,

JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução e Organização André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. rev.ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

JAKOBS, Gunther. *Dogmática de derecho penal y la configuracion normativa de la sociedad. 1 ed.* Thomson Civitas. Madrir. 2004.

JAKOBS, Günther. Sobre la funcion de la parte subjetiva del delito en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciência penales*. Crônicas extranjerias. n.2. v.42. 1989.p.633-652.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003. Estudos de Direito Penal. v.6.p.7.

KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito: Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoria de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Tradução de Rodrigo Fabio Suárez Montes. *Anuario de derecho penal y ciencias criminales*. Espanha, ed. 13, p. 185-206, 1960. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777128>. Acesso em: 11 set. 2020.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoria: una crítica a la terío del dominio del hecho. *Revista de estudios de la justiça: REJ*, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011.

KÖHLER, Michael. La imputación subjetiva: estado de la cuestión. Tradução de Pablo Sánchez-ostiz Guitiérrez.. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría do delito: seminario en la Universistät Pompeu Fabra*. Madrid, Espanha: Civistas, 2000. cap. II, p. 69-90.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*: Tradução de José Hygio Duarte Pereira. Brasília, DF.: Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.

MARTELETO FILHO, Wagner. A normativização do dolo entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 127-152., jan.mar. 2020.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: libro de estudio; parte general. Tradução Ricardo C. Nuñez. Argentina: Bibliografia Argentina, 1958.

NEVES, Eduardo Viana Portela. *O dolo como inferência*: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2017.

PUPPE, Ingeborg. *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. Organização: Beatriz Correa Camargo e Wagner Marteleto Filho. Tradução: Luís Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rosseto. 1 ed. São Paulo. Marcial Pons. 2019.

PLANAS, Ricardo Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. *Indret*: Revista para el análisis del derecho, [s. l.], ano 4, Outubro 2013. Disponível em: <https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: volume único. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Atlas, 2020.p.115

WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução a doutrina da ação finalista. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

Apresentação oral

**AS FORMAS DE INTERVENÇÃO DELITIVA NOS CRIMES DE
INFRAÇÃO DE DEVER: UMA ANÁLISE SOBRE A POSIÇÃO DO
*EXTRANEUS***

*THE FORMS OF DELITIVE INTERVENTION ON CRIMES OF
DUTY INFRINGEMENT: NA ANALYSIS ON THE POSITION OF THE
EXTRANEUS*

Louise Fernanda de Oliveira Dias

Mestranda e bacharela (2019) em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Unesp, campos de Franca. Advogada. Conciliadora Judicial. E-mail: adv.louisedias@gmail.com

Fernando Andrade Fernandes

Pós-doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2000). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1987). Professor Assistente Doutor da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. E-mail: feranfer@uol.com.br

Resumo: A sociedade contemporânea, caracterizada por uma estruturação complexa, com processos técnicos e produtivos especialmente divididos exerce influência sobre o Direito Penal. De um lado, verificamos um aumento exponencial da ocorrência e, também, da relevância dos delitos de infração de dever. Por outro lado, vemos que a empreitada criminosa se torna mais complexa, dentre outros pontos, também em termos de quantidade de pessoas envolvidas, posto que os delitos passam a ser praticados em espaços no qual os processos técnicos e produtivos são essencialmente divididos, como em empresas e repartições públicas. Das diversas projeções que o assunto apresenta em vários delitos, a sua importância se acentua em crimes como os de corrupção, tendo em vista, dentre outros aspectos, em especial, a característica de crime de infração de dever que se atribui aos mencionados crimes. Nesse sentido, se tornou patente para a dogmática jurídico-

penal o seguinte problema, que será analisado no artigo: a que título responde o *extraneus* que intervém no crime de infração de dever? Partindo desse problema, o presente artigo, em uma conjugação dos métodos dedutivo e indutivo, se propõe a analisar as formas de imputação e responsabilização de cada um dos intervenientes no delito, por intermédio de uma pesquisa evolutiva do instituto atualmente denominado como concurso de pessoas e, em seguida, por uma análise específica do tipo penal corrupção passiva, atualmente expresso no art. 317 do Código Penal.

Palavras-chave: Concurso de pessoas. *Extraneus*. Infração de Dever. Corrupção Passiva. Teoria da Linguagem.

Abstract: Contemporary society, characterized by a complex structure, with technical and productive processes specially divided, influences Criminal Law. On the one hand, we see an exponential increase in the occurrence and, also, in the relevance of crimes of duty infringement. On the other hand, we see that the criminal enterprise becomes more complex, among other points, also in terms of the number of people involved, since crimes begin to be practiced in spaces in which the technical and productive processes are essentially divided, as in companies and public agencies. Of the various projections that the subject presents in various crimes, its importance is accentuated in crimes such as corruption, bearing in mind, among other aspects, in particular, the characteristic of a crime of duty infringement that is attributed to the aforementioned crimes. In this sense, the following problem became apparent to criminal legal dogmatics, which will be analyzed in the article: to what title do *extraneus* who intervene in the crime of duty infringement respond? Based on this problem, this article, in a combination of deductive and inductive methods, proposes to analyze the forms of imputation and accountability of each of the actors in the crime, through an evolutionary research of the institute currently called as a concerted action, then, by specific analyses of the criminal type of passive corruption, currently expressed in art. 317 of the Penal Code.

Keywords: Concerted Action. *Extraneus*. Duty Infringement; Passive Corruption; Language Theory.

Sumário: Introdução. 1. Considerações Preliminares sobre a Codelinquência. 2. 2. Evolução e Delimitação dos Conceitos de Autoria e Participação. 2.1 O Sistema Unitário.

2.2 O Sistema Diferenciador. 2.2.1 O critério do domínio. 2.2.2 O critério da infração de um dever. 2.2.3 A teoria da determinação objetiva e positiva do fato. 3. As Teorias da Intervenção Delitiva. 4. A Codelinquência no Direito Penal Brasileiro. 4.1 O Código Penal de 1890. 4.2 O Código Penal de 1940. 4.3 O Código Penal de 1969. 4.4 A reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984. 5. A Análise da Intervenção Delitiva no Delito de Corrupção Passiva. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, pós-industrial, é caracterizada por uma estruturação complexa, com processos técnicos e produtivos especialmente fracionados, nos quais há intervenção de muitos indivíduos.

Assim, o Direito Penal, enquanto “cartão de visitas altamente expressivo” (JAKOBS, 2003b, p.7) da sociedade, absorve essas mudanças e, também, é convidado a repensar suas estruturas internas para dar respostas mais eficazes aos novos problemas criminais que a realidade contemporânea apresenta, ou ainda, a nova valoração e roupagem que problemas antigos recebem diante da configuração atual da sociedade (SANCHEZ, 2013).

De um lado verificamos um aumento exponencial da ocorrência e, também, da relevância dos delitos de infração de dever, como aqueles cometidos por indivíduos que possuem um *dever especial*, que vincula de forma diferenciada o *intraneus*, que é o sujeito qualificado, apto a praticar individualmente um delito especial, por exemplo: o funcionário público que comete um crime praticado por funcionário público contra a Administração Pública (art. 312 a 327 do Código Penal).

De outro lado, vemos que a empreitada criminosa se torna mais complexa, dentre outros pontos, também em termos de quantidade de pessoas envolvidas, posto que os delitos passam a ser praticados em espaços nos quais os processos técnicos e produtivos são essencialmente divididos, com distribuição de funções, especialização, complementariedade e estruturas hierarquicamente organizadas, por exemplo nas empresas, nos órgãos e repartições públicas e, muitas vezes, em se tratando de delitos que pressupõe a violação de um dever especial, vincula também indivíduos que não são qualificados, ou que são incapazes de realizar sozinhos a figura típica, tratados por *extraneus*.

Nesse sentido, se tornou patente para a dogmática jurídico-penal o seguinte problema, que será analisado no artigo: a que título responde o *extraneus* que intervém no crime de infração de dever?

Das diversas projeções que o assunto apresenta em vários delitos, a sua importância se acentua em crimes como os de corrupção. Como é sabido, a corrupção tem sido motivo de forte preocupação hodierna, a qual Fernandes (2018, p.579) atrela a uma mudança na percepção que se tem do problema, forçando alterações e atualização nos aparatos jurídicos e estratégias utilizadas para controle dessa manifestação do fenômeno criminal. Embora hoje se discuta muito sobre a existência de outras espécies de corrupção, como a exclusiva do setor privado, a desportiva, tradicionalmente há uma preocupação maior na corrupção pública, a “criminalidade no Estado e contra o Estado” (CRUZ SANTOS, 2009, p.8), que será o vértice analisado no trabalho.

Dessa forma, ante à caracterização do delito de corrupção como uma manifestação de crime de infração de dever, sempre houve um entendimento muito expandido no sentido de que a intervenção a título de autoria reserva-se ao *intraneus*. Assim, é colocada a questão final que o trabalho pretende responder: a atual configuração normativa sobre intervenção delitiva no aparato jurídico brasileiro é suficiente e satisfatória para responder as contemporâneas problemáticas da codelinquência no tocante aos crimes de infração de dever?

Partindo desse problema, o presente artigo, em uma conjugação dos métodos dedutivo e indutivo, se propõe a analisar as formas de imputação e responsabilização de cada um dos intervenientes no delito, por intermédio de uma pesquisa evolutiva da categoria dogmática atualmente denominada como concurso de pessoas, com início no Código Penal Brasileiro de 1890 até chegar a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que reformou a parte geral do Código Penal de 1940. O recorte temporal se justifica por serem legislações referentes ao período em que o Brasil adotou a república como forma de governo e, portanto, há uma maior possibilidade de diálogo entre os códigos.

Realizar-se-á, ainda, análise das principais teorias acerca da intervenção delitiva: a teoria pluralística, dualística, unitária e sua influência na legislação, passando pelas vertentes mais contemporâneas de análise da intervenção delitiva, como a teoria do domínio do fato, a culminar na inserção da teoria da linguagem no concurso de pessoas. Projetando a abordagem para a análise específica do delito de corrupção que, pelas razões

já explicadas, serve como parâmetro para que as conclusões sobre ele tecidas se estendam a casos semelhantes de delitos de infração de dever.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A CODELINQUÊNCIA

De forma geral, não é incomum que a empreitada delitiva seja “produto da concorrência de várias condutas praticadas por sujeitos distintos” (BITENCOURT, 2015, p.546). A atuação em conjunto de pessoas para a realização de um delito pode ser justificada por diversos fatores, como, por exemplo, assegurar o êxito do delito, compartilhar os proveitos obtidos, satisfazer interesses pessoais, buscar a impunidade utilizando o outro como instrumento, utilização de uma estrutura prévia organizada e dividida, dentre outros.¹

Embora o fenômeno da codelinquência seja conhecido há muito tempo, o problema se coloca ao valorar a intervenção de cada um dos sujeitos, isso porque, como bem ressalta Ferraz (1976, p.21) “a pluralidade de agentes e, consequentemente, de condutas, é a primeira condição para que ocorra o *concursos delinquentium*”.

Há questionamento sobre se os indivíduos que atuaram na empreitada delitiva cometeriam um mesmo delito ou se haveria a imputação de tipos penais distintos, como

¹ A legislação penal atualmente aplicada no Brasil, trata a codelinquência pela nomenclatura concurso de pessoas. Cumpre esclarecer que essa modalidade versa sobre um concurso eventual, ou seja, quando o delito poderia ser executado também por um único indivíduo. A diferenciação de concurso de pessoas eventual e necessário é estabelecida em relação a outras modalidades de delito, que são obrigatoriamente praticados por mais de um indivíduo, como a rixa (art. 137 do Código Penal)

eles seriam definidos, se autores imediatos ou diretos,² coauto- res,³ autor mediato⁴ ou partícipes. Em se tratando de delitos de infração de dever, se a responsabilização estaria reservada ao *intraneus* ou se também o *extraneus* é passível de ser responsabilizado, dentre outras questões.

Ao analisar o fenômeno da codelinquência em uma perspectiva mais contemporânea, Jakobs (2003a) observa que se trata, também de uma forma de divisão de trabalho, em suas palavras:

A co-delinquência é uma modalidade especial de divisão do trabalho; concretamente, de uma divisão do trabalho que vincula em vez de isolar; vejamos o que significa isto: a divisão do trabalho pode produzir-se de tal maneira que uma pessoa deva contribuir com uma determinada prestação a outra, devendo-se ocupar somente de cumprir os requisitos desta prestação (JAKOBS, 2003a, p.12)

² “La autoría inmediata individual o unipersonal, comúnmente llamada autoría directa, se da cuando el sujeto realiza la acción típica, determina el hecho de modo completo (o sea, sin compartir con otros el dominio o determinación del hecho) por sí solo y sin hacerlo a través de outro que actúa como instrumento. Ello no es óbice para que junto a esta persona actúen otras como partícipes del hecho, o incluso otros sujetos que realicen por sí mismos toda la acción típica, es decir, otros autores inmediatos individuales, produciéndose entonces un supuesto de pluriautoría que no debe confundirse con la coautoría.” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 21). Tradução nossa: “A autoria imediata individual ou unipessoal, comumente chamada autoria direta, se dá quando o sujeito realiza a ação típica, determina o fato de modo completo (ou seja, sem compartilhar com outros o domínio ou determinação do fato) por si só e sem fazê-lo através de outro que atua como instrumento. Isso não é óbice para que junto a essa pessoa atuem outras como partícipes do fato, ou incluso outros sujeitos que realizam por si mesmos toda a ação típica, ou seja, outros autores imediatos individuais, produzindo, então, uma suposta pluriautoria que não deve ser confundida com a coautoria.” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 21)

³ “La coautoría supone la realización del hecho por varios sujetos conjuntamente [...]. En un sentido amplio, se podría decir que el hecho lo realizan todos los que intervienen en él. Pero aquí nos referimos a la estricta realización del hecho típico, en el sentido del concepto restrictivo de autor. La coautoría supone la autoría de un conjunto de personas, ninguna de las cuales por sí sola resulta autora del hecho” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 30). Tradução nossa: “A coautoría supõe a realização do fato por vários sujeitos conjuntamente [...]. Em um sentido amplo, se poderia dizer que realizam o fato todos os que nele intervêm. Mas aqui nos referimos à estrita realização do fato típico, no sentido do conceito restritivo de autor. A coautoría supõe a autoria de um conjunto de pessoas, nenhuma das quais por si só resulta autora do fato” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 30)

⁴ “La autoría mediata consiste en la realización del hecho típico a través de otra persona que actúa como instrumento [...]. Se trata de una forma de autoría en sentido estricto, no sometida por tanto al principio de accesoriedad limitada de la participación” (DIAS Y GARCIA CONLLEDO, 2008, p. 21). Tradução nossa: “A autoria mediata consiste na realização do fato típico por meio de outra pessoa, que atua como instrumento [...]. Trata-se de uma forma de autoria em sentido estrito, não submetida, portanto, ao princípio da acessoriedade limitada da participação” (DIAS Y GARCIA CONLLEDO, 2008, p.21).

Pois bem, em se tratando de investigar a codelinquência, é essencial estabelecer a conceituação de autoria e participação e realizar a distinção entre ambas.

2. EVOLUÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

2.1 O sistema unitário

O sistema ou modelo unitário de autor normalmente é associado à não distinção e/ou graduação da intervenção delitiva, em relação as diversas contribuições realizadas pelos intervenientes na empreitada delitiva. A legislação que adota esse sistema não estabelece critérios de relevância das intervenções consideradas principais (autoria) e das intervenções tratadas por acessórias (participação) na execução do delito.

Conforme Ortiz (2010, p. 25) “o conceito de autor adotado pelo sistema unitário é o mais amplo possível” e, portanto, não há distinção intrínseca ou valorativa a respeito das diversas formas de contribuição ao delito.

Trata-se de sistema que tem origem nas teorias causais, especificamente na *Teoria da equivalência das condições*, segundo a qual é causa de um resultado toda e qualquer condição sem a qual o resultado não teria sido produzido, expressado na conhecida fórmula latina “*conditio sine qua non*”. Tendo por referência essa teoria, como ressalta Roxin (2000, p. 24) “*es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de autor*”.⁵

Para Roxin (2000), a teoria causal, embora compreenda o mundo exterior, “*es ciega al sentido y a los valores*”.⁶ E, segundo o Autor, apenas é possível determinar se o indivíduo é coautor ou partícipe por intermédio da captação do sentido dos preceitos que realizam a distinção entre autoria e participação, ou seja, por intermédio de uma dimensão valorativa e normativa.

⁵ Tradução nossa: “é óbvio negar a diferença entre autores, cúmplices e indutores a partir do conceito unitário de autor” (ROXIN, 2000, p. 24)

⁶ Tradução nossa: “é cega ao sentido e aos valores” (ROXIN, 2000, p.26)

Dessa maneira, conforme Ortiz (2010, p. 27) a persistência de sistemas legislativos que adotam o modelo unitário apenas se justifica por um “anseio político-criminal”, que, por sua vez, estaria vinculado a uma compreensão do delito enquanto obra de todos os intervenientes, sem realizar valoração sobre cada conduta específica.

2.2 O sistema diferenciador

Em oposição ao sistema unitário de autor, o diferenciador abrange todas as teorias que realizam distinção entre autoria e participação. Ou seja, inclui os conceitos extensivo e restritivo de autor, bem como as teorias da participação vinculadas a elas, como as teorias subjetivas, objetivas e as relacionadas aos critérios do domínio, de infração de um dever e determinação objetiva e positiva do fato.

O conceito extensivo de autor é, assim como o conceito unitário, fruto da teoria da equivalência das condições, portanto, segundo esse conceito, não existiria diferença substancial entre autoria e participação. Contudo, conforme Ortiz (2010, p. 34), para essa teoria “participe é participe não porque sua contribuição ao crime possua, em si, menor relevância, mas porque a lei previu expressamente uma hipótese que lhe limita a punibilidade”.

Estritamente vinculada ao conceito extensivo de autor, está a participação em sentido estrito, compreendida como uma causa de restrição da punibilidade, essa compreensão se justifica com base nas teorias causais, já que se participação não fosse determinada como tal, pelo legislador, seria estabelecida como autoria, ou seja, por não haver significativa distinção entre autoria e participação, em termos causais, a diferenciação entre ambas é um critério adotado pelo legislador, que, se assim não fosse feito, seria compreendida pela regra geral que é entender as intervenções delitivas, quais sejam elas, como manifestações de autoria.

Além das críticas mencionadas sobre a teoria causal, que também se aplicam ao conceito extensivo de autor e a participação em sentido estrito, cumpre acrescentar que essa teoria é falha também, por não explicar eventual responsabilização do *extraneus* em um delito de infração de dever. Isso porque, se um delito de infração de dever consiste em uma categoria específica no qual o rol de possíveis autores é restrito em virtude de uma

dever especial que apenas se aplicaria ao *intraneus*, a condenação de um *extraneus*, ainda que hipotética, resultaria em causa extensiva da punibilidade e não o oposto.

O conceito restritivo de autor compreende que os conceitos de autor e partícipe são distintos e, em divergência ao conceito extensivo, “pressupõe a existência de diferenças intrínsecas entre ambas, que não se situariam apenas no âmbito da culpabilidade” (ORTIZ, 2010, p.41) e, isso conduz à ruptura com as teorias causais:

Esta cisão é o marco inicial da concepção restritiva. Sua nota característica consiste em conceber a autoria como um conceito primário, definido a partir de critérios positivos. A participação, em contrapartida, passa a ser conceito secundário – delimitado negativamente –, sendo o partícipe aquele que não é autor. Assim, nem todo interveniente poderá ser considerado autor da conduta típica, mas apenas aqueles que reúnam as condições necessárias (ou tais critérios positivos) para tanto. (ORTIZ, 2010, p.42)

As teorias objetivas, por sua vez, são divididas em duas linhas, a objetivo-formal e a objetivo-material. A teoria objetivo-formal conceitua autoria por intermédio da delimitação do tipo, ou seja, há uma vinculação à literalidade da legislação, de forma que o autor seria aquele que realiza ou executa, de forma total ou parcial, os verbos núcleo do tipo. Assim, partícipes seriam todos os demais que, de alguma forma, intervissem no delito, sem, contudo, realizar as condutas descritas no tipo penal, partindo da cognição alcançada pelo conceito restritivo de autor, de que a participação é delimitada negativamente, por intermédio de uma compreensão primária sobre qual interveniente seria autor.

A teoria objetivo-material, por sua vez, compreende a figura do autor a partir de critérios materiais, que se sobrepõe a literalidade das condutas descritas no núcleo do tipo penal que corresponde ao “valor objetivo da contribuição de cada qual dos intervenientes, identificando-se o autor como aquele que realiza a contribuição objetivamente mais importante para o sucesso delitivo” (ORTIZ, 2010, p.53), sendo os demais, cuja contribuição tenha sido de menor importância, classificados como partícipes.

Por fim, as teorias subjetivas, embora sejam cronologicamente posteriores ao conceito restritivo de autor e às teorias objetivas, conforme Roxin (2000, p.25) “*no reconoce una relevante diferencia de la eficacia (del autor y del cómplice)*”⁷ porque compreendem a

⁷ Tradução nossa: “não reconhecem uma relevante diferença da eficácia (do autor e do cúmplice)” (RO-

diferenciação entre os intervenientes baseada na vontade de ser coautor ou de ser partícipe. Trata-se de entendimento que retoma e se vincula com a teoria causal.

2.2.1 *O critério do domínio*

A teoria do domínio do fato, assim como a teoria final da ação, teve Hans Welzel como seu precursor. Contudo, foi Roxin (2000) o responsável por tornar a teoria famosa:

O domínio do fato é, na moderna teoria da co-delinquência, a característica da autoria; na terminologia de Roxin – que é o autor da monografia mais importante sobre o conceito do domínio do fato, que refinou e comprovou as conclusões obtidas durante mais de trinta e cinco anos e, ademais, submeteu-as a discussão em lugar destacado – o domínio do fato aparece nas formas do domínio de ação (isto é, domínio de quem comete diretamente), do domínio de vontade (vale dizer, como domínio do autor mediato) e do domínio funcional (vale dizer, como domínio do co-autor). (JAKOBS, 2003a, p.1-2)

É necessário mencionar que a referida tese sobre o domínio do fato não pretende esgotar todas as hipóteses de concurso de pessoas, pelo contrário, aplica-se especialmente aos delitos comuns, comissivos e dolosos e, portanto, admite a impossibilidade de se cunhar um único conceito de autor para todas as manifestações do delito.

Nesse sentido, para Roxin (2000) seria autor de delitos comissivos dolosos aquele que detiver o domínio do fato que, a depender da situação concreta, pode ser fundamentado nos critérios de domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do delito, já resumidos acima.

Por fim, para o autor, em se tratando de delitos especiais,⁸ delitos de mão própria e omissivos, o critério do domínio do fato não seria apto a solucionar as questões relativas a autoria e participação que, daria lugar, à ideia de infração de dever, de que se ocupa o presente trabalho.

XIN, 2000, p.25)

⁸ O crime especial se diverge do crime comum, este pode ser realizado por qualquer pessoa e, também do delito de mão própria “que só pode ser praticado pelo agente pessoalmente, não podendo utilizar-se de interposta pessoa” (BITENCOURT, 2015, p. 602). O delito especial é “aquele que exige determinada qualidade ou condição pessoal do agente” (BITENCOURT, 2015, p. 602) e, nesse caso ele pode ser próprio, quando existe uma modalidade de tipo penal específica que vincula aqueles agentes e impróprio, quando há um tipo penal comum corresponde àquele especial.

2.2.2 O critério da infração de um dever

Para Jakobs (2003b, p. 3) em que pese “à sistematização (realizada com extraordinária diferenciação), à precisão e à comprovação da teoria do domínio do fato” feita por Roxin, é a descoberta dos delitos de infração de dever que se considera “mais sensacional, muito mais poderoso em seu potencial de desenvolvimento e, ao estar orientado normativamente, também mais moderno” (JAKOBS, 2003b, p.3) e sintetiza o que se compreende por delitos de infração de dever:

Existem delitos – que são os delitos especiais em sentido estrito, mas não somente quanto à formulação – cujo autor não fica caracterizado pelo domínio, mas por um dever que tem como conteúdo uma contribuição positiva a outra pessoa ou a uma instituição estatal, como, por exemplo a Administração de Justiça. (JAKOBS, 2003b, p.3)

Utilizando o modelo dos delitos funcionais, Roxin (2000, p. 386) entende que o exercício da condição de funcionário público, da qual se originariam deveres especiais, culminaria na limitação da autoria ao *intraneus*, na medida em que a violação dos deveres inerentes a função é que fundamentaria a responsabilidade do interveniente.⁹ São deveres, portanto, extrapenais, advindos de outros ramos do Direito.

Por sua vez, ainda que o *extraneus* tenha dominado objetiva ou subjetivamente o fato, a ele sempre restará reservada a punibilidade a título de partícipe.

⁹ Nas palavras de Roxin (2000, p. 385-386): “Entonces habría que considerar a la condición de funcionario no como criterio autónomo de la autoría, sino como elemento típico ordinario, que, como todas las demás circunstancias del hecho, no requeriría la realización de propia mano por parte del autor directo. [...] Por tanto, podemos considerar cierto que sólo un intraneus puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría”. Tradução nossa: “Assim, a condição de servidor público deveria ser considerada não como um critério autônomo de autoria, mas sim como um elemento típico comum, que, como todas as demais circunstâncias do fato, não exigiria que o autor direto o fizesse por si mesmo. [...] Portanto, podemos considerar certo que só um intraneus pode ser o autor dos crimes funcionais. Examinando mais de perto o ponto de vista decisivo para a autoria no exemplo inicial revela-se que não é o status de funcionário nem a qualificação abstrata como diretor da investigação que torna um sujeito autor: em vez disso, é o dever específico (derivado do fato de ser encarregado de uma questão jurídica específica) dos implicados a se comportarem de maneira adequada, cuja violação consciente fundamenta a autoria (ROXIN, 2000, p.385-386)

Jakobs (2003b), também cunhou sua própria compreensão de intervenção delitiva, segundo a qual apenas caberiam duas categorias, a dos delitos de competência organizacional e a dos delitos de competência institucional. Nos primeiros, verifica-se uma relação negativa entre as pessoas, de forma que cada indivíduo deve cuidar de sua própria esfera de organização para que não gere perigos para os demais do corpo social que, por sua vez fundamentam uma expectativa comum de que não serão agredidos por intermédio da extrapolação de limites da esfera organizacional alheia.

Quanto aos delitos de competência institucional, há uma relação positiva, de forma que os “sujeitos especialmente obrigados devem cumprir com deveres que emanem de instituições sociais às quais estejam vinculados, como o Estado e a família” (ORTIZ, 2010, p.123). Aqui não se trata de um mero dever do *intraneus* de não lesionar, mas de colocá-lo em uma posição de garantidor.

Cumprе esclarecer, por fim, que para Jakobs (2000a) não é cabível tratar de coautoria ou autoria imediata em delitos de infração de dever, ou utilizando a nomenclatura do autor, em delitos de competência institucional. Nesses casos, apenas seria possível tratar de autoria colateral¹⁰ e autoria direta.

2.2.3 A teoria da determinação objetiva e positiva do fato

Trata-se de teoria minoritária, que tem muitas semelhanças com a teoria do domínio do fato, mas também pontos substanciais de divergência e que tem ganhado muitos adeptos nos últimos anos. Foi inicialmente proposta por Luzón Peña e desenvolvida por Miguel Diaz y Garcia Conlledo (2008):

Según ella, en el marco un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas, autoría y realización del tipo han de estar estrechamente unidos, de modo que es autor el sujeto que realice la conducta que directamente encaje en el correspondiente tipo de la parte especial, la que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, la que dicha norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar (en caso de prohibición) o em promover su rea-

¹⁰ Trata-se de hipótese em que várias pessoas executam o fato, sem que haja nenhum vínculo subjetivo entre elas.

lización (en caso de mandato de actuación). (DIAS Y GARCIA CONLLEDO, 2008, p. 19)¹¹

Uma vez que o autor é quem realiza a ação típica, a teoria não descarta a possibilidade de distinguir as condutas que seriam nucleares e, portanto, imputadas ao autor e as que não seriam nucleares e atribuídas aos partícipes, nos casos em que o tipo penal apresenta um rol de condutas.

Díaz y Garcia Conlledo (2007, p.20) segue afirmando que nos delitos de resultado, ainda que a ideia também seja válida para outros tipos, “*el criterio material que concreta lo anterior es el de que autor es quien determina (o domina, si se puede hablar de un dominio objetivo) objetiva y positivamente el hecho*”.¹² E, por se tratar de uma determinação objetiva, é permitida sua aplicação em delitos dolosos e, também, nos culposos.

A teoria da determinação objetiva e positiva também tem recebido críticas, que são direcionadas à possibilidade de distinção entre ações típicas nucleares e, também não nucleares), ao esquecimento do componente subjetivo que, para muitos é imprescindível ao domínio do fato.

3. AS TEORIAS DA INTERVENÇÃO DELITIVA

Uma das questões discutidas quando o assunto é codeinquirência diz respeito à forma de valoração do fenômeno delitivo quando nele intervém várias pessoas e, ainda, como será imputado o crime cometido: se cada interveniente responderá por um mesmo delito ou se é possível que respondam por delitos distintos. Nesse sentido, foram elaboradas três teorias: a pluralística, a dualística e a monística.

¹¹ Tradução nossa: “Segundo ela, no marco de um conceito restritivo de autor que conserve suas vantagens, autoria e realização do tipo estão firmemente unidos, de modo que é autor o sujeito que realize a conduta que diretamente encaixe no correspondente tipo da parte especial, a que mais diretamente enfrente à norma proibitiva ou imperativa nele contida e, portanto, a que a referida norma tenha a maior peremptória ou urgência em evitar (em caso de proibição) ou em promover sua realização (em caso de mandato de ação).” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p.19).

¹² Tradução nossa: “O critério material que concreta o anterior é o de que o autor é quem determina (ou domina, se é possível falar de um domínio objetivo) objetiva e positivamente o fato” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 20)

Segundo a teoria pluralística, a “pluralidade de agentes corresponde à pluralidade de crimes” (BITENCOURT, 2015, p. 1197), ou seja, existirá a mesma quantidade de crimes cometidos que de intervenientes, sendo que, cada um praticará uma conduta delitiva. A esse respeito, Bitencourt (2015, p. 1197) compreende ser uma ideia “insustentável, já que, em regra, as condutas praticadas em concurso de agentes, dirigem-se à realização de um mesmo crime, mantendo-se a unidade de imputação para todos aqueles que nele participam”.

Para a teoria dualística existem dois crimes: uma para os indivíduos definidos como autores e outro para os indivíduos que fossem considerados apenas como partícipes. Estabelece, então, dois planos de imputação, um principal, relacionado aos autores e um secundário, relacionado aos partícipes.

Por fim, para a teoria monística os indivíduos em conjunto cometem apenas um único crime, de forma que há “uma unidade do título de imputação” (BITENCOURT, 2015, p. 1199). Nesse sentido, é possível compreender tanto que todos os intervenientes do delito respondem na qualidade de autores, adotando-se o sistema unitário, quanto que o delito é resultado da atuação de autores e partícipes, cujas condutas são qualitativamente distintas, hipótese que se aplica um sistema diferenciador.

4. A CODELINQUÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Como já mencionado, há uma relação de dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal; em outras palavras, o sistema jurídico de forma geral e o sistema jurídico-penal, em específico, são partes da sociedade e tem com ela uma relação de mútua influência, de tal forma que ao observar o Direito Penal é possível tecer considerações sobre a sociedade no qual ele está inserido e, na mesma medida, ao observar uma determinada sociedade, é possível estabelecer conclusões sobre o Direito Penal adotado.¹³

Dessa maneira analisaremos como a codelinquência foi tratada na legislação penal em determinadas épocas, tendo por referência, também, o modelo de Estado e a

¹³ “Com efeito, somente um *sentido* de dupla via, de interferência recíproca, pode satisfatoriamente explicar as relações existentes entre modelo de Estado e modelo de Direito Penal. Ou seja, não é somente em um sentido de mão única, do Direito Penal para o modelo de Estado, ou vice versa, que se forma a relação entre ambos, mas sim as implicações são recíprocas” (FERNANDES, 2003, p.1154)

configuração da sociedade naquele tempo, afim de avaliar os sucessos e os infortúnios de cada modelo e o que ele pode sugerir para a compreensão da codelinquência da sociedade hodierna.

4.1 O Código Penal de 1890

A república brasileira nasceu no dia 15 de novembro de 1889, por intermédio de um golpe de Estado político-militar realizado em uma monarquia que se encontrava em crise devido a Guerra do Paraguai em que, o Brasil, embora tenha sido “vitorioso” caiu em grave crise econômica devidos aos empréstimos contraídos com países estrangeiros para custear a empreitada; problemas de natureza racial, porque os negros que participaram do combate permaneceram como escravos; por questões de gênero, uma vez que Dom Pedro II apenas possuía filhas e isso inquietava os defensores do regime, diante da possibilidade do trono ser sucedido por uma mulher e, também religiosas, devido a divergência entre a Igreja Católica e a maçonaria.

A república foi originada do conflito de diversos grupos que disputavam o poder e tinham interesses distintos e visões também distintas sobre a forma como deveria organizar a república. Houve particular destaque para a ala militar que, na pessoa do Marechal Deodoro da Fonseca, comandou os soldados pelas ruas da cidade do Rio de Janeiro e colocou fim a monarquia.

Dessa maneira, com as vestes militares e influência fortemente positivista, a “república deveria ter ordem e também progresso” (FAUSTO, 2006, p.246), sendo que a visão de progresso estava atrelada “à modernização da sociedade através da ampliação dos conhecimentos técnicos, do crescimento da indústria, da expansão das comunicações” (FAUSTO, 2006, p.246).

Não por mera coincidência, antes mesmo que fosse promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891, que moldou o país como uma república federativa, com regime representativo, governo presidencial, independência dos poderes e autonomia dos entes federativos, ocorreu em 11 de outubro de 1890, a promulgação pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, do Código Penal.

O Código Penal, feito às pressas, apresentava, de forma geral, “graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo” (BITENCOURT, 2015, p.91) e é tratado por Bitencourt (2015, p. 175) como “o pior Código Penal de nossa história”. Os defeitos, por óbvio, também se verificam quanto ao tratamento dado a codelinquência.

O Código realizava a diferenciação dos agentes dos crimes entre autores e cúmplices. Definia os autores como aqueles que diretamente resolviam e executavam o delito; que provocavam ou determinavam que outro o executasse o delito e, também, os que executavam o delito a mando de outro, bem como os que prestassem auxílio essencial durante a execução, sem o qual o delito não seria cometido, dentre outras hipóteses.¹⁴

Os cúmplices, por sua vez, eram aqueles que fornecessem instruções para a ocorrência do crime; ou prestassem auxílio sem ter resolvido ou provocado o crime de algum modo; os que forneciam auxílio para o autor se ocultar, ou que apagavam os vestígios do delito; os que tinham ocultado ou obtido coisas por meios criminosos e outras definições.¹⁵

Dessa forma, ainda que o Código realizasse uma certa diferenciação entre autoria e participação, esta, tratada por cumplicidade, em demonstração de suas falhas técnicas, não estabelecia a consequência exata dessa divisão. Apenas colocava a presença de uma ou mais pessoas como qualificadora de alguns tipos penais, como ocorre com o delito de invasão de domicílio previsto no art. 196.

¹⁴ Art. 18. São autores: § 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime; § 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica; § 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido; § 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido. Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsavel como autor: § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou; § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar. (BRASIL, 1890)

¹⁵ Art. 21. Serão cúmplices: § 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução; § 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios; § 3º Os que receberem, occ’ultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem; § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reunem. (BRASIL, 1890)

Com o passar do tempo, os defeitos do referido Código fizeram com que ele se tornasse uma “verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes” (BITENCOURT, 2015, p.176), sendo necessária a compilação de todas na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932.

Quanto à sociedade, que até então era escravocrata, estratificada e economicamente agrícola, que tinha como carro chefe a produção de café, passou a receber imigrantes em massa que buscavam oportunidade de trabalho. A economia do país continuou a ser predominantemente agrícola, mas diversificou sua produção e, também registrou um significativo crescimento industrial.¹⁶ O país aos poucos foi se tornando mais urbanizado com o afluxo natural dos imigrantes e, também, pela busca por sair das atividades agrícolas.

4.2 O Código Penal de 1940

O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, é fruto do trabalho do penalista Alcântara Machado e foi sancionado no período ditatorial de Getúlio Vargas, este que ascendeu ao poder em outubro de 1930, “como chefe de um governo provisório, presidente eleito por voto indireto e ditador” (FAUSTO, 2006, p. 331) e lá permaneceu por 15 anos.

A legislação penal foi promulgada no período do Estado Novo, uma fase da ditadura getulista marcada por forte autoritarismo, que se iniciou em 10 de novembro de 1937 quando “tropas da polícia militar cercaram o Congresso e impediram a entrada dos congressistas” (FAUSTO, 2006, p. 364):

O Estado Novo foi implantado no estilo autoritário, sem grandes mobilizações. O movimento popular e os comunistas tinham sido abatidos e não poderiam reagir; a classe dominante aceitava o golpe como coisa inevitável e até benéfica. O Congresso dissolvido submeteu-se, a ponto de oitenta de seus membros irem levar solidariedade a Getúlio, a 13 de novembro, quando vários de seus colegas estavam presos. (FAUSTO, 2006, p.364-365).

¹⁶ Como bem ressalta FAUSTO (2006, p. 282) de 1889 a 1930, segundo dados do censo de 1920 havia 1,2 milhões de pessoas na indústria, quase o dobro dos 7% registrados no censo de 1872. O autor relembra que muitas indústrias “não passavam de pequenas oficinas” (FAUSTO, 2006, p.282)

Quanto à sociedade, ocorreu uma diminuição na imigração estrangeira e, por outro lado, um aumento da migração interna, contudo, dados do censo de 1920 indicam que houve uma redução da urbanização, porque, segundo FAUSTO (2006, p. 390), “os migrantes não se dirigiam em regra para as cidades, ou pelo menos para cidades de razoáveis proporções”.

Economicamente, tendo como fator relevante a crise de 1929, houve um “processo de substituição de importação de produtos manufaturados pela produção interna” (FAUSTO, 2006, p.391) e, portanto, aumento significativo da produção industrial.

Foi em um governo ditatorial que emergiu o Código Penal de 1940, cuja parte especial até hoje é utilizada. O Código, com maior rigor científico, pretendia corrigir as falhas da legislação anterior.

No tocante à codelinquência, o legislador penal de 1940 definiu o fenômeno como “co-autoria”, expresso no art. 25 da seguinte forma: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” (BRASIL, 1940). Portanto, adotou a teoria monística, que na visão de Bitencourt (2015, p. 549) “evitou uma série de questões que naturalmente decorreriam das definições de autores, partícipes, auxílio necessário, auxílio secundário, participação necessária, etc”.

Contudo, como bem ressalta (FERRAZ, 1976, p.10) “apesar do esforço empreendido pelo legislador penal brasileiro para se libertar da tradicional classificação dos agentes do crime incorporada ao sistema da legislação ab-rogada, não conseguiu de todo”. Isso porque o legislador continuou a utilizar das terminologias que estabelecem as formas de participação criminosa, como, por exemplo, o art. 27¹⁷ e o art. 45, I a IV¹⁸ do referido Código Penal.

¹⁷ Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único) (BRASIL, 1940)

¹⁸ Art. 45. A pena é ainda agravada em relação ao agente que: I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Nesse sentido, FERRAZ (1976, p. 37) aponta que ao adotar a teoria monista e fazer referência à participação, ainda que a princípio buscasse não utilizar as expressões da legislação anterior, o Código Penal de 1940 teria adotado a tese da acessoriedade do concurso, esta relativa ao fato principal, não à culpa de outrem:

Conclue-se pois que nosso legislador penal continua a se utilizar dos destroços de uma construção que ele próprio repudiou por obsoleta e imprestável. Insiste em empregar terminologia que só a tradicional classificação dos agentes do crime lhe poderia ter cedido, classificação que tudo faz por esquecer e ignorar mas a que recorre sistematicamente sempre que a realidade concreta exige formas de expressão adequadas à sua imensa variedade de aspectos (FERRAZ, 1976, p.11)

Portanto, o Código Penal de 1940, que em muito superou os problemas dogmáticos da legislação anterior, no tocante a codelinquência deixou algumas falhas, principalmente ao escolher fazer uso da teoria monista e do conceito extensivo de autor, mas sem conseguir se desvencilhar de todo das formas de participação.

4.3 O Código Penal de 1969

Imediatamente, é importante esclarecer que o Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, que tinha uma *vacatio legis* muito longa, nunca chegou a ser aplicado. Assim, a análise dessa legislação se justifica em termos de comparação com o Código que o antecedeu e, também, com a legislação que o sucedeu, ao menos em termos históricos.

O referido Código é fruto do período de ditadura militar no Brasil, que perdurou de 1º de abril de 1964 a 15 de março de 1985, como ressalta FAUSTO (2006, p. 465) um movimento que “tinha sido lançado aparentemente para livrar o país da corrupção e do comunismo e para restaurar a democracia [...] começou a mudar as instituições do país através de decretos, chamados de Atos Institucionais”.

A respeito da co-delinquência, o Código Penal de 1969 tentou substituir o termo co-autoria por concurso de agentes. Conforme Bitencourt (2015, p.547) “coautoria é apenas uma espécie do gênero “codelinquência”, que também pode se apresentar sob a forma de *participação* em sentido estrito”.

O Código manteve a opção pela teoria monista e repetiu a redação do art. 25 do Código de 1940, em seu artigo 35,¹⁹ contudo, estabeleceu um sistema diferenciador quanto à atuação de autores e partícipes, na medida da culpabilidade, preconizando o modelo adotado atualmente quanto à co-delinquência.

4.4 A reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984

Após a revogação do Código Penal de 1969, e já no fim do período ditatorial militar, em 11 de julho de 1984 foi sancionada a Lei n. 7.209, que alterou a Parte Geral do Código Penal de 1940 que é até hoje a legislação utilizada.

A referida Lei da reforma foi sancionada pelo Congresso Nacional, porque no ano de 1974 foi promovida pelo governo Geisel uma abertura política, definida pelo próprio general como “lenta, gradual e segura” (FAUSTO, 2006, p. 490).

De forma geral, esse período foi marcado pela ampla presença do Estado na regulação da economia, de forma que os “empréstimos externos e o estímulo ao ingresso do capital estrangeiro tornaram-se elementos essenciais para financiar e promover o desenvolvimento econômico” (FAUSTO, 2006, p.514) e, também, privilegiava o investimento nas grandes empresas, tanto as multinacionais, quanto as nacionais, fossem elas públicas ou privadas.

A respeito da codelinquência, a Reforma da Parte Geral de 1984 optou por fazer uso da expressão concurso de pessoas, porque a expressão concurso de agentes do Código de 1969, assim como coautoria da versão original do Código de 1940 também não eram apropriadas. A não utilização da expressão “concurso de agentes” se deu por ser um termo muito abrangente e com possibilidade de “compreender inclusive fenômenos

¹⁹ *Art. 35.* Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. § 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. § 2º A pena é agravada em relação ao agente que: I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. § 3º A pena é atenuada em relação ao agente cuja participação no crime é de somenos importância de pena. (BRASIL, 1969)

naturais, pois agentes físicos também podem produzir transformações no mundo exterior” (BITENCOURT, 2015, p.547).

Dessa forma, “concurso de pessoas” era o termo mais adequado para definir, em termos dogmáticos, a junção de pessoas para o cometimento de delitos.

Ademais, não houve muito distanciamento da redação original do Código Penal de 1940 no que tange à adoção da teoria monística, mantendo, pela redação do *caput* do art. 29, “uma *visão causalista* do fenômeno da codelinquência, vinculado à *teoria da equivalência das condições*” (BITENCOURT, 2015, p. 549). Aliás, a redação do art. 29 da Reforma é a mesma do art. 25 da redação original do Código Penal de 1940, acrescentando, apenas a locução final “na medida de sua culpabilidade”,²⁰ inspirado no Código Penal de 1969. Dessa maneira, conclui-se:

O legislador da reforma penal procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de *autoria e participação*. Estabeleceu, inclusive alguns princípios disciplinando determinados *graus de participação* que permitem a interpretação da atual normativa acerca do *concurso de pessoas* no sentido do *sistema diferenciador* [...]. (BITENCOURT, 2015, p. 549-550)

Dessa maneira, ainda que a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, tenha avançado muito no que diz respeito à codelinquência em relação ao Código Penal de 1890, agora resta-nos analisar se essa atual configuração normativa sobre intervenção delitiva no Ordenamento Jurídico brasileiro é suficiente e satisfatória para responder às contemporâneas problemáticas da codelinquência no tocante aos crimes de infração de dever.

²⁰ Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º – Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º – Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Art. 30 – Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Art. 31 – O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (BRASIL, 1984)

5. ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DELITIVA NO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA

A corrupção é entendida como “*um fenômeno social, político e econômico complexo*”,²¹ a isso se acresce o fato de que é, também, um fenômeno jurídico e jurídico-penal. Em termos de evolução histórica, Fernandes (2018, p. 579) aponta que a corrupção “*es un problema que siempre estuvo presente en la historia humana*”²² e a atual e crescente preocupação com fenômeno se deve a uma mudança ocorrida frente à *percepção* que se tem do problema, “*las formas de realización del delito, forzando los consecuentes cambios en la dirección de la actualización de los instrumentos y de los modos utilizados para su control*”²³ (FERNANDES, 2018, p.579).

Para Fernandes (2018), no tocante à corrupção pública, uma de suas mais relevantes causas é a crescente ampliação das tarefas e atividades do Estado, fomentada por um modelo de Estado de Bem-Estar Social e pela configuração da sociedade industrial, porque “*la acentuación del aspecto social ha determinado una ampliación del alcance de las prestaciones estatales, generando una mayor apertura de los espacios que viabilizan la superposición del interés privado sobre el interés público, aunque esto no siempre sea reconocido*”²⁴ (FERNANDES, 2018, p. 580).

Também são atribuídas várias consequências à corrupção. Atualmente, conforme Cruz Santos, “florescem os estudos vocacionados para a demonstração de enorme *desvalor económico da corrupção*” (CRUZ SANTOS, 2009, p.15):

Uma das perspectivas interessantes é a da repercussão da corrupção que ocorre no âmbito do próprio sistema tributário. A esse propósito, afirma-se que ela reduz drasticamente o valor dos impostos efetivamente cobrados e que, por isso,

²¹ Tradução nossa: “um fenômeno social, político, econômico complexo”. (SIMÕES, 2019. [p.1])

²² Tradução nossa: “[...] a corrupção é um problema que sempre esteve presente na história humana” (FERNANDES, 2018, p.579).

²³ Tradução nossa: “[...] as formas de realização do delito, forçando as consequentes mudanças em direção da atualização dos instrumentos e dos métodos utilizados para o seu controle.” (FERNANDES, 2018, p.579).

²⁴ Tradução nossa: “[...] a acentuação do aspecto social determinou uma ampliação do alcance das prestações estatais, gerando uma maior abertura dos espaços que viabilizam a sobreposição do interesse privado sobre o interesse público, embora isto nem sempre seja reconhecido”. (FERNANDES, 2018, p.580).

impõe aos governos a obtenção de financiamento por outros meios, nomeadamente os empréstimos. A necessidade de o Estado ir abatendo esta dívida gera vários desvalores, desde logo porque significa o desvio de verbas que poderiam ser aplicadas com outras finalidades. (CRUZ SANTOS, 2009, p.16)

Ademais, ao analisar o problema da corrupção no âmbito do Sistema Jurídico-Penal, percebemos que ele está atrelado à delinquência econômica, cujo objeto essencial são os chamados “*crimes of the powerful*” (SILVA SANCHEZ, 2013, p.99). São delitos que fogem do paradigma clássico, do homicídio e dos crimes tradicionais contra o patrimônio. Por utilizar vestes de delito vinculado à criminalidade econômica, à corrupção são aplicadas também todas as problemáticas e complexidade observadas nesses delitos de forma geral.²⁵

E são duas as características mais significativas dessa nova criminalidade: trata-se uma de criminalidade organizada, em sentido amplo, porque “nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, sejam nas empresas, seja na forma estrita de organização criminal” (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 104) e, também porque é a “criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais” (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 104).

Sobre os delitos econômicos, Silva Sánchez pontua que são “delitos que tem uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração” (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 99), fato que adquire potencial gravidade quando considerado que essas mesmas práticas delitivas possuem “capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes” (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 104).

Observamos então que, no tocante aos delitos de corrupção, são aplicadas as particularidades dos delitos econômicos, por ser ela também um delito econômico, cuja

²⁵ Em menção à *Expansão do Direito Penal*, segundo a qual hodiernamente há um clamor público de que os problemas só podem ser resolvidos com novas leis penais ou com o agravamento das existentes o que tem gerado uma necessidade de recondução a respeito da intervenção punitiva do Estado na direção de um *Direito Penal mínimo*, Silva Sánchez expõe que “O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes –, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal” (SILVA SANCHEZ, 2013 p. 33). No tocante aos delitos de corrupção, há que se observar que passam por uma nova valoração, frente à atual configuração da sociedade, principalmente no tocante ao viés econômico atrelado a eles.

dogmática a ser aplicada adquire potenciais patamares de complexidade, porque ainda pendente de elaboração diante de uma nova realidade e não pode mais ser observada sob o mesmo olhar dos delitos tradicionais.

Especificamente sobre o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317,²⁶ ele está inserido do Código Penal, dentro da Parte Especial, no Título XI “Dos Crimes contra a Administração Pública”, especificamente no Capítulo I “Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública”, ou seja, também é um delito de infração de dever, uma vez que é imputado ao funcionário público, ao qual são estabelecidas uma série de deveres extrapenais²⁷ que vinculam o *intraneus*. Trata-se, ainda, de delito especial impróprio, em que é possível compreender sua semelhança com delito de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal.²⁸

O tipo penal da corrupção passiva apresenta dois verbos núcleos do tipo “solicitar” e “receber” e, a título de complementação, em uma outra perspectiva, o delito de corrupção ativa, previsto no art. 333 do mesmo Diploma legal, também apresenta dois verbos núcleos do tipo “oferecer” e “prometer”.

Majoritariamente se compreende que as duas modalidades básicas de corrupção previstas no Código Penal, corrupção passiva, na forma de solicitar, e corrupção ativa, na forma de oferecer, são crimes de “natureza autônoma” (BITENCOURT, 2012, p. 101), ou seja, é possível a imputação do delito de corrupção passiva a um funcionário público apenas por ele ter *solicitado* vantagem indevida, ainda que o particular nada tenha feito para atender à essa solicitação; da mesma forma, é possível imputar a um particular o

²⁶ “ *Corrupção passiva* – Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.” (BRASIL, 1940)

²⁷ Como, por exemplo, os descritos no art. 224 do Decreto-Lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939 que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. (BRASIL, 1939)

²⁸ Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (BRASIL, 1940)

delito de corrupção ativa apenas por ofertar a vantagem, ainda que o funcionário público não tenha recebido nada.

Contudo, quando o delito ocorre na modalidade “receber”, há uma presunção de “oferta”, momento em que se verificam “condutas física e subjetivamente vinculadas umas às outras” (BITENCOURT, 2012, p. 101). Dessa forma, a corrupção manifestada pela via do “oferecer” e “receber” pressupõe que “a bilateralidade é inerente a referidas condutas, pois somente se *recebe* ou se *aceita* se houver em contrapartida quem *ofereça* ou *prometa*. Em outros termos, para a configuração da *corrupção passiva*, segundo esses verbos nucleares, é indispensável a presença da figura *ativa*, e vice-versa” (BITENCOURT, 2012, p. 101)

Isso significa que os delitos de corrupção, quando se tratar dessas modalidades, correspondem a um *concurso de pessoas necessário*, ou seja, possuem em sua essência a necessidade de que sejam realizados por ao menos dois indivíduos, o que pressupõe uma *organização* para sua prática: alguém deve ofertar e alguém deve receber. Como bem expõe Fernandes:

Es decir, considerando la circunstancia de la elevada complejidad que, en general, se reconoce en los hechos de corrupción, el uso de estructuras organizadas es inherente a su práctica. Así, es un grave equivoco en términos dogmáticos presuponer que, además del injusto que caracteriza a la corrupción, también la forma organizada utilizada en su ejecución debe considerarse un injusto autónomo, siendo frecuente en la práctica la imputación por los hechos de corrupción asociada a la imputación por organización criminal. (FERNANDES, 2018, p. 617)²⁹

Diante disso, o delito de corrupção, que já apresenta o uso de estruturas organizadas como inerente à sua prática, tem esse fator intensificado e até atualizado frente às novas realidades com as quais o Direito Penal é convidado a lidar, em uma perspectiva de delinquência econômica na qual é comum a intervenção de “coletivos de pessoas estruturas hierarquicamente” (BITENCOURT, 2012, p.104), como nas repartições públicas.

²⁹ Tradução nossa: “Quer dizer, considerando a circunstância da elevada complexidade que, em geral, se reconhece nos atos de corrupção, o uso de estruturas organizadas é inerente a sua prática. Assim, é um grave equivoco, em termos dogmáticos pressupor que, além do injusto que caracteriza a corrupção, também a forma organizada utilizada em sua execução deve ser considerada como um injusto autónomo, sendo frequente na prática a imputação pelos delitos de corrupção associada a imputação por organização criminosa.” (FERNANDES, 2018.p.617.)

O problema se insere, contudo, quando o delito, corrupção passiva, contempla um *extraneus*, ou seja, conta com a atuação de um indivíduo que não possui nenhum dever especial inerente à qualidade de funcionário público. Nesse caso analisaremos algumas situações possíveis.

A primeira hipótese seria a do “instrumento doloso não qualificado”, que é definida por Díaz y García Conlledo (2008, p.25) como “*un sujeto que posee la cualificación propia de um delito especial (intraneus) induce a quien no la posee (extraneus), que obra com plena libertad y pleno conocimiento de la situación, a la realización de la conducta propia de esse delito*”.³⁰ Para o autor, nesse caso, aplicando-se a *Teoria do domínio do fato*, em se tratando de uma conduta de delito especial impróprio, como é o caso da corrupção passiva, ao *intraneus* seria atribuída a participação no delito comum, no caso estelionato, tendo o *extraneus* como seu autor imediato.

Ressalta-se que, se fosse hipótese de delito especial próprio, estaríamos diante de uma situação mais complicada, porque o *extraneus* não poderia ser autor de crime próprio e, nem mesmo o *intraneus* ser responsabilizado como partícipe, sem que houvesse uma relação de autoria. Dessa forma, seria necessário verificar o enquadramento do tipo penal na teoria da *infração de um dever*, sendo atribuída a imputação a título de autoria ao *intraneus*, que possuía um dever extrapenal, e ao *extraneus* a relação de partícipe, ainda que tenha dominado o fato.

Contudo, como bem ressalta Díaz y García Conlledo (2008, p.26), essa hipótese não seria cabível, porquanto muitos delitos que são classificados como de infração de dever não estão assim dispostos no Direito positivo e aplicar essa construção, seria uma afronta ao princípio da legalidade.

Há também a hipótese de uso de um instrumento qualificado por parte de um instrumento não qualificado, ou seja, é o inverso ao anterior, quando o *extraneus*, servindo dos meios da autoria mediata, utiliza o *intraneus* como instrumento para realizar o delito especial, cujo problema se potencializa quando o *intraneus* atuar por força irresistível, estado de necessidade e outros. Nesse caso, aplicando-se a *Teoria da infração de um dever*,

³⁰ Tradução nossa: “um sujeito que possui a qualificação própria de um delito especial (*intraneus*) induz alguém que não a possui (*extraneus*), que atua com plena liberdade e pleno conhecimento da situação, à realização da conduta própria desse delito” (DÍAZ Y GARCÍA COLLEND, 2008, p.25)

estaria afastada a responsabilidade do *intraneus* e, por consequência, a do *extraneus*, na medida em que a participação é acessória.

Cumprе esclarecer que parte da doutrina entende que, em se tratando de delitos especiais impróprios, como é o caso da corrupção passiva, seria o caso de se desvencilhar da teoria unitária e adotar a pluralística e, assim, o *extraneus* seria responsabilizado pelo delito comum que possa ter realizado, não pelo delito especial, deixando, por fim, a responsabilização do *extraneus* em delitos de infração de dever como uma perspectiva ainda muito controvertida.

Mesmo tendo em vista essa possível alternativa para solução dos problemas do concurso de pessoas nos crimes de infração de dever, ela não se revela compatível com a forma como a referida categoria dogmática está contemplado no art. 29 do Código Penal, devido a adoção da teoria unitária.

No mesmo sentido, uma vez que o concurso de pessoas no Ordenamento Brasileiro se fundamenta na teoria da causalidade, a configuração normativa prevista no art. 29 do Código Penal não é suficiente, nem satisfatória para responder aos problemas contemporâneos da intervenção delitiva como os descritos acima, principalmente em delitos de infração de dever, como é o caso corrupção passiva, quando intervém o *extraneus*.

5. CONCLUSÃO

A codelinquência, embora seja um fenômeno a muito conhecido, passa a ser percebido de uma outra forma diante da atual configuração da sociedade, pautada na utilização de processos técnicos e produtivos que são essencialmente compartimentados e segmentados, com distribuição de funções, especialização, complementariedade e estruturas hierarquicamente organizadas. De forma que a codelinquência pode ser também compreendida como uma divisão de trabalho que vincula os seus atuantes na empreitada delitiva.

A esse respeito, muito já foi construído e debatido, verificando-se hoje um grande avanço considerando-se a adoção de sistema diferenciador da autoria e da participação, bem como da compreensão de que é necessária a adoção de teorias diferentes para modalidades delitivas também distintas.

A esse respeito, a legislação penal atualmente vigente no Brasil, com suas disposições acerca do concurso de pessoas, faz uso de uma perspectiva causalista já obsoleta, não sendo suficiente para responder aos novos problemas enfrentados a título de codelinquência.

Dessa forma, ainda que muito se tenha avançado em relação à compreensão da intervenção delitiva, a título de autoria e participação, ainda há pontos em aberto sobre os quais é necessário maior aprofundamento doutrinário, jurisprudencial e também legislativo, principalmente no que tange à responsabilização do *extraneus* que atua em um delito de infração de dever, como é o caso da corrupção passiva.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos*. 6. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v.5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm > Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1713.htm> Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm > Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1> Acesso em: 10 nov. 2020.

CRUZ SANTOS, Claudia (Org). *A Corrupção: reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2009.

DIAS Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *Autoria e Participacion*. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, n. 10, ano 2008, p.13-61.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12. ed. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FERNANDES, F. A. *O Processo penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, F. A. *Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais*. In: Luzia Bebiana de Almeida Sebastião et al. (Org.). *LiberDiscipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. 1ed.Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v., p. 1153-1183.

FERNANDES, Fernando Andrade. *Corrupción y medios de comunicación*. In: GARICA, Nicolás Rodriguez et al. *Justicia penal pública y medios de comunicación*. Valecia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2018. cap. 18

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushtsky, 1976.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coord); BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. (Coord). *Estudios sobre la Corrupción: una reflexión hispano brasilenã*. Salamanda/ES: Centro de Estudios Brasileños Universidad de Salamanca, 2012.

JAKOBS, Günther. *Crítica a teoria do domínio do fato*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003a.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: Teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003b.

ORTIZ, M. T. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. 2010. f.197. Dissertação de Mestrado em Direito Penal – USP. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17082011-154535/pt-br.php>> Acesso em: 28 abr. 2020.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. ed. Madri: Marcial Pons, 2000.

SANCHÉZ, Jésus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2013. V. 6.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. *Contra a Corrupção: Propostas terapêuticas para uma endemia antiga*. Disponível em: <<http://julgar.pt/contr-a-corrupcao/>>. Acesso em: 26 maio 2019.
[p.1]

Apresentação oral

**HERMENÊUTICA JURÍDICO PENAL E A QUESTÃO DO BEM
JURÍDICO NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

*CRIMINAL LEGAL HERMENEUTICS AND THE ISSUE OF THE LEGAL
INTEREST IN CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY*

Luciano Filizola da Silva

Doutorando pela UNESA. Mestre em ciências criminais pela UCAM. Professor de direito penal na EMERJ, na graduação da Faculdade Signorelli e na Faculdade Simonsen e professor de criminologia no curso de especialização em direito penal da UNISUAM e na FESUDEPERJ. Advogado. E-mail: lucianofilizola1976@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo lançar luz sobre a atual problemática referente à interpretação e aplicação dos tipos referentes aos crimes contra a dignidade sexual tendo em vista a mudança de paradigma quanto ao bem jurídico. Partindo de um estudo interdisciplinar, busca-se a distinção conceitual entre costumes, tutelado pela lei penal antes da lei 12.015/2009, e a dignidade sexual, que é trabalhada segundo um paradigma Kantiano, bem como o impacto de tal mudança na jurisprudência, considerando a efetiva intenção do legislador de superar o modelo anterior, evitando a contaminação do direito pelas moralidades do grupo social em razão da necessária secularização do Estado. Para tanto, por intermédio de um método linguístico, fundado na hermenêutica de Heidegger e Gadamer, surge a necessidade de se lapidar o conceito de dignidade sexual a fim de não se permitir a referida contaminação do julgado pelos solipsismos morais do julgador, tendo como bússola, por força da matriz constitucional, a dignidade da pessoa humana. No que se refere ao método utilizado, a pesquisa se divide em dois momentos que exigem metodologias diversas. Na primeira parte, em que se busca compreender a relevância do bem jurídico junto ao direito penal e o efetivo recorte a ser dado ao conceito de dignidade sexual, o estudo é jurídico-teórico interdisciplinar, enquanto que, na segunda parte, passa a se analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores quando foi possível verificar poucas alterações na forma de se interpretar e aplicar os tipos penais com a mudança do bem jurídico, ou seja, julgando como se ainda estivessem a amparar os costumes e não a

dignidade, violando o conceito pessoal de bem jurídico de Roxin que, somado ao princípio da lesividade e da proporcionalidade, sustenta que só poderá ser definida como crime aquela conduta que lesiona ou coloca em risco um bem juridicamente relevante, necessário para o livre desenvolvimento do indivíduo, realizando duras críticas a criminalização do desagradável e à tutela de crenças e sentimentos, pois numa sociedade pluralística algumas perturbações anímicas devem ser suportadas, considerando a natureza subsidiária do direito penal.

Palavras – chave: crimes sexuais. bem jurídico. costumes. moral. hermenêutica

Abstract: This research aims to shed light on the current problem regarding the interpretation and application of the types related to crimes against sexual dignity in view of the paradigm shift regarding the legal interest. Starting from an interdisciplinary study, we seek the conceptual distinction between customs, protected by criminal law before law 12.015/2009, and sexual dignity, which is worked according to a Kantian paradigm, as well as the impact of such change in jurisprudence, considering the effective intention of the legislator to overcome the previous model, avoiding the contamination of the right by the moralities of the social group due to the necessary secularization of the State. To this end, through a linguistic method, founded on the hermeneutics of Heidegger and Gadamer, the need arises to cut the concept of sexual dignity in order not to allow the aforementioned contamination of the judged by the moral solipsisms of the judge, having as compass, by virtue of the constitutional matrix, the dignity of the human person. With regard to the method used, the research is divided into two moments that require different methodologies. In the first part, which seeks to understand the relevance of the legal interest in criminal law and the effective clipping to be given to the concept of sexual dignity, the study is legal-theoretical interdisciplinary, while, in the second part, the jurisprudence of the Superior Courts begins to be analyzed in order to verify whether there have been changes in the way criminal types are interpreted and applied with the change of the legal good protected, that is, they still think they are aiming to support customs and not dignity, violating roxin's personal concept of legal interest, which, added to the principle of harm and proportionality, it argues that only conduct that injures or puts at risk a legally relevant good, necessary for the free development of the individual, making harsh criticisms of the criminalization of the unpleasant and the protection of

beliefs and feelings, because in a pluralistic society some anhyemic disturbances must be endured, considering the subsidiary nature of criminal law.

Keywords: sexual crimes, legal interest, customs, morals and hermeneutics.

Sumário: Introdução. 1. Crimes sexuais e a transição entre os costumes e a dignidade. 2. Direito e Moral. 3. Hermenêutica e linguagem. 4. O bem jurídico enquanto limite ao poder punitivo. Conclusão

INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa se refere ao atual tratamento aos crimes sexuais concernente a mudança de bem jurídico tutelado com a reforma legislativa sofrida pelo Código Penal vigente.

Em 7 de agosto de 2009 entrou em vigor a lei 12.015 alterando vários dispositivos do Código Penal no que tange aos crimes contra os costumes que passaram a ser definidos como crimes contra a dignidade sexual, além de trazer modificações na lei de crimes hediondos.

A mudança legislativa viria, assim, atualizar o ordenamento superando elementos ultrapassados e definindo a dignidade e a liberdade como bens jurídicos mais condizentes com a ordem Constitucional vigente, como previsto, por exemplo, no art. 227, § 4º, segundo o qual “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Todavia, embora os costumes tenham deixado de ser o bem jurídico tutelado pela norma é indiscutível sua relevância para interpretação e aplicação dos tipos, principalmente quando formados por elementos normativos que precisam ser valorados segundo as práticas sociais vigentes, nascendo as questões sobre a eficácia de tais alterações e sobre a relação entre os costumes e a tutela da dignidade humana.

Por isso, urge uma investigação mais atenta sobre os conceitos e práticas das agências oficiais sobre tais delitos segundo uma teoria do bem jurídico, buscando construir um arcabouço teórico que sirva como limite a essa espécie de intervenção punitiva.

1. CRIMES SEXUAIS E A TRANSIÇÃO ENTRE OS COSTUMES E A DIGNIDADE

O ser humano desde que nasce está imerso em um conjunto de tradições e valores que irão conduzir seu comportamento ao longo da vida, ainda que tais padrões estejam em constante transformação, mas que estarão sendo transmitidos pela família ou pela religião ou mesmo absorvidos através do processo de observação e vivência nas várias trocas simbólicas desenvolvidas pelo grupo social, permitindo a elaboração de critérios capazes de orientá-lo quanto ao proceder, que vestimenta utilizar, como se comunicar e se relacionar, tendo em vista uma construção de sentimentos que ora felicita o “bem agir” ora constrange o que venha a ser considerado repulsivo ou inadequado.

E, certamente, está inserida em tais práticas sociais a sexualidade humana, seu desenvolvimento e significados.

Definida e valorada por normas culturais, sendo mais ou menos reprimida pelos costumes e submetida a certas esferas de poder, o sexo é uma das poucas constâncias na história da evolução humana, permanecendo como elemento de resistência biológica e cultural para a sobrevivência da espécie ao tempo que influencia na construção de suas identidades.

Inicialmente presente no instinto animal, à medida que o homem se distancia de sua origem neandertal e passa a se desenvolver enquanto ser racional e relacional, a atividade sexual ganha estímulos, fantasias, práticas e prazeres outros, presentes apenas na cultura humana, que se orienta segundo os símbolos e significados que vão sendo construídos indo além do mero ato reprodutivo.

Porém, a medida que a sexualidade se desenvolve enquanto identidade e se pluraliza como manifestação social, também funciona como sintoma e alerta para uma padronização dos costumes, notadamente através de uma imposição verticalizada por meio dos processos civilizatórios hegemônicos que passam a intervir sobre as práticas que destoam e subvertem o normal definido pela classe dirigente.

Pela necessidade de uniformidade, centralização e ordem todo comportamento sexual estranho, diferente deve ser considerado suspeito e, por isso, sujeito à controle. A título de exemplo, nas Ordenações Filipinas, Livro V, ordenamento normativo penal que

mais tempo ficou em vigor no Brasil-Colônia (1603 a 1830), dos 115 crimes definidos em títulos, 22 são de ordem sexual, tais como a sodomia (relação sexual anal), relação sexual com pessoa do mesmo sexo, com animal, cristão com mouro, judeu ou outro infiel, com freira, com mulher casada, com ascendente, descendente, irmã, nora ou madrasta, com violência, alcovitar mulher casada, intermediando encontros amorosos ou praticar a bigamia, sendo que em todos esses casos a pena era a morte.

Como um reflexo dos valores predominantes repletos de superstições religiosas e moralidades tomistas não é difícil perceber o uso do direito penal como instrumento de contenção das práticas consideradas nocivas para a sociedade, capazes de contaminar os bons costumes.

Mesmo passando pelos códigos do Império, sob influência iluminista e da república, não é de se estranhar que o código vigente de 1940 venha tutelando os costumes nos crimes sexuais, sofrendo, ainda, com a contaminação das moralidades predominantes em que a inocência e a família devem ser preservadas.

E sem dúvida essa construção passa a ser modelo de controle, principalmente com a modernidade, em que o diferente, a anormalidade são sintomas de periculosidade, exigindo uma intervenção preventcionista, pedagógica, fazendo com que a racionalidade, a cientificidade e a neutralidade atinentes à modernidade demarcuem os discursos dominantes, deslocando do religioso para o médico, a capacidade de apontar, na sexualidade, o certo e o errado, o normal e o patológico. (PEDRINHA, 2009, p. 24)

No entanto, a lei 12.015/2009 acabou por alterar o bem jurídico a ser tutelado pela lei penal no que se refere aos crimes sexuais, deixando de ser os costumes para ser a dignidade sexual. Mas, o que seria a dignidade sexual? Tendo em vista a plena sujeição aos parâmetros Constitucionais, a interpretação não poderia ser diversa da que emana do princípio da dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º da Constituição Federal.

Considerando que, ainda assim, verifica-se amplo debate sobre seu significado, o presente artigo prefere manter como referência teórica o conceito Kantiano, segundo o qual a dignidade é um fundamento oriundo da razão que qualifica o ser humano sempre como um fim em si mesmo, ou seja, é um aspecto da Moral que decorre da autonomia e que o diferencia dos outros animais.

Com isto, a mera importunação, como previsto agora no art. 215-A do CP ou um eventual constrangimento não são suficientes para comprometer ou colocar em risco a dignidade enquanto identidade humana, pois não basta que a pessoa seja usada como meio para satisfazer a lascívia do agente, sendo necessário uma conduta que afronte a liberdade no sentido de comprometer aquilo que define o indivíduo como ser humano.

Porém, mesmo com a alteração, vários vícios constitucionais se mantiveram, para não falar que se agravaram, por se tornar mais nítida a violação ao fim que se destina a norma quanto à proteção à dignidade, como nos caso da franca violação ao princípio da proporcionalidade ao se definir a mesma pena para graus distintos de violação ao bem jurídico no crime de estupro que, ao absorver a redação do antigo crime de atentado violento ao pudor, manteve a pena de 6 a 10 anos de reclusão para a prática de qualquer ato libidinoso.

Também há grave violação ao princípio da lesividade o entendimento predominante quanto à presunção absoluta de vulnerabilidade nos crimes de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, agora substanciada no § 5º do art. 217-A, que presume o crime com pena de 8 a 15 anos de reclusão a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, ainda que haja o consentimento, sem considerar as circunstâncias fáticas e a possível legitimidade do ato.

E ainda se mantém a definição como crime a manutenção de casa de prostituição, o induzimento e auxílio na prática da prostituição e o ato obsceno, mantendo ainda como objeto de tutela os costumes, desconsiderando por completo o fato de que em tais casos não há lesão à dignidade de qualquer indivíduo, notando-se que ainda se mantém um direito penal que funciona no controle das moralidades, ditando regras de comportamento e restringindo violações que se consideram tão somente no âmbito da moral que admitiriam, se cabível, a intervenção de outras esferas, inclusive sociais, mas não do sistema punitivo, tendo em vista sua natureza subsidiária.

Outras situações incompatíveis com o atual cenário Constitucional é a permanência de tipos como do art. 227 que define como crime “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”, cuja pena é de 1 a 3 anos de reclusão ou de induzir ou facilitar a prática da prostituição entre pessoas maiores e capazes que optam por tal prática de forma voluntária, violando, assim, o princípio da lesividade.

2. DIREITO E MORAL

Sem dúvida o debate sobre direito e moral é um dos temas mais espinhosos do meio jurídico, tanto pela crença na “autossuficiência” do próprio direito, como por algumas tradições positivistas que, por décadas, tentou sufocar as possíveis e necessárias reflexões sobre as várias possibilidades que o tema permite.

Para se adentrar em tal celeuma, primeiramente, se faz necessário apresentar os dilemas, definir conceitos para, então, enfrentar as questões.

O problema da influência da moral sobre o direito pode se dar em dois momentos: durante a criação de um projeto de lei e o processo legislativo, em que os valores morais poderão influenciar na construção normativa, definindo regras e impondo sanções visando resguardar bens morais relevantes, ou na atividade jurisdicional, quando o magistrado ao decidir sobre um caso concreto, acaba por se influenciar por aspectos morais em sua decisão.

Mas, o que seria a moral? Ela teria força normativa? Existem deveres a serem impostos mesmo sem a existência de um direito positivado? E uma lei em vigor pode perder sua validade caso afronte um preceito moral?

Primeiramente é importante se definir os parâmetros conceituais, no sentido de que ética é considerada o estudo da moral, enquanto que esta possui uma tendência universalizante enquanto fundamento do direito, sendo as moralidades mais flexíveis e voláteis conforme o local e a época, seus costumes e tradições.

Segundo uma concepção Kantiana, Dworkin também defende a existência de verdades morais, não como “partículas metafísicas”, como ele chama, mas como um conjunto de valores a serem cultivados a fim de propiciar o viver bem. (DWORKIN, 2018)

Kant entendia que a virtude, considerada segundo os esforços do homem no cumprimento de seus deveres morais, não era inerente a ele, pois deveria ser desenvolvida pelo hábito, diversamente de sua resolução moral, a qual deve ser entendida como “predisposições naturais da mente... para ser afetada por conceitos de dever” (KANT, 2017, p. 194), cuja consciência resulta na consciência de uma lei moral.

E essa lei moral decorre de um imperativo categórico, segundo o qual, por força da razão, todo indivíduo deve agir segundo a máxima de que com a sua ação possa se tornar lei universal, criando obrigações conforme sua própria vontade. (KANT, 2002)

E o direito positivado (que Kant irá chamar de direito em sentido estrito) surge da necessidade conforme uma legislação externa capaz de impor instrumentos coercitivos aptos a resguardar os princípios presentes na legislação interna (moral).

Até mesmo Kelsen (1999) identifica essa influência da moral sobre o direito. É comum afirmar que o positivismo separou o direito da moral, porém Kelsen não o faz de forma absoluta, pois compreende a relação entre ambos, porém, defende a ruptura no momento em que o direito nasce, tornando-se plenamente independente da moral, distinguindo, assim, o direito da ciência do direito.

Mas é forçoso concordar com Dworkin quando este considera que toda lei, ao ser uma violação à liberdade, só teria o direito de intervir contra as violações graves à liberdades básicas. A contrário senso, se a violação à liberdade for grave, desproporcional, “é verdadeiro afirmar que o governo não está autorizado a impor essa restrição” (DWORKIN, 2017, p. 415)

Por isso a necessidade de se definir a moral, enquanto fundamento racional do direito, ao impor limites ao poder legiferante do Estado ao tempo que legitima sua intervenção para ampará-la quando há risco de ver lesionada alguma de suas manifestações, como a liberdade e a igualdade, o que não se confunde com meras moralidades, as quais devem ser reguladas pelo direito, mas que não podem interferir na validade da lei, minando sua autoridade por serem inconstantes, pelo que se verifica na dicotomia do presente trabalho entre os costumes que se apresentam nas moralidades e a moral representada pela dignidade.

É claro que a secularização do Direito foi uma conquista humanista no sentido de impor limites às arbitrariedades do Estado, sendo esse um dos fins do próprio direito penal enquanto garantia das liberdades fundamentais, no sentido de se ter na lei uma “barragem” capaz de manter segura a ordem jurídica e social, notadamente através do princípio da legalidade.

Não há como negar a necessária segurança jurídica oriunda da lei e o dever de separar o direito da moral, ou, melhor dizendo, de moralidades, pois o grande risco de se fazer confusão, de fato, seria entregar o direito à volatilização dos costumes, aplicando a lei segundo a moralidade de cada situação.

Está correto Lenio Streck ao alertar dos riscos de se fazer juízos morais sobre o direito, pois ao optar pela lei aceitam-se os riscos, abre-se mão da satisfação da circunstância pela segurança jurídica e em se tratando dessa matéria não há mais escolhas, mas decisões adstritas e fundamentadas pelo direito, servindo para “evitar a criatividade na hora em que o jurista for tentado pela moral”. (STRECK, 2019, p. 30)

Portanto, ninguém deve ser condenado pela prática de um ato considerado imoral fora dos casos previstos em lei, assim como uma lei não deve deixar de ser aplicada, notadamente quando garante direitos fundamentais, com fundamento na moralidade do julgador ou pela “voz das ruas”.

No entanto, como proceder se a lei penal violar suas normas de justificativa externa? E se a lei penal criminalizar um comportamento moralmente irrelevante ou no sentido de impor certa moralidade? Nestes casos, a lei pode ter sua validade questionada, considerando que, assim como todo crime deve ser considerado um ato imoral, nem todo ato imoral deve ser considerado crime?

Segundo a concepção garantista de direito penal a validade das normas reside na sua correspondência não apenas formal com as normas de produção, suficientes apenas para a sua vigência, mas também material, substancial, que estabelecem limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo. (FERRAJOLI, 2002, p. 287)

Conforme Ferrajoli (2002, p. 368), é a separação entre direito e moral que, por um lado, impõe o dever de justificar as proibições e também os castigos e, por outro, “permite falar de uma ética da legislação, por meio da qual pode-se criticar as leis como imorais ou, pelo menos, como injustificadas”.

Mas, diante da norma abstrata, como identificar a melhor interpretação para não ofender seus elementos fundantes e realizar as expectativas que recaem sobre ela respeitando a necessária segurança jurídica?

3. HERMENÊUTICA E LINGUAGEM

Como ensina Streck, tanto na filosofia clássica e no medievo (2014) como na chamada filosofia da consciência¹ (2017) a linguagem era apenas um meio, um instrumento que conectava a consciência com o mundo exterior, uma forma de exteriorizar certo conceito considerado verdadeiro pela apreensão da coisa pela razão.

Seguindo esse raciocínio as coisas já estariam no mundo e o indivíduo se utilizaria da razão para se apropriar delas, conferindo nomes, permitindo que, através da linguagem, tornasse possível a representação dessa realidade que passa a ser tratada como objeto manipulável sujeita a seu domínio.

Contudo, não se pode ignorar que esse mesmo indivíduo faz parte desse mundo e que é através da linguagem que será possível o desenvolvimento de todo o processamento da razão através do pensar.

E não é à toa que Oliveira, comentando Heidegger, identifica a tendência de simplificação da linguagem tornando-a um instrumento de fácil utilização, através de reduções, abreviações e, por que não, gírias e *emojis*, num processo de “massificação do homem”, em que “a linguagem tornou-se um fenômeno de superfície que toca apenas a superfície da vida humana” (2015, p. 204).

E será no século XX que a linguagem passa a figurar com maior destaque na filosofia, permitindo uma nova perspectiva de estudo sobre a hermenêutica e a ontologia nas considerações sobre o ser, num giro em que o sentido do mundo não estaria mais na consciência do sujeito, mas na linguagem.

Wittgenstein foi um dos primeiros e mais importantes autores a se debruçar sobre o tema, ainda que se defrontando consigo mesmo, pois, em sua primeira obra, *Tractatus logico-philosophicus* (2017), ele ainda permanecia sob a influência do modelo tradicional

¹ Iniciada por Descartes (2017) no berço da filosofia moderna, que passa a concentrar no sujeito, na razão, a possibilidade de certeza, como se vê na célebre frase “penso, logo existo”. Aqui, o sujeito se apropria da coisa, tornando possível a certeza de si, sendo o sujeito moderno aquele que possui a capacidade de conhecer e assujeitar o mundo que o circunda. Essa lógica, segundo Streck, irá influenciar Kant, Hegel e Nietzsche no sentido de que o “sujeito observador estaria situado em frente a um mundo passível de absoluta objetivação e descrição” (2017, p. 75) em que o sujeito da subjetividade (solipsista) é aquele que estabelecerá a verdade a partir de sua própria consciência.

da filosofia da consciência em que via na linguagem um instrumento secundário do conhecimento humano, em que a figuração (pensamento) seria o modelo da realidade (2017, § 2.12).

No entanto, ainda no *Tractatus*, ele concede pistas de uma construção a por vir. Wittgenstein identifica que o mundo é constituído por uma totalidade de fatos que, por sua vez, é formado por coisas (objetos) e que não é possível pensar em “nenhum objeto fora da possibilidade de sua ligação com outros” (2017, § 2.0121). Para o autor é pela figuração (pensamento) que se representa objetos que poderão ser expressos através de proposições, sinais proposicionais que permitem sua relação projetiva com o mundo por intermédio das palavras.

Nas palavras de Wittgenstein, “nomes são como pontos, proposições são como flechas, elas têm sentido” (2017, § 3.144). Então, o pensamento seria a proposição com sentido, enquanto que totalidade das proposições é a linguagem.

Com essa lógica é possível observar como o autor já demonstra certa preocupação em demonstrar certa conectividade entre as coisas e sua relevância para a figuração e a necessidade de sentido das proposições, as quais não mais estariam ao arbítrio do intérprete.

Mas, sua grande contribuição veio com a obra *Investigações Filosóficas* na qual realiza duras críticas à filosofia tradicional da linguagem, uma vez que parte não mais de um mundo em si, que independe da linguagem, mas de um mundo que só existe na linguagem que se torna uma condição de possibilidade para a constituição do próprio conhecimento.

Partindo de uma ideia de jogo como modelo para sua construção, constatando a imprecisão dos juízos de comparação usados para a formação de proposições, percebe a necessidade que esses cálculos tenham regras. Seu estudo visa remover mal-entendidos que dizem respeito ao uso das palavras, tornando determinada expressão mais exata, enfrentando a questão acerca da essência da linguagem, da proposição e do pensamento, “algo que se situa no interior, algo que vemos quando penetramos a coisa, algo que cabe à análise desenterrar.” (WITTGENSTEIN, 2014, § 92).

Como num jogo orientado por regras, essas regras funcionam como placas de orientação que condicionam o indivíduo a reagir de certa forma quando diante do signo

correspondente. Mas, isso só se torna possível quando tal uso é contínuo, inserido em práticas habituais através dos costumes, tradições e instituições, tornando a linguagem uma construção intersubjetiva que se dá pela concordância mútua de definições e juízos.

É em razão disso que a linguagem enquanto construção coletiva vincula o indivíduo, uma vez que regras são definidas e impostas, impedindo seu subjetivismo. “Uma vez selada com um determinado significado, a regra traça as linhas de sua observância por todo o espaço... se sigo a regra, não escolho” (WITTGENSTEIN, 2014, § 219).

E essa conclusão torna-se ainda mais relevante na hermenêutica jurídica na atividade *judicante*, no sentido de que cabe o julgador diante de uma causa em que deve aplicar a lei, decidir conforme a regra, sendo um ato de decisão e não de escolha pela vinculação gerada pela regra linguística.

Analisando essa necessidade de sentido da proposição oriunda das regras estabelecidas coletivamente chega-se ao termo de que deve se entender a ordem das coisas antes de se chegar a uma conclusão sobre como agir ou como elas são (WITTGENSTEIN, 2014, §505), ou seja, não se interpreta para conhecer, mas se conhece para interpretar, pois, como leciona Streck (2014, p. 252), “o compreender se dá na e pela linguagem... é na linguagem que o mundo se desvela” fazendo com que o “... o sujeito da subjetividade assujeitadora não tenha mais lugar nesse giro”, impedindo que ele construa por puro arbítrio seu próprio objeto de conhecimento de maneira descompromissada com as regras estabelecidas.

E a relevância da linguagem ganha novo patamar a partir da compreensão de sua relevância junto à construção do ser do homem, o que Heidegger chama de *Dasein* (presença), que se refere à possibilidade de questionar e compreender a si mesmo segundo certa interpretação de seu próprio ser a partir do ente com quem se relaciona no mundo, o que só pode ser compreendido segundo sua temporaneidade.

Compreender o ser segundo o tempo, conforme sua relação histórica no mundo, exige que “se abale a rigidez e o enrijecimento de uma tradição petrificada e se removam os entulhos acumulados” (HEIDEGGER, 2015, § 22) permitindo que se siga o fio até chegar às experiências originárias e decisivas para a formação do ser que, no caso do ser humano, será determinado pela fala.

E será a ontologia o estudo do ser, aquilo que o ente é, enquanto fenomenologia, ou seja, como aquilo que se revela, que se mostra em si mesmo, mas não como aparência, mas como presença, a qual se revela como possibilidade que ela é enquanto ser-no-mundo numa relação recíproca, sendo relacional por natureza no sentido de que “um mero sujeito não “é” e nunca é dado sem mundo. Da mesma maneira, também de início, não é dado um eu isolado sem os outros.” (HEIDEGGER, 2015, §116, a)

Sendo o mundo da presença um mundo compartilhado, essa convivência necessita de caminhos específicos de empatia, permitindo a aproximação de um ser para o outro, constituindo uma ponte entre os sujeitos, permitindo uma relação ontológica entre presenças, distinguindo da relação sujeito/objeto sustentado pela filosofia da consciência.

Para melhor compreensão da “presença” do ente no mundo, Heidegger esclarece sobre a necessidade de se estar atento ao “pre” da “presença”, como algo que se remete ao “aqui” e “lá”, como “um ser que se distancia e se direciona numa ocupação” (2015, § 132), sempre num projeto, num “vir a ser” como uma abertura essencial. Para tanto, ele identifica seis elementos (fases) que constituem essa necessária abertura.

Num primeiro momento há a disposição (humor) que revela como alguém “está” e “se torna”, é a abertura de estar-lançado e de ser-no-mundo, permitindo-se descobrir o mundo como tal; um modo de disposição é o medo do encontro, do ser-com o outro enquanto ameaça, que pode se concretizar ou não; num terceiro momento há o compreender, pois como a “presença” não é algo simplesmente dado, ela é possibilidade de ser e é o compreender como abertura que desvela possibilidades que num caráter existencial de projeto constitui a visão que “na transparência permite o conhecimento de si mesmo em seu ser com os outros (§ 146, b).

E ao compreender será possível interpretar enquanto elaboração de formas que decorrem das possibilidades geradas pela compreensão, chegando à mesma conclusão de Wittgenstein, na ordem de que a interpretação não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender, ou seja, o “compreendido, estabelecido numa posição prévia... torna-se conceito através da interpretação” (§ 150), mas sempre partindo de uma concepção prévia; E um modo derivado da interpretação é o enunciado (juízo) como um lugar próximo da verdade podendo ser entendido como mera demonstração, ou como predição enquanto predicado

de um sujeito, restringindo a visão ao caso concreto e como comunicação, quando o que se enuncia pode ser compartilhado; e, por fim, há a linguagem enquanto “constituição existencial da abertura da presença” (§ 161), cujo fundamento é a fala enquanto articulação da compreensibilidade, concedendo sentido aquilo que é articulado na interpretação, sendo a escuta sua possibilidade existencial e da presença ser-com os outros. A presença escuta porque compreende, tornando-se possível o ouvir, que é uma escuta compreensiva.

Heidegger alerta que para realizar esse estar – no – mundo o ente deve vivenciar a “decadência” enquanto “cair no mundo” em que a fala que se pronuncia é a comunicação na convivência que será conduzida pelo que o autor denominou de “falação”, que se dá na falta de solidez da fala comum, que permite a compreensão de tudo, mas sem a apropriação prévia da coisa, pela curiosidade, que permite que a presença busque o distante, ocupando-se em ver sem apreender a coisa de maneira impermanente, o que pode gerar ambiguidades, imprecisões nos “coloquialismos” do dia a dia, pois decorre do escutar tudo e todos gerando distorções, ainda que não intencionais, o que pode permitir uma “alienação tranquilizante” (HEIDEGGER, 2015, §178).

Mas, diante da imprecisão geradas pelas ambiguidades, como alcançar a verdade, considerando que a decadência por si é um pressuposto para a cura² que, por sua vez é considerada o próprio ser da presença, sendo a condição existencial de uma preocupação com a própria vida.

Para Heidegger verdade não é a concordância entre juízo e objeto segundo um conceito tradicional, sendo a realidade o ser dos entes presentes no mundo, mas que só se revelam pela existência da presença, sendo a descoberta um descortinar, fazendo com que a verdade seja a “concordância entre seres simplesmente dados dentro do mundo”, fazendo com que antes da presença não haja verdade, pois não há descoberta, sendo toda verdade relativa ao ser da presença. (2015, § 227)

Mas, essa relativização não favoreceria o solipsismo por depender tanto da subjetividade do interprete?

² Para Heidegger, cura possui um sentido de acurar, aperfeiçoar, enquanto “constituição ontológica existencial”. (2015, § 199)

Para solucionar essa questão Heidegger alerta sobre a temporalidade enquanto fundamento ontológico da existência, exigindo uma interpretação existencial e temporal do ser – no – mundo a qual considera a capacidade do ente compreender e lidar com o mundo ao redor através de uma ocupação por “conjuntura”, ou seja, na forma de “com”... “junto”, por não ser possível lidar com instrumentos isolados.

Sendo a temporalidade quem confere sentido ontológico à presença e ao mundo como historicidade através de esquemas horizontais do porvir, do vigor de ter sido e da atualidade se percebe a presença como projeto por “estar lançado” e em constante construção, mas para se ter a compreensão da verdade como abertura não se poderá abrir mão de sua historicidade.

Nesse sentido, o ser da presença (*dasein*) é existência e a linguagem só pode ser pensada em sua temporalidade, pelo que se realiza o desvelamento, em que deixa aparecer o “ser como” através do encontro com o mundo.

E será Gadamer quem irá desenvolver melhor esse giro na relação entre o intérprete e o texto conforme a temporalidade e a presença no mundo partindo da distinção entre o método da ciência da natureza e da ciência do espírito, sendo essa orientada para a significação do humanismo que se desenvolve através de quatro conceitos básicos: a formação enquanto processo histórico que deve sempre reconhecer no estranho o que é próprio, sendo o ser “apenas o retorno a si mesmo a partir do ser-outro” (2015, §20); o *sensu communis* que não se alimenta do verdadeiro, mas do verossímil instituindo a comunidade num sentido de justiça e bem comum adquirido através do bom senso; o juízo que decorre do particular no universal ao seguir uma regra orientada pelo senso comum e pela genuína solidariedade ético-social e o gosto, que se dá mais numa perspectiva moral do que estética que possui pretensão de validade, por isso as decisões éticas exigiriam “gosto”, um “tato” para acertar o que seria correto e dar a aplicação ao universal.

Utilizando a metáfora do jogo, assim como fez Wittgenstein, Gadamer percebe que assim como o sujeito da obra de arte não é a subjetividade, mas a própria obra, o mesmo ocorre com o jogo, cujo conteúdo é o próprio jogo, pois o jogador só ganha representação através do jogo, que se representa pelos seus fins, suas regras e disposições, afastando a subjetividade, pois na tarefa de jogar os jogadores deixam de existir e só existe o que é jogado por eles (2015, § 117).

Assim como numa peça de teatro encenada muitas vezes ou numa festa tradicional que se repete todos os anos, ainda que haja inúmeras variações, todos se subordinam a um certo padrão que lhe conceda identidade enquanto experiência temporal fazendo com que só exista quando realizadas elevando o sentido do “participar” ao “estar na coisa”, superando a passividade e mera subjetividade.

Nisso que a hermenêutica moderna percebe a insuficiência de uma interpretação meramente gramatical, como se realizava tradicionalmente sobre as escrituras sagradas até o século XVIII, devendo se desenvolver, também, segundo uma perspectiva histórica, devendo se interpretar cada frase das fontes escritas segundo seu contexto e não, necessariamente, segundo uma interpretação psicológica, em que deva se transferir para o intuito do escritor.

Droysen, citado por Gadamer, trabalha segundo a necessária investigação da tradição para se alcançar a compreensão, pois assim como ela vincula ao indivíduo as comunidades éticas a que pertence, também essas comunidades podem ser entendidas como expressão no sentido de que “o individual se compreende no todo e o todo se compreende a partir do individual” (2015, § 221)

Como a compreensão do texto decorre de um conhecimento prévio pautado em uma historicidade de tradições, não há interpretação sem preconceito, em que serão pesadas opiniões e conceitos já definidos, mas não no sentido solipsista sujeito/objeto, e sim num movimento circular de pré-concepção entre a tradição e o intérprete, como um reflexo histórico de seu ser constituída por uma “pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado” (2015, §289).

E para Gadamer essa hermenêutica se dá pela experiência, a qual “ensina a reconhecer o que é real” (2015, § 363) através da dialética numa perspectiva negativa, ou seja, a realização de uma nova experiência faz com que se perceba como as coisas são através de múltiplas confirmações pautadas por um juízo de previsibilidade, superando a perspectiva anterior.

Com esse raciocínio, o indivíduo experimentado não é aquele dotado de todo saber, mas quem está capacitado a voltar a experimentar e aprender, tendo consciência dos limites de toda previsão e da própria finitude.

Já a experiência hermenêutica propriamente dita tem relação com a tradição presente na linguagem, que fala por si mesma como interlocutor, uma vez que toda experiência pressupõe a atividade de perguntar, de onde vem sua natureza dialética, pois é nas forma de perguntas e respostas que se molda a arte de pensar e compreender.

E nas palavras de Gadamer (2015, §389):

Toda verdadeira compreensão implica nossa reação frente ao outro, implica deixar realmente espaço para seus pontos de vista e colocar-se no seu lugar, não no sentido de querer compreendê-lo como essa individualidade, mas compreender aquilo que se diz.

Oliveira (2015, p. 227) ensina que Gadamer demonstra que a “constituição de sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história”, mas só é explicável a partir de nossa pertença à tradição e é segundo esse todo de sentido que se compreende qualquer coisa, que não se é simplesmente “dono de sentidos”, fazendo com que a historicidade não seja uma limitação, mas uma condição de possibilidade da compreensão.”

4. O BEM JURÍDICO ENQUANTO LIMITE AO PODER PUNITIVO

Longa e controversa é a história da evolução conceitual do bem jurídico penal, que se confundia com um direito subjetivo para Feuerbach, passando pelos interesses do corpo social de Von Liszt até chegar à noção de valores ético-sociais de Welzel.

Modernamente, segundo uma perspectiva funcionalista, é possível identificar duas correntes preponderantes na Alemanha: o funcionalismo próprio, mais radical, de Günther Jakos e o funcionalismo impróprio, mais moderado, de Claus Roxin.

O Funcionalismo próprio, que tem em Jackobs (2003) seu principal representante, parte de um conceito de direito penal que considera os autores de um fato delituoso como inimigos e defende não ser absolutamente necessária a existência de um bem jurídico para legitimá-lo, uma vez que nem todas as disfunções merecedoras de uma sanção penal afetam um bem jurídico concreto, exterior.

Para Jackobs (2003, p. 135) basta a validade fática das normas principais, pois, entendendo que o injusto pode ser fracionado em várias partes, sendo possível configurar-se o injusto precocemente, sem que estejam presentes todos os seus elementos, seria possível antecipar a lesão ao bem jurídico, bastando que o comportamento do autor viole uma norma de defesa, que visa deter o agente antes que este atinja o interesse tutelado pela norma principal.

Se a norma principal ainda não foi violada, porque ainda falta nesse aspecto uma perturbação externa, já poderia existir, contudo, a lesão de uma norma de defesa, e isso, efetivamente, porque o autor dá a entender que em seguida terá lugar uma perturbação externa, pelo menos se seus planos tiverem êxito.

E no Funcionalismo impróprio, Roxin (2014, p. 74), de maneira mais moderada e compreendendo o bem jurídico como algo necessário para se impor limites ao direito penal, definindo-os como todos os “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases.”

Roxin (2014, p. 72) conduz seu conceito de direito penal num sentido heteropoiético, cujo fundamento se encontra fora da norma, realizando duras críticas ao modelo desenvolvido por Jackobs que, ao pouco considerar a relevância do bem jurídico, acabaria por sustentar que “a norma é criada para se auto proteger”.

Porém, a questão que se levanta seria: qual o critério mais seguro para definir a relevância de um bem jurídico ao ponto de levá-lo à esfera do direito penal?

Segundo uma perspectiva de um direito penal inserido num Estado Democrático de Direito que tem na Constituição o principal marco normativo do ordenamento jurídico por se encontrar em posição hierárquica superior aos demais atos legislativos, deve se limitar o conceito de bem jurídico penal apenas aqueles valores estampados na Carta maior, utilizando-os como uma diretriz político-criminal, a fim de orientar o legislador na tarefa de classificação dos bens a serem protegidos.

Procura-se, por este meio, limitar a natural discricionariedade do legislador e possíveis arbítrios caso não se defina com precisão que bens ele poderá proteger utilizando-se da ferramenta punitiva, pois, de outro modo, possuiria plena liberdade para entender

qualquer bem como necessário para a sociedade, o elevando à tutela jurídico-penal, violando o próprio sentido de Estado de direito presente na Constituição.

Com isto, somente se justificará uma intervenção punitiva do Estado quando incidir sobre uma conduta que tenha lesionado ou colocado em perigo concreto um bem jurídico Constitucional.

Como o bem jurídico é a manifestação de uma liberdade, tendo em vista a suma importância para a sobrevivência e identidade de um povo, deixa de ser um mero requisito exigido pela doutrina, sem bases empíricas, para ser a expressão natural da Constituição, representado como um direito fundamental, impondo ao sistema penal um compromisso com o modelo de Estado, nunca podendo ser criado ou aplicado o direito penal sem relacioná-lo com os preceitos constitucionais, afastando a criminalização de meros sentimentos, tabus, imoralidades, ou qualquer outro valor, mas que não tenha sido considerado relevante o suficiente para ganhar status constitucional.

Pois, de fato, “seria ilógico, sem embargo, entender que se admitam privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não for para evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional”. (FERRAJOLI, 2002, p. 474)

Entretanto, na atual Constituição Federal, como demonstrado, encontram-se tutelados bens jurídicos coletivos, espiritualizados, como o meio ambiente, a segurança pública, a ordem financeira, os quais, ainda que inquestionável sua relevante proteção face às incontáveis agressões que vem sofrendo pelo mundo moderno, gerando consequências extremamente lesivas para toda a sociedade, continua a persistir o problema anterior quanto a sua indefinição, tendo em vista sua natureza ampla e abstrata, permitindo uma extensa interpretação quanto ao seu alcance, gerando uma grande insegurança no meio jurídico.

Deve-se, então, lapidar ainda mais o conceito de bem jurídico constitucional, uma vez que, por hora, ainda encontra-se por demais impreciso para se coadunar com um direito penal garantista, pois, na lição de Hassemer (1989, p. 284), “quem aceita com generosidade os bens jurídicos universais corre o risco de aceitar o direito penal não mais como ultima ratio, mas como prima ou também como sola ratio da proteção de bens jurídicos”.

Como o Direito é feito pelo homem para o homem, visando, tão somente, regular as relações entre indivíduos, estes deverão ser o principal objeto limitador do conceito de bem jurídico, ou seja, o direito penal estará legitimado não só quando a conduta atinja um bem jurídico Constitucional, mas quando este bem for inerente ao ser humano, quando a lesão ao bem jurídico atingir de alguma forma, direta ou indiretamente, um indivíduo.

O próprio Hassemer (2007, p. 207), um dos principais defensores desse modelo, entende que o direito penal não pode renunciar aos bens universais, no entanto, eles devem ser “formulados tão precisamente quanto possível e que se deva funcionalizá-los a partir dos bens jurídicos individuais.”

Com esse raciocínio, apenas será criminalizada uma conduta atentatória ao meio ambiente, por exemplo, quando, efetivamente, gerar uma lesão direta ao indivíduo ou quando ameaçar concretamente a sua saúde e bem estar.

E com esse modelo não há qualquer obstáculo no trato e interpretação dos tipos sexuais segundo o bem jurídico protegido e declarado pela própria lei, que deixa de tutelar os meros costumes por força da secularização do direito, passando a ser a dignidade o valor mais íntimo do indivíduo, ainda que aqui sob seus aspectos da vida sexual.

E segundo pesquisa realizada nos julgados posteriores a entrada em vigor da lei 12.015/2009 nos tribunais superiores sobre o possível peso da mudança do bem jurídico sobre a interpretação e aplicação da norma penal nos crimes sexuais verificou-se pouco impacto e quase nenhuma consideração sobre tal alteração ou mesmo alguma tentativa de se conceituar a dignidade sexual a fim de servir como norte hermenêutico.

No STJ, de 164 acórdãos que mencionam a expressão dignidade sexual, a maioria se refere apenas ao título do código penal ou como mera menção ao bem lesionado, mas sem se preocupar em defini-lo. As únicas referências de nota foram no acórdão HC 334570/PE HABEAS CORPUS 2015/0213638-9 sobre um estupro de vulnerável quando relaciona a dignidade sexual de menor de 12 anos como o direito a um desenvolvimento sexual condizente com a sua idade e a decisão no Recurso Especial REsp 1683375/SP RECURSO ESPECIAL, 2017/0168333-5 em que a sexta turma absolveu o acusado da prática de manter casa de prostituição em que as envolvidas eram maiores e voluntárias.

... crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual. E é por isso mesmo que o bem jurídico tutelado não é a moral pública mas sim a **dignidade sexual** como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI.

Quanto ao STF foram apenas 13 menções ao termo “dignidade sexual”, sendo que a única tentativa infeliz que se aproximaria de uma definição foi em um julgamento sobre injúria e incitação ao crime em que o até então deputado Jair Bolsonaro quando este afirmou que não estupraria uma deputada federal porque ela não merecia, demonstrando desprezo ao bem jurídico protegido (a dignidade sexual).

CONCLUSÃO

Com isso foi possível observar a pouca relevância dada à mudança do bem jurídico, pouco influenciado numa melhor definição ao elemento normativo “ato obsceno” em descompasso com o necessário princípio da proporcionalidade, recrudescendo a presunção de vulnerabilidade de forma absoluta, míopes a mudança dos costumes e à realidade dos casos concretos, isoladas considerações sobre o crime de casa de prostituição quando os envolvidos são maiores e participação voluntária e a manutenção de vários delitos que ainda agredem o princípio da lesividade.

Como bem se aprende pelo desenvolvimento do giro linguístico, não existe grau zero de entendimento e as palavras não possuem o significado que o intérprete deseja, cabendo aos atores do direito a consciência da necessária superação positivista que permitiria uma discricionariedade para preencher as lacunas da norma, enquanto que num modelo democrático se faz necessário o uso de elementos históricos, principiológicos e constitucionais como fundamentos de uma busca de sentido racional, uma vez que não se interpreta para conhecer, mas se conhece para interpretar.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, W. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante. 10 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

STRECK, Lenio. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo blanc, 2019.

Apresentação oral

**A AUTORIA MEDIATA BASEADA NAS RAZÕES OPERATIVAS E
AUXILIARES DE JOSEPH RAZ**

*THE INDIRECT PERPETRATION BASED ON JOSEPH RAZ'S OPERATIVE
AND AUXILIARY REASONS*

Mathias Oliveira Campos Santos

Mestrando em Direito Penal Contemporâneo na Universidade Federal de Minas Gerais.

Especialista em Prevenção e repressão à corrupção pela Universidade Estácio de Sá.

Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito (PUC-MG). Advogado.

E-mail: mathiasantos@live.com

Resumo: A presente pesquisa tem o objetivo de relacionar o instituto jurídico da autoria mediata à concepção de razões operativas e auxiliares de Joseph Raz. O tema é relevante considerando o fato de que no Brasil a autoria mediata ainda é um instituto jurídico penal pouco trabalhado pela doutrina, e em decorrência disso olvidado amiúde pela jurisprudência. No âmbito internacional muito se escreve sobre suas espécies, mas pouco destaque se confere, especificamente, à teoria geral da autoria mediata. Diante disto, parece ser relevante apresentar a proposta de que o injusto da autoria mediata nada mais é do que a realização de um ato instrumentalizador. Com efeito, isto pode ser mais bem compreendido a partir de um raciocínio indutivo, o qual partindo das espécies de autoria mediata para sua estrutura, explicita e detalha o liame entre o homem de trás e o da frente fazendo uso não só das razões operativas, senão também das auxiliares, conforme o desenvolvimento de Joseph Raz. Conclui-se que o potencial resultado desta análise pode estabelecer uma referência racional, cientificamente validada, à teoria da autoria mediata.

Palavras-chave: Teoria da autoria e participação; Autoria Mediata; Razões operativas e auxiliares; Erro; Coação moral irresistível.

Abstract: This research aims to relate the legal institute of indirect perpetration to Joseph Raz's conception of operative and auxiliary reasons. The theme is relevant considering

the fact that in Brazil the indirect perpetration is still a criminal juridical institute little worked by the doctrine, and as a result it is often forgotten by the jurisprudence. At the international level much is written about their species, but little emphasis is given, specifically, to the general theory of indirect perpetration. In view of this, it seems relevant to present the proposal that the unjustness of indirect perpetration is nothing more than the performance of an instrumentalizing act. In fact, this can be better understood from an inductive reasoning, which, starting from the species of indirect perpetration for its structure, makes explicit and details the link between the man behind and the front using not only operational reasons, but also auxiliary ones, according to the development of Joseph Raz. It is concluded that the potential result of this analysis can establish a rational, scientifically validated reference to the theory of indirect perpetration.

Keyword: Theory of authorship and participation; Indirect perpetration; Practical and operational reasons; Error; Coercion.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da autoria mediata. 2.1. As atuais concepções de autoria mediata 2.2. A estrutura da autoria mediata. 3. As razões operativas e auxiliares de Joseph Raz. 4. A autoria mediata a partir das razões operativas e auxiliares. 4.1. O injusto da autoria mediata. 4.2. A coação e as razões operativas e auxiliares. 4.3. O erro e as razões operativas e auxiliares. 4.4 Os inimputáveis e as razões operativas e auxiliares. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da dogmática penal é esclarecer o motivo pelo qual se considera autor o indivíduo que não pratica o delito por si mesmo, senão por meio de outrem. Amiúde isto se explica por meio dos pressupostos das distintas espécies de autoria mediata. Razão pela qual são poucos os estudos sobre sua teoria geral, principalmente, sobre seu injusto.

Naturalmente, a questão é de maior importância à estrutura da autoria mediata. Afinal, orienta sua aplicação não só nos tradicionais casos expostos nos manuais de direito penal, senão também auxilia a solução dos mais complexos, peculiares e pitorescos. Nesse sentido, imagine que um inimputável (deficiente mental) retire a vida de um homem

fantasiado de morte, em um baile de Halloween, logo após M lhe dizer que deveria defender sua família e a si próprio porque a figura sombria vinha os buscar. Ademais, pense na hipótese em que um inimputável (menor de 18 anos) subtrai uma valiosa réplica de uma pintura de Gustave Doré, após receber dicas de seu pai, conhecido ladrão de obras de arte. Conquanto tenha sido o próprio adolescente quem arquitetou, planejou e executou toda a empreitada criminosa.

Embora seja possível identificar nos dois casos uma relação entre um agente inimputável e outro imputável da qual resulte lesões a bem jurídicos, não parece haver dúvidas de que no primeiro caso há autoria mediata, enquanto no segundo trata-se, no máximo, de participação. Em que pese a aparente facilidade da resposta, a questão é envolta de dificuldades à medida que se requer boas razões para identificar e diferenciar a natureza da contribuição ao resultado típico prestada por M e pelo pai assaltante.

Desta forma, busca-se delinear um ponto de encontro entre as espécies de autoria mediata de modo a mais bem compreender sua estrutura. Com efeito, parece que um fundamental ponto de referência está no liame entre o homem de trás e o da frente, o qual pode se analisar por meio das razões operativas e auxiliares desenvolvidas por Joseph Raz. Para tanto, valendo-se da melhor doutrina nacional e internacional, apresenta-se os contornos iniciais da autoria mediata (2), a concepção de razões operativas e auxiliares de Joseph Raz (3) e, por fim, a autoria mediata a partir das razões operativas e auxiliares (4).

2. DA AUTORIA MEDIATA

2.1 As atuais concepções de autoria mediata

Atualmente, as concepções subjetiva e formal-objetiva de autoria têm pouca repercussão no cenário dogmático, senão amiúde se limitam ao papel de referências às modernas concepções de autoria. Assinala-se isto no sentido de que usualmente se afirma que uma teoria ou outra é inspirada no paradigma subjetivo ou formal-objetivo. Não obstante, não são raras as denominadas teorias mistas, às quais se valem de ambos os critérios.

Inegavelmente, a conhecida teoria do domínio do fato de Roxin se inspira na concepção formal-objetiva, seja pela crítica ao modelo subjetivo e/ou pelo apego à noção de que o autor deve, necessariamente, executar o tipo (ROXIN, 2016. P. 51).

A teoria do domínio do fato, aliás, dá um passo além de suas influências ao considerar autor como a figura central do acontecer típico (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*) (GRECO; LEITE. 2014. p. 24). Uma plástica concepção, sem dúvidas, à qual tem a finalidade última de diferenciar a autoria da participação (GRECO; LEITE. 2014. p. 22).

Para tanto, Roxin apresenta inúmeros critérios para fundamentar e diferenciar cada uma das espécies de autoria. Na autoria imediata, o decisivo é que o agente execute o tipo penal com as próprias mãos (concepção formal-objetiva). Na coautoria, há uma pluralidade de agentes, os quais praticam o delito valendo-se de uma divisão de tarefas. No mais, é desnecessário que todos os coautores executem uma parte do tipo penal, basta que cada um oferte uma contribuição relevante ao resultado típico durante a execução. Por fim, a autoria mediata é a prática do delito por meio de outrem. Há uma relação vertical entre os agentes, do que se diferencia da coautoria cujo vínculo é horizontal (ROXIN. 2014. P. 75).

No âmbito da teoria do domínio do fato, a autoria mediata pode se manifestar a partir de três situações: a coação moral irresistível; o erro; os aparatos organizados de poder.

A coação moral irresistível (*vis compulsiva*), distinta da coação física (*vis absoluta*) na qual só há autoria direta/imediata, fundamenta a autoria mediata na medida em que o homem de trás coloca o homem da frente em uma situação na qual deve escolher entre se orientar pela norma penal ou obrar em desconformidade com a referência normativa para impedir uma potencial lesão a um importante bem jurídico seu ou de alguém próximo. Diante desta situação embaraçosa, caso o agente escolha pela salvação do bem jurídico de modo a violar uma norma penal não há culpabilidade, e, portanto, responsabilidade penal, em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Disso resulta na responsabilidade do homem de trás a título de autoria mediata. Roxin complementa que:

De este modo se deduce que el concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse, sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga el modelo de la ley. Si partimos de que el legislador quiere considerar autor a la figura central del suceso de la acción y si suponemos además que la idea del dominio

del hecho atribuye esta posición central a aquel que tiene «en sus manos el suceso, debemos consiguientemente preguntamos si la ley nos proporciona indicios sobre cuándo entiende realizados estos requisitos. Tales indicios existen efectivamente, puesto que si el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo – con independencia de su situación anímica en el caso concreto – y le permite sustraerse a la pena por haber ejercido la resistencia mínima, ello solo cabe entenderlo en el sentido de que en esta situación considera el suceso en manos del sujeto de detrás y le hace colocarse juntamente en la posición central del curso de la acción. Por tanto, el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad solo a la persona de detrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción. A mi juicio, es indudable que la ley se basa en esta concepción. (ROXIN. 2016. P. 152).

Sequencialmente. Na teoria do domínio do fato a autoria mediata pelo erro ostenta uma construção escalonada, cuja análise deve ser analisada a partir dos elementos do conceito analítico de crime. Assim, o professor alemão parte do erro de tipo invencível e vai até o erro de proibição vencível. Não olvidando de figuras como o erro quanto a quantidade de injusto e o erro quanto à pessoa, ambas figuras que autorizam a figura do autor (mediato) por trás do autor (imediato). Por fim, o decisivo é que o homem de trás tenha um conhecimento, relevante ao fato, superior ao do homem da frente (ROXIN. 2016. P. 173/228). Nesse sentido:

1. Las situaciones de error han de separarse claramente de las situaciones coactivas de múltiples matices. Mientras que en los casos de coacción a autoría mediata del sujeto de detrás se basa en el dominio (en función del principio de responsabilidad) de las decisiones volitivas del ejecutor directo, aquí importa la supradeterminación que confiere sentido del comportamiento libremente elegido por el ejecutor.
2. La posibilidad de supradeterminación configuradora se basa en el carácter gradual del dominio del hecho, articulándose (en función del conocimiento de las circunstancias fácticas, de la antijuricidad material, de los elementos de la reprochabilidad y del sentido concreto de la acción) en cuatro grados, de los cuales el superior respectivo confiere al sujeto de detrás el dominio del hecho sobre el ejecutor directo.
3. El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento transcendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibidora y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento.

4. La solución a la que así se llega es independiente de las distintas teorías sobre el error y de las controversias relativas a la ubicación sistemática del concepto de dolo y al alcance de su contenido (ROXIN. 2016. P. 152).

Por fim, no âmbito do excepcional caso da autoria mediata em aparatos organizados de poder, Roxin defende que o homem de trás deve ser considerado autor mediato pela ordem jurídica em razão do fato de que ostenta um poder de mando em uma organização desvinculada da ordem jurídica, à qual conta com executores fungíveis (ROXIN. 2016. P. 692/693). Assim,

En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que há de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer. (ROXIN. 2016. P. 240).

Além disso, Beatriz Corrêa Camargo observa que, para além dos usuais critérios, “adicionou-se a consideração de que tais realidades devem ainda ser caracterizadas por fatores criminógenos típicos da convivência dentro da organização (disposição organizacional ao fato)” (CAMARGO. 2013. P. 389). Desde modo, poderia se afirmar, com um nível razoável de certeza, que o executor concretiza a instrumentalização da própria organização (CAMARGO. 2013. P. 389).

Com efeito, amiúde objeta-se à teoria do domínio do fato, mais especificamente à concepção de “figura central”, o fato de que ela não passa de um critério formal, como não nega Roxin (ROXIN. 2016. P. 42). Por este motivo, não seria apto a fundamentar o valor da ação específico da autoria (RENZIKOWSKI. 2017. P. 95), o que demandaria algo com substância. Kindhäuser crítica a variedade de critérios utilizados por Roxin para diferenciar a autoria da participação. Assim, observa que:

A la vista de estos criterios llamativamente dispares para la autoría, se plantea la pregunta de qué cabe entender, efectivamente, como el elemento común para este dominio del hecho. ¿Cómo podrían fundamentar fenómenos tan distintos, e incluso opuestos – como por ejemplo la utilización de un déficit de respons-

abilidad o la división del trabajo –, una competencia por el comportamiento de otra persona suficiente para fundamentar la autoría? Es decir: ¿qué significa exactamente, desde el punto de vista del derecho penal, un “dominio del hecho”? La teoría del dominio del hecho sostiene que sería autor quien “tiene en la mano” el suceso realizador del tipo, quien aparece como la “figura central del suceso”, mientras que sería mero partícipe quien sólo interviene en el margen. “Figura central” y “figura marginal” son imágenes cautivadoras, pero están lejos de constituir categorías dogmáticas. Que en derecho penal no se trata de la posición fáctica de un sujeto cualquiera, lo muestran claramente los delitos de infracción de deber, en los cuales es autor quien carga con la responsabilidad normativa por la producción el suceso. (KINDHÄUSER. 2011. p. 44).

Jakobs observa o fato de que ao lado dos delitos de domínio estão os de violação de um dever. Ambos os critérios, no entanto, são abarcados pela noção de “figura central”, cujo conteúdo é preenchido mediante a concretização do objeto, realizado pelo método dialético. Daí que o professor alemão indaga “como seria se o parentesco entre delito de dever e delito de domínio fosse mais estreito, se detrás do critério do domínio do fato se ocultasse algo normativo comparável à infração de dever?” (JAKOBS. 2003. p. 04). Assim, Jakobs entende que mesmo nos delitos de domínio há uma imputação normativa, motivo pelo qual “a atribuição normativa é de hierarquia superior à do domínio” (JAKOBS. 2003. p. 04).

Com efeito, na autoria imediata, Jakobs questiona por que o último a atuar tem domínio? Sua resposta é no sentido de que o domínio está no fato de que a pessoa decide se vai ou não produzir o resultado típico. Isto é, “porque somente pode organizar-se uma liberdade geral de comportamento se as pessoas ao menos tiverem o dever de responder às consequências diretas, não medidas por outros, de sua conduta” (JAKOBS. 2003. p. 05). Dito de outra forma, para Jakobs, a noção de autoria há de orientar-se pelo “sinalagma de liberdade comportamento e responsabilidade pelas consequências, que constitui uma configuração básica e assentada da sociedade que abarca *todas* as pessoas”. (JAKOBS. 2003. p. 04). Disso se conclui que:

Não é possível determinar a comissão própria, a comissão de mão própria, recorrendo exclusivamente ao domínio, sem a atribuição de conduta e consequência. Isto não significa que o último sempre seja o autor quando se produz a atribuição (este é o entendimento mais estendido, não obstante, no que se refere à interpretação do direito penal alemão vigente), mas apenas que, na medida em que intervenham junto a ele outras pessoas, ao menos é partícipe na ação. Dizendo de outro modo: até o momento, aqui se expôs o componente

normativo da comissão direta; concorrendo este componente, num passo ulterior há que fundamentar ainda quando há autoria e quando – intervindo vários – há participação. Dizendo de novo com outra formulação: já que o domínio é uma questão de medida da qualificação da intervenção, uma questão quantitativa, enquanto a qualitativa – quem responde? – não se determina em função da atribuição do comportamento e das consequências. A quem pretende levar a cabo uma sistematização completa, ademais se lhe impõe a questão de como há de delinear-se a questão quantitativa no âmbito dos delitos de dever, âmbito em que esta ainda não tem sido formulada (JAKOBS. 2003. p. 08/09).

Ademais, a coautoria para Jakobs revela-se em uma continuação da dogmática da autoria imediata. Assim, pouco importa quem tenha sido o último contribuidor ao resultado típico, senão que um conjunto de indivíduos violaram seu dever (JAKOBS. 2003. P. 29).

Em relação a autoria mediata, não obstante a estrutura diversa, a lógica não é tão diferente. Basta ver que para Jakobs não é mais do que uma autoria imediata disfarçada, maquiada. Afinal, se na comissão de própria mão o resultado típico é alcançado por meio da intervenção na própria natureza, na autoria indireta a lesão ao bem jurídico se dá por meio de outra pessoa, se dá por meio do instrumento (JAKOBS. 2003. p. 31). O professor alemão esclarece que “o uso de um instrumento é o emprego das forças instrumentais de outra pessoa, porém, precisamente, das forças instrumentais *não responsáveis*.” (JAKOBS. 2003. p. 31). Nesta lógica, Jakobs entende não ter muita diferença o fato de alguém atirar um cachorro ou um sujeito embriagado contra alguém, vez que ambos não são penalmente responsáveis. Não obstante, o cão jamais pode ser considerado responsável, não se encontra dentro do círculo das pessoas no direito, senão, no caso do bêbado, há de se discutir se a embriaguez é assunto do homem de trás (JAKOBS. 2003. p. 04). Deste modo, conclui que “volta a aparecer um problema normativo: não é o mero uso do caráter de natureza do instrumento, e, neste sentido, não é um domínio o que conduz a autoria mediata, mas a competência pela ação por instrumento.” (JAKOBS. 2003. p. 32) Assim, “quem presta uma contribuição que no caso de um executor responsável suporia intervenção na execução é autor mediato quando o receptor da prestação carece de responsabilidade” (JAKOBS. 2003. p. 04).

Kindhäuser, seguindo uma linha similar à de Jakobs, defende que o autor imediato é quem lesiona individualmente o dever oriundo da norma. Já a autoria mediata e a coautoria nada mais seriam do que ampliações normativas da autoria de própria mão. Isto

é, a autoria mediata e a coautoria necessitaria de uma norma constitutiva do injusto, não meramente declaratória (KINDHÄUSER. 2011. p. 51).

Mais especificamente, na autoria mediata, entende que uma pessoa diferente do autor realiza o tipo penal. Entretanto, o executor necessariamente não é responsável. Falta um pressuposto imprescindível ao caráter delitivo de seu comportamento, o qual é imputável ao homem de trás, caso ele tenha sido responsável pelo déficit do homem da frente e cumpra os demais pressupostos típicos. Assim, Kindhäuser assinala existir indução, não autoria mediata, na hipótese em que o homem de trás motive o comportamento do homem da frente, mas não seja responsável por seu *déficit* (KINDHÄUSER. 2011. p. 51).

Mañalich, em alguma medida semelhante a Jakobs e Kindhäuser, vincula à autoria imediata a situação em que o agente tinha a possibilidade imediata de praticar a conduta esperada pela ordem jurídica, mas não o faz (MAÑALICH. 2020. p. 248). Logo,

Ha de partirse examinando la posición de aquella persona que contaba con la correspondiente oportunidad-para-la-acción, esto es: de la persona en cuya situación la norma de prohibición o de requerimiento pudiera representar una razón inmediata para evitar la realización del tipo. Si, ante el indicio de que el tipo en cuestión pudo haber sido realizado a través del comportamiento de esa misma persona, se comprueba que esa persona contaba como destinataria de la misma norma y que en ella se satisfacían, además, todos los presupuestos de los cuales depende la imputabilidad de su realización, entonces esta persona ocupará “por defecto” el lugar de autor del hecho punible así constituido. En esto consiste el asó llamado “derecho primogénito” de la autoría directa. (MAÑALICH. 2020. p. 248/249).

Conforme especifica Mañalich, a imputação por autoria imediata pode se ver alterada quando se apresente situações em que seja necessário o recurso a um esquema mais complexo, tendo em vista a pluralidade de “potenciais intervenientes”. Isto usualmente dá azo para se verificar a possibilidade de uma autoria mediata, à qual entende ter seus pressupostos limitados pelo princípio da responsabilidade (MAÑALICH. 2020. p. 249.).

Neste sentido, o primeiro requisito da autoria mediata, conforme o entendimento de Mañalich, é que a realização não justificada do tipo penal não seja ordinariamente imputável ao indivíduo que executou ou omitiu a respectiva ação, o motivo da não imputação pode ser em qualquer um dos três extratos do conceito analítico de delito. O segundo pressuposto é a existência de um homem de trás ordinariamente imputável

pelo fato de que a pessoa da frente executou ou omitiu uma ação desvalorada pela ordem jurídica (MAÑALICH. 2020. p. 249). Deste modo,

Se trata, por esto, de una reconducción del comportamiento del hombre de adelante al ámbito de responsabilidad del hombre de atrás, lo cual se deja construir como una pregunta de imputación “objetiva”, en el sentido ya enunciado: recién después de la fundamentación de su competencia por la evitación del comportamiento del hombre de adelante cabe plantear la pregunta de si este comportamiento era, además, subjetivamente evitable para el hombre de atrás. Este criterio objetivo para la imputación del hecho al hombre de atrás como autor mediato exige, entonces, i) que, a través de una acción previa, él haya posibilitado o facilitado el comportamiento del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante; o bien ii) que él haya dispuesto una conexión situacional entre la realización típica mediada por el actuar del hombre de adelante y un defecto de responsabilidad ya existente de éste; o bien iii) que él haya omitido, de modo contrario a deber, la ejecución de una acción a través de la cual tendría que haber impedido el actuar del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante. (MAÑALICH. 2010. p. 396).

Por fim, expostas as concepções atuais de autoria mediata, examina-se a seguir sua estrutura e seus elementos mais indispensáveis.

2.2 A estrutura da autoria mediata

É um fato que, independentemente da concepção adotada, parece ser um lugar comum que a autoria mediata pressupõe, pelo menos, duas pessoas. Afinal, trata-se de uma autoria intermediada, na qual o homem de trás se liga ao delito e ao homem da frente.

Nesse sentido, parece razoável assinalar que a estrutura da autoria mediata é composta pelos seguintes elementos: (a) a realização do tipo através de outro; (b) a falta de execução do delito por sua própria mão; (c) a intervenção em um fato próprio (responsabilidade autônoma, não dependente) (BOLEA BARDON. 2000. p. 158/159).

Com efeito, a estrutura da autoria mediata demonstra com mais clareza um elemento necessário ao instituto, a saber, o executor material/instrumento, sem que se olvide do autor mediato. Assim, próximo ao resultado típico está o executor/autor imediato, também denominado de homem da frente, instrumento ou ferramenta. Já “por trás dele” dele, está o autor mediato, também denominado de homem de trás ou autor

de escritório, o qual, necessariamente, não executa *materialmente* o tipo penal, repise-se (BOLEA BARDON. 2000. p. 145).

Entretanto, pouco adianta ter um homem na frente e outro atrás, caso não exista um liame/vínculo entre os dois agentes, o qual é imprescindível, conquanto amiúde um não tenha consciência de quem seja concretamente o outro. Neste sentido, imagine uma hipótese de autoria mediata por erro no caso do agente que remete, por uma transportadora, uma substância cujo transporte é proibido. O motorista da transportadora está em erro de tipo e não sabe quem o colocou nesta situação, tampouco o homem de trás sabe a identidade do homem da frente, ainda assim é difícil de negar a existência de um liame entre os envolvidos.

Por fim, não parece errado afirmar que o liame entre o homem de trás e o da frente não se dá de outra forma senão pela troca de razões realizadas entre os agentes, mesmo que isto ocorra de modo implícito ou sutil conforme a situação do transporte da substância proibida. A partir disto parece razoável examinar tal vínculo pela ótica das razões operativas e auxiliares de Joseph Raz – tópico sobre o qual se debruça a seguir.

3. AS RAZÕES OPERATIVAS E AUXILIARES DE JOSEPH RAZ

A concepção de razões operativas e auxiliares é uma construção teórica desenvolvida pelo filósofo Joseph Raz em seu estudo sobre razão prática e normas (*Practical Reason and Norms*).

Em um primeiro momento, ao analisar as razões para a ação, Joseph Raz assinala que existem razões tanto para as ações, como para as crenças, os desejos, emoções, normas e instituições. Afinal, as razões são utilizadas, sobretudo, para explicar, valorar e guiar a conduta das pessoas (RAZ. 2002. p. 15).

Daí que ao se explicar o conceito de razão para uma ação há de se indicar como se alcança as suas finalidades, ou seja, como os propósitos são relacionados entre si e por qual motivo o conceito é útil para explicar, valorar e guiar o comportamento humano (RAZ. 2002. p. 16).

Não obstante, uma das maiores dificuldades encontradas na explicação das razões para a ação é a combinação da teoria com a prática, isto é, a relação entre a explicação (teoria), valoração e guia (prática). Raz argumenta no sentido de que a explicação adequada

esclarece não só o fato de que um conceito pode ser utilizado para finalidades distintas entre si, bem como que estes propósitos são interdependentes. Assim, as razões guiam e valoram só porque explicam (RAZ. 2002. p. 16).

Segundo o desenvolvimento de Raz, a conclusão de que há uma razão para que alguém atue de determinada forma ou que deveria atuar pressupõe afirmações de fatos pelos quais são constituídas razões para se realizar determinada ação (RAZ. 2002. p. 28). Ademais, destas razões destacam-se às operativas e auxiliares.

As razões operativas “são aquelas que expressam alguma atitude prática crítica do sujeito, envolvendo geralmente valores, desejos ou interesses” (CAMARGO. 2018. p. 250). Dito de outra forma, são as “razões que possuam força normativa, as quais irão constituir um valor, um interesse, um desejo e até mesmo uma norma de conduta com capacidade de motivar o indivíduo a agir” (CAMARGO. 2018. p. 291).

De outro lado, conforme explica Raz, a função das premissas afetas as razões auxiliares é explicar a ligação da atitude prática do enunciado da razão operativa até a conclusão (RAZ. 2002. P. 33). Em outras palavras, as razões auxiliares têm à função de “justificar a ponte feita entre atitude prática crítica e a conclusão sobre o que fazer, isto é, a razão do sujeito em favor de determinada ação” (CAMARGO. 2018. p. 248).

Em síntese, as razões operativas parecem ser, por excelência, explicativas, enquanto as auxiliares, inicialmente, condutoras do comportamento humano, e depois, também, explicativas.

Conforme demonstrado pela professora Beatriz Corrêa Camargo, tal construção teórica assume especial relevância na doutrina da autoria e participação, sobretudo, na instigação, em que há uma dificuldade de se estabelecer leis gerais às quais ofereçam uma resposta satisfatória sobre a causalidade existente nas relações entre as razões do sujeito e suas ações (CAMARGO. 2018. p. 249). O decisivo parece partir de um moderno paradigma, defendido por Puppe, segundo o qual “o instigador não causa propriamente a decisão no autor do crime, e sim cria um motivo para a ação do autor, o que Joe Joerden irá designar como sendo o “oferecimento de uma razão para agir”” (CAMARGO. 2018. p. 249). Deste modo, complementa Beatriz Côrrea Camargo:

Segundo os autores, essa formulação teria a vantagem de resguardar, de um lado, a noção de liberdade da vontade porque supõe uma escolha do agente, que pode adotar ou não as razões oferecidas como razões válidas para agir. Conforme esclai-

rece Puppe, o próprio autor, se indagado, irá atribuir sua decisão ao instigador na hipótese de se decidir pela ação devido às razões dadas ou sugeridas pelo instigador. De outro lado, a concepção permitiria reconhecer com maior segurança que a razão oferecida foi causa da ação, de tal sorte que o êxito da instigação residirá, então, no fato de que o autor reconheça internamente como razão de seu agir o motivo oferecido pelo instigador. (CAMARGO. 2018. p. 249).

Diante disto, para a instigação, há de se destacar que o relevante é o oferecimento de uma razão para agir, isto é, a razão operativa. Do que se conclui pela irrelevância da razão pela auxiliar, porquanto não seja um ato típico de instigação, senão mero auxílio. Para ilustrar a diferença, Beatriz Côrrea Camargo descreve o caso do posto de gasolina, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça Alemão (*BGH- Bundesgerichtshof*). Trata-se de um assalto praticado por um indivíduo, o qual precisava imediatamente de dinheiro para evadir do país. Antes de praticar o roubo, não obstante, o agente procurou, para obter documentos ilegais, um falsificador, quem sugeriu assaltar um banco ou um posto de gasolina para levantar a quantia necessária (CAMARGO. 2018. p. 250).

O falsificador foi condenado pelo judiciário alemão como instigador do roubo. Entretanto, se analisado o caso sob à luz das razões operativas e auxiliares, é bem de ver o equívoco jurisdicional. Afinal, “quando procurou o falsificador, o futuro assaltante tinha uma *razão operativa* para agir de modo a obter o dinheiro, razão a qual era anterior ao conselho recebido pelo falsificador.” (CAMARGO. 2018. p. 250). De outro lado, “a sugestão do instigador veio no sentido de lhe oferecer uma *razão auxiliar*.” (CAMARGO. 2018. p. 250). Isto porque o falsificador se limitou a indicar meios pelos quais o agente poderia obter dinheiro (assaltar um banco ou um posto de gasolina), não a ideia em si, à qual foi a razão operativa explicativa e orientadora da conduta do agente.

Assim, considerando uma relativa proximidade entre instigação e autoria mediata, parece razoável verificar se a noção de razões operativas e auxiliares também é útil à autoria mediata.

4. A AUTORIA MEDIATA A PARTIR DAS RAZÕES OPERATIVAS E AUXILIARES

4.1 O injusto da autoria mediata

Conforme exposto no tópico 2.1, as atuais concepções de autoria mediata ou vinculam seu injusto a violação primária de respeito à norma penal cuja natural limitação

se realiza pelo princípio da responsabilidade ou se valem de critérios vários, como o conhecimento superior do homem de trás e a fungibilidade do homem da frente.

Conquanto estes critérios muitas vezes apresentem respostas adequadas e corretas aos problemas da autoria mediata, não parecem tratar o problema em sua totalidade. Com efeito, mais do que afirmar o fato de que o autor mediato se vale de um instrumento para lesar o bem jurídico, há de se indicar o injusto da autoria mediata concretizado no obrar específico do homem de trás, o qual a diferencia da imediata e coautoria, bem como da instigação, cumplicidade e auxílio.

Nessa linha, é bem de ver que o autor mediato se diferencia do imediato pelo fato de que este executa o tipo com as próprias mãos, não depende de mais ninguém. A coautoria se diferencia da autoria mediata pela própria estrutura, vez que no primeiro há uma relação horizontal entre os agentes, enquanto no segundo é vertical.

Não obstante, considerando o fato de que amiúde o partícipe não age durante os atos executórios, senão em um momento anterior, torna-se um pouco mais complicado o diferenciar da autoria mediata. Sobretudo, quando se trata dos casos de instigação, cuja estrutura também pressupõe um homem atrás e outro na frente.

De toda forma, na maioria das vezes a distinção é realizada de modo intuitivo. Afinal, nos casos de coação e erro, há uma circunstância não presente nas modalidades de participação, isto é, o fato de que o executor é instrumentalizado. É dizer, *há na autoria mediata um ato instrumentalizador*, o qual se realiza pelo vínculo existente entre o homem de trás e o homem da frente.

Com efeito, o liame entre os agentes na autoria mediata, assim como na instigação, é estabelecido por razões, ainda que implícitas ou sutis – como no caso do transporte de substâncias ilícitas. Entretanto, o decisivo é que enquanto na instigação as razões se referem ao oferecimento de motivos para agir, na autoria mediata, é o meio pelo qual o indivíduo é instrumentalizado.

Por fim, para concretizar tal entendimento, analisa-se a seguir as possibilidades de instrumentalização por meio das razões operativas e auxiliares.

4.2 A coação e as razões operativas e auxiliares

Conforme mencionado anteriormente, na coação, primeiramente, há de se diferenciar duas situações, a coação física e a coação moral.

A primeira é a da coação física (*vis absoluta*), na qual o homem de trás suprime toda a voluntariedade do homem da frente; este é utilizado como um mero objeto para se alcançar o resultado típico, assim como se utiliza uma arma de fogo ou uma arma branca. Trata-se de um instrumento por excelência. É o caso do agente que, utilizando de força física, força outrem a atirar em alguém.

Neste caso, há de se destacar que o ato instrumentalizador não é típico de autoria mediata, mas de autoria imediata. Afinal, a ordem jurídica não reconhece como conduta penalmente relevante a ação do executor. O resultado típico não foi por ele produzido com um mínimo de voluntariedade, senão a vontade de sua produção é encontrada inteiramente no agente coator, quem reuniu esforços para concretizar a coação.

Assim, na coação física, conquanto exista um ato instrumentalizador, não há qualquer troca de razões entre coator e coagido. Senão mero exercício da força. Na coação moral, de outro lado, há uma troca de razões entre os agentes. Basta ver pelo fato de que se a coação for resistível e ainda assim o resultado típico seja produzido, o coator deve ser punido sob o título de instigação, à qual, relembre-se, é o oferecimento de razões para agir.

A situação é diferente se a coação moral for irresistível, oportunidade em que se verifica a autoria mediata. Neste caso, conforme mencionado anteriormente, o homem de trás deixa o homem da frente em uma situação delicada, na qual ou se orienta pela norma penal ou atua em desconformidade com a referência normativa com a finalidade de impedir uma potencial lesão a um importante bem jurídico seu ou de alguém próximo. Se o coagido optar por ceder a coação do coator, a ordem jurídica o exime de qualquer responsabilidade penal por inexigibilidade de conduta diversa.

Com efeito, se se analisa tal estrutura pela ótica da autoria mediata como um *ato instrumentalizador realizado por meio de razões* se observa que o homem de trás apresenta ao executor uma *razão operativa*: a possibilidade de evitar um mal controlado pelo coator; e uma *razão auxiliar*: violar a norma penal pela produção de um resultado típico.

A título de ilustração imagine a situação do indivíduo coagido por um traficante a guardar drogas em sua residência, se se negasse a obedecer a determinação ilícita sua esposa e seus filhos seriam cruelmente executados. Assim, o agente tem duas escolhas, pode ou não ceder aos intentos criminosos do coator. Não obstante a possibilidade de eleger qual conduta adotará, se reconhece a condição de instrumento deste indivíduo justamente porque o homem de trás o instrumentalizou, ou seja, o colocou em um contexto em que exige uma atitude crítica e ponderadora sobre duas desfavoráveis alternativas, na qual há de escolher a menos danosa para si. De modo menos circular, o homem de trás forçou o da frente a praticar o delito (art. 33 da Lei 11.343/06) por meio da razão operativa de manter inalterada a vida e integridade física de seus familiares.

Por fim, ressalte-se que na autoria mediata por coação moral irresistível é um lugar comum que o executor/o homem da frente não é punido por ausência de culpabilidade. Entretanto, no grupo de casos de erro, a situação não é tão simples; há doutrina que defende a correção da figura do “autor por trás do autor” e outra que rechaça a possibilidade. Independente deste polêmico tópico, a seguir se analisa a relação entre a autoria mediata por erro e as razões operativas e auxiliares.

4.3 O erro e as razões operativas e auxiliares

O uso das razões operativas e auxiliares na autoria mediata pode ser visualizado com maior facilidade nos casos em que o homem de trás coloca o da frente em erro.

Conforme mencionado anteriormente, são inúmeras as hipóteses de erro; pode ser de tipo, de proibição, sobre a magnitude do injusto e até quanto a pessoa. O essencial, no entanto, é que o executor atua em erro.

Amiúde a doutrina procura estabelecer um critério para o grupo de casos de autoria mediata por erro. Relembre-se que para Roxin o decisivo é que o homem de trás ostente um conhecimento superior ao do homem da frente, o que é objetado por Jakobs. O professor de Bonn considera que a autoria mediata não é fundamentada pelo conhecimento superior do homem de trás, senão pela ideia de competência limitada pelo princípio da responsabilidade (JAKOBS¹. 2003. p. 15/16).

ninguém é instrumento de outro pelo mero fato de saber menos que este, independentemente de que o erro seja evitável, inevitável o que nem sequer seja competência do sujeito que incide em erro dispor de mais conhecimentos, pelo contrário, se tem de fundamentar que corresponde relevância jurídica ao defeito fático de direção do comportamento para que se possa falar de autoria mediata. Como se pode gerar a competência do mandante (homem de trás)? Em primeiro lugar, pode suceder que o contato social se estenda ao defeito quando alguém assume a obrigação moral de responder pelos defeitos cognitivos que o outro apresente. Isso tem lugar, ainda que somente no sentido de uma assunção parcial, quando alguém confia na direção de um especialista. A título de exemplo: um electricista deve evitar que seu cliente toque o cabo elétrico quando este ainda não está isolado; do contrário, responde pelas consequências, como autor mediato de um delito de lesões por meio de um instrumento quase não doloso. Também pode ocorrer que o autor mediato se faça passar por especialista sem sê-lo: quem afirma conhecer a situação e ser competente para dar conselhos deve ficar vinculado a essa representação de sua própria pessoa. Aqui terão de localizar-se os casos mais comuns, vale dizer, todos aqueles em que o autor mediato desempenha o papel de um conselheiro e produz o erro do outro por meio de seus conselhos. (JAKOBS¹. 2003. p. 15/16)

Conforme a lógica apresentada por Jakobs, não é necessariamente o conhecimento superior do homem de trás que produz o erro do homem da frente, senão parece ser o fato de que um agente (autor mediato) determine o erro de outro (executor), através de seu papel de “conselheiro”.

Com efeito, no centro de tudo isto está um conselho, o qual nada mais é do que razões. Isto é, o homem de trás instrumentaliza o homem da frente por meio da incoerência/desarmonia entre as razões operativas e auxiliares apresentadas. A título de ilustração observe o caso do transporte da substância ilícita: a razão operativa era o ato de trabalho, agir de modo usual, como tantas vezes o motoristas o fizera. Já a razão auxiliar, no entanto, constituía o transporte da substância ilícita.

Por fim, maiores dificuldades apresentam os casos de autoria mediata em agentes inimputáveis, o que se analisa a seguir.

4.4 Os inimputáveis e as razões operativas e auxiliares

Finalmente, visualizar a utilidade das razões operativas e auxiliares nos casos de autoria mediata com instrumento já inimputável parece ser mais complicado. Afinal, devido a condição de inimputabilidade, estes agentes *per si* já não são penalmente responsáveis.

Entretanto, parece ser elementar a consideração de que o *status* de inimputável é distinto do de instrumento em razão de sua origem. O primeiro pode ser por ausência de maioria penal ou mesmo por não ter capacidade de entender completamente o caráter ilícito dos fatos. Já o segundo só está nesta condição porque foi instrumentalizado pelo homem de trás.

Assim, parece correto afirmar que não é porque um crime foi praticado por um inimputável que necessariamente qualquer contribuição anterior ao resultado típico deve ser punida sob a pecha de autoria mediata. Senão deve haver aqui também um ato instrumentalizador, seja por coação ou erro. Na mesma linha, Roxin assinala que

La cuestión del dominio del hecho en la utilización de inimputables y adolescentes há de resolverse, por tanto, com ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo, o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio de hecho en tales casos. De basarse en esta idea, tendría que alcanzarse entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho una unidad mayor que la que se há producido en el tratamiento hasta ahora fragmentario de este grupo de problemas. (ROXIN. 2016. p. 237.)

Neste sentido, volta-se ao caso do adolescente ladrão de pinturas. A contribuição do pai, para o sucesso do furto do quadro do Doré, não é uma atitude típica de autoria mediata, pois não há nenhum ato instrumentalizador. O fato dele ter dado as dicas sobre o *modus operandi* do assalto se refere tão somente ao oferecimento de uma *razão auxiliar*, ou seja, tão somente um auxílio, o que não configura o injusto da autoria mediata. Além disso, não há nenhum indício de que o pai tenha utilizado de seu filho para praticar o delito, senão a ideia/o desejo, isto é, a razão operativa surgiu justamente do inimputável, o adolescente. Portanto, não configuraria sequer instigação.

Não obstante, a análise é diferente no primeiro caso. M instrumentaliza o deficiente mental visando a produção do resultado típico morte do homem fantasiado. Nessa linha, parece ser claro que o inimputável incorreu em um caso de erro de tipo, o qual foi concretizado por meio da razão operativa *salvar a si e sua família*, e auxiliar *eliminar o perigo*. Com efeito, a instrumentalização (ou seja, o erro) está no fato de que, malgrado a

fantasia de morte, o homem não apresentava nenhum risco aos familiares do inimputável. Logo, tampouco era necessária a equivocada “ação salvadora”.

Por fim, de fato, as razões auxiliares e operativas nos casos de inimputáveis parecem ser bastantes pitorescas. Não há dúvida de que dificilmente enganaria algum imputável. Entretanto, a probabilidade de o erro ocorrer é maior nos agentes inimputáveis em razão de uma condição pré-existente de não compreensão do sentido delitivo do fato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de relacionar a estrutura básica da autoria mediata com os delineamentos fundamentais das razões operativas e auxiliares de Raz, apresenta-se as seguintes considerações finais.

Preliminarmente, pontuou-se o fato de que pouco se tem escrito sobre o motivo de uma contribuição ao resultado típico própria da participação ser valorada como autoria mediata. Apesar disso, mencionou-se importantes e distintas concepções que se propuseram a contribuir com a dogmática específica da autoria mediata.

Neste sentido, relatou-se a importante contribuição ao tema encontrada no funcionalismo normativista de Gunther Jakobs. O professor de Bonn defende que só há autoria mediata na hipótese em que há uma participação para um delito, mas o agente não é responsável. Dito de outra forma, Jakobs entende não existir autoria mediata se houver uma conduta posterior plenamente responsável. Assim, o professor de Bonn constringe a autoria mediata pelo princípio da responsabilidade.

Em seguida, observou-se que em linha semelhante a de Jakobs, há Kindhäuser e Juan Pablo Mañalich. Ambos, além do respeito ao princípio da responsabilidade, exigem que o homem de trás seja competente, em razão de uma ação ou omissão, pelo defeito do homem da frente. Em outras palavras, a conduta do homem de trás deve explicar a ação e o *déficit* do executor.

Além disso, visualizou-se que Roxin entende que cada modalidade de autoria mediata tem um critério distinto de averiguação. Desta forma, compatível com sua concepção metodológica (formal) de autoria como uma figura central do acontecer típico, o professor ensina que o instituto se manifesta nas hipóteses em que a legislação reconhece

como autor àquele que pratica o tipo penal por meio de outrem. Logo, para além disso, Roxin deixa de apresentar um critério orientador específico à autoria mediata. Não obstante, tal postura tem a vantagem de possibilitar o desenvolvimento de construções como o domínio por organização. Entretanto, não responde substancialmente o porquê do homem de trás ser punido a título de autoria. Por fim, Roxin é crítico a adoção do princípio da responsabilidade como uma diretriz mestra da autoria mediata e um dos principais partidários da figura do “autor por trás do autor”.

Dito tudo isto, um possível “início de conversa” foi estabelecido a partir de reflexões sobre as semelhanças e diferenças da instigação e da autoria mediata. Observou-se que instigação e autoria mediata são duas formas distintas de contribuir ao resultado típico, às quais se valem de uma estrutura vertical, isto é, diante do resultado típico há um agente e atrás dele há outro.

Independente disso, verificou-se que o importante é que ambas se valem de uma espécie de causalidade psiquicamente intermediada, a qual demonstra um liame entre homem de trás e homem da frente. Nesta linha, verificou-se que em um estudo sobre a teoria do concurso de pessoas e o conceito de instigação, a professora Beatriz Corrêa Camargo explicou o liame dos agentes por meio do conceito de razões operativas de Joseph Raz.

Com efeito, após verificar a proximidade da autoria mediata com a instigação, examinou-se se o liame entre o autor mediato e o instrumento pode ser explicado pelas razões operativas e auxiliares de Joseph Raz. Antes, entretanto, consignou-se que o que difere a instigação da autoria mediata é justamente que nesta modalidade, necessariamente, está presente um ato instrumentalizador, o qual é o responsável pelo defeito do executor.

Por fim, demonstrou-se que o ato instrumentalizador é o que vincula o autor mediato ao instrumento, assim como que ele é concretizado por meio de razões oferecidas pelo homem de trás ao homem da frente.

REFERÊNCIAS

- BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valência, Tirant, 2000.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, 2013.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. PPU. Barcelona. 1991.

GRECO, Luís (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos*. Trad. par. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS¹, Günther. *Autoria mediata e sobre o estado de omissão*. Trad. par. Mauricio Antônio ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*. N. 14. 2011.

MAÑALICH, Juan Pablo. Intervención “organizada” en el hecho punible: Esbozo de un modelo diferenciador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 163, ano. 28, p. 239-264. São Paulo: Ed. RT, janeiro. 2020.

MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV*. Valparaíso. Chile. 2010.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação – Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: *Direito Penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. e org. por Alaor Leite et al. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Trad. da 9. ed. Madrid. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General: Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Luzón Peña e outros. Madrid: Thomson Reuters – Civitas. 2014.

Apresentação oral

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES
DE PESCA PREDATÓRIA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA
DA REGIÃO SUL DO BRASIL**

*APPLICATION OF THE INSIGNIFICANCE PRINCIPLE IN PREDATORY
FISHING CRIMES: AN ANALYSIS OF JURISPRUDENCE IN SOUTHERN
BRAZIL*

Tauana Bortolotto do Carmo

Mestranda em Estudos Internacionais pela Universitat Jaume I.

Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS.

Monitora voluntária do IBCCRIM-RS.

E-mail: tauana.docarmo@gmail.com

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.

Professor titular de Direito Penal da PUCRS.

E-mail: pvss@pucrs.br

Resumo: As alterações sociais provocadas pela sociedade de risco trouxeram complexidades ao âmbito do direito penal. Com base nas mudanças sofridas pelo direito penal secundário, busca-se analisar como os tribunais estão aplicando o princípio da insignificância aos ilícitos-típicos ambientais de pesca predatória. O principal objetivo desta pesquisa é verificar como os tribunais da região sul do Brasil vêm se posicionando, nos últimos anos, acerca dos casos em que o desvalor do resultado não cria perigo ao bem jurídico-penal meio ambiente, bem como se os vetores utilizados estão em conformidade com os já estipulados pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.412/SP. A análise jurisprudencial se deu de forma quantitativa e qualitativa. Sendo que, a partir da coleta dos acórdãos, realizaram-se gráficos estatísticos, a fim de demonstrar os posicionamentos adotados por cada corte. A presente pesquisa está longe de esgotar os estudos sobre o tema. Contudo,

aspira-se por um novo olhar acerca da aplicação do princípio da insignificância aos crimes que tutelam o meio ambiente e os recursos ictios.

Palavras-chave: 1. Direito Penal. 2. Princípio da insignificância. 3. Crimes ambientais. 4. Pesca predatória.

Abstract: The social alterations provoked by the risk society brought complexities to the scope of criminal law. Based on the changes undergone by the secondary criminal law, an attempt is made to analyze how the courts are applying the insignificance principle to the typical illicit environmental predatory fishing. The main objective of this research is to verify how the courts of the southern region of Brazil have been positioning in recent years, on the cases in which the devaluation of the result does not create danger to the juridical-penal good and its environment, as well as whether the vectors used are in conformity with those already stipulated by the Federal Supreme Court in Habeas Corpus 84.412/SP. The jurisprudential analysis took place in a quantitative and qualitative way. Being that, from the collection of judgments, statistical graphs were made in order to demonstrate the positioning adopted by each court. The present research is far from exhausting the studies of the topic. Nevertheless, it is aspired for a new look at the application of the insignificance principle to the crimes that guards the environment and ictios resources.

Keywords: 1. Criminal Law 2. Insignificance Principle 3. Environmental Crimes 4. Predatory Fishing 5. Environmental Legal Good.

Sumário: Introdução – 1. O princípio da insignificância e o tratamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal – 2. Bem jurídico-penal ambiental e os crimes de pesca (arts. 34 a 36 da Lei 9.605/1998) – 3. Análise da jurisprudência dos tribunais da região sul do Brasil – Conclusão – Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

A atual pesquisa iniciou-se a partir de estudos e debates realizados nos encontros do Laboratório de Ciências Criminais do Ibccrim-RS, assim como nas pesquisas desenvolvidas para o Trabalho de Conclusão de Curso, na Escola de Direito da PUCRS, no ano de 2018. Tais inquietações surgiram no estágio realizado junto a Defensoria

Pública da União, momento em que a pesquisadora se deparou com forte instabilidade jurisprudencial no tocante aos critérios que deveriam ser observados para a aplicação ou não do princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória.

Por conseguinte, a presente pesquisa busca fundamentos dogmáticos do princípio da insignificância a fim de delimitar o seu âmbito de atuação. Aborda-se, igualmente, o conceito de bem jurídico-penal ambiental, visto que tal enfrentamento é fundamental para o aprofundamento do estudo da aplicação do princípio da insignificância aos casos relativos à pesca predatória no direito penal brasileiro. Ademais, analisa-se a jurisprudência coletada nos Tribunais da região sul do Brasil, sendo estes: TRF4, TJRS, TJSC e TJPR, pois apesar do Supremo Tribunal Federal já ter se posicionado acerca dos requisitos indispensáveis para que ocorra a correta aplicação de tal princípio, estes nem sempre são observados de forma adequada pelos tribunais brasileiros, ocasionando, consequentemente, em decisões contraditórias e raciocínios discricionários do julgador.

Em relação a metodologia, destaca-se que a presente investigação realiza sua abordagem de maneira indutiva, ou seja, busca primeiramente analisar, explorar e descrever, para só após gerar perspectivas teóricas e conclusões do que fora anteriormente relatado. Ademais, a pesquisa é predominantemente bibliográfica, sendo o material coletado de livros doutrinários, periódicos e artigos científicos. A análise jurisprudencial se deu de forma quantitativa, tendo como marco inicial de pesquisa o ano 2017 e como marco final o ano de 2018. A jurisprudência foi coletada nas plataformas eletrônicas dos seguintes tribunais: TRF4, TJRS, TJSC e TJPR.

1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O TRATAMENTO CONSOLIDADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A relevância da insignificância já é conhecida a muito tempo pelo direito penal pátrio, nesse artigo, não se adentrará em todas as suas nuances, todavia, resumidamente há de se apontar conceitos chaves e entendimentos acerca do princípio da insignificância. Sendo assim, destaca-se que o princípio da insignificância decorre de outros princípios constitucionais. Outrossim, ele não possui previsão constitucional e nem está estipulado de forma expressa em nenhum instrumento legislativo ordinário.

Dessa forma, no tocante às condutas adjetivadas como insignificantes e irrelevantes é pertinente destacar o entendimento de Abel Cornejo em sua obra *Teoría de La Insignificancia*, que refere que para visualizar a importância deste princípio é indispensável conciliar a doutrina com a prática CORNEJO, 2006, p. 41). Tendo em vista que as condutas tidas como irrelevantes para o direito penal não foram consideradas pelo legislador, isto é, em razão da impossibilidade deste antever, quantificar e descrever todas as formas de realização de condutas lesivas ao bem jurídico criminalmente protegido, a tipificação é realizada de forma abstrata, a fim de que a lei alcance maiores números de condutas tidas como proibidas pelo direito penal (MAÑAS, 1994, p. 55). Em razão disto, faz-se necessário tipificar as condutas e separar as que se moldam a determinado tipo, mas não possuem nenhuma relevância material, sendo este o objetivo central da presente exposição.

Ao tratar da classificação da conduta insignificante e os graus de lesividade conferidos à ação insignificante, Diomar Ackel classifica, pioneiramente, a existência da conduta insignificante como: absoluta (ou propriamente dita) e relativa (imprópria). Segundo o autor, na primeira teríamos a exclusão da tipicidade, pois o fato é ínfimo (de gravidade nula), não configurando uma reprovabilidade. Já na segunda, o fato é formalmente típico, mas tem sua antijuridicidade afastada, permitindo, assim, a exclusão da esfera punitiva¹ (ACKEL FILHO, 1998, p. 72-77). Salienta-se, entretanto, que a classificação de Ackel é omissa em relação a um critério objetivo de classificação das modalidades de insignificância e tal lacuna pode abrir espaço ao subjetivismo e ao empirismo.

Posteriormente, criaram-se critérios objetivos, sendo um deles o modelo clássico de determinação. Este modelo baseia-se na avaliação de índices de desvalor da ação e de desvalor do resultado. Destarte, serão considerados penalmente insignificantes os fatos que abarcarem o grau de insignificância do desvalor do ato e do resultado, concomitantemente. Ainda, tem-se que um índice pode preponderar sobre outro, ou seja, a insignificância do resultado pode ser maior que a insignificância do desvalor do ato ou vice-versa.

Portanto, considera-se que uma conduta será absolutamente insignificante quando o desvalor da ação for preponderante em relação ao resultado. Da mesma forma que a

¹ Ackel, também destaca conceito de WESSEL acerca da insignificância relativa que, embora o fato seja típico, ele é tido como irrelevante, pois pode trazer mais desvantagens e prejuízos ao Estado do que se houvesse o arquivamento do processo. (ACKEL FILHO, 1998, p. 76).

conduta relativamente insignificante será aquela que possui o desvalor do resultado intensificado (RAMIREZ, 1980, p. 47). Logo, levando estes critérios em consideração, tornou-se mais simples o reconhecimento do fato típico sem significado jurídico para a esfera penal rechaçando um pouco a subjetividade.

Muito embora o tema natureza jurídica do princípio da insignificância não seja pacífico, a doutrina divide-se entre: considerar tal princípio como causa da excludente de tipicidade ou tratá-lo como causa de excludente de antijuridicidade² da conduta (ou ambos, alternativamente). Sendo que, minoritariamente, há aqueles que consideram o princípio como excludente de culpabilidade (SILVA, 2008, p. 48-54). Tal debate não é infundado, visto que conforme o posicionamento adotado poderá haver aplicabilidade diferente do princípio, bem como o seu resultado no caso concreto.

Apesar de existir mais de uma proposta de tratamento dogmático da insignificância e de sua natureza, a doutrina brasileira, majoritariamente, compreende que o princípio da insignificância visa afastar a tipicidade material.³ Segundo o entendimento majoritário, por força do princípio da insignificância são consideradas atípicas as condutas que, após sofrerem análise valorativa do tipo penal, afetarem infimamente o bem jurídico tutelado (BRANDÃO, 2001, p. 58).

Ademais, Carlos Vico Mañas em seu livro *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*, ensina que para impedir que a descrição abstrata e extensiva do tipo penal atinja condutas penalmente insignificantes, necessita-se atribuir-lhes um conteúdo material, ou seja “para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade” (MAÑAS, 1994, p. 53).

² Alguns autores que adotam tal entendimento: Guzmán Dalbora, Heinz Zipf, e, no Brasil, Alberto Silva Franco.

³ Nós adotamos esse posicionamento juntamente com outros autores: BITECOURT, 2014, p. 61; BOTTINI, OLIVEIRA, PAPA, RIBEIRO, 2012, p.120; BRANDÃO, 2001, p.58; BUSATO, 2011, p. 104 et. seq.; DE LORENZI, 2015, p. 238; LOPES, 2000, p.113; SANGUINÉ, 1990, p. 46; MAÑAS, 1994, p.53; TOLEDO, 1991, p. 133.

Outrossim, conforme a teoria da tipicidade conglobante de Eugenio Zaffaroni, o juízo de insignificância deve levar em consideração um entendimento conglobado da norma, ou seja, Zaffaroni apreende que além da tipicidade legal, verificada quando ocorre à adequação fática da conduta à formulação prevista no tipo, necessita-se sopesar o alcance proibitivo da norma dentro do ordenamento jurídico (ZAFFARONI, 1981, p. 553). Deste modo, o juízo de insignificância, atuaria como um corretivo da tipicidade legal, excluindo da esfera punitiva as condutas que não representam uma lesão ao bem jurídico. O princípio da insignificância é, portanto, causa de atipicidade conglobante.

Não obstante, há outra posição que considera o princípio da insignificância como excludente de antijuridicidade (ilicitude).⁴ Em torno deste entendimento, afere-se que o cerne do bem jurídico se encontra na antijuridicidade material, espaço em que é realizado o juízo de reprovabilidade ou não da ofensa ao bem jurídico.⁵

Outra posição é a da insignificância como excludente de culpabilidade, porém considerar que a insignificância da lesão ao bem jurídico é causa excludente de culpabilidade, possibilitar-se-ia a análise das condições pessoais do autor da ação. Assim, a subordinação da aplicabilidade do princípio seria um contrassenso, pois ficaria à mercê da análise dos antecedentes do agente.

Com o viés de findar as controvérsias, cabe-se referir à conclusão de Ackel de que “A insignificância de que cuida o princípio pode ser classificada em própria ou imprópria. No primeiro caso, inexistente tipicidade, pela reprovabilidade do fato. No segundo, o fato é típico, mas há um esvaziamento do seu conteúdo antijurídico que pode permitir, em certos casos, a sua consideração pela norma penal” (ACKEL FILHO, 1988, p. 77).

Logo, exsurge que o princípio da insignificância no âmbito penal possui natureza jurídica penal ubíqua,⁶ já que pode afastar tanto a tipicidade como a antijuridicidade da conduta.

⁴ DALBORA, 1996, p. 69; CORNEJO, 1997, p.64 adotam tal entendimento. No âmbito nacional, Alberto Silva Franco, já adotou esse posicionamento, embora posteriormente tenha alterado sua posição.

⁵ Após o fato ser tipificado, ter-se-ia a verificação acerca da ilicitude do fato típico, ou seja, se a conduta praticada contrária a norma ou não. O fato insignificante seria, por fim, aquele que lesa intimamente o bem jurídico, carecendo de conteúdo de ilicitude material.

⁶ A natureza jurídica ubíqua é obtida a partir do procedimento de classificação da conduta insignificante, que será realizada, como já referido, com base na preponderância do desvalor da ação ou do desvalor do

Destaca-se que a divisão da insignificância como absoluta ou relativa não deve ser confundida com os conceitos de delito insignificante próprio e impróprio. Da mesma forma que o delito de bagatela⁷ não é um sinônimo do princípio da insignificância, visto que o princípio é o instituto capaz de afastar a incidência do direito penal nas ações formalmente típicas que causassem resultados ínfimos. A expressão “delito de bagatela” é uma denominação da própria conduta insignificante.

Uma classificação inicial dos delitos de bagatela em próprios (independentes) e impróprios (dependentes), foi realizada por Krümpelman. Ele considerou que os delitos bagatelares denominados como próprios são aqueles que têm todas as características do delito, porém produzem uma lesão social pequena e os denominados impróprios são aqueles que não possuem limites delituais bem definidos, ou seja, os primeiros são, em si, em toda sua essência e resultado, uma bagatela e, os segundos, por sua vez, tendo em vista o resultado, podem ser considerados de imperceptível importância (DEU, 1991, p. 23).

Palazzo expõe uma classificação análoga e classifica o delito de bagatela em próprio e impróprio, sendo o primeiro aquele já tipificado como delito leve, e que tiveram um resultado insignificante e o segundo aquele delito abstratamente grave (não tipificados expressamente), todavia no caso concreto tiveram resultados inexpressíveis (NAVARRO, 2008, p. 23). Adota idêntica opinião Helmuth Mayer, ao trazer que os delitos impróprios seriam aquelas microviolações que se adaptam a tipos que descrevem abstratamente delitos graves, enquanto os delitos bagatelares próprios seriam aqueles tipos que já abstratamente escrevem as microviolações (DALBORA, 1996, p. 78-79).

Portanto, embora possa haver alguma divergência, a doutrina é consensual de que o delito bagatelar seria próprio ou impróprio, variando de acordo com o próprio tipo penal, conforme as classificações de Krümpelman, Palazzo e Mayer.

O Supremo Tribunal Federal no acórdão do Habeas Corpus 84.412/SP,⁸ datado de 2004 e de relatoria do Ministro Celso de Mello, determinou quatro vetores indicativos para

resultado. Assim, quando o desvalor da ação for superior, teremos o afastamento da tipicidade, quando o desvalor do resultado for superior, teremos o afastamento da antijuridicidade.

⁷ Klaus Tiedemann foi quem nomeou pela primeira vez o delito de bagatela (Bagatelldelikte). (PRESTES, 2003, p. 36).

⁸ PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESEN-

a aplicação do princípio da insignificância. Tais vetores seriam: 1) a mínima ofensividade da conduta do agente; 2) a nenhuma periculosidade social da ação; 3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e 4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Vejamos a definição de cada um desses vetores⁹ indicados, pela decisão ministerial, como primordiais para que a conduta seja considerada insignificante.

Ao falar na “Mínima ofensividade da conduta do agente”, pode-se referir, primeiramente, que a finalidade do direito penal é garantir a existência pacífica, livre e segura a todos os cidadãos (ROXIN, p. 16), ou seja, os bens jurídicos tutelados pelo Estado de uma sociedade. Logo, tem-se que o direito penal está restrito a tipificar como crimes somente as condutas que apresentam ofensividade, lesão ou risco aos bens jurídicos.

ÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. – O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. – O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (STF, HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello).

⁹ Luciana Campos alude em seu artigo *Aplicação do “Princípio da Insignificância” nos crimes contra a fauna* que “Hoje, esses vetores orientam bem a incidência do princípio da insignificância, mas devem ser bem compreendidos, porque o referido princípio deve ser aplicado em três situações distintas: puro desvalor da ação ou puro desvalor do resultado ou ambos. São três situações que permitem aplicar a insignificância, para afastar a tipicidade material do fato.” (CAMPOS, 2014, p. 159).

Deste modo, verifica-se que o legislador irá tipificar as condutas que ofendam os bens jurídicos essenciais ao convívio humano. No entanto, a técnica legislativa é falha e não impede que as condutas tidas como insignificantes sejam consideradas formalmente típicas (SILVA, 2008, p. 5). Conforme abordaremos adiante, o bem jurídico é tipificado de maneira abstrata e ampla, visando atingir o maior número de condutas possíveis.

Objetivando a correção desta deformidade do sistema, não se pode considerar apenas o mero enquadramento da conduta na norma descritiva para que seja considerada típica, visto que se obteria somente a tipicidade formal desta conduta. Destarte, para que uma conduta seja considerada materialmente típica, deve-se ter uma lesão grave ao bem jurídico, ou seja, se mínima a ofensividade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado, este ato será considerado atípico, tendo em vista a falta da tipicidade material.

Em relação à expressão “Nenhuma periculosidade social da ação”, pode-se dizer que a atuação desta vetorial é capaz de excluir a aplicação do princípio da insignificância de condutas consideradas socialmente perigosas, como no caso do tráfico de entorpecentes, por exemplo. Assim, as condutas que geram risco a integridade da sociedade, ainda que insignificantes, continuariam a ser objeto de punição pelo direito penal, diante de sua periculosidade social.

Entretanto, salienta-se que este vetor só pode ser analisado nos casos de insignificância relativa,¹⁰ pois não atinge a tipicidade da conduta, visto que no caso de insignificância absoluta, a própria ameaça social é insignificante.

A despeito do vetor “Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”, constata-se que existe a apreciação da culpabilidade do agente. No entanto, é incoerente condicionar a tipicidade da conduta à existência da reprovabilidade (culpabilidade), visto que a culpabilidade leva em conta o desvalor da conduta em relação às condições pessoais do agente¹¹ e a necessidade de se impor uma pena em razão da conduta, conforme o grau de sua reprovabilidade (ACKEL FILHO, 1988, p. 76).

¹⁰ Na insignificância classificada como relativa, como explicado anteriormente, o desvalor do resultado é preponderante em relação ao desvalor da ação.

¹¹ Trata-se da análise dos elementos do artigo 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima).

Sendo assim, embora a decisão sustente que o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade, indica a análise da culpabilidade como um dos vetores de sua aplicação. Todavia, tal análise deveria ser realizada com base na tipicidade que leva em conta o desvalor da conduta em si própria e seu potencial ofensivo em relação ao bem jurídico tutelado. Além do mais, uma vez que fosse afastada a tipicidade da conduta, dispensável seria a análise da sua reprovabilidade, visto que a incidência do direito penal sobre esta conduta já teria sido excluída. Ressalta-se, porém, que a análise da reprovabilidade pode fazer-se necessária quando tratamos da insignificância relativa.

O último vetor “Inexpressividade da lesão jurídica provocada” versa sobre a lesividade da conduta,¹² levando-se em conta não o bem jurídico abstratamente considerado, e sim, o objeto individualmente que sofreu com a conduta ilícita praticada.

Ademais, não se confundem lesividade e ofensividade da conduta, devendo, da mesma forma, serem diferenciadas a “mínima ofensividade da conduta do agente” da “inexpressividade da lesão jurídica provocada”, pois compreende-se que a ofensividade da conduta refere-se ao potencial da conduta de causar lesões ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado, levando-se em consideração, portanto, o bem jurídico abstratamente considerado. Já ao se tratar da lesão jurídica provocada pela conduta leva-se em consideração o objeto jurídico efetivamente lesionado ou exposto a perigo de lesão pela conduta praticada.

Deste modo, é equivalente dizer que sendo “mínima a ofensividade da conduta do agente” (desvalor da ação), ela será considerada absolutamente insignificante, e caso a “lesão jurídica provocada” seja inexpressiva (desvalor do resultado) ela poderá ser considerada relativamente insignificante.

Apesar de os Tribunais Superiores terem estipulado os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, sua aplicação nem sempre é observada, resultando, muitas vezes, em decisões contraditórias, que ofendem a segurança jurídica. Logo, os critérios

¹² A decisão ora analisada se posicionou no sentido de que: “o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade”.

objetivos são observados de maneira subjetiva, perpetrando um juízo de culpabilidade, e não um juízo da tipicidade no caso concreto. Para a devida aplicação do princípio da insignificância, temos que ter em mente que o aludido princípio está diretamente relacionado ao fato cometido, mas não às características do indivíduo que o praticou, ou seja, o simples fato de a pessoa ser reincidente, por exemplo, não poderia afastar a aplicação do princípio da insignificância.

2. BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTAL E OS CRIMES DE PESCA (ARTS. 34 A 36 DA LEI 9.605/1998)

Para Roxin, os bens jurídicos dignos de tutela penal são definidos por uma ordem axiológica jurídico-constitucional de forma conjunta com o sistema jurídico-penal, ou seja, para que um bem jurídico possa ser tutelado de forma legítima, faz-se necessária a existência de uma relação compatível com a ordem constitucional, que valore o bem de tal maneira que seja possível legitimar a intervenção penal para a sua proteção (D'AVILA, 2009, p. 96). Deste modo, a limitação axiológica busca restringir o âmbito de atuação do legislador, garantindo que o legislador não crie normas penais fundadas unicamente em ideologias ou que se destinem a evitar condutas fundamentadas em meros tabus sociais (ROXIN, 2009, p. 20).

A Constituição Federal de 1988 de forma expressa, em seu art. 225, §3º, criminaliza as condutas capazes de lesar o bem jurídico-ambiental, elencando o meio ambiente como bem jurídico digno de proteção da esfera penal. Desta forma, a Constituição tratou o meio ambiente equilibrado e saudável como elemento primordial para o desenvolvimento da vida humana digna (BOTTINI, 2010, p. 182).

Ademais, a Carta Magna não só reflete a instituição de um Estado de Direito Ambiental (CAETANO, 2016, p. 118), como também é consequência de toda uma pressão internacional acerca da preservação ambiental. Nesse sentido, tem-se como exemplo a Declaração de Estocolmo que criou um dever internacional de proteção do meio ambiente para as gerações atuais e futuras, visto que “a proteção e a melhoria do meio ambiente humano constituem desejo premente dos povos do globo e dever de todos os Governos, por constituírem o aspecto mais relevante que afeta o bem-estar dos povos

e o desenvolvimento¹³". Do mesmo modo, pode-se mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos que refere, ainda que de forma indireta, o meio ambiente como direito fundamental (PRADO, 2005, p.63).

Na esfera das normas infraconstitucionais, tem-se que A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), em seu artigo 3.º, inciso I, define meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Contudo, tal definição é demasiadamente ampla e imprecisa, dificultando a limitação da esfera de atuação do bem jurídico, tendo em vista que é extremamente complicado delimitar quais são as condições tidas como essenciais para a vida terrestre (SOUZA, 2006, p. 246).

Acerca das visões de bem jurídico meio ambiente, ressalta-se que há uma visão global, que entende que tal bem jurídico é composto por elementos naturais, artificiais e até culturais, uma visão restritiva que identifica o bem jurídico meio ambiente somente com os elementos naturais (água, solo e ar) e, por fim, tem-se uma visão intermediária, que compreende que o bem jurídico meio ambiente engloba os elementos naturais água, ar, solo, flora e fauna (CARDOSO, 2013, p. 36).

José Afonso da Silva, filia-se a primeira visão (global), considerando o meio ambiente como "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas¹⁴" (SILVA, 1998, p. 2).

Já Luiz Régis Prado sob outra óptica, adotando a visão intermediária, compreende que a concepção extensiva de meio ambiente para aspectos culturais e urbanísticos alastraria demasiadamente a esfera de atuação do bem jurídico. Ademais, existe tratamento específico na Constituição Federal de 1988 para o meio ambiente urbano e cultural (PRADO, 2005, p.126).

José Danilo Tavares Lobato, ensina que o bem jurídico meio ambiente é o conjunto de fatores essenciais que estariam direcionados para a manutenção da vida

¹³ *Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano* (Declaração de Estocolmo). Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc.. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁴ De maneira similar compreende Antonio Jorge Soares. (SOARES, 2008, p. 29).

humana (LOBATO, 2011, p. 71). Com base nesse pensamento, pode-se citar a teoria antropocêntrica absoluta, que estabelece que o meio ambiente só será tutelado quando interesses humanos estiverem em cheque.¹⁵ Entretanto, este olhar peca por ser restrito e egocêntrico demais, pois o meio ambiente não pode ser definido somente em função dos interesses humanos.¹⁶

Com viés oposto, a teoria ecocêntrica absoluta predica que o meio ambiente é um objeto de tutela por si só, autonomamente de quaisquer interesses humanos (FREITAS, 2006, p. 38). Outrossim, considerando que o direito penal é a *ultima ratio* de intervenção, não se pode criminalizar condutas que não tenham nenhuma relação com a vida humana, pois poderia-se ter uma hipercriminalização da sociedade.

Com um olhar intermediário,¹⁷ alude-se a teoria antro-po-ecocêntrica que conceitua o meio ambiente como objeto de tutela penal autônoma, porém de passível proteção dos interesses individuais humanos. Esta compreensão ganhou força no direito penal em detrimento das compreensões antropocêntricas e apesar de alargar o âmbito de tutela criminal, não o faz de forma ampla e irrestrita como a teoria ecocêntrica absoluta (D'AVILA, 2010, p.16).

Neste sentido Paulo Vinicius Sporleder de Souza explica que “todos os bens jurídicos supra-individuais (institucionais, coletivos e difusos) são tutelados por si mesmos, mas, todavia, não deixam de ter em último caso uma relação constitutiva com o ser humano, tendo em vista a sua dignidade e o seu livre desenvolvimento enquanto ser social no seu amplo sentido (social, cultural, econômico, ecológico e comunitário), e não apenas enquanto ser individual, como ocorre nos bens jurídicos individuais” (SOUZA; D'AVILA, 2006, p. 268). Destarte, pode-se dizer que a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos deve se dar de forma complementar e não antagônica.

¹⁵ Assim entendem: TARRAGÁ; MAÍLLO; GONZÁLEZ, 2013, p.38; PRADO, 2005, p. 129, COSTA, 2010, p.26; TAVARES, 2003, p. 217; LOBATO, 2011, p. 72.

¹⁶ Essa interpretação extremista traz que o meio ambiente sequer pode ser considerado um bem jurídico-penal autônomo, visto que a sua proteção está condicionada a lesão de um bem jurídico individual. Tal pensamento não pode estar correto diante das novas necessidades decorrentes da sociedade de risco, que demandam do direito penal a proteção do meio ambiente não somente para servir à pessoa individualmente, mas sim tendo em vista a noção do homem como um ente social. (D'AVILA; SOUZA, 2006, p. 268).

¹⁷ PRADO utiliza o termo “tesis intermedia”.

Não obstante, independentemente da visão adotada de meio ambiente, seja ela mais ampla ou, até mesmo, restrita, é nula a obtenção de algo concreto, restando árdua e comprometida a caracterização do bem jurídico-penal. Desta maneira, necessita-se definir mais claramente o que deve ser compreendido como bem jurídico meio ambiente, devendo ser algo atemporal, capaz de servir como parâmetro de crítica à legislação, limitando eventuais excessos e também garantindo a proteção dos ecossistemas para as presentes e futuras gerações. Neste aspecto, tem-se que o conceito de biodiversidade é o que melhor se amolda aos requisitos necessários para traçar um conceito de bem jurídico-penal ambiental.

Assim, levando em consideração a biodiversidade,¹⁸ torna-se possível dar concretude à tutela penal ambiental, pois essa possuiu uma existência concreta, real e mensurável passa a ser objeto da proteção penal. Trata-se, portanto, de um conceito que não se atem apenas aos interesses humanos, aproximando-se mais de uma visão biocêntrica, ou seja, a vida do planeta como um todo deve ser o centro das atenções, inclusive para o direito penal. Tal pensamento, aproxima-nos da visão do jurista alemão Günter Stratenwerth, que entende ser “necessário, sobretudo, abandonar a cosmovisão antropocêntrica – comum desde a época da modernidade iluminista – que vê no homem o senhor da criação e reduz a racionalidade humana à mera dimensão instrumental” (GRECO, 2011, p. 10).

Neste sentido, Marcio Luiz Coelho de Freitas trata que “a adoção da biodiversidade como conteúdo específico do meio ambiente para fins penais atende a todos os requisitos necessários ao conceito crítico de bem jurídico-penal, pois além de ter um conteúdo certo e delimitado, possui também os atributos da não distributividade (não pode ser apropriado por ninguém), da não exclusividade do consumo e da não rivalidade do uso. Através do conceito de biodiversidade, é possível identificar-se com precisão o bem jurídico afetado, distinguindo-o do objeto da conduta delituosa (o elemento material do tipo penal específico, como o animal morto nos crimes contra a fauna ou o vegetal atingido nos crimes contra a flora)” (FREITAS, 2013, p. 135).

¹⁸ Biodiversidade é um termo pluridimensional, tendo em vista que possui três dimensões fundamentais: a diversidade genética dentro de uma mesma espécie, a diversidade de espécies e a diversidade de ecossistemas. (BENSUSAN, 2008. p. 18).

Logo, conceituando-se o bem jurídico-penal ambiental com base no detalhamento do que é a biodiversidade, verifica-se um modo menos abstrato e mais assertivo do entendimento.

Por fim, faz-se a consideração acerca do caráter coletivo do bem jurídico meio ambiente. A característica mais marcante é o fato de que os indivíduos não podem ser excluídos do uso do bem comum, ou seja, os indivíduos não possuem disposição sobre tais bens (CAETANO, 2016, p. 187-188).

Assim sendo, o meio ambiente, é um interesse tutelado pela constituição, pertencente ao direito penal secundário, que visa proteger o ser humano como sendo “membro da comunidade” (DIAS, 2004, p. 115). Outra característica esta na titularidade difusa, que vai para além do indivíduo, não podendo o homem ser excluído da utilização dos recursos naturais, como ao mesmo tempo, o ser humano não possui disposição sobre eles (PRADO, 2013, p. 320).

Diante dos pontos abordados, podemos traçar um conceito de meio ambiente como bem jurídico-penal ambiental como sendo: um bem jurídico autônomo, digno de tutela penal, que tem caráter coletivo e titularidade difusa, que comporta relação axiológica e direta com a Constituição de 1988, especialmente em relação ao seu art. 225, §3º.

Os produtos provenientes da pesca são, historicamente, de suma importância para a sobrevivência humana, cabendo expor, portanto, que os animais aquáticos são destacáveis fontes de alimento para existência dos seres vivos no planeta Terra. Contudo, conforme exposições trazidas por Júnior A. Taglialenha, temos que, com o passar dos anos, os recursos *ictios* foram sendo altamente depredados pela ação humana (TAGLIALENHA JÚNIOR, 2005, p. 74). Podemos salientar, nesse sentido, algumas das práticas predatórias, como: a pesca, as construções de hidrelétricas, a poluição das águas e o desmatamento das matas ciliares dos cursos de água. Fatores esses que resultaram, tardiamente, na edição da Lei 9.605/98.

Cabe destacar, que, anteriormente a essa edição legal, pouco existia sobre o assunto em matéria penal. A primeira alusão destacável foi a criação da Lei 7.643/87, que rechaçava a pesca de cetáceos; após, a Lei 7.653/88 passou a coibir agentes de matar a fauna ictiológica com o emprego de agrotóxicos direta ou indiretamente e, por fim, a

Lei 7.679/98, que punia o emprego de explosivos e substâncias proibidas para a prática pesqueira. Logo, as primeiras limitações foram realizadas com o intuito de punir lesões brutais e irracionais, por meio do uso de explosivos e de substâncias demasiadamente tóxicas que prejudicassem toda a biodiversidade de um ecossistema.

A Lei 9.605/98, pioneiramente, passou a normatizar outras condutas danosas, como: a emissão de substâncias em efluentes e carregamentos materiais que pudessem acarretar no perecimento de espécies da fauna aquática (artigo 33), a danificação das áreas de preservação permanente (artigo 38) e de mata ciliar dos cursos de água (artigos 39). Acontece que a legislação foi demasiadamente ampla na proteção penal, omitindo-se frente a determinadas situações em que o agente, apesar de praticar o ato descrito no tipo penal, o realizou de forma ínfima, ou seja, o legislador não levou em conta critérios jurídicos básicos (taxatividade, lesividade e certeza).

A partir do que já foi mencionado no presente trabalho e longe de abordar completamente a legislação que regula os danos causados a fauna aquática (peixes, crustáceos e moluscos), tentar-se-á fazer breves considerações das condutas tipificadas pelos artigos 34, 35 e 36 da Lei 9.605/98.

No que compete a análise do bem jurídico tutelado pelos tipos dos artigos 34, 35 e 36, da Lei 9.605/98, vê-se que estamos diante de uma conduta tipificada que visa mais do que simplesmente resguardar o período de desova dos peixes, ou as localidades em que a pesca é proibida, ou uma determinadas espécies ameaçadas de extinção, mas sim o intuito de proteger interesses muito maiores, pois se trata de proteção a toda fauna aquática, que atinge aspectos econômicos e ambientais. Já o bem jurídico específico a ser protegido pelo artigo 34 da Lei 9.605/98 é composto pela ictiofauna, carcinofauna e malacofauna.¹⁹ Tal bem jurídico visa a proteção dos seguintes comportamentos: as espécies que devam ser preservadas (art. 34, parágrafo único, I), as espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos (art. 34, parágrafo único, II), as espécimes pescadas em quantidade superior

¹⁹ Com base nestes fatores, conclui-se que o bem jurídico categorial protegido nos crimes de pesca é o ambiente, já o bem jurídico específico dos tipos previstos pelo artigo 34 da Lei 9.605/98 é composto pela ictiofauna, malacofauna e carcinofauna (peixes, crustáceos e moluscos), por fim, que os espécimes capturados constituem o objeto da ação.

à permitida (art. 34, parágrafo único, II) e as espécimes provenientes da coleta, apanho e pesca proibidas (art. 34, parágrafo único, III).

Ademais, há desdobramentos acerca de estarmos diante de crimes formais ou materiais, visto que os crimes formais são aqueles que dispensam a necessidade de dano concreto, significa dizer que não se precisa concretizar o ato de pesca para que haja a tipificação da conduta. Apesar da maioria dos tribunais tratarem tais crimes como formais, há posicionamentos contrários que aduzem se tratar de crime material, afirmando que o ato pescar “para efeito de imputação penal, pressupõe a captura de alguma espécime protegido pelo tipo, e não apenas a prática de atos tendentes à captura”. Este entendimento é corroborado pelo art. 36 da Lei 9.605/98 que aduz que “considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios”, ou seja, seguindo essa linha de pensamento, não há necessidade de demonstração de efetiva captura, coleta ou apreensão das espécies para haver a configuração de um ilícito penal.

Atenta-se, ainda, para o fato de que geralmente os tipos penais dos delitos de pesca predatória utilizam-se da técnica das normas penais em branco, ou seja, que necessitam de complementação posterior via atos normativo-administrativos de caráter geral ou por leis extrapenais, havendo uma ampla gama de normas vigentes reguladoras, restritivas dessa atividade (GOMES, 2008, cit. p. 223).

Tendo em vista a característica ampla e extensiva da norma, bem como o fato de constituir norma penal em branco, Júnior A. Taglialha se posiciona no sentido de que há “muitas situações em que a conduta do pescador se adequará ao tipo penal, sem que tenha ocorrido uma ofensa relevante ao bem penal tutelado, máxime se levarmos em conta que o art. 34, da Lei 9.605/98 constitui norma penal em branco, cuja regulamentação é um grande cipoal, confusa, muitas vezes editadas sem qualquer critério jurídico, em frontal desacordo com os princípios da taxatividade, lesividade e certeza” (TAGLIALENHA JÚNIOR, 2005, p. 75).

Dessa forma, compreende-se que, para haver a aplicação de uma pena justa, necessitamos levar em consideração a proporcionalidade entre a conduta praticada e o

dano causado pelo agente, além de sua condição social. O princípio da insignificância surge justamente para retificar tais equívocos.²⁰

Além disso, compreende-se que apesar de as penas previstas na Lei 9.605/98 serem penas baixas, que admitem os benefícios contidos na Lei 9.099/95, isso não pode ser motivo para rechaçar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, ou seja, não pode ser a quantidade de pena motivo suficiente para justificar a intervenção penal, pois há que se atentar para uma clara inversão metodológica: antes de analisar a adequação da aplicação ou não de uma pena, é necessário verificar a possibilidade de existência do crime, a partir de um juízo de ofensividade (D'AVILA, 2009, p. 32).

Outra elucidação importante vai no sentido de que a estrutura típica dos injustos penais do art. 34, *caput*, “pescar em período no qual a pesca seja proibida” e “pescar em lugares interditados por órgão competente”, são de delitos de perigo abstrato, ou seja, crimes em que a danosidade é presumida, independentemente de haver produção de lesão ou de perigo real ao bem jurídico tutelado. Destarte, verifica-se que o perigo não figura como elementar do tipo. Nas palavras de Prado: “o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura típica delitiva. O perigo não aparece aqui como elemento do tipo objetivo e o delito se consuma mesmo que no caso concreto não se tenha verificado qualquer perigo para o bem jurídico tutelado, sendo suficiente a simples comprovação de uma atividade finalista. Não se exige, portanto, que o perigo – inerente à ação – seja comprovado” (PRADO. 2000, p. 451).

Precisa-se fazer ressalvas no que tange à problemática da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais de pesca predatória. A primeira se refere aos crimes de perigo abstrato e a segunda aos delitos de acumulação. Tais ressalvas se justificam pela dificuldade na delimitação dos efeitos causados ao bem jurídico-penal.

²⁰ Ao retomar a linha de raciocínio e os apontamentos vislumbrados no primeiro capítulo deste trabalho, lembra-se que a aplicação do princípio da insignificância ocorrerá diante da verificação do desvalor do resultado da conduta ilícita, o que gerará ausência de afetação na esfera de existência do bem jurídico-penal tutelado pela norma. Assim, nota-se que o princípio da insignificância só poderá ser aplicado aos ilícitos ambientais, quando verificar-se prejuízos ínfimos. Para a realização desse juízo de afetação é fundamental que haja uma correta delimitação do alcance do bem jurídico-penal ambiental, caso contrário, não há como analisar se houve ou não afetação do bem jurídico tutelado.

Nos crimes de perigo, consubstancia-se a expectativa de ocorrência de um dano ao bem jurídico (SIRVINSKAS, 1998). Para diferenciar, tem-se que os delitos de perigo concreto são aqueles que requerem, para sua verificação, a produção de um resultado, individualmente verificável no caso concreto, de real perigo de dano ao objeto protegido pela norma (ROXIN, 1997, p. 336). Já os delitos de perigo abstrato são aqueles em que o dano é presumido, não havendo necessidade da lesão. Observa-se, assim, a necessidade de haver um juízo *ex ante* (perigo abstrato) e *ex post* (perigo concreto) da probabilidade de dano ao bem tutelado (D'AVILA, 2009, p. 109 – 110).²¹

Apesar de os crimes de perigo abstrato não considerarem o juízo *ex post*, verifica-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos delitos de perigo abstrato, tendo em vista que mesmo nestes crimes não dispensa-se o juízo da ofensividade daquela conduta, ou seja, digamos que com base no art. 34 da Lei 9.605/98, que criminaliza a pesca em local proibido (crime de perigo abstrato), tenhamos um pescador que utilizou um petrecho pequeno (uma rede de pesca artesanal com espaçamentos menores do que o permitido), incapaz de capturar imensuráveis quantias de peixes, não causando alterações consideráveis na ictiofauna daquele ecossistema, deve o princípio da insignificância ser aplicado baseando-se na ausência de ofensividade (TAGLIALENHA, 2005, p. 75).

Por sua vez, os delitos de acumulação dizem respeito a soma de ações que, individualmente, não seriam lesivas ao meio ambiente, todavia, quando cumuladas, se tornam potencialmente perigosas (CAETANO, 2016, p. 216-217). Para exemplificar, refere-se à poluição de um curso hídrico que ao longo dos anos sofreu com o despejo de poluentes de diversas pessoas, gradativamente, se tornando mais poluído. Sendo assim, ainda que, isoladamente, cada conduta não detenha potencial lesivo significativo, cumulativamente pode-se observar tal potencial (apesar da dificuldade na delimitação do agente e no quinhão real de sua participação). Destarte, para analisar a insignificância da conduta, faz-se necessário aferir o contexto concreto: quanto maior a poluição do curso hídrico, maior o dano causado.

Por fim, conclui-se que mesmo diante das complexidades dos tipos de perigo abstrato e dos delitos de acumulação, o princípio da insignificância deve ser aplicado aos

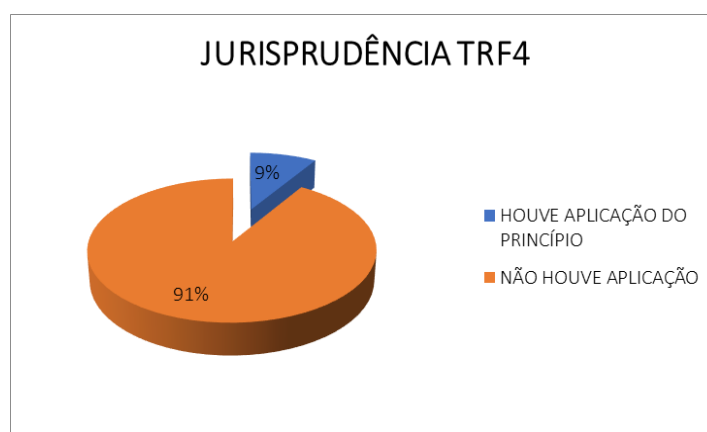
²¹ Ainda, no mesmo sentido ROXIN, 1997, p. 404.

ilícitos-típicos de pesca predatória, de maneira a afastar a própria existência do tipo de ilícito quando: a) não houver qualquer dano ao bem jurídico; b) quando o bem jurídico não for colocado em situação concreta de perigo; c) quando não houver qualquer possibilidade de interferência na esfera de manifestação do bem jurídico; ou d) quando não houver qualquer possibilidade de dano, diante de um contexto real, mesmo diante da possibilidade futura de acumulação.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DA REGIÃO SUL DO BRASIL

No TRF4 se verificou 34 acórdãos julgados²² nos anos de 2017 e 2018 que enfrentaram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória. Confira-se, ilustrativamente, os julgados envolvendo o princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória analisados pelo TRF4:

Gráfico 1 – Porcentagem obtida a partir dos julgados que consideraram ou não a aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos-típicos de pesca predatória no período de 01/01/2017 a 01/10/2018



²² A pesquisa foi realizada no site do TRF4, disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=>, utilizando os termos “princípio”, “insignificância”, “pesca” e “não descaminho”. Ainda, houve limitação temporal de 01/01/2017 a 01/10/2018. Foram alcançados 65 resultados, dos quais apenas 34 julgados interessam ao trabalho, tendo em vista o seu conteúdo. Ressalta-se, por fim, que foram coletadas decisões de recursos de apelação e recursos em sentido estrito, não sendo abarcado na pesquisa Habeas Corpus.

Predomina-se neste Tribunal, em ambas as turmas (7ª Turma e 8ª Turma), o entendimento de que o bem jurídico tutelado meio ambiente ostenta titularidade difusa e que o dano a ele causado não é passível de mensuração. Alegou-se, ainda, na maioria das decisões, tratar-se de crime formal, no qual o risco de lesão ao equilíbrio do meio ambiente é presumido pela conduta descrita no tipo penal, sendo assim, inviável a aplicação do princípio aos crimes ambientais. Neste sentido, coleta-se parte do voto do Desembargador Victor Luiz dos Santos Laus: [...] “Nesse passo, esta Corte tem decidido que, em princípio, as infrações penais ambientais não admitem a aplicação de tal teoria destipificante, pois o bem jurídico agredido é o ecossistema, constitucionalmente tutelado pelo artigo 225 da CF/88, cuja relevância não pode ser mensurada. Assim, são muitas as razões apontadas pelos especialistas e pela doutrina a não permitirem a aplicação da bagatela jurídica, seja porque o meio ambiente é bem jurídico de titularidade difusa, seja porque as condutas que revelam referidos crimes assumem uma potencialidade lesiva que se protraí no tempo e pode afetar as gerações futuras. Não se olvide também que as violações ao meio ambiente, por menores que sejam, revelam-se demais preocupantes, à medida que o aumento da destruição é proporcionalmente maior de acordo com o crescimento da população, tornando-se cada vez mais difícil de controlar, motivo pelo qual não se pode mais admitir transigência e deve-se cobrar de todos a máxima preservação²³ [...]”.

Ademais, apenas em casos excepcionalíssimos se justificaria a tese despenalizante, nos quais o tribunal considera que a conduta do agente deve-se mostrar despida de interesse econômico, além de a potencialidade lesiva ser extremamente ínfima. Em tais casos, o ônus da prova é exclusivo da defesa que deve ter um robusto conjunto probatório, uma vez que a análise será realizada a partir de circunstâncias objetivas. Contudo, nota-se que as provas são árduas e quase impossíveis de serem realizadas pelos pescadores, pois os agentes policiais que realizaram o flagrante, na maioria dos casos, são os únicos que presenciaram o fato.

²³ TRF4, *Recurso em sentido estrito n. 5004403-76.2018.4.04.7200/SC*, rel. Victor Luiz dos Santos Laus. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9452835&termosPesquisados=IHByaW5jaXBpbyBpbmNpZ25pZmljYW5jaWEgcGVzY2EgZGVzY2FtaW5obyA=. Acesso em: 15 out. 2018.

O TRF4, também, posiciona-se majoritariamente no sentido de que não há necessidade de haver a captura dos pescados para o ilícito materializar-se. Destarte, defendem os desembargadores que: [...] “trata-se de delito formal, de perigo abstrato, no qual a mera realização das condutas vedadas em lei já acarreta, de forma presumida, o dano ambiental. Nesse contexto, sendo o meio ambiente o bem jurídico protegido pelo tipo penal e tendo sido a pesca realizada em local proibido, não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, porquanto a quantidade de pescado apreendido (seis quilogramas) não é capaz de, por si só, desnaturar o delito em tela, devendo ser analisadas as demais circunstâncias fáticas, as quais poderão ser apuradas no decorrer da instrução criminal²⁴” [...].

Conclui-se, portanto, que o TRF4 admite a aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais de pesca somente em casos esparsos de forma muito ponderada.

No TJRS foram contabilizados 8 acórdãos julgados²⁵ que enfrentaram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória. Demonstra-se, os julgados envolvendo o princípio da insignificância nos crimes de pesca analisados pelo TJRS:

²⁴ TRF4, *Recurso em sentido estrito n. 5009401-87.2018.4.04.7200/SC*, rel. Nivaldo Brunoni. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9459137&termosPesquisados=IHByaW5jaXBpbyBpbnNpZ25pZmljYW5jaWEgcGVzY2EgZGVzY2FtaW5obyA=. Acesso em: 15 out. 2018. Da mesma forma, entende PAULSEN: “A atividade pesqueira com petrechos proibidos e, além disso, no período da piracema – quando os peixes estão em estágio de reprodução – *apresenta potencial lesivo ao meio ambiente, independentemente da quantidade de espécimes capturados, sendo inaplicável o princípio da insignificância*”. (TRF4, *Apelação criminal n. 5011485-50.2016.4.04.7000/PR*, rel. Leandro Paulsen. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9410497&termosPesquisados=IHByaW5jaXBpbyBpbnNpZ25pZmljYW5jaWEgcGVzY2EgZGVzY2FtaW5obyA=. Acesso em: 15 out. 2018).

²⁵ A pesquisa foi realizada no site do TJRS, disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario.#main_res_juris), utilizando os termos “princípio”, “insignificância” e “pesca”. Ademais, houve limitação temporal dos períodos de 01/01/2017 a 01/10/2018. Foram alcançados 8 resultados, dos quais apenas 5 julgados interessam ao trabalho, tendo em vista o seu conteúdo. Ressalta-se que não foram computadas as decisões relativas à submissão de admissibilidade de recursos respectivos dos Tribunais Superiores.

No mesmo sentido, colaciona-se trecho do voto do Desembargador: [...] “Lembre-se que o réu estava pescando no período de defeso, peixe cuja pesca é proibida em qualquer época do ano e utilizando equipamento proibido, como bem destacou a sentenciante. A conduta seria naturalmente reprovável. Todavia, de acordo com a prova colhida, o réu havia pescado os dois peixes, deixando-os ainda na água, vivos, mesmo que amarrados. Os policiais os encontraram nessa condição e, segundo aponta o agente ouvido na fl. 94, os animais foram prontamente devolvidos ao seu habitat natural. [...] Evidente, portanto, a incidência da aplicação do princípio da insignificância, corolário do princípio da fragmentariedade. Resta clara a inexpressividade da lesão jurídica provocada em concreto, pois o resultado da conduta foi ínfimo²⁷”. [...].

Portanto, nota-se que o TJRS tem uma visão mais ampla acerca da aplicação do princípio da insignificância, permitindo a aplicação do princípio mesmo se tratando de

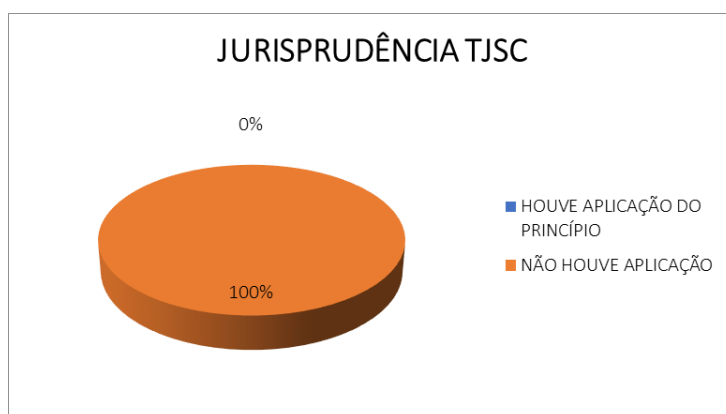
26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075424416%26num_processo%3D70075424416%26codEmenta%-3D7848892+pesca+e+princ%C3%ADpio+e+insignific%C3%A2ncia+++inmeta:dj:date-range:2017-01-01..2018-10-01+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075424416&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Borja&dtJulg=26/07/2018&relator=Sandro%20Luz%20Portal&aba=juris. Acesso em: 17 out. 2018. A Quarta Câmara Criminal, também, já admitiu a aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a fauna: *APELAÇÃO-CRIME. CRIME AMBIENTAL. CAÇA DE ANIMAL SILVESTRE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. Admitida aplicação do princípio da insignificância, no caso concreto, quando demonstrada a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Impositiva absolvição.* APELAÇÃO-CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. O porte ilegal de arma de fogo é considerado delito de perigo abstrato, não sendo necessária a ocorrência de resultado naturalístico para sua consumação. Basta à mera conduta de portar arma de fogo em desacordo com determinação legal para violar o bem jurídico tutelado. Condenação mantida. Pena de multa reduzida. Prestação pecuniária alterada. Apelos parcialmente providos. Unânime. (Apelação Crime N. 70076175348, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 08/03/2018).

²⁷ TJRS, *Apelação Criminal n. 70075475681*. Quarta Câmara Criminal, rel. Julio Cesar Finger. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%-26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075475681%26num_processo%3D70075475681%26codEmenta%-3D7709965+pesca+e+princ%C3%ADpio+e+insignific%C3%A2ncia+++inmeta:dj:date-range:2017-01-01..2018-10-01+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075475681&comarca=Comarca%20de%20Tramanda%C3%AD&dtJulg=12/04/2018&relator=Julio%20Cesar%20Finger&aba=juris. Acesso em: 17 out. 2018.

pesca no período de piracema ou em local de preservação ambiental. Já o TRF4 possui uma visão mais restritiva.

Coletaram-se 3 acórdãos julgados²⁸ que enfrentaram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória no TJSC. Demonstra-se, outrossim, graficamente os julgados envolvendo o princípio da insignificância nos crimes de pesca analisados pelo TJSC:

Gráfico 3 – Porcentagem obtida a partir dos julgados que consideraram ou não a aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos-típicos de pesca predatória no período de 01/01/2017 a 01/10/2018



No TJSC, o tratamento verificado nos acórdãos analisados foi pela não aplicação do princípio da insignificância nos crimes de pesca. O tribunal compreende que a conduta só poderá ser materialmente típica quando houver uma proporção entre a gravidade da ação realizada e a necessidade da intervenção estatal por meio do Direito Penal. Contudo, no que tange o meio ambiente, entende ser um direito fundamental difuso e de indiscutível valor social. Deste modo, o entendimento do TJSC é similar com o adotado pelo TRF4, no sentido de que não cabe aplicação do princípio da insignificância quando tratar-se

²⁸ A pesquisa foi realizada no site do TJSC, disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca-Form.do#resultado_ancora, utilizando os termos “princípio”, “insignificância” e “pesca”. Ademais, houve limitação temporal dos períodos de 01/01/2017 a 01/10/2018. Obteve-se 3 resultados e todos foram analisados no presente trabalho.

de captura de animais no período de piracema, bem como quando houver utilização de petrechos com tamanhos distintos dos permitidos pelo IBAMA.

Para elucidar, extrai-se trecho do voto do Desembargador Volnei Celso Tomazini: [...] Embora o dano ambiental não seja considerável e as espécies descritas acima não figurem na lista de peixes em extinção, necessário esclarecer que a infração penal foi cometida mediante a utilização de equipamentos proibidos, quando a pesca amadora só permite “linha de mão, caniço simples, anzóis simples ou múltiplos, vara com carretilha ou molinete, isca natural ou artificial e puçá para auxiliar na retirada do peixe da água”.²⁹ [...].

Ainda, no mesmo julgamento, o desembargador se posiciona pela não aplicação do referido princípio, pois alega que o acusado possuía, no caso concreto, antecedentes criminais que foram considerados como critério de computo de pena-base. Refere o julgador: [...] “Demais disso, o acusado possui antecedentes criminais, os quais foram considerados para elevar a pena-base, fato que também impede o reconhecimento do benefício (Ação Penal n. 0000792-79.2005.8.24.0051; sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, transitada em julgado em 17/4/2008 – fls. 68 e 91v)”.³⁰ [...].

Menciona-se, ainda, em raciocínio oposto ao julgador, que o exame dos antecedentes criminais do agente é descabido, pois caso haja a aplicação do princípio haverá o afastamento da tipicidade da conduta, dispensando a análise da sua reprovabilidade, ou seja, a incidência do direito penal sobre a conduta será excluída.

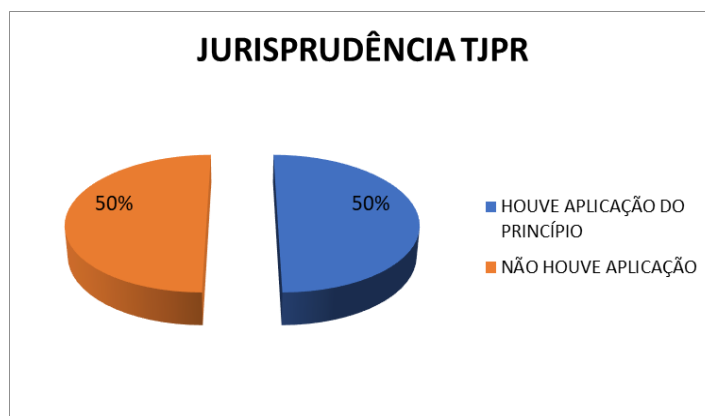
No TJPR se verificou 16 acórdãos julgados³¹ que enfrentaram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória. Confira-se os julgados envolvendo o princípio da insignificância nos crimes de pesca predatória:

²⁹ TJSC, *Apelação Criminal n. 0001631-60.2012.8.24.0051*. Segunda Câmara Criminal, rel. Volnei Celso Tomazini. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=pesca%20e%20princ%E-Dpio%20e%20insignific%E2ncia&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAALdoZAAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁰ TJSC, *Apelação Criminal n. 0001631-60.2012.8.24.0051*. Segunda Câmara Criminal, rel. Volnei Celso Tomazini. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=pesca%20e%20princ%E-Dpio%20e%20insignific%E2ncia&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAALdoZAAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 20 out. 2018.

³¹ A pesquisa foi realizada no site do TJPR, disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>, utilizando os termos “princípio”, “insignificância”, “pesca”. Ainda, houve limitação temporal de 01/01/2017

Gráfico 4 – Porcentagem obtida a partir dos julgados que consideraram ou não a aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos-típicos de pesca predatória no período de 01/01/2017 a 01/10/2018



Ao visualizar o gráfico, resta nítido que a jurisprudência do TJPR se posiciona pela aplicação e pela não aplicação do princípio da insignificância de forma igualitária. Desta maneira, analisar-se-á ambos entendimentos que foram obtidos a partir da coleta dos julgados, apesar de contraditórios.

Pode-se referir que o TJPR levou em consideração a quantidade de espécies capturadas, do mesmo modo que o TJRS, em alguns julgados, compreendendo ser possível a aplicação da benéfica mesmo nos casos de pesca realizada em reserva ambiental e no período de piracema. Neste sentido expõe o Desembargador Marcel Guimarães Rotoli de Macedo ao proferir seu voto: [...] “Observando os autos, os acusados foram denunciados pela prática do delito previsto nos artigos 34, caput, cumulado com artigo 36, ambos da Lei 9605/98, pois procederam à pesca em área de barragem, utilizando-se de uma vara de pescar e molinete, capturando 0,5kg (meio quilograma) de peixe da espécie lambari (*Astyanax*), quantidade de 28 (vinte e oito) peixes. Entretanto, diante da peculiaridade do caso, a decisão que rejeitou a denúncia está correta e devidamente fundamentada, sendo evidente caso para aplicação do princípio da insignificância³²”. [...].

a 01/10/2018. Foram alcançados 9 resultados, dos quais apenas 8 julgados interessam ao trabalho, tendo em vista o seu conteúdo.

³² TJPR, *Recurso em sentido estrito n. 1.743.767-9*. Segunda Câmara Criminal, rel. Marcel Guimarães Rotoli de Macedo. Disponível em: file:///C:/Users/Tauana/Downloads/acordao-1743767900.pdf. Acesso em: 22 out. 2018.

Ademais, o relator atenta que, apesar de o meio ambiente ser um bem jurídico resguardado pela Constituição Federal, é cabível se aplicar o princípio da insignificância em alguns casos, visto que os tipos penais da Lei 9.605/98 são, muitas vezes, ilícitos de menor potencial ofensivo que permitem, inclusive, a aplicação da suspensão condicional do processo e a transação penal (previstos pela Lei 9.099/95).³³

Entretanto, o TJPR, na mesma Câmara criminal, decidiu diferentemente em outros julgados de similar contexto fático, passando a proferir que: [...] “o propósito da reprimenda penal não é a proteção de uma espécie de peixe, ou de certa espécie de animal terrestre, mas, sim, de todo o equilíbrio do ecossistema. No caso dos autos, a conduta delituosa se enquadra no descrito no art. 34 da Lei n. 9.605/98, já que o réu foi flagrado com 8,5 kg de peixe, da espécie samburá, durante a piracema, ou seja, a retirada do peixe do rio, naquele momento, pode ter colocado em risco o equilíbrio ecológico do local. Assim, a conduta não pode ser considerada insignificante, pois afeta o direito difuso de toda uma coletividade. Ademais, os danos ocasionados ao meio ambiente não são suscetíveis de aferição isoladamente, pois são cumulativos e perceptíveis após um longo prazo. Inaplicável, portanto, o princípio da insignificância, pois a agressão ambiental atinge toda a coletividade e não se limita apenas aos resultados imediatos da conduta, mas, também, àqueles que possam, futuramente, vir a ocasionar influências ao ecossistema local³⁴”. [...].

Alude-se trecho de outro julgamento analisado também pela Segunda Câmara Criminal do TJPR que apreendeu que o crime de pesca se configura pela mera conduta, não importando a quantia de animais pescados: [...] “Não obstante o art. 34, § único, incisos I e II, da Lei n. 9.605/98 constitua norma penal em branco, existem regulamentos que a complementam, sendo eles a Portaria do IAP n. 220, de 2010 e a Portaria do IAP n. 82, de 2005. No mais, oportuno mencionar que o delito de pesca ilegal é crime de mera

³³ Vladimir Passos de Freitas aduz nesse sentido que: [...] o reconhecimento do princípio da insignificância deverá ser reservado para hipóteses excepcionais, principalmente pelo fato de que as penas previstas na Lei 9.605/98 são, na sua maioria, leves e admitem transação ou suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, arts. 76 e 89). (FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006).

³⁴ TJPR, *Apelação Criminal n. 1.588.338-6*. Segunda Câmara Criminal, rel. José Maurício Pinto de Almeida. Disponível em: file:///C:/Users/Tauana/Downloads/acordao-1588338600.pdf. Acesso em: 25 out. 2018.

conduta, não exigindo um resultado naturalístico para sua configuração. Basta a vontade de pescar em desacordo com as determinações legais³⁵. [...].

Logo, percebe-se que o TJPR em uma mesma Câmara Criminal possui julgados e, conseqüentemente, entendimentos completamente antagônicos. Destarte, são em situações como estas que se visualiza a insegurança jurídica enfrentada pelos Tribunais do nosso país.

CONCLUSÃO

O trabalho foi realizado para analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam o meio ambiente e os recursos ictios.

Com base no estágio de desenvolvimento atual do direito penal ambiental, adotou-se a posição intermediária antropeo-ecocêntrica, que considera o meio ambiente como bem jurídico autônomo, contudo, relaciona-o com as necessidades para a manutenção da vida do ser humano, buscando afastar posicionamentos extremos que ampliam demasiadamente a tutela penal, tentando abarcar qualquer conduta que possa interferir no meio ambiente e condicionando a tutela penal exclusivamente a lesão de bem jurídicos individuais. Por fim, traçou-se um conceito de meio ambiente como bem jurídico-penal ambiental como sendo: um bem jurídico autônomo, digno de tutela penal, que possui caráter coletivo e titularidade difusa, que comporta relação axiológica e direta com a Constituição de 1988, especialmente em relação ao seu art. 225, §3º.

Pela característica da não distributividade, entendeu-se que o bem jurídico pode ser utilizado, ainda que potencialmente, por qualquer indivíduo, não sendo possível atribuí-lo inteira ou parcialmente a um indivíduo ou a uma coletividade. Já pela característica de não ser o bem jurídico difuso consumível, compreendeu-se que a sua utilização não leva à redução do bem.

Ainda, cabe salientar que a insignificância deve ser dividida em insignificância absoluta, hipótese em que a conduta sequer afeta o bem jurídico abstratamente considerado,

³⁵ TJPR, *Apelação Criminal n. 1.650.382-5*. Segunda Câmara Criminal, rel. José Carlos Dalacqua. Disponível em: <file:///C:/Users/Tauana/Downloads/acordao-1650382500.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

apresentando uma ofensividade reduzidíssima e carecendo de tipicidade material, e insignificância relativa, hipótese em que se exclui a culpabilidade do agente no caso de ser diminuta a lesão ao bem jurídico individualizado e reduzidíssima a reprovabilidade do agente, devendo o fato ser considerado axiologicamente irrelevante, não havendo necessidade de sanção penal.

Ademais, o princípio da insignificância não está expressamente positivado em nosso ordenamento, sendo decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade, sendo que a pesquisa possibilitou o entendimento de que o princípio da insignificância encontra fundamento direto na ofensividade, considerando a ofensa tanto em seu aspecto de dano-violação quanto de perigo-violação.

Concluiu-se que é viável a aplicação do princípio da insignificância para afastar os ilícitos-típicos ambientais de pesca quando, no caso concreto, verifica-se a ausência de perigo de grave alteração do equilíbrio ecológico, onde não se puder verificar resultado que tenha magnitude suficiente para alterar o equilíbrio dos fatores essenciais à vida (biodiversidade).

No tocante a pesquisa jurisprudencial, observou-se que apesar de as cortes inferiores realizam interpretações orientadas pelos vetores definidos pelo Supremo Tribunal Federal (julgamento do HC 84.412/SP) para orientar a aplicação ou não do princípio, a aplicação dos vetores nem sempre é observada de forma correta, resultando em decisões contraditórias. Logo, os critérios objetivos estavam sendo utilizados de maneira subjetiva pela maioria dos Tribunais analisados.

Ademais, verificou-se que o TJRS tem uma visão mais ampliativa acerca da aplicação do princípio da insignificância, permitindo a aplicação do princípio mesmo se tratando de pesca no período de piracema ou em local de preservação ambiental. Já o TRF4, o TJSC e parte da jurisprudência do TJPR possuem uma visão mais restritiva, não admitindo a aplicação do princípio da insignificância nem mesmo nos casos que não houve apreensão dos animais aquáticos.

Diante da análise de jurisprudência oriunda dos tribunais do sul do Brasil, concluiu-se que se faz necessária uma reavaliação por parte dos tribunais e seus posicionamentos,

pois há julgados contraditórios que dificultam a aplicação e o próprio entendimento do que é o princípio da insignificância.

Os tribunais precisam deixar de aplicar critérios que não dizem respeito à análise do desvalor do resultado. Sendo que o exame de antecedentes criminais, por exemplo, é dispensado, visto que caso ocorra a aplicação do princípio haverá o afastamento da tipicidade da conduta antes mesmo da análise da sua culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo*. São Paulo: TJSP, v. 94, abr./jun./1988.

BENSUSAN, Nurit. Introdução. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza In: BENSUSAN, Nurit. *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade: como, para que e por que. 2. ed. (revisada e ampliada), Brasília; Editora Unb, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 7.643, de 18 de dezembro de 1987*. Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7643.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 7.653, de 12 de fevereiro de 1988*. Altera a redação dos arts. 18, 27, 33 e 34 da Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a proteção à fauna, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7653.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 7.679, de 23 de novembro de 1988*. Dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7679.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 84.412-SP*, rel. Min. Celso de Mello. 19 de outubro de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/>

portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84412%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84412%2E

ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ae955f. Acesso em: 15 out. 2019.

CAETANO, Mateus de Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal*. São Paulo: Editora Pílares, 2016.

CAMPOS, Luciana. Aplicação do “Princípio da Insignificância” nos crimes contra a fauna. *Direito & Justiça*. v. 40, n. 2, p. 159-165, jul./dez. 2014.

CARDOSO, Raphaella. *Proteção ambiental e acessoriedade administrativa: funções e limites de atuação legítima*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013.

CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito – La nueva forma del Holocausto?* Buenos Aires: Del Puero, 1993.

CORNEJO, Abel. *Teoría de La Insignificancia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006.

DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el âmbito de lo injusto típico, in *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, ano 4, n. 14, abril-junho/1996.

D’AVILA, Fabio Roberto. Breves notas sobre o direito penal ambiental. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.18, n.214, set./2010.

D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo). Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 10 out. 2019.

DEU, Teresa Armenta. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*, Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *Precaução e intervenção mínima: a proporcionalidade na tutela penal do meio ambiente*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2013.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O direito penal militar e a utilização do princípio da insignificância pelo Ministério Público. *Revista da Esmape*. Recife: Esmape, ano 1, n. 2, Nov. 1996.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*: de acordo com a Lei 9.605/98. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luís Roberto. Crimes de pesca no direito brasileiro – Aspectos fundamentais da proteção penal de peixes, crustáceos e moluscos Ciências Penal. *Revistas dos Tribunais*, v. 9, jul./dez. 2008.

GRECO, Luíz; LEITE, Alaor. Claus Roxin 80 anos. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 77, pp. 91/120, mai./ago., 2011.

GRECO, Luis. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*. Curitiba: Juruá, 2011.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NAVARRO, Jesús Pórfilo Trillo. Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista, in *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 51, julho-agosto/2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed, v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral, arts. 1º a 120. 12. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança* (com análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRESTES, Cássio Vinícius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

RAMIREZ, Juan Bustos. Política criminal e injusto. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, n. 30. jul. /dez. /1980.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____. *Derecho penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*, ano 3, v.3, n.1, p.36-50, jan. /mar., 1990.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOARES, Antônio Jorge. Uma concepção de meio ambiente. *Revista da Esmarn*. Mossoró. v. 8, n. 1. Jan./jun. de 2008. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/19.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fábio Roberto (org.). *Direito Penal Secundário*: Estudos sobre crimes econômicos, informáticos e outras questões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TAGLIALENHA JÚNIOR, A. O princípio da insignificância e os crimes contra a ictiofauna. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 57, p. 72-105. nov. /dez. 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. T. III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

GT 2

Direito Penal Econômico

Apresentação oral

**DOS NÍVEIS DE EXIGIBILIDADE DOS PROCEDIMENTOS DE
INVESTIGAÇÃO INTERNA**

THE LEVELS OF ENFORCEABILITY OF INTERNAL INVESTIGATIONS

Anna Carolina Canestraro

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito, pela Universidad de Castilla-La Mancha. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Advogada.

E-mail: carolina.canestraro@gmail.com

Túlio Felipe Xavier Januário

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito, pela Universidad de Castilla-La Mancha. Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral, pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Especialista em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – (UNESP) – Campus de Franca. Bolsista de Doutorado da Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT.

E-mail: tuliofxj@gmail.com

Resumo: Pretende-se com o presente trabalho, responder ao questionamento sobre quais seriam os níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna no âmbito corporativo. Em outras palavras, buscaremos aferir se, ao tomar conhecimento de conduta potencialmente ilícita no âmbito de suas atividades, teria a pessoa jurídica uma obrigação de condução destes procedimentos ou, em caso de resposta negativa, quais seriam os possíveis incentivos a ela direcionados, para que o fizessem. Para tanto, enfrentaremos inicialmente o questionamento sobre a obrigatoriedade ou não dos próprios programas de *compliance*, instrumentos nos quais comumente as investigações internas se inserem. Posteriormente, analisaremos as mais recentes normativas em matéria de programas de cumprimento, a fim de constatar qual é o tratamento dado pelos legisladores em questão, na específica temática objeto deste trabalho. Buscaremos demonstrar ao final do artigo, que ainda que não haja uma imposição direta de condução de investigações internas, elas acabam se mostrando *indireta e internamente* obrigatórias, vez que terão relevância no juízo estatal a ser feito sobre a eficiência do próprio programa de *compliance* no qual se inserem.

Palavras-chave: direito penal econômico; compliance; investigações internas.

Abstract: The aim of the present essay is to answer the question related to the internal investigations' levels of enforceability. In other words, we will seek to analyze whether the legal persons, when knowing some potential illicit in their scopes, would have an obligation to start an investigation or, in case of a negative answer, identify what would be the possible incentives directed to them in this matter. For that, we will initially face the question of the obligatoriness or not of compliance programs themselves, instrument in which internal investigations are generally inserted. Posteriorly, we will analyze the most recent normative in matter of *compliance*, in order to verify which is the treatment dispensed by the present legislators, in the specific matter of this paper. At the end of the essay, we will demonstrate that even though there is no direct duty to promote an internal investigation, they can be considered internally and indirectly mandatory, once they will have relevance in the state judgment of compliance efficiency.

Keywords: economic criminal Law; compliance; internal investigations.

Sumário: Introdução. 1. Dos incentivos estatais em matéria de *compliance*. 2. Da (não) previsão das investigações internas nas mais recentes legislações em matéria de *compliance*. Conclusões. Referências bibliográficas. Referências legislativas.

INTRODUÇÃO

Os programas de *compliance* ocupam indiscutível posição de destaque no debate doutrinário atual de enfrentamento da criminalidade econômica e empresarial, sendo acompanhados de institutos direta ou indiretamente relacionados, tais como a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, procedimentos de *due diligence* e investigações internas corporativas. No que tange a essas últimas, ressalta-se que quando apreciadas sob uma perspectiva jurídico-penal, elas se apresentam como importante instrumento na tentativa de superação das dificuldades estatais de detecção, apuração e responsabilização das condutas ilícitas eventualmente cometidas no âmbito empresarial.

Não estando os legisladores alheios a essa conjuntura, a significância destes mecanismos não se esgota no plano teórico, reverberando cada vez mais nos âmbitos legislativos nacional e estrangeiro, o que se nota, por exemplo, nas recentes alterações legislativas promovidas pela *LOI 2016-1691 – Sapin II, France* –, *Ley 27401, Argentina* e *Lei 7753/2017, do Estado do Rio de Janeiro*, todas elas versando e, de algum modo, atribuindo relevância a estes programas.

Ainda que, ao nosso ver, os hodiernos e propriamente ditos “deveres de *compliance*” sejam exclusivamente setoriais, não havendo, em legislações nacionais ou estrangeiras, imposição destes programas à generalidade das pessoas jurídicas, mas tão somente a determinados escopos (ENGELHART, 2018, p. 30), uma revisitação à presente temática é medida que se impõe, não apenas em razão das mencionadas alterações legislativas, mas também porque uma eventual compulsoriedade da promoção de diligências para a apuração de irregularidades ocorridas no cerne empresarial não nos parece advir necessária e exclusivamente de uma imposição legal, podendo, pelo contrário, serem exigidas indiretamente – como, por exemplo, para análise da eficácia de um programa –, ou até serem fruto de um juízo de conveniência da própria pessoa jurídica em suas atividades autorregulatórias.

Dito isso, pretende-se com o presente trabalho, investigar se, ao tomar conhecimento de uma eventual conduta ilícita no âmbito de suas atividades, possuiria, a pessoa jurídica, um dever de promoção de investigações internas, ou ao menos um dever de apurar os fatos mediante os instrumentos que entender cabíveis e adequados. Para tanto, analisaremos inicialmente, se os próprios programas de *compliance* podem ser considerados obrigatórios, e, em caso de resposta negativa, quais seriam os possíveis incentivos estatais oferecidos para a implementação destes mecanismos. A partir desta primeira análise, buscaremos demonstrar que os elementos fundamentais de um programa de *compliance* – dentre os quais, possivelmente, as investigações internas – podem ser impostos (I) diretamente, por uma Lei ou normativa neste sentido; (II) indiretamente, mediante um juízo estatal sobre a eficácia ou não de determinado programa de integridade ou simplesmente (III) não impostos, sendo eles fruto exclusivo de uma escolha do próprio ente privado em que o programa é implementado.

Buscaremos, assim, ao final do trabalho, demonstrar que, ainda que inexistam hipóteses de imposição legal de um dever de instauração de investigações internas – situações nas quais elas seriam consideradas *externamente obrigatórias* –, estas certamente terão relevância no plano da avaliação da eficácia do programa de *compliance* em questão, podendo ser consideradas, nessas hipóteses, como *internamente compulsórias* quando determinada empresa tomar ciência de uma prática ilícita no cerne de suas atuações.

1. DOS INCENTIVOS ESTATAIS EM MATÉRIA DE COMPLIANCE

Para que se possa analisar eventual obrigatoriedade das investigações internas, o primeiro questionamento que se impõe diz respeito à obrigatoriedade ou não, dos próprios programas de *compliance* e, em caso de resposta negativa, a identificação dos possíveis incentivos à implementação destes programas no cerne corporativo. Vale ressaltar, que as investigações internas não são necessariamente vinculadas a um programa de cumprimento, podendo ser promovidas a despeito de sua ausência (ENGELHART, 2018, p, 19). Elas comumente se inserem, contudo, na esfera reativa destes mecanismos, a qual visa a apuração e enfrentamento de eventuais práticas ilícitas ou contrárias às normativas internas de determinada sociedade empresária.

Para fins de conceituação, podemos considerar os programas de *compliance* como os mecanismos de autorregulação e autofiscalização empresarial, que visam de maneira imediata, a promoção de uma cultura ética e de cumprimento normativo no cerne empresarial, com a consequente prevenção, investigação e repressão de eventuais ilícitos cometidos nesta seara. De maneira mediata, busca-se a manutenção ou recuperação da boa reputação empresarial, garantindo a continuidade dos negócios e a potencialização dos lucros, mas principalmente, resguardando a sociedade empresária e seus membros, de eventuais responsabilizações nas mais diversas searas e de eventuais prejuízos financeiros e reputacionais (JANUÁRIO, 2019A, p. 85-86).

A partir das atividades desenvolvidas no âmbito destes programas, constata-se sua atuação precípua em quatro “frentes”, quais sejam, uma I) *frente regulatória*, através do estabelecimento das necessárias normativas internas e padrões éticos e de conduta; uma II) *frente preventiva*, que objetiva reduzir os riscos de ocorrências prejudiciais à pessoa jurídica; uma III) *frente investigativa*, cujo objetivo é a apuração de eventuais práticas ilícitas ou contrárias às normativas internas e uma IV) *frente reativa*, na qual se inserem os mecanismos de reação às constatadas ocorrências, tais como a revisão e melhoramento do programa e o sancionamento dos eventuais responsáveis (JANUÁRIO, 2019A, p. 86-87).

Cumprе salientar que a estruturação concreta dos programas de *compliance* deverá atender às particularidades de cada pessoa jurídica e de seu ramo de atuação, razão pela qual a definição de um modelo único e geral restaria prejudicada (SIEBER, 2008, p. 458). De todo modo, para fins didáticos, mostra-se salutar a classificação apresentada por Marc Engelhart (2012, p. 711-719), que elenca na forma de “colunas” as fases de implantação destes programas, nos seguintes termos: I) a primeira coluna, marcada pelo trinômio *detectar – definir – estruturar*, corresponderia à fase de *formulação* do programa, compreendendo os procedimentos de identificação e gerenciamento de riscos, definição das normativas internas da sociedade empresária, aprovação de um código de ética e de conduta, definição das respectivas competências e implantação dos necessários mecanismos para o bom funcionamento do programa, tais como um canal de comunicação e alerta para fins de orientação e recebimento de denúncias; II) a segunda coluna, marcada pelo trinômio *comunicar – promover – organizar*, seria atinente ao momento da *implementação* propriamente dita do programa. Em outras palavras, uma vez definidas suas diretrizes básicas e seus componentes, chega-se a fase de efetivo funcionamento do mesmo, para o

qual mostra-se necessária a comunicação e treinamento dos eventuais interessados. Além disso, especial atenção será dedicada a promoção cotidiana da cultura de *compliance* no cerne corporativo, através do comprometimento da alta gestão para com suas práticas e necessidades, bem como com a concreta exigência de atuação cotidiana, por parte dos colaboradores da pessoa jurídica, de acordo com as diretrizes éticas e legais; III) finalmente, a terceira coluna seria definida pelo trinômio *reagir – sancionar – aperfeiçoar*. Nessa fase, se fariam presentes os procedimentos a serem adotados quando identificada uma potencial conduta ilícita ou contrária às normativas internas. Em sendo este o caso, deve estar o programa de *compliance* dotado de instrumentos para a apuração do ocorrido e de seus responsáveis, aplicação das eventuais sanções e correção de possíveis problemas identificados, que possam ter colaborado com o ocorrido. Trata-se da fase de *consolidação e aperfeiçoamento*.

A partir desta breve análise, observa-se que os procedimentos de investigação interna assumem um importante papel na esfera “reativa” dos programas de *compliance*, visando, em linhas gerais, a apuração de fatos que cheguem ao conhecimento do setor responsável e que possam ensejar prejuízos financeiros, reputacionais e até mesmo responsabilizações nas mais variadas esferas à pessoa jurídica e aos seus membros. Ora, é certo que não descartamos a hipótese de que as investigações internas sejam promovidas a despeito da inexistência de um programa de *compliance*. Isso ocorre, por exemplo, quando determinada sociedade empresária não-dotada de um programa, se vê envolvida em algum “escândalo” que chega ao seu conhecimento e decide pela contratação de especialistas externos para a condução emergencial das investigações. Ressalvadas essas hipóteses, diante do importante papel desempenhado pelas investigações internas no âmbito do *compliance*, justifica-se uma análise sobre a própria compulsoriedade ou não destes programas, haja vista que esta acabaria por reverberar nas conclusões a respeito da exigibilidade das investigações internas.

No que tange aos possíveis “incentivos” promovidos pelo poder público e dirigidos às sociedades empresárias, para que estas adotem os programas de *compliance*, Marc Engelhart (2018, p. 22-30) identifica seis níveis progressivos de influência estatal nesta matéria, quais sejam: I) a *autorregulação propriamente dita*; II) o *apoio estatal informal*; III) a *recompensação do compliance*; IV) o *sancionamento do non-compliance*; V) a *isenção de*

responsabilidade da pessoa jurídica em razão do compliance e VI) o estabelecimento de obrigação geral de compliance.

Na primeira hipótese – I) *autorregulação propriamente dita* –, não há, em verdade, maiores incentivos públicos em matéria de *compliance*. Eventual opção por sua adoção será pautada por razões de cariz ético ou comercial, tais como nas situações em que estes programas sejam condições para a participação em determinado mercado de valores ou para a celebração de algum contrato. Trata-se de uma situação distinta do segundo nível de incentivo – II) *o apoio estatal informal* –, no qual, ainda que inexistam imposições legais de implantação destes programas, eles são promovidos de maneira mediata, através da realização de cursos e treinamentos promovidos pelo poder público e direcionados às pessoas jurídicas, bem como através de incentivos às associações setoriais, para que estas disciplinem as necessárias diretrizes para estes instrumentos. Admite-se ainda, a nível supranacional, a utilização de instrumentos de *soft Law* direcionados não apenas às companhias, como também aos próprios Estados, no sentido da promoção dos programas de *compliance* (ENGELHART, 2018, 22-26).

É a partir do terceiro nível de incentivos – III) *a recompensação do compliance* –, que observamos maiores reflexos jurídicos na implantação destes mecanismos. Explica Engelhart (2018, p. 26-27) que estes casos são observáveis quando determinado ordenamento jurídico prevê possíveis mecanismos “premiais” às pessoas jurídicas que adotem um programa de *compliance* eficaz. Um bom exemplo é o previsto pelo Artigo 7º., VIII, da Lei 12.846/13 – Lei Anticorrupção –, onde consta a possibilidade de atenuação de eventuais sanções aplicadas, quando da adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia (BARRILARI, 2018, p. 213). Conforme previsto no Decreto n. 8.420/15, em seu Art. 18, a redução poderá ser de um a quatro por cento do valor da multa (JANUÁRIO, 2019B, p. 225).

A “premiação” do “bom *compliance*” apta a configurar este nível de incentivo não se resumiria, porém, ao momento sancionatório. Conforme destaca Susana Aires de Sousa (2019, p. 12-13) a cooperação entre corporações e entidades estatais de persecução estendeu-se a fases anteriores à prolação de sentença, cenário este fortemente influenciado pelos *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* – à época, *Thompson Memo*, de 2003. Ganham relevância, assim, especialmente no sistema judicial norte-americano,

a consideração dos programas de *compliance* para a celebração de possíveis acordos pré-judiciais.

No “outro lado da moeda”, o quarto nível de incentivos – IV) *sancionamento das falhas ou inexistência do compliance* – direcionaria suas atenções não para a previsão de instrumentos que beneficiem as sociedades empresárias que disponham destes programas, mas sim, para o sancionamento daquelas nas quais estes não se façam presentes ou que, ainda que existentes, apresentem falhas. A título exemplificativo, a Lei 9.613/98 – Lei de Lavagem de Dinheiro – incorporou em seu Art. 10, III, um dever de *compliance* direcionado às pessoas referidas em seu Art. 9º., as quais deverão “adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes”, sob pena das sanções administrativas previstas pelo Art. 12 deste diploma (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 40-42; CARDOSO, 2015, p. 88). Na legislação portuguesa, também há uma obrigação de criação de programas de cumprimento para as entidades atuantes em setores considerados arriscados para fins de lavagem de dinheiro, tal como se observa no Art. 12.º da Lei n. 83/2017, de 18 de Agosto. Eventual descumprimento destes deveres é considerada contraordenação sujeita à “coima”, nos termos dos Arts. 169.º e 170.º (RODRIGUES, 2019, p. 128 e ss.).

Na opinião de Engelhart (2018, p. 28-29), uma das formas de incentivo mais eficientes residiria nas hipóteses de nível V – *exclusão da responsabilidade em razão do compliance* –, nas quais, em havendo a previsão de responsabilidade¹ da pessoa jurídica por determinado ordenamento jurídico, esta poderia ser excluída em razão da adoção de programas de cumprimento que atendam a determinados requisitos. O grande exemplo deste modelo é o previsto no Código Penal Espanhol, que em seu Art. 31 bis, 2, prevê condições para a exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, dentre as quais,

¹ Expressamente, para configuração deste nível, o autor menciona apenas a responsabilidade *penal* da pessoa jurídica. Não vemos maiores óbices, porém, ao menos no que a esta classificação, desta consideração também dos casos de responsabilidade *administrativa* da pessoa jurídica (e sua eventual exclusão). Um exemplo deste caso seria o previsto na Itália, pelo Decreto Legislativo 231/2001, que em seu Art. 6º., dispõe que o ente coletivo não será responsabilizado quando provar que: I) adotara previamente ao delito, um modelo de organização e gestão idôneo para prevenir delitos da espécie do cometido; II) a existência de um organismo independente, com poderes de iniciativa e controle, para supervisionar funcionamento do programa; III) que o cometimento do delito se dera por circunvenção fraudulenta a este sistema; e IV) que a vigilância não fora omissa ou insuficiente.

a adoção prévia de modelos de organização e gestão que incluam mecanismos de vigilância e controle idôneas para a redução dos riscos de cometimento de delitos da mesma natureza do que o praticado e a supervisão do funcionamento e cumprimento deste programa por um órgão independente e competente. Também a Lei Chilena n. 20.393 de 2009 prevê em seu Art. 3º., que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas, dentre outros requisitos, quando o delito cometido tiver sido consequência do incumprimento de seus deveres de direção e supervisão. Estes se considerarão cumpridos quando a sociedade empresária tiver adotado e implementado, previamente ao delito, modelos de organização, supervisão e administração aptos à prevenção de delitos como o cometido, tal como disposto no Art. 4º (SARCEDO, 2016, p. 152-153).

Nos termos da classificação proposta por Engelhart (2018, p. 29-30) e que aqui adotamos, vale mencionar a previsão abstrata de um último nível – VI) *obrigação geral de implementar programas de compliance*. Ele certamente seria o patamar mais alto de exigibilidade destes programas, os quais seriam compulsórios a todas as pessoas jurídicas que alcançassem determinado grau de complexidade interna. Um tal dever generalizado, como bem destaca o autor, inexistia até o presente momento. O que é bastante comum, por sua vez, é a existência de tais deveres tão somente para determinados setores, tais como aqueles sujeitos à incidência de lavagem de dinheiro.

Dito isso, o que se nota a respeito do estado da arte em matéria de programas de *compliance* é que sua obrigatoriedade, ao menos nos ordenamentos jurídicos aqui analisados, se restringe a setores especialmente arriscados. Em outras palavras, tem-se que uma verdadeira imposição, consubstanciada em um dever de adoção destes mecanismos sob pena de sanção, ainda se restringe a áreas como as sujeitas à lavagem de dinheiro e ainda assim, evita-se o uso das palavras *compliance* ou programas de cumprimento, sendo elas substituídas por termos como “deveres de controle”, “de supervisão”, “de vigilância”, dentre outros.

A despeito disso, nota-se uma frequência cada vez maior de imposições “indiretas” destes deveres – e conseqüentemente, dos programas de *compliance*. Essas formas são as observadas nos níveis inferiores de incentivo analisados acima, nos quais, apesar de não haver uma normativa impondo expressamente a adoção destes mecanismos, há a consideração, por determinados ordenamentos jurídicos, da relevância do *compliance* para

fins de isenção ou atenuação da responsabilidade do ente coletivo, celebração de “acordos” processuais e pré-processuais, ou até mesmo, a previsão de formas de sancionamento por eventuais falhas e a possibilidade de imposição judicial de sua estruturação posteriormente a uma eventual sentença.

Em outras palavras, a opção feita pelo poder público na generalidade dos ordenamentos jurídicos em matéria de *compliance* é a seguinte: ressalvados os entes atuantes em setores especificamente arriscados e previstos em lei, as pessoas jurídicas não são obrigadas a adotar um programa de cumprimento. Contudo, “é por sua conta e risco”. Na eventualidade de ver-se envolvida em uma investigação ou processo estatal, a sociedade empresária e seus órgãos de representação poderão não usufruir dos “benefícios” processuais disponíveis no respectivo ordenamento jurídico, podendo, inclusive, serem responsabilizados pelo ocorrido, se for o caso.

Tendo-se em vista os objetivos do presente trabalho, cumpre analisarmos as reverberações das conclusões provisórias até aqui alcançadas, nas investigações internas empresariais.² Ora, em sendo elas, conforme já exposto, um dos procedimentos normalmente integrantes dos programas de *compliance*, impõem-se alguns questionamentos: os ordenamentos jurídicos que, através de suas respectivas legislações, atribuem, de maneira direta ou indireta, relevância aos programas de *compliance*, estabelecem os requisitos mínimos a serem por eles observados? Em caso de resposta positiva, há expressa menção à necessidade de condução de investigações internas?³

Inicialmente, destaca-se a existência de diversas normativas nas quais são previstos os requisitos mínimos a serem cumpridos pelos programas de *compliance*, tais como os já mencionados Código Penal Espanhol e a Lei Portuguesa n. 83/2017, de 18 de Agosto, bem como o Decreto 8.420/15, que regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira. Contudo, diante do silêncio destas legislações quanto a este específico instrumento, nós sustentamos

² Para os fins do presente trabalho, considera-se as investigações internas como “o conjunto de diligências promovidas por uma determinada pessoa jurídica, com ou sem o auxílio de colaboradores externos, visando apurar fatos que cheguem ao seu conhecimento e que apresentem indícios de violações legais, éticas e/ou de suas normativas internas” (CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, p. 294).

³ Previamente, talvez tenhamos que nos questionar se seria, de fato, papel do Estado, definir o que deve ou não ser implantado pelas sociedades empresárias em seus respectivos programas de *compliance* e os possíveis reflexos desta opção. Criticamente, a título de exemplificação, Eduardo Saad-Diniz (2019, p. 166) sustenta que eventual obrigação legal de *compliance* poderia ter impactos perniciosos.

em outras oportunidades, a inexistência de uma verdadeira obrigação de promoção das investigações internas. O que haveria, em verdadeira, seria um “ônus”, no sentido de que ela poderia optar por sua não condução, podendo, porém, sofrer as consequências desta omissão (JANUÁRIO, 2019A, p. 115; JANUÁRIO, 2019C, p. 315).⁴

Não obstante o exposto, é certo que as normativas atinentes aos programas de *compliance* encontram-se em processo de indiscutível expansão, tanto no cenário nacional – especialmente em matéria de *compliance* no setor público – como também em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Desta feita, mostra-se salutar a análise de algumas destas recentes leis, a fim de se aferir o tratamento que nelas é dado a esta específica problemática e principalmente, analisar se nosso prévio posicionamento ainda pode ser sustentado em face destas novas legislações.

2. DA (NÃO)PREVISÃO DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS NAS MAIS RECENTES LEGISLAÇÕES EM MATÉRIA DE *COMPLIANCE*

No cenário nacional, após o advento da Lei 13.303/16 – Lei das Estatais, a qual impôs verdadeiras medidas de *compliance* às empresas públicas e às sociedades de economia mista -, muitas legislações, inclusive a nível municipal, tal como o Decreto n. 59.496/20, de São Paulo, passaram a prever deveres semelhantes a seus órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta.⁵ Nota-se, inclusive, uma tendência de exigência não apenas para a administração pública, mas também para as pessoas jurídicas de direito privado que com ela pretendam contratar. Nesse sentido, tem-se por exemplo, as Leis n. 7.753/17 – RJ; n. 10.793/17 – ES; n. 4.730/18 – AM; n. 10.691/18 – MT; n. 20.489/19 – GO; n. 16.722/19 – PE e n. 6.112/18 – DF (alterada pelas Leis n. 6.176/18 e n. 6.308/19). Destacando, porém, o viés setorial destas legislações, observa-se que nenhuma delas estipula um dever genérico de *compliance* para pessoas jurídicas de direito privado, mas

⁴ Este nos parece ser o entendimento também de Engelhart (2019, p. 757) e Montiel (2013, p. 262-265). O primeiro autor explica que, ao tomar conhecimento da suspeita de um crime ou contraordenação, estaria o empregador *autorizado* a intervir. Segundo Montiel, apesar de uma eventual obrigação poder ser interpretada a partir das exigências de boa-governança, legalmente não há esta imposição.

⁵ Advertimos aqui, que ainda que não tenha sido feito um recorte temático proposital, limitando o objeto do trabalho ao *compliance* no setor público, observaremos que, ao menos no cenário nacional, as mais recentes normativas nesta matéria são justamente na esfera pública, o que justifica a especial atenção que daremos ao setor.

tão somente direcionado a certas sociedades que vierem a contratar com seus respectivos Estados e, ainda assim, desde que alcançado determinado valor contratual. Por todas, cita-se a Legislação do Rio de Janeiro, que afirma que a exigência apenas terá lugar nos casos de celebração de contratos cujos valores sejam superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia ou R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico; sendo também aplicável quando o prazo do contrato for igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência.⁶

No que tange às legislações supracitadas, é grande a influência sobre elas exercida pelo Decreto Federal de n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei 12.846/13 – Lei Anticorrupção – e dispõe sobre responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Neste diploma, há expressa previsão quanto ao que se deve entender pelo “programa de integridade”, sendo este considerado como o conjunto de mecanismos e procedimentos internos voltados à integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, visando a concreta aplicação dos respectivos códigos de ética e a adoção de políticas e diretrizes voltadas à detecção e saneamento de fraudes, ilícitos e irregularidades.

Contudo, apesar da relevância dos procedimentos de prevenção de fraudes e ilícitos, dos canais de denúncia e do monitoramento contínuo do programa, expressados na generalidade das legislações até aqui analisadas, nomeadamente no âmbito do juízo de efetividade a ser feito sobre o programa, em nenhuma delas se verifica como serão conduzidos estes procedimentos de monitoramento e prevenção ou mesmo qual seria a atitude a ser tomada pela pessoa jurídica frente ao recebimento de uma denúncia. Em outras palavras, em nenhuma das leis supracitadas verifica-se uma explícita exigência de investigações internas ou de reportes.

Chama-se a atenção, contudo, para o específico caso da legislação de Mato Grosso. Apesar de a Lei 10.691/18 – MT não prever qualquer dever de reporte, a Lei 10.744/2018 – MT, ao dispor sobre a obrigatoriedade de assinatura de um Termo Anticorrupção por

⁶ Interessante chamar atenção para o fato de que a Legislação fluminense inclusive prevê regime diferenciado para os casos de microempresas.

todas as empresas beneficiadas direta ou indiretamente com recursos públicos estaduais, afirma que elas estarão obrigadas a comunicar a ocorrência de problema ou indício de irregularidade que venham a identificar no curso da execução do instrumento firmado.

Desta forma, apesar de concordarmos com a afirmação de que o dever de reporte seria um interessante mecanismo de integridade sob o ponto de vista governamental (LOUREIRO; AVELAR, s.d., n.p.) e acreditarmos que há, ao menos na primeira lei, essa expressa disposição, a opção pela instauração ou não de uma investigação interna para a apuração dos fatos continua a critério da pessoa jurídica. Isto é, chegando uma irregularidade ao seu conhecimento, teria a sociedade empresária o dever de a reportar (no específico caso da Lei 10.744/2018), mas não o de a investigar ou mesmo de identificar os seus responsáveis, ficando essa a investigação à cargo da administração pública. É evidente, no entanto, que, em tendo ciência da irregularidade, o Estado poderá buscar, via argumentos de “obstrução de investigação” ou através de um “acordo de leniência”, uma colaboração mais ativa da pessoa jurídica, inclusive com a exigência do compartilhamento de maiores informações. Mas tratar-se-ia de uma possibilidade casuística e que, de maneira alguma, permitiria a conclusão de uma imposição legal de investigação interna.

É importante salientar que mesmo a nível de legislação comparada não se verifica tal imposição. A se iniciar pela análise das diretrizes norte-americanas – de onde se originou o *compliance* e onde o instituto se encontra amplamente consolidado –, não existe uma específica obrigatoriedade da investigação.⁷ De fato, a despeito da inexistência de legislação, o intitulado “*Filip Memo – Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”, editado pelo Departamento de Justiça Americano (D.O.J) em 2008 como revisão do guia para estabelecimento de parâmetros quanto à decisão entre processar ou propor acordo de não persecução penal (GOMES, 2020, p.55-56), frisa que o governo não poderá obrigar e nem a empresa terá a obrigação de realizar este *disclosure*;

⁷ Ressalvada a hipótese já por nós abordada, de consideração das investigações internas como uma espécie do gênero investigações defensivas. Neste caso, há normativas deontológicas previstas pela *American Bar Association*, que consideram que o advogado de defesa possui um verdadeiro dever de investigação para apuração das bases da Acusação e posterior preparação da defesa. Cfr. detalhadamente, em: CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, p. 287-288. Conferir ainda, os “*Criminal Justice Standards for the Defense Function*” e “*Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*”.

embora, caso opte por fazê-lo, possa obter benefícios ou “créditos” com o governo (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2008, p. 09 e 11).

Da mesma forma, interessante chamar atenção para a recente *LOI 2016-1691 Sapin II* da França que, apesar de se destacar em razão de prever, no contexto da luta contra a corrupção, o dever de implantação de programas de integridade – *mise en conformité* – para sociedades comerciais que possuam mais de 500 trabalhadores, bem como para aquelas que, ainda que com menos de 500 trabalhadores, tenham um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, também queda-se silente quanto às investigações internas. De fato, o Art. 17 da lei prevê a obrigatoriedade de códigos de conduta, sistemas de alerta – leia-se canais de denúncia –, mapeamento de riscos, procedimentos de avaliação de clientes e fornecedores, controles contábeis, treinamentos, regimes de sancionamento e sistemas de acompanhamento das medidas (cfr.: SOUSA, 2019, p. 19-21), mas nada pronuncia quanto às medidas a serem tomadas em caso de recebimento de denúncia.

A *Ley 27.401 – Argentina*, por sua vez, possui algumas particularidades ao dispor sobre o regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas com relação aos delitos de suborno e tráfico de influência, negociações incompatíveis com o exercício de funções públicas, concussão, enriquecimento ilícito de funcionários e de empregados e fraude de balanços e laudos. A lei prevê a possibilidade de exclusão desta responsabilidade em caso de denúncia espontânea conhecida por meio de uma investigação interna – Art. 8º e 9º. Ademais, ao tratar da possibilidade de acordo de colaboração, prevê a lei que para que ele seja considerado eficaz, a pessoa jurídica se obrigará a cooperar através da revelação de informações e dados precisos e úteis para o esclarecimento dos fatos, identificação dos autores e partícipes e recuperação dos ganhos obtidos ilicitamente. No entanto, há que se observar que, no que toca à obrigatoriedade de adoção de programas de *compliance*, ela se restringe às sociedades que almejem a celebração de contratos para com o Estado; havendo, assim, uma vez mais, uma obrigação setorial, acrescida de incentivos mais brandos às corporações não atuantes nestes âmbitos. No que tange ao conteúdo destes programas, importante frisar que se prevê a obrigatoriedade do código de ética, das políticas e procedimentos de integridade, das regras e procedimentos para a prevenção de ilícitos e dos treinamentos periódicos, encontrando-se, os procedimentos de investigação interna, entretanto, no rol dos mecanismos não obrigatórios.

Da mesma forma, a *Ley 20.393 – Chile*, apesar de se destacar por estabelecer os procedimentos de perseguição e responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito privado e público, prevendo, inclusive, conforme anteriormente dito, a exclusão desta responsabilidade em razão da adoção de providências tendentes à prevenção de delitos (SARCEDO, 2016, p.153-154) dotados dos necessários “procedimentos de denúncia”, a lei preocupa-se muito mais com o estabelecimento de parâmetros preventivos – inclusive com diretrizes específicas quanto à supervisão e certificação do sistema de prevenção – do que propriamente com a atuação da empresa no sentido de se averiguar eventuais delitos já cometidos. Sendo, desta forma, e na mesma esteira das anteriores legislações, silente no que tange às investigações, que possuem, essencialmente, um viés reativo (CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, p. 294).

Por fim, cumpre chamar especial atenção ao *Código de Procedimiento Penal* Colombiano (*Ley 906 de 2004*), que, em seu Livro II, Capítulo VI, estabelece as “Facultades de la defensa en la investigación”, trazendo diretrizes quanto à faculdade de entrevistar e critérios de valoração dos elementos obtidos a nível de investigação defensiva. Partindo-se da ideia por nós sustentada, de que as investigações internas seriam uma espécie do gênero investigações defensivas (CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, *passim*), essa (não tão recente) normativa, apesar de não impor qualquer dever neste sentido, passa a ter uma possível relevância no plano das eventuais consequências processuais penais das investigações internas, tal como ocorre com o *Codice de Procedura Penale Italiano*, com as já mencionadas normativas deontológicas da *American Bar Association* e, no Brasil, com as disposições previstas no Projeto de Novo Código de Processo Penal e no Provimento 188/2018, do CFOAB.

Ademais, ainda no que tange ao ordenamento jurídico colombiano, a *Ley 1.778 de 2016* (Lei Anticorrupção) prevê que não só a existência, execução e efetividade do programa de *compliance – programas de transparencia y ética empresarial* – serão levados em consideração no momento de graduação de sanções monetárias, mas também a realização de um processo adequado de devida diligência (*due diligence*) e, ao que nos mais chama atenção, o fato de a pessoa jurídica ter entregue provas relacionadas com o cometimento das condutas por parte de seus administradores e empregados. No entanto, ainda que importante quando no momento de valoração das sanções, não há, também aqui, um dever de se conduzir investigações, ficando, por uma vez mais, a critério da pessoa jurídica.

Em sendo assim, diante das supracitadas análises, verifica-se que, apesar de haver algumas imposições em matéria de *compliance* para determinados setores específicos, não se verifica, seja a nível nacional ou internacional, uma obrigatoriedade legal de condução das investigações internas. Contudo, conforme destacado, a existência e condução delas será, na grande maioria das legislações, um importante critério a ser avaliado quando da estipulação – e consequente diminuição – da sanção a ser aplicada, ou até mesmo na opção pela instauração ou não, de um procedimento estatal.

Vale ressaltar por fim, que a solução adotada pelos legisladores em quedarem-se silentes quanto à eventual necessidade de realização de investigações internas nos parece apresentar pontos positivos e negativos. Por um lado, uma expressa imposição legislativa neste sentido poderia eventualmente implicar em conflito para com o direito à não-autoincriminação da pessoa jurídica e de seus membros,⁸ para além de poder gerar a peculiar necessidade de condução destes procedimentos, mesmo quando a sociedade empresária já tiver elementos de informação suficientes para adotar a medida colaborativa que julgar conveniente. Por outro lado, essa ausência de imposições legais tem como uma de suas potenciais consequências, a inexistência de maiores parâmetros quanto aos possíveis procedimentos destas investigações e seus limites, o que pode potencializar os riscos de desproteção dos direitos dos investigados, bem como gerar insegurança para a própria pessoa jurídica, que não tem critérios seguros para ter certeza se as eventuais decisões tomadas com base nessas investigações internas serão validadas e valoradas judicialmente.

CONCLUSÃO

A partir da análise das legislações aqui apresentadas, bem como da doutrina a elas atinente, observamos que os programas de *compliance* e seus componentes essenciais podem ser impostos (I) de maneira direta, por uma Lei ou normativa neste sentido – o que só se observa setorialmente, tal como na Lei Portuguesa n. 83/2017, de Branqueamento de Capitais; mas também (II) de maneira indireta, mediante um juízo estatal sobre a eficácia

⁸ Para uma explicação detalhada e posicionamento pessoal a respeito das eventuais implicações processuais penais das investigações internas e consequente conflito para com a garantia da *não-autoincriminação*, conferir em: CANESTRARO, 2020, p. 72 e ss.; CANESTRARO; KASSADA; JANUÁRIO, 2019, *passim*.

ou não de determinado programa, para a concessão de certos benefícios, celebração de um acordo ou isenção de responsabilidades. Ademais, ele pode simplesmente (III) não ser imposto pelo Estado, sendo fruto exclusivo, neste caso, de uma escolha do próprio ente privado em que o programa é implementado.

Ou seja, ainda que se tratem de setores nos quais não haja uma imposição legal de implementação de programas de cumprimento, há hipóteses em que eles são *indiretamente exigidos*. As conclusões semelhantes chegamos, no que tange às investigações internas. De fato, não identificamos imposições legais e diretas de promoção destes procedimentos. Mesmo quando expressamente mencionadas – tal como na *Ley 27401*, da Argentina –, elas são incluídas no rol de procedimentos não obrigatórios, a serem adotados de acordo com a conveniência do administrador.

De todo modo e a despeito do silêncio legal a seu respeito, a condução ou não de investigações internas certamente será um fator a ser considerado no juízo a ser feito quanto à (in)eficácia do programa de *compliance*, a cargo do juiz ou dos órgãos de persecução, no âmbito da celebração de acordos, concessão de benefícios e até mesmo na isenção ou atenuação de responsabilidades corporativas. Em outras palavras, ainda que as investigações internas não possam ser consideradas *direta e externamente obrigatórias*, elas o serão *indireta e internamente*, devendo, portanto, serem exigidas pelos próprios órgãos responsáveis pelo *compliance*, sob pena de um eventual juízo negativo sobre o programa.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance: na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores*: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>

CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Nemo tenetur se detegere e programas de compliance: o direito de não produzir prova contra si próprio em face da Lei n. 13.303/16. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODT, Luis Augusto; TORRES, Henrique Abi-Ackel; LOPES, Luciano Santos (orgs.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019. p. 311-342.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

_____. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. <https://doi.org/10.30709/archis-2018-3>

GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos. *Estudos sobre Compliance Criminal*, Ago., 2020, p. 49-75. Disponível em: <<http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/08/acordos-de-nao-persecusao-penal-por-infracao-economica-modelo-estados-unidos-MG-1.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva*: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019A.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Das especificidades dos programas de compliance no setor desportivo e seus possíveis reflexos na responsabilidade penal pelos crimes da Lei

10.671/03. In: *Anais do III CPCRM: III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2019B, p. 218-239. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/3>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos *in-house lawyers* e dos advogados de *compliance* e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 159, ano 27, p. 297-339, set. 2019C.

LOUREIRO, Caio de Souza; AVELAR, Maria Magalhães. Compliance e a Lei Estadual n. 7.753/2017. *Revista Eletrônica OAB/RJ*, ed. especial de Infraestrutura, n.p. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/>>. Acesso em: 01 de outubro de 2020.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XL, p. 251-277, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: SIEBER, Ulrich; DANNECKER, Gerhard; KINDHÄUSER, Urs; VOGEL, Joachim; WALTER, Tonio (Hrsg.). *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SOUSA, Suzana Aires de. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”? *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 40, n. 158, p. 9-36, abr./jun. 2019.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

AMAZONAS. *Lei Ordinária n. 4.730 de 27 de dezembro de 2018*: dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Amazonas. Disponível em: <<https://sapl.al.am.leg.br/norma/10303>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Criminal Justice Standards for the Defense Function*. Fourth Edition. 2017. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/>. Acesso em: 29 de dezembro de 2019.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*. 2003. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/resources/aba_guidelines/>. Acesso em: 29 de dezembro de 2019.

ARGENTINA. *Ley 27401*: responsabilidad penal. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846/texto>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

BRASIL. *Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*: regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*: dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras –

COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

CHILE. *Ley núm. 20.393, de 2009*: establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1008668&f=2016-07-05&p=>>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

COLÔMBIA. *Ley 1.778 de 2016*: por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Disponível em: <<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

COLÔMBIA. *Ley 906 de 2004*: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Disponível em: <https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_906_2004.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

CONGRESSO NACIONAL. *PL 8045/2010*: Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2019.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento N. 188/2018*: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2019.

DISTRITO FEDERAL. *Lei 6.112 de 02 de fevereiro de 2018*: dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

ESPAÑA. *Código Penal y legislación complementaria*. Edición actualizada a 30 de septiembre de 2020. Disponível em: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/index.php?tipo=C>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

ESPÍRITO SANTO. *Lei n. 10.793 de 22 de dezembro de 2017*: institui o Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e prestadores de serviços ao Estado Santo. Disponível em: <<https://secont.es.gov.br/Media/secont/Legisla%C3%A7%C3%B5es/Lei%2010.793%20de%2021%20de%20dezembro%20de%202017.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

FRANCE. *LOI n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*: LOI Sapin II. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033558528/2020-11-14/>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

GOIÁS. *Lei n. 20.489 de 10 de junho de 2019*: cria Programa de Integridade a ser aplicado nas Empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado de Goiás, e dá outras providências. Disponível em: <https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/100700/lei-20489>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2019.

ITÁLIA. *Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*: Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Disponível em: <<https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

MATO GROSSO. *Lei n. 10.691 de 05 de março de 2018*: Institui o Programa de Integridade Pública do Governo do Estado de Mato Grosso para todos os órgãos e entidades da Administração Pública, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual, fomentado e fiscalizado pelo Gabinete de Transparência e Combate à Corrupção. Disponível em: <<https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/leis/lei-10691-2018.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

MATO GROSSO. *Lei n. 10.744 de 29 de agosto de 2018*: dispõe sobre a obrigatoriedade de assinatura de termo anticorrupção nas hipóteses estabelecidas e dá outras providências. Disponível em: <<http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/7C7B6A9347C50F55032569140065EBBF/1B15D3C309AA2145842582F9005F993F>>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

PERNAMBUCO. *Lei n. 16.722 de 09 de dezembro de 2019*: dispõe sobre a obrigatoriedade de implementação de Programa de Integridade por pessoas jurídicas de direito privado que contratarem com o Estado de Pernambuco. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=16722&complemento=0&ano=2019&tipo=&url=>>>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

PORTUGAL. *Lei n. 83/2017, de 18 de Agosto*: medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2750A0034&nid=2750&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

RIODEJANEIRO. *Lei n. 7753 de 17 de outubro de 2017*: dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contleinsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/0b110d0140b3d479832581c3005b82ad?OpenDocument&Highlight=0,7753>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. OFFICE OF THE DEPUTY ATTORNEY GENERAL. *Memorandum Filip*. Washington D.C, 2008. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

Apresentação oral

CRIPTOMOEDAS E LAVAGEM DE DINHEIRO

CRYPTOCURRENCY AND MONEY LAUNDERING

Daniele Soldatelli Ballardin

Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS, com apresentação de trabalho de conclusão de curso sobre o tema. Coursou Blockchain Technology pela Universidade de Berkeley/Califórnia. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS/RS. Advogada Sócia do escritório Jean Carbonera Advogados, sediado em Caxias do Sul/RS, representante jurídico da Associação de Investidores em Criptoativos (ASSIC).

E-mail: daniele@carbonera-adv.com

Resumo: Neste artigo pretende-se analisar o delito de lavagem de capitais, previsto no artigo 1º da Lei n. 9.613/98, sob o enfoque dos ativos criptográficos, visando demonstrar, ao contrário do amplamente difundido, a dificuldade no cometimento do referido crime com o uso da tecnologia e desmitificar a ideia de que a utilização cada vez maior das moedas virtuais e outros criptoativos facilitaria a lavagem de capitais. O assunto é contemporâneo e vem merecendo, ainda que discretamente, maior análise por parte da literatura jurídica, através da qual se discute a natureza legal dos criptoativos – em jurisprudência dos nossos tribunais também –, embora sem que se consiga chegar a um conceito definitivo – ou em discussões acerca da tributação dos ativos virtuais ou de crimes financeiros relacionados a essa tecnologia, mas, em grande escala, pelos órgãos reguladores, que já debateram, inclusive, a possibilidade de proibição dos ativos criptográficos no Brasil.

Palavras-chave: lavagem de dinheiro; criptoativos; criptomoedas; ativos virtuais; crimes financeiros.

Abstract: In this article, we intend to analyze the crime of money laundering, foreseen in article 1 of Law 9,613/98, under the focus of virtual assets, demonstrating the difficulty in committing this crime with use of technology and demystifying the idea that the increasing use of virtual currencies and other cryptography would facilitate money laundering. The

subject is contemporary and has deserved, albeit discreetly, greater analysis by the legal doctrine, through which the legal nature of cryptography is widely discussed – in the jurisprudence of our courts as well –, although without reaching a definitive concept. or in terms of the taxation of virtual assets or financial crimes related to this technology, but, on a large scale, by regulatory bodies, which have already discussed the possibility of banning cryptographic assets in Brazil.

Keywords: money laundering; cryptocurrencies; virtual assets; financial crimes, cyberlaundering.

Sumário: Introdução. 1. Criptoativos e Tecnologia *Blockchain*. 2. Considerações Sobre Lavagem de Capitais com Criptoativos. 4. Arcabouço jurídico internacional no combate à lavagem de capitais com criptoativos. Conclusões. Referências

INTRODUÇÃO

Neste estudo, a principal pretensão da autora é demonstrar a dificuldade no cometimento do crime de lavagem de capitais, com o uso da tecnologia *blockchain*,¹ que envolve criptografia avançada, computadores altamente poderosos e *softwares*² de última geração, sendo as transações assim realizadas facilmente rastreáveis.

A tecnologia *blockchain* – a qual se pretende explicar superficialmente para fins de compreensão dos demais temas abordados, – foi apresentada em 2008 e é geralmente associadas ao anonimato e à descentralização – ausência de uma autoridade central e reguladora –, o que tem causado preocupação e desconfiança com relação aos riscos e implicações de sua utilização.

O que contribui para toda a desconfiança nas transações envolvendo criptoativos é que, além de uma incógnita para muitos, não há regulamentação no Brasil e as regulações existentes em nível mundial são conflitantes, desde a liberação total, o incentivo de uso

¹ Ou protocolo de confiança. São registros de dados que funcionam como um livro-razão público, compartilhado e universal, que garante consenso e confiança na comunicação direta entre as partes, sem intermédio de terceiros.

² Termo técnico traduzido para o português como logicário ou suporte lógico, embora não utilizado. Trata-se de uma sequência de instruções a serem executadas por um computador.

e até a proibição em alguns lugares, o que faz com que sua utilização seja, geralmente, associada a delitos, principalmente ao de lavagem de capitais.

A aura de suspeita envolvendo os ativos criptográficos nos remete a 2011, quando a criptomoeda *bitcoin*³ – referência para muitos quando o assunto são criptoativos – foi utilizada no esquema *Silk Road*,⁴ que fez girar cerca de 9,9 milhões em moedas digitais na *Dark Web* em produtos ilícitos através da rede *Tor* – *The Onion Router*, um *software* que permite navegação anônima na internet e em páginas não encontradas com o buscador comum, a chamada *Deep Web*.⁵

Os fatos noticiados pela mídia – principalmente os que possuem relação com investigações criminais em andamento, de pessoas físicas e jurídicas que fizeram mau uso da tecnologia –, bem como a demonização, por falta de estudo aprofundado, conhecimento técnico sobre o assunto e regulamentação que dite as diretrizes mínimas de uso dos ativos criptográficos, contribuem para a dificuldade em dar à tecnologia o seu devido valor e importância na atualidade.

Assim, a intenção do estudo é demonstrar que a tecnologia é imprescindível para o avanço da relação financeira e econômica do Brasil, desvinculando-a do rótulo de utilização criminosa que possui em virtude, principalmente, do terrorismo causado por autoridades interessadas na sua proibição ou rigidez de regulação, inclusive os responsáveis pelo sistema financeiro atualmente em vigor, porque é criadora de novos paradigmas que colocam em risco o sistema monetário como atualmente é: centralizado, soberano e vinculado ao Estado.

³ *BTC ou XBT* – Criptomoeda descentralizada para transações *peer-to-peer* (ponto a ponto) trazida à público em 2008 por Satoshi Nakamoto, um programador ou o pseudônimo de um grupo de programadores, sendo considerada a primeira moeda digital mundial descentralizada.

⁴ Fundado em fevereiro de 2011 e fechado em 2013, pelo FBI, tendo seu administrador identificado e preso sob as acusações de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, invasão de computadores e contratação de um matador de aluguel, condenado à prisão perpétua. As transações eram feitas em *bitcoins (BTC)*, a mais famosa criptomoeda. Vide SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

⁵ *Deep Web* são as páginas que não estão na superfície da internet e não aparecem nas buscas realizadas em buscadores comuns, como o *Google*. *Dark Web* é uma parte da *Deep Web* que não é acessível pelo navegador comum, sendo necessária a utilização de *browsers* específicos e que garantem navegação anônima.

1. CRIPTOATIVOS E TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

De modo geral, não existem definições universais acerca do conceito de criptoativos, o que pode acarretar em alteração da natureza jurídica ou conceitual da tecnologia, com a evolução de normas e discussões sobre o assunto, até a publicação deste artigo.

No Brasil, embora sejam cinco os projetos de lei relacionados a criptoativos, o primeiro deles e, portanto, mais avançado em relação a estudos na área – porque formador de uma Comissão Especial que ouviu diversos especialistas desde sua apresentação –, é o Projeto de Lei n. 2.303/2015, que singelamente pretendia incluir as moedas virtuais dentro da regulamentação de arranjos de pagamento,¹ sob supervisão do Banco Central.² Em que pese o projeto tenha sido muito criticado, foi o pontapé inicial para a proposição, após os estudos realizados, de novo projeto de lei que agora tramita conjuntamente ao PL 2.303/2015, o Projeto de Lei n. 2.060/2019, que aborda o regime jurídico dos criptoativos e assim os conceitua:

Art. 2º Para a finalidade desta lei e daquelas por ela modificadas, entende-se por criptoativos:

I – Unidades de valor criptografadas mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, geradas por um sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis e que não sejam ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país;

II – Unidades virtuais representativas de bens, serviços ou direitos, criptografados mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, registrados em sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis, que não seja ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país;

III – Tokens Virtuais que conferem ao seu titular acesso ao sistema de registro que originou o respectivo token de utilidade no âmbito de uma determinada plataforma, projeto ou serviço para a criação de novos registros em referido sistema e que não se enquadram no conceito de valor mobiliário disposto no art. 2º da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

¹ A lei n. 12.865/2013 define arranjo de pagamento como um conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público, aceito por mais de um receptor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores.

² O Relator do Projeto, Deputado Federal Expedito Netto protocolou substitutivo ao projeto, no qual pretendia não apenas proibir, mas criminalizar o lançamento, comercialização, intermediação e até mesmo a aceitação dos ativos virtuais como meio de pagamento, porque, segundo o seu entendimento, as moedas virtuais representariam invasão ao Sistema Monetário Nacional e violariam preceitos constitucionais que garantem ao Banco Central Brasileiro o monopólio quanto à emissão de moeda, ainda que digital.

Atualmente, no Brasil, a instrução normativa IN RFB n. 1.888/19, da Receita Federal Brasileira, em seu artigo 5º, I, e a Comissão de Valores Mobiliários, em um de seus comunicados, definem o que é criptoativo, uma vez que uma lei que vise caracterizar a natureza jurídica dos ativos criptografados, e, portanto, conceituá-los, ainda não foi aprovada, estando a regulamentação no patamar de projetos. Segundo a CVM, “criptoativos são ativos virtuais protegidos por criptografia presentes exclusivamente em registros digitais, cujas operações são executadas e armazenadas em uma rede de computadores.”.³ Segundo a Receita Federal do Brasil, ativos criptográficos são:

*A representação digital de valor denominada em sua própria unidade conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registro distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.*⁴

Em nível mundial, alguns países definiram, em suas leis, memorandos e informativos próprios, o que são criptoativos.

Como organismo internacional e intergovernamental que tem por objetivo a implementação de leis, regulamentos e operações no combate à lavagem de dinheiro, ao terrorismo e outras ameaças ao sistema financeiro internacional, o Grupo de Ações Financeiras Internacional, GAFI/FATF (*Financial Action Task Force*), em seu glossário⁵ define que *virtual asset*, ou ativo virtual, é:

Uma representação digital de valor que pode ser digitalmente comercializado, ou transferido, e que pode ser usado como meio de pagamento ou para fins de investimento” e completa que “as representações digitais de moedas oficiais, valores mobiliários ou outros ativos financeiros que já estão tratados em outras partes das Recomendações.

O conceito do GAFI parece ter inspirado os regulamentadores brasileiros, que, tanto na Receita Federal, como nos projetos de lei em tramitação, preveem que os

³ PORTAL DO INVESTIDOR. *Alerta CVM Criptoativos*. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf.

⁴ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Instrução Normativa RFB Nº 1888, de 03 de maio de 2019*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>.

⁵ GRUPO DE AÇÕES FINANCEIRAS INTERNACIONAL – GAFI. *Glossário*. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/glossary/u-z/>.

ativos criptográficos são representações de valores, digitalmente transferíveis e que não constituem moeda de curso legal oficial.

Diante disso, o que se pode entender é que criptoativos ou ativos criptográficos são uma representação de valor ou direito contratual – no caso de *smart contracts* –, protegida por criptografia e mantida em um sistema de registro distribuído, passível de transferência e negociação por meio eletrônico.

A nomenclatura criptoativos ou ativos criptográficos causa estranheza por parte daqueles que não conhecem a tecnologia *blockchain* e a quem o acesso a esta tecnologia se restringe ao conhecimento superficial do *Bitcoin*⁶ – a expressão famosa da *blockchain*. Isso se dá porque a primeira menção ao tema ocorreu conjuntamente ao surgimento do *Bitcoin*, trazido ao público por Satoshi Nakamoto,⁷ pseudônimo de um desenvolvedor ou grupo de desenvolvedores, que apresentou a tecnologia em 2008, justamente quando os Estados Unidos da América viviam a Crise *Subprime* e a população era favorável a projetos que buscassem uma intervenção estatal mínima, uma vez que a crise provocou a desconfiança generalizada no sistema financeiro.

Em tradução livre, *blockchain* significa cadeia de blocos, na qual ficam registrados publicamente os detalhes das transações, em forma de blocos (*blocks*, em inglês), sendo que cada novo bloco de transações é acoplado a uma cadeia (*chain*, em inglês) de blocos pré-existentes a partir de um processo de criptografia computadorizada que valida as transações.

Blockchain, segundo Adriano Caravina,⁸ nada mais é do que (...) *uma espécie de planilha (tabela) de Excel gigante, consistente numa enorme lista de endereços (addresses) Bitcoin, que arquiva todas as transações efetuadas em Bitcoins (transferência de créditos, pagamentos).*

⁶ *Bitcoin – BTC* – é uma criptomoeda descentralizada para transações ponto a ponto, em inglês *peer-to-peer*, considerada a primeira moeda digital mundial descentralizada, uma vez que permite transações financeiras sem intermediários, mas verificadas por todos os usuários da rede. *Peer-to-peer* é uma rede de computadores configurados para que arquivos e pastas selecionados sejam compartilhados com todos ou com alguns usuários selecionados.

⁷ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin – A Peer-to-peer electronic cash system*. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

⁸ CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins: fácil, prático e completo*. Brasil, 2017.

A tecnologia *blockchain* é um protocolo para armazenamento de informações, gerador de uma base de dados permanente, distribuída e universal, ou seja, um grande livro-razão, de acesso público, amplo, de difícil modificação,⁹ validável e de pseudoanonimato. Na tecnologia *blockchain*, o livro-razão contendo as informações é distribuído, ou seja, não há ponto de centralização dessas informações, nem qualquer autoridade central para controle de fluxo ou regulação e fiscalização. Assim, as transações são globais e transacionais, além de extremamente seguras, porque são feitas através de uma rede distribuída – *Distributed Ledger Technologies (DLTs)* –, e a *blockchain* armazena seus dados em blocos criptografados e mantém uma cópia das informações devidamente sincronizada e atualizada em todos os computadores que fazem parte da rede.

Embora a tecnologia pareça complicada e o termo *blockchain* possa soar estranho aos ouvidos leigos, a ideia principal é simples: a tecnologia permite enviar dinheiro de forma direta e com segurança, sem passar por um intermediário.¹⁰

O *Silk Road* é um ótimo exemplo de como a rastreabilidade do *bitcoin*, o que se deve à tecnologia *blockchain*, favorece a resolução de uma série de crimes, uma vez que cada transação fica registrada e observando-as, é possível determinar todas elas, desde a inicial até a última realizada. Prova disso foram as prisões, não só de vendedores e compradores e do idealizador do *site*, mas de dois agentes federais que trabalharam nas investigações. Em 2015, um agente do serviço secreto americano, Shaun Bridges, foi condenado por transferir mil seiscentos e seis *bitcoins* que estavam guardados em uma conta federal para *exchanges*,¹¹ sendo que os investigadores possuíam o endereço da carteira – mecanismo que permite o armazenamento de criptomoedas e transferências através de um dispositivo eletrônico – e comprovaram ter sido o agente o responsável pelas transações. Já Carl Mark Force foi um agente da *Drug Enforcement Administration – DEA*, que se deixou corromper e vendeu informações para o criador do *site* e seus administradores e embora tenha enviado

⁹ A impossibilidade de alteração das informações de um bloco decorrem do fato de que qualquer modificação de informações acarretará também a alteração do *hash* do bloco.
NAYARANAN. *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies – A comprehensive introduction*. Princeton University Press, 2016.

¹⁰ TAPSCOTT, DON e TAPSCOTT, ALEX. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016, p.35-36.

¹¹ Empresa que facilita troca de criptomoedas por outros ativos, por moedas fiduciárias convencionais ou outras moedas digitais.

os ativos virtuais para quatro contas em *exchanges* diferentes na tentativa de esconder o destino final, os investigadores conseguiram traçar o caminho das criptomoedas através da *blockchain*, que revelou que todas as transações foram, ao final, parar em uma mesma conta em uma *exchange*, que era gerenciada pelo próprio Force.¹²

Tal fato, por si só, demonstra que o anonimato do *bitcoin* – e dos demais ativos criptográficos –, argumento utilizado para defender a sua facilidade como artefato para o cometimento de crimes, não é, de modo geral, absoluto. Na verdade, trata-se do que chamamos de pseudoanonimato.

Com uma proposta de serem, de fato, criptomoedas anônimas, novas opções surgiram no mercado, como *monero*, *dash*, *zcash*, porém, trabalhos técnicos indicam que é possível o rastreamento de dados dos usuários destas criptomoedas, através de vulnerabilidades nos mecanismos de privacidade dos seus sistemas. Além disso, ainda que existam as criptomoedas que prometem o anonimato total, o seu uso ainda é pequeno perto do *bitcoin*, a moeda virtual mais utilizada – mesmo em casos conhecidos de crimes envolvendo o ativo –; a seleção pelo anonimato total acende um sinal para o investigador – seja na opção pelo uso de criptomoedas de privacidade obrigatória ou pela escolha de manter maior anonimato nas transações realizadas com as que permitem optar por este serviço – que irá se aprofundar melhor nas transações envolvendo tais moedas; são rastreáveis ou passíveis de rastreamento, na maioria das transações, conforme demonstram estudos e, por fim, estão sendo banidas de corretoras de criptomoedas preocupadas com os parâmetros antilavagem de capitais adotados pelo seu país, seja porque precisam se licenciar e para isso atender os requisitos estabelecidos nas regulamentações, seja porque podem ser responsabilizadas penalmente – embora existam estudos que indicam que é possível transacionar com essas criptomoedas e ainda assim cumprir as políticas antilavagem de capitais.

Entretanto, o *bitcoin* ainda é a moeda mais utilizada no mercado ilícito – em que pese a moeda fiduciária ainda seja o principal meio de lavagem de capitais no mundo – e, sendo a escolhida, é perfeitamente rastreável e conduz a uma reação em cadeia que remete o investigador à primeira transação realizada, culminando na identificação e

¹² VICE. *Como um suposto agente duplo do DEA foi preso por ganhar dinheiro fácil no Silk Road*. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/yph8jx/como-um-suposto-agente-duplo-do-dea-foi-preso-por-ganhar-dinheiro-no-silk-road.

responsabilização de diversos envolvidos, o que não ocorre com os demais bens com os quais comumente se concretiza o crime de lavagem de capitais.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE LAVAGEM DE CAPITAIS COM CRIPTOATIVOS

A lavagem de dinheiro, segundo o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o COAF,¹³ caracteriza-se por:

(...) um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

De acordo com a maioria dos autores, a lavagem de dinheiro se desenvolve em três etapas: colocação (*placement*); dissimulação (*layering*) e integração (*integration*).¹⁴ A colocação nada mais é do que a inserção do dinheiro no sistema econômico, objetivando ocultar sua origem; a dissimulação consiste em dificultar o rastreamento dos recursos ilícitos, tendo por objetivo quebrar a cadeia de evidências, embaraçando investigações sobre a origem do dinheiro, e a integração ocorre quando os ativos são reincorporados, formalmente no sistema econômico, depois de se tornarem “limpos”.

Com a evolução da tecnologia, surgiu o que chamamos de *cyberlaundering* ou lavagem de dinheiro cibernética, com o uso de *internet*, sendo a mais conhecida a *virtual laundering*, que é o uso do ambiente virtual para o cometimento do crime, incluindo o uso de cassinos *online*, jogos virtuais, jogos de múltiplos jogadores *online* e uso de ativos criptográficos.

Com relação aos criptoativos, Heloísa Estellita,¹⁵ em resumo traduzido para o português do livro “*Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*”, de autoria de Johanna

¹³ MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Prevenção à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>.

¹⁴ COAF. *Fases da lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro>.

¹⁵ ESTELLITA, Heloísa. *Criptomoedas e lavagem de dinheiro*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000100500

Grzywots, assim dispõe as fases da lavagem de capitais com ativos criptográficos, mais especificamente o *bitcoin*:

Na fase da colocação, pode-se pensar na inserção de valores patrimoniais no sistema de BTC, ou seja, a obtenção de BTCs com valores provenientes da prática de crime anterior. Isso pode ser feito por meio de aquisição em exchanges; em caixas automáticos de compra de BTCs com valores em espécie; em plataformas que conectam usuários para transações diretas; por meio de venda direta de bens obtidos com a prática de crimes e do recebimento do pagamento diretamente em BTC; pela aquisição direta de BTCs com o produto do crime, quando, por exemplo, a venda de drogas é remunerada em BTCs; ou pela transferência de BTCs de um para outro endereço de BTC.

A dissimulação pode ser diferenciada em simples e complexa. A simples se dá ante a possibilidade de que uma mesma pessoa possa gerar infinitas chaves públicas, mudando o endereço dos BTCs sem que o usuário perca o controle sobre eles. Também se pode usar os endereços de BTCs de terceiros ou mesmo de agentes financeiros. (...) As formas mais complexas de dissimulação envolvem os chamados mixing-services (serviços de mistura ou mescla), cuja função é justamente apagar o rastro das BTCs dentro do blockchain, ou seja, romper com a transparência inerente ao sistema.

(...) A integração pode ser feita pela troca de BTCs por moedas estatais por meio de exchanges de criptoativos ou pela aquisição direta de bens e produtos.

Segundo o escritório de advocacia suíço *Lenz e Staehelin*, em documento produzido para *Global Legal Insights* sobre leis e regulamentos de *blockchain* em 2020, na colocação, os riscos dos ativos criptográficos se encontram no fato de possibilitarem a abertura de um significativo número de carteiras anônimas; na ocultação, os ativos virtuais permitem que a fonte dos recursos seja ofuscada por meio de inúmeras transferências de carteira para carteira ou conversão em diversos tipos de criptoativos e, na integração, a facilidade se encontraria, na aceitação cada vez maior de ativos criptográficos para pagamento e compra de bens e serviços.

A professora Heloísa Estellita, no já mencionado artigo, complementa que a fase de ocultação não pode subsistir com relação aos criptoativos, se tornando impraticável, em virtude da ausência da atividade corpórea de esconder o bem, o que é exigível para essa modalidade de lavagem de dinheiro. Tal fato não se visualizaria nem mesmo em casos de armazenamento de ativos virtuais em *cold wallets* ou *paper wallets*, de entrega desses a um terceiro, ou, ainda, na troca destes ativos virtuais por moeda estatal ou por bens e serviços – ainda que em transações P2P (que dispensam uma *exchange* como intermediária) –, pois o tipo legal ocultar exige uma atitude no sentido de encobrir a existência do bem, o que

a *blockchain*, no caso de transações com ativos virtuais, com sua transparência e histórico disponíveis de forma pública, impossibilita.

Da mesma forma ocorreria com a dissimulação, onde a *blockchain* impede que diferentes transações simples, ou conversão de moeda estatal ou um ativo virtual em diversas outras espécies de ativos sejam tipificadoras do delito de lavagem de capitais, porque todos os remetentes e destinatários dos ativos criptográficos estão registrados publicamente e podem ser facilmente vinculados uns aos outros, como ocorreu no já citado caso do *Silk Road*, em que diversas transações foram realizadas, por meio de diferentes carteiras eletrônicas, registradas em mais do que uma *exchange*, o que não garantiu a desvinculação aos destinatários finais, que foram descobertos, processados e condenados.

No que diz respeito à dissimulação, tampouco o uso de *mixing-services* poderia ser enquadrado como, porque apenas tem como objetivo o obscurecimento da relação entre remetente e destinatário, bastando que se descubra a quem pertence o último endereço para acessar a todas as demais informações. Os serviços de misturadores de criptomoedas, vistos por alguns como tentativas de dissimulação para fins de lavagem de dinheiro, pois são criadores de camadas para dificuldade do rastreamento dos ativos virtuais até sua origem, de acordo com um relatório apresentado pela *Chainalysis*, são usados muito mais para proteção da privacidade do que para práticas ilícitas, sendo que apenas 8,1% das moedas misturadas foram roubadas e apenas 2,7% das moedas misturadas foram utilizadas anteriormente em mercados ilícitos da *darkweb*.

Segundo já vimos acerca da fase de dissimulação na lavagem de capitais, o objetivo é a criação de dificuldades para o rastreamento dos valores até sua origem ilegítima, o que, diante da trilha de transações registradas de forma pública na *blockchain*, mesmo em casos de uso de serviços de mixagem, torna-se um desencorajador e não uma facilitador.

Conforme o exposto, a lavagem de dinheiro caracteriza-se pela reinserção na econômica formal de um patrimônio resultante de atividades criminosas. Porém, é preciso desmistificar a ideia de que a simples aquisição de criptoativos com moeda fiduciária ou com qualquer outro bem originado de um crime antecedente representará, por si só, a vantagem alcançada pelo delito de lavagem de dinheiro e que o ativo criptográfico represente um atrativo a quem pretende lavar seu capital ilícito. A mera posse de criptoativos em uma carteira eletrônica ou em uma *cold wallet* não representa reinserção na econômica formal,

porque não configura a vantagem econômica buscada pelos praticantes da lavagem de capitais, que somente terão patrimônio sem a efetiva oportunidade de utilizá-lo, dada à rastreabilidade. Há, para configuração da integração, a necessidade de utilizar – ou visar a utilização de tais criptoativos que tenham sido adquiridos com produto do crime para compra de bens ou trocá-los por moeda soberana, obtendo, assim, vantagem financeira e visando a sua efetiva reinserção na econômica formal. A aquisição de ativos virtuais com dinheiro advindo de ilicitudes e a sua manutenção, seja em carteiras eletrônicas ou em *cold wallets*, não tem o condão de configurar o delito de lavagem de capitais, assim como o mero gasto de dinheiro fiduciário ilícito, tratando-se, esse caso, de apenas aproveitamento econômico do crime anterior.

Conforme o exposto anteriormente, a *blockchain* é circundada por mecanismos de rastreio, bloqueio do agente negativo de forma célere e alta velocidade das transações, o que permite uma análise automatizada dos dados necessários, facilitando a localização de uma transação fraudulenta, mesma que existam diversas movimentações na tentativa de escondê-la. Todos os remetentes e destinatários e as transações efetuadas ficarão registrados publicamente na *blockchain*, demonstrando a dificuldade criada pela tecnologia para que o crime de lavagem de dinheiro se efetive e, quando efetivado, a maior facilidade em solucioná-lo e punir os responsáveis ou muito mais responsáveis – os partícipes – do que na maioria dos casos até hoje analisados com a lavagem de dinheiro por métodos tradicionais.

Um dos principais motivos de preocupação com relação aos ativos virtuais é o seu caráter transfronteiriço, que nada mais é que a capacidade de cruzar fronteiras com maior facilidade. Certamente, criptoativos possuem mais facilidade no cruzamento de fronteiras, o que poderia ser identificado como um risco para lavagem de dinheiro, porque são fisicamente menos volumosos do que moeda fiduciária, que exigiria transporte físico e passagem pela segurança das fronteiras dos governos. Todavia, sem dúvida, representam menor risco do que dinheiro ou cartões, por exemplo, justamente porque esses, embora exijam maior esforço físico para atravessar fronteiras, quando o fazem não deixam nenhum registro.

No que diz respeito à globalidade, os ativos virtuais ainda oferecem menor risco, porque, em que pese possuam alcance mundial, haja vista a mera exigência de uma conexão

com *internet* para transacionar, geralmente não são reconhecidos mundialmente como moeda legal ou aceitos como meio de troca, ao contrário da moeda fiduciária e outros métodos de pagamento tradicionalmente conhecidos e aceitos de forma universal.

Essas limitações mitigam os riscos da transnacionalidade e do alcance global dos ativos virtuais ou, no mínimo, equiparam os criptoativos, no que tange aos riscos de lavagem de dinheiro, aos métodos tradicionais de pagamento.

Quando se fala em facilidade de lavagem de dinheiro com uso de ativos criptográficos, devido ao seu pseudoanonimato, já desmitificado aqui, deixa-se de analisar que a moeda fiduciária ainda é a maior fonte da lavagem de capitais e sobre a qual não há qualquer rastreabilidade, o que fez, inclusive, com que a Promotora de Justiça do caso *Silk Road*, Kathryn Haun afirmasse, em entrevista, preferir lidar com casos que envolvam criptomonedas, dado o rastro deixado por elas e contou com detalhes qual a importância da *blockchain* do *Bitcoin* para levar criminosos para a cadeia.¹⁶

Cita-se, como exemplo da irracionalidade ou da maior dificuldade encontrada em demonstrar o histórico das transações com moeda fiduciária, a nível nacional, o famoso caso das malas de dinheiro de Geddel Vieira Lima, encontradas durante operação da Polícia Federal que apreendeu milhões de reais em espécie, cuja origem ainda é discutida, sendo investigados diversos possíveis pagadores de propina. A estipulação do passado do dinheiro não foi possível porque moeda em espécie não deixa rastros e porque o investigado, Geddel, negou-se a esclarecer a origem dos valores, sendo que o deslinde das investigações apontando a suposta procedência se deu através de delações premiadas, o que não garante a veracidade do fato. Com os ativos criptográficos, o histórico de transações fica disponível, e mais, é inalterável, uma vez que a *blockchain* não permite alterações sem que toda a sua cadeia de blocos seja adulterada, o que seria percebido de prontidão.

Imagina-se, para fins de especulação, que o caso Geddel tivesse utilizado, ao invés de moeda fiduciária, criptomonedas no intuito de praticar delitos, entre eles lavagem de capitais, por ser, segundo o que a maioria se propõe a afirmar, um grande facilitador no cometimento e ocultação do crime. Nesse caso, cada transação realizada seria identificada, mostrando sua transação anterior, facilitando a chegada do investigador ao pontapé inicial

¹⁶ Entrevista completa em: https://www.youtube.com/watch?v=ql-dQ_ecsvw&feature=emb_title.

do crime, o que garantia não apenas a confirmação fatal de que houve o delito, mas de todos os seus partícipes, fato que no caso Geddel torna-se impossível, pois para punição de todos os envolvidos necessário se faz a confissão do acusado sobre todo o esquema ou de todos demais, o que, no campo do direito processual penal, é de difícil efetivação.

Famosos casos ocorridos no Brasil, onde políticos influentes esconderam notas de dinheiro nas partes íntimas ou roupas íntimas, supostamente oriundos de lavagem de dinheiro, são a demonstração da escolha, pela moeda fiduciária, ainda na maioria dos casos. Todavia, há quem venha, mesmo em casos escandalosos de instituições financeiras superreguladas – bancos, por exemplo – ou de crimes cometidos com o real, bradar contra criptoativos e seu potencial risco para a lavagem de dinheiro, como fez um ex-presidente do Banco Central, ao questionar a potencialidade dos ativos virtuais para atos criminosos, diante das notícias recentes de dinheiro em papel oculto entre as nádegas de um senador.¹⁷⁻¹⁸

Além do recente caso do senador Chico Rodrigues (DEM-PR), no caso de José Adalberto Vieira da Silva, preso com cerca de cem mil dólares na cueca e mais cerca de duzentos mil dólares em uma maleta, no aeroporto de Congonhas, em São Paulo, em 2005, em que a origem daqueles valores foi tão discutida que o processo investigativo durou mais de treze anos sem prova de irregularidade ou de relação do fato com atividades ilícitas.¹⁹

Esta pesquisa responde aos questionamentos formulados, uma vez que, da mesma forma que no citado caso Geddel, se no lugar de terem escondido notas de reais dentro das roupas íntimas fossem utilizadas criptomoedas, em todos os casos conhecidos, as autoridades investigadoras não estariam questionando a origem dos valores e os órgãos de persecução penal não afirmariam ser impossível, prontamente, provar a relação dos montantes apreendidos com crimes.

¹⁷ COINTELEGRAPH. *The Guy puts 200 in the ass imagine whit bitcoin, says former president of the central bank*. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/the-guy-puts-200-in-the-ass-imagine-with-bitcoin-says-former-president-of-the-central-bank-warning-about-money-laundering>.

¹⁸ G1. *Senador com dinheiro na cueca: o que se sabe e o que falta esclarecer*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/16/senador-com-dinheiro-na-cueca-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-esclarecer.ghml>.

¹⁹ G1. *Arquivamento da investigação do caso dos dólares na cueca é negado pela justiça do Ceará*. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/10/22/arquivamento-da-investigacao-do-caso-dos-dolares-na-cueca-e-negado-pela-justica-no-ceara.ghml>

Corroborando o fato de que a criptomoeda leva, erroneamente, a pecha de artefato fácil para a lavagem de capitais, uma pesquisa publicada pela empresa de análise de criptomoedas, *Messari*, em parceria com *Chainalysis*, empresa de análise de dados em *blockchain* e *United Nations Office on Drugs and Crime* revelou que o dólar é oitocentas vezes mais utilizado para lavagem de dinheiro na *Dark Web* do que o *bitcoin*. E, ainda, um Relatório do Tesouro do Reino Unido sobre o delito de lavagem de capitais entre 2015 e 2017, concluiu que o risco de utilização de criptoativos no crime é ainda baixo e que as preocupações quanto ao anonimato, eficiência no pagamento e remessas externas são os mesmos questionamentos enfrentados em relação aos instrumentos financeiros normalmente utilizados. Ainda, no Reino Unido, David Raw, diretor adjunto de bancos de crédito da *Her Majestys Treasury*, departamento do governo responsável pelas finanças públicas e política econômica do país, afirmou que as avaliações de risco realizadas pela *National Crime Agency* concluem que o uso de ativos criptográficos para o delito de lavagem de capitais é baixo.

Nesse sentido, o *Center of Sanctions and Illicit Finance*, da *Foundation for Defense of Democracies*, formulou estudo para rastrear os fundos ilícitos na economia de moedas criptografadas entre 2013 e 2016 e a pesquisa concluiu que a parcela de fundos de origem ilícita representa menos de 1% (um por cento) de todos os fluxos e diminuiu à medida que a criptomoeda passou a ser aceita e ganhou maior destaque.

Ainda, os volumes globais e estimativas são relativamente baixos, segundo a Europol, que estimou que em 2017, de três a quatro por cento das receitas de crime na Europa foram lavadas com criptoativos.

No que diz respeito às criptomoedas, de acordo com o escritório de advocacia dos Estados Unidos, *Perkins Coie*, as moedas da privacidade, *monero*, *dash*, *zcash*, não representam grande risco em termos de lavagem de dinheiro como outras moedas virtuais, porque as inúmeras medidas contra lavagem de dinheiro tomadas pelas agências de regulação mundiais, como é o caso do Departamento de Serviços Financeiros de Nova Iorque, da Agência de Serviços Financeiros do Japão, do *FinCen*, do GAFI e da Autoridade de Conduta Financeira do Reino Unido, sendo suficientes para conter os possíveis problemas causados pela privacidade de tais moedas criptografadas com privacidade aumentada. Segundo o estudo, o *bitcoin* é responsável por mais de noventa por cento dos endereços

usados na *darknet*, o que é alto em comparação aos 0,3% que sobram para *monero*, *zcash* e *dash*, combinados.

Legitimando o fato de que os criptoativos ainda não são – e não serão, se bem estudados e regulamentados minimamente – objeto preferido dos lavadores de dinheiro profissionais vem a notícia divulgada recentemente que aponta o escândalo envolvendo lavagem de dinheiro, em quantias bilionárias, através de bancos. Pesquisas já apontaram que o principal método de lavagem de dinheiro no mundo é o dinheiro fiduciário, seguido por outros métodos, colocando os criptoativos praticamente no final desta lista de artefato para o uso do delito.

O relatório do Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos – ICIJ – denunciou, recentemente, os maiores bancos do mundo por esquemas de lavagem de capitais em quantias extravagantes, que passam pelas instituições financeiras há anos, sem qualquer suspeita ou investigação. Com o criptoativo, não há impedimento da prática do crime, há dificuldade. Bilhões em dinheiro não passariam pela *blockchain*, sendo lavados por anos, sem que houvesse uma investigação e, havendo essa investigação, conduziria as autoridades investigadoras ao início das transações suspeitas, levando a punição de todos os envolvidos.

A investigação do ICIJ se baseou em centenas de relatórios de atividades suspeitas feitos ao *FinCen* por bancos em todo o mundo, que demonstraram a fragilidade das instituições bancárias no combate ao crime de lavagem de dinheiro e a facilidade com que os exploradores destas vantagens transacionaram cerca de dois trilhões de dólares em transações suspeitas entre 1999 e 2017, sendo que cinco grandes bancos – *JMorgan Chase*, *HSBC*, *Standar Chartered*, *Deutsche Bank* e *Bank os New York Mellon* – foram acusados de terem continuado transacionando fundos suspeitos, mesmo depois de processados ou condenados por má conduta financeira.²⁰

Somente no *JPMorgan* foram movimentados, por uma única empresa, mais de um bilhão por meio de uma conta em Londres, cujo proprietário era desconhecido – o que depois foi descoberto que poderia pertencer a um mafioso da lista dos dez mais

²⁰ COINTELEGRAPH. *Banks are denounced for money laundering*. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/banks-are-denounced-for-money-laundering>.

procurados do *FBI* –, o que esbarra frontalmente nas políticas antilavagem de dinheiro e *Know Your Client* necessárias às instituições financeiras e que agora são imperativas também às *exchanges* – consideradas alvo fácil para transações suspeitas por protegerem a privacidade de seus clientes e não exigirem vasta documentação para abertura de contas. Quanto ao *HSBC*, que não é a primeira vez que se envolve em escândalos financeiros, o banco permitiu movimentações de milhões de dólares em dinheiro roubado em todo o mundo, mesmo depois de saber que o esquema era uma farsa.

O maior escândalo brasileiro em corrupção, a construtora *Odebrecht*, envolvida em diversos casos investigados e condenados de suborno e corrupção com governos nos últimos anos, realizou, sozinha, quatrocentas e dezessete transações suspeitas, por meio de vinte bancos diferentes., entre 2010 e 2016, totalizando cerca de seiscentos e sessenta e sete milhões de dólares movimentados.

A ICIJ, porém, alerta: os mais de dois mil relatórios vazados não somam 0,1% das atividades suspeitas que o *FinCen* recebeu entre 2011 e 2017, havendo cerca de doze milhões de relatórios envolvendo lavagem de dinheiro com instituições bancárias, os quais permanecem sigilosos.

Nesse ponto, a empresa de análise em *blockchain* manifestou-se no sentido de que cerca de onze bilhões de dólares em transações com criptoativos foram associadas a atividades criminosas em 2019, o que representa somente 1,1% de toda a atividade criminosa.

Os dados aqui apresentados sugerem que os criptoativos podem, sim, serem ferramentas adicionais para lavagem de capitais, porém, o alvoroço criado em torno da tecnologia não se justifica, porque o pseudoanonimato, as transações públicas e a complexidade do sistema de navegação necessárias para utilização destes ativos não são passíveis de fornecerem, atualmente, uma alternativa mais eficiente ou mais eficaz aos lavadores de dinheiro.

Tal fato afasta a ideia generalizada de que os ativos criptográficos, por serem, teoricamente, fonte segura, representariam uma vantagem sobre o dinheiro fiduciário para o crime de lavagem de dinheiro, porque esta conclusão deriva única e exclusivamente

da falta de conhecimento, debate e regularização do assunto, sendo mais viável apenas reproduzir os estudos já realizados do que se aprofundar na questão.

A *blockchain*, através do exemplo do *Silk Road* – que demonstrou ao mundo o potencial do *bitcoin* como método de pagamento, mas também fez com que os criptoativos, até hoje, sigam acompanhados por uma áurea de suspeita – também revelou seu potencial na elucidação de crimes. Assim, é possível dizer que, em casos de crimes de lavagem de dinheiro perpetuados com ativos virtuais, além de serem mais difíceis e mais desencorajados – justamente pela rastreabilidade e registro público das transações – também oferecem uma facilidade na elucidação dos casos, pois permitem que, a partir do acesso a uma única transação, todas as demais se revelem, indicando os participantes da conduta criminosa, com uma precisão que o dinheiro fiduciário e os demais meios convencionais de lavagem de capitais não oferecem. A partir disso, afirma-se que além de dificultar o cometimento de crimes financeiros, a *blockchain* contribui para uma resposta estatal punitiva efetiva, pois permitira a condenação dos responsáveis em todos os graus do delito, incluindo os partícipes, o que hoje em dia, no sistema processual penal brasileiro não ocorre, muito em virtude da ausência de provas dos crimes cometidos e da participação de terceiros, que fica à mercê de delações premiadas.

A *blockchain* tem mostrado seu potencial em diversos setores. No que diz respeito à produção probatória e seus efeitos jurídicos, pode ser usada tanto para fundamentar condenações, aumentando, assim, a resposta estatal aos crimes do colarinho branco, como para absolvições, evitando injustiças no sistema judiciário, como no caso de um português acusado de tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro com ativos virtuais que permaneceu preso, em Lisboa, durante todo o processo e somente foi solto após a verificação dos dados registrados na *blockchain* e constatação de que os *bitcoins* haviam sido recebidos pelo acusado muito tempo antes da efetivação do crime de tráfico de entorpecentes, portanto, de origem lícita.

Criptoativos e suas casas de câmbio são, portanto, raramente utilizadas para lavagem de dinheiro, sendo, o domínio do mercado feito através de meios tradicionais, como dinheiro fiduciário e instituições bancárias comuns. Segundo um relatório elaborado pela *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication – SWIFT* – o papel dos criptoativos na lavagem de dinheiro é tido como exagerado e desprovido de fundamentos

concretos, pois casos de lavagem por esse meio permanecem relativamente pequenos em comparação com os volumes de dinheiro lavado por métodos tradicionais.

Existe, é claro, com relação aos criptoativos, o mau uso, o medo do novo e a disseminação de pré-conceitos, principalmente pelos setores interessados em uma rígida regulamentação ou na proibição total de circulação dos ativos virtuais. Uma guerra aos criptoativos está sendo difundida por aqueles que os enxergam como vilões, mais pelo seu caráter ameaçador ao sistema financeiro atual do que à administração da justiça. Bancos acusam *exchanges* de facilitarem lavagem de dinheiro e requerem, no mínimo, que sejam obrigadas a instituírem políticas antilavagem de capitais. Bancos, esses, que se submetem, há tempos, a diretrizes no combate ao delito de lavagem de dinheiro e seguem permitindo que milhões sejam lavados em suas agências e contas bancárias.

Um dos problemas levantados por quem defende que criptoativos são artefatos que facilitam a lavagem de dinheiro é a alta velocidade das transações, que fazem com que, em questão de minutos, milhares de criptoativos viagem o mundo²¹ – o que os torna velozes e globalizados. Todavia, a velocidade das transações não é, por si só, um problema, porque em contrapartida existem o alto grau de rastreabilidade dos criptoativos, em especial o *bitcoin*, e, ainda, a velocidade e facilidade no bloqueio dos ativos e transações suspeitas, assim, a medida que a transação é veloz e permite a rápida transferência de ativos virtuais através de diversas jurisdições, por conta da sua transparência e devido aos registros na *blockchain*, é possível rastrear por onde andou o criptoativo e bloqueá-lo, praticamente na mesma velocidade em que ocorreu a transferência, principalmente se realizada através de *exchanges*, que são o foco antilavagem de capitais do GAFI, justamente por serem intermediadoras dessas negociações.

Certamente a passagem de criptoativos por *exchanges* facilitaria o trabalho da autoridade policial na tarefa de atribuir nomes aos pseudônimos registrados na rede, bem como em casos de necessário bloqueio dos ativos, principalmente e especialmente se existir, no país em que localizada, política antilavagem de capitais exigida para seu licenciamento, como orienta o GAFI, com preenchimentos de requisitos mínimos obrigatórios para

²¹ No site <https://fiatleak.com/btc> é possível acompanhar, em tempo real transferências de criptoativos pelo mundo.

cadastro de clientes, observando o *Know Your Client* e obrigação de relatórios de atividades suspeitas.

Os criptoativos são, assim, passíveis de serem objeto material do delito de lavagem de dinheiro, porém, não fornecem uma alternativa melhor ao sistema praticado atualmente, pois, com base no que estudamos sobre o pseudoanonimato e a rastreabilidade, o argumento de que lavar dinheiro com ativos virtuais é mais fácil trata-se de um equívoco. O objetivo da lavagem de dinheiro é a criação de métodos, desde a primeira fase até a fase final, para ocultar as transações realizadas, visando o não rastreamento dos bens ou valores ilícitos para reaproveitamento depois de reinseridos na economia formal e a *blockchain* é projetada justamente para ter um registro público de todas as transações, o que torna a lavagem de dinheiro muito mais difícil.

3. ARCABOUÇO JURÍDICO INTERNACIONAL NO COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS COM CRIPTOATIVOS

No que diz respeito às tendências regulatórias no âmbito nacional, temos as inúmeras tentativas de regulamentação dos criptoativos, consubstanciadas, atualmente, nos cinco projetos de lei existentes e, mais, no estudo formulado pela comissão de juristas que visa alterar a lei de lavagem de capitais para fazer incluir a tipificação deste crime por meio de novas tecnologias.

Como órgão influenciador de políticas antilavagem de dinheiro no mundo, o GAFI, atento aos acontecimentos a nível internacional, desde 2013 vem investindo seu tempo em estudar os criptoativos e a sua utilização para o cometimento de delitos.

O tema, contudo, foi abordado ainda em 2010, quando o órgão emitiu um relatório sobre novos métodos de pagamento, o qual alertava para os riscos provenientes de moedas virtuais. Porém, foi apenas em 2013 que o tópico foi retomado, desta vez relacionado a serviços de *internet*, pagamentos móveis e cartões pré-pagos, em um documento que destacava os riscos para lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo dessas tecnologias. Somente em 2014 o GAFI publicou relatórios para auxílio das autoridades locais dos seus países membros no desenvolvimento de regulamentações adequadas para a tecnologia, sendo um dos principais pontos a necessidade de adoção de práticas similares

nas diversas jurisdições, dada a sua natureza transfronteiriça, e destacou que o caminho para o combate à lavagem de dinheiro tem como aliados os pontos de interseção com o sistema financeiro tradicional, ou seja, as plataformas de negociação de ativos virtuais, *exchanges* ou corretoras, que realizam a conversão entre moedas oficiais e criptoativos e vice e versa.

Esse foi o primeiro estudo específico e detalhado do GAFI sobre o tema, buscando definições de conceitos dos atores do ecossistema dos ativos criptográficos – *exchanges*, administradores, usuários, mineradores, misturadores e provedores de carteiras, entre outros – e identificação de riscos para lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, destacando anonimato e alcance global das estruturas, momento em que trouxe os prestadores/fornecedores de serviços de ativos virtuais como foco das atividades de investigação e repressão antilavagem de capitais.

Em 2015, o GAFI elaborou um guia que facilitava o entendimento e a implementação das suas recomendações ao ecossistema dos ativos virtuais, justamente apontando que a abordagem antilavagem de dinheiro deveria se concentrar nos pontos de interseção que permitem a entrada dos criptoativos no sistema financeiro regulado e não nos usuários que utilizam os ativos criptográficos para compra de bens e/ou serviços. Nesse mesmo documento, o órgão destacou os riscos da proibição de funcionamento de prestadores de serviços de ativos virtuais e de regulação arbitrária, considerando os impactos negativos em nível global, razão pela qual reforçou que os países devem partir da regulamentação das *exchanges* e não da sua proibição, observando, sempre, os pilares preventivos do Grupo, que consistem, principalmente, em avaliação e mitigação de riscos; diligências com relação aos clientes; manutenção de registros; licenciamento ou registro e comunicação de transações suspeitas às autoridades, com previsão legal de sanções administrativas, civis e/ou criminais para o caso de infrações.

O GAFI argumenta que a regulação dos ativos criptográficos deve ser feita com observância das Recomendações já criadas pelo órgão, com destaque para as Recomendações 1, 2, 14, 15, 16, 26, 35 e 40 do documento de 2015. As Recomendações citadas se resumem em regulação das plataformas de transações com criptoativos; no registro e monitoramento de pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de transferência de valores; na imposição de sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas de natureza

administrativa, cível e criminal; além, é claro, da importante cooperação internacional. O GAFI não se posiciona contrariamente à proibição, por seus estados-membros, de negociações com criptoativos, mas aconselha aos reguladores locais que, antes de adotar tão drástica medida, atentem para as Recomendações do documento de 2015.

Por essa razão, o órgão adotou uma nota interpretativa para a Recomendação n. 15, que se trata de promover esclarecimentos sobre a aplicação dos requisitos do GAFI para atividades ou operações envolvendo ativos virtuais e prestadores de serviços de ativos virtuais, inclusive no que diz respeito a políticas de *Know Your Client* e emissão de relatórios de transações suspeitas.

Assim sendo, para efetivar a aplicação das Recomendações do GAFI no que diz respeito aos ativos criptográficos, a orientação é de que os países devem considerá-los como propriedade, rendimento, fundos ou outros ativos ou, ainda, valor correspondente, conceituando-os desta forma. A partir disso, os países devem aplicar as medidas que se referem às instituições financeiras, nas suas já editadas recomendações, também aos fornecedores e prestadores e serviços de ativos virtuais, que deverão ser licenciados ou registrados em suas respectivas jurisdições para poderem operar.

Nas atualizações mais recentes dos relatórios do GAFI, o órgão defende que o monitoramento e a supervisão dos provedores e fornecedores de serviços de ativos virtuais não devem ser de autorregulação, mas sim ter sua condução por autoridades competentes, dotadas de poderes necessários para licenciamento e registro, garantia da observância de normas aplicáveis, realização de inspeções e imposição de sanções disciplinares e patrimoniais. A proposta do GAFI para esta nova tecnologia é a padronização do tratamento dos ativos virtuais e dos prestadores/fornecedores, de modo a permitir um padrão internacional de regulação antilavagem de dinheiro aplicável às instituições intermediadoras de transações envolvendo criptoativos.

O órgão se diz comprometido com o estudo e monitoramento dos ativos virtuais, afirmando que pretende continuar o aprimoramento dos criptoativos e dos prestadores de serviços de ativos virtuais, revisando as implementações dos padrões do GAFI para esta tecnologia, de doze em doze meses, sendo a próxima revisão a ser realizada até junho de 2021, considerando as atualizações necessárias.

No Brasil, o Banco Central do Brasil, em que pese seja o órgão ao qual é atribuída a responsabilidade pela regulação dos criptoativos e das *exchanges* em todos os projetos de lei tramitando sobre essas intermediadoras, já declarou, em mais de uma oportunidade, que atualmente não tem interesse em atrair para si este encargo, ao contrário da Comissão de Valores Mobiliários, que já entende sob sua responsabilidade a regulamentação de criptoativos quando puderem ser equiparados a valores mobiliários. Em reunião envolvendo a Diretoria de regulação do Banco Central, membros da Associação dos Investidores em Criptoativos e seus assessores jurídicos, entre eles a autora desta pesquisa, para discussão de temas ligados justamente com a regulamentação dos ativos criptográficos e crimes financeiros através desta nova tecnologia, o BACEN compartilhou seu desejo de não atrair tal competência – em que pese todos os projetos de lei em andamento coloquem sob supervisão os ativos virtuais –, por enquanto, pois não se entende como órgão responsável pela fiscalização ou regulamentação de ativos virtuais.

Em paralelo à regulamentação dos ativos criptográficos no Brasil, com implementação de uma legislação que partirá do básico conceito de criptoativos e demais termos do setor, transparece, o Banco Central Brasileiro,²² intenção em *tokenizar* a moeda fiduciária brasileira. A utilização cada vez maior de dispositivos eletrônicos e redes de alta velocidade foi o que motivou bancos centrais e autoridades monetárias de diversos países a explorarem, senão concretizarem, a emissão de sua própria moeda soberana em formato digital, o que chamamos de *tokenização* do dinheiro fiduciário.

Segundo o diretor do Banco Central do Brasil, Roberto Campos Neto, o sistema de pagamentos instantâneos criado pelo BACEN, o *Pix*,²³ é o primeiro passo para a substituição da moeda em espécie pelo real digital, visando a circulação da moeda digital nacional emitida pelo banco central, CBDC, em 2022, coexistindo com as já existentes versões em nota e moeda. O real virtual, diferentemente dos criptoativos aqui estudados, não será descentralizado, tendo como autoridade reguladora e intermediadora o Banco Central do Brasil e não há ainda informações contundentes de como funcionará a

²² BANCO CENTRAL DO BRASIL. Burgos, Aldênio e Batavia, Bruno. *Currency in the Digital Era*. Julho de 2018. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/466739481/Currency-in-the-Digital-Era#fullscreen&from_embed.

²³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Pix*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanciera/pix>.

tecnologia por trás do real virtual, porém, a utilização da *blockchain* para controlar as movimentações instantâneas de recursos é um dos caminhos previstos, já que aumenta a rastreabilidade do dinheiro.

A transformação da moeda soberana em uma criptomoeda permite ao emissor acesso ao histórico transacional em tempo real, fornecendo mais dados, mais rápido e com maior precisão. O estudo realizado pelo Brasil no sentido de buscar informações sobre a transformação da moeda fiduciária em moeda virtual concluiu que a *tokenização* do Real desencorajaria a sonegação de impostos, a lavagem de dinheiro e outras atividades ilegais, principalmente pela falta da rastreabilidade do dinheiro físico, em particular notas de alto valor.

CONCLUSÃO

Neste artigo, a autora debruçou-se em demonstrar, com base em pesquisas; estudo aprofundado da tecnologia *blockchain*, que permeia os criptoativos, e do crime de lavagem de dinheiro, suas fases, características e tipologias, que ao contrário da frequente assimilação entre ativos virtuais e crimes financeiros, principalmente a lavagem de capitais, a sua utilização desencoraja os crimes financeiros, seja pela sua transparência e rastreabilidade, seja pela complexidade que exigiria a lavagem de capitais por este meio.

Os ativos virtuais são passíveis de serem objetos materiais do crime de lavagem de capitais, principalmente porque o legislador brasileiro definiu em lei que o comportamento ilícito previsto na norma legal recai sobre quaisquer bens, direitos e valores que tenham se originado de uma infração penal. É sabido que a legislação brasileira antilavagem de dinheiro advém da Convenção de Palermo e esta, por sua vez, dispõe que bens são ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos.

Sobre esse ponto parece não haver discussão. A discussão reside nos criptoativos, geralmente com estudo apenas sobre o *bitcoin*, serem facilitadores ou não do crime de lavagem de dinheiro.

Vimos neste estudo que a *blockchain* é contornada por mecanismos de rastreamento, bloqueio do agente negativo de forma célere e alta velocidade das transações, o que permite uma análise automatizada dos dados necessários, facilitando a localização de uma transação fraudulenta, mesmo que existam diversas movimentações na tentativa de escondê-la, como demonstrado através dos exemplos do *Silk Road* e *AlphaBay*, mercados de ilícitos da *dark web*, que utilizaram principalmente *bitcoin* como meio de pagamento e que, após o fechamento e prisão de seus idealizadores, permitiram o rastreamento de diversas operações, culminando assim em outras tantas prisões e condenações. Todos os remetentes e destinatários e as transações efetuadas ficarão registrados publicamente na *blockchain*, demonstrando a dificuldade criada pela tecnologia para que o crime de lavagem de dinheiro se efetive e a péssima escolha que seria, ao criminoso, fazer uso desta tecnologia para o cometimento desse crime, pois esbarraria na transparência e rastreabilidade dos ativos criptográficos.

Os criptoativos são, assim, passíveis de enquadrarem como objeto material do delito de lavagem de dinheiro, porém, não fornecem uma alternativa melhor ao *modus operandi* até hoje praticado. As informações apresentadas sugerem que os criptoativos podem, sim, se tornarem ferramentas adicionais para lavagem de capitais, porém, o alvoroço criado em torno da tecnologia não se justifica, porque o pseudoanonimato, as transações públicas e a complexidade do sistema de navegação necessário para o cometimento do crime de forma aprimorada com estes ativos, fazem com que não sejam, atualmente, uma alternativa mais eficiente ou mais eficaz aos lavadores de dinheiro.

Quando efetivado o crime de lavagem de capitais com ativos criptográficos, o que obviamente não é impossível, existe uma maior facilidade em solucioná-lo e punir os responsáveis ou muito mais responsáveis – os partícipes – do que na maioria dos casos até hoje analisados com a lavagem de dinheiro por métodos tradicionais, porque a partir da atribuição de um nome ao endereço de criptoativos registrado na *blockchain* é possível analisar a cadeia de transações que antecedeu ou sucedeu a operação suspeita e assim chegar a diversos coautores do delito, o que não visualizamos, normalmente, com relação a este crime.

A *blockchain* é fonte segura de rastreamento, pois é utilizada para arquivamento de informações em cadeia em cartórios – como registros de pessoas, de atos, de propriedades –,

controle de licitações; pagamento e recebimento de dinheiro público; rastreamento de metais preciosos, diamantes, mercadorias, medicamentos, alimentos, suprimentos e pessoas, demonstrando seu potencial de rastreabilidade e confiabilidade.

Percebe-se, de todo o exposto, através de toda a pesquisa realizada para a conclusão deste estudo, incluindo leitura de entrevistas e artigos e participação em aulas, cursos e grupos de estudo, que muito da fama de objeto perfeito para o crime que levam o *bitcoin* – geralmente o assunto gira em torno deste único ativo virtual – se dá pelo seu suposto anonimato e sua descentralização, isto é, ausência de autoridade central e reguladora. Porém, essa ideia deriva do entendimento errôneo do sistema de criptografia, proteção de privacidade e *blockchain*, porque ao contrário do que o amplamente divulgado, a tecnologia permite o enfrentamento ao crime de lavagem de dinheiro.

Vimos que o anonimato se trata de um pseudoanonimato e que a descentralização não pode ser óbice para que a *blockchain* seja fonte segura, porque nos colocaria na situação de achar que para algo ser confiável precisamos de uma autoridade central regulando, ou seja, uma instituição financeira que dê seu aval à tecnologia e que dite as regras sobre seu uso, o que nos torna reféns da bancarização.

O mau uso da tecnologia – principalmente por aproveitadores das lacunas deixadas pela ausência de conhecimento e de regulamentação, bem como pré-conceitos e entendimentos errôneos disseminados – não pode servir como norte para criação de uma legislação que restrinja drasticamente os criptoativos. Uma guerra aos criptoativos está sendo difundida por aqueles que os enxergam como vilões, mais pelo seu caráter ameaçador ao sistema financeiro atual do que à administração da justiça. Bancos acusam *exchanges* de facilitarem lavagem de dinheiro e requerem, no mínimo, que sejam obrigadas a instituírem políticas antilavagem de capitais.

O sistema bancário é utilizado para criação de contas de fachada pelas quais passam milhões em moeda fiduciária, advindas de ilícitos, mesmo inserido em todo o arcabouço jurídico antilavagem de dinheiro. As instituições financeiras estão inseridas em um rígido regramento antilavagem de capitais, com deveres expressos e legais de *Know Your Client*, sendo as 40 Recomendações do GAFI sobre lavagem de dinheiro relativas, em sua maioria, a estas instituições, determinando como podem ou não agir, dentro do combate a esse tipo de crime. Todavia, mesmo com deveres de coleta, análise

e armazenamento de dados de clientes e de diligenciar com relação a abertura de contas ou manutenção de contas já existentes, proibição de se relacionar com outras instituições de fachada e de reportar operações suspeitas, as instituições financeiras – que não são descentralizadas e possuem autoridade reguladora – são usadas para abertura de contas de fachada para aplicação de golpes – nos quais geralmente ocorrem transferências e o saque é feito imediatamente, sem qualquer possibilidade de estorno e de rastreamento até o autor do crime – e cometimento de outros crimes, além de lavagem de dinheiro em números expressivos. Instituições financeiras, nas quais o cidadão geralmente deposita muita confiança.

O argumento de que a descentralização facilitaria o cometimento do crime se desfaz sob a análise de que atualmente, a moeda fiduciária ainda é o meio escolhido para o delito de lavagem de capitais e é emitida e fiscalizada por uma autoridade central reguladora. O argumento de que o anonimato encorajaria lavadores de dinheiro se mostra frágil diante da rastreabilidade – ainda que há quem diga que a vinculação de um nome a um endereço de criptoativos não possa prontamente ser feita sem uma análise mais aprofundada e de que moedas da privacidade são irrastráveis – dos ativos virtuais em contrapartida à total irrastrabilidade da moeda fiduciária.

Certamente os números pouco expressivos de lavagem de capitais com criptoativos são motivo de preocupação porque se não houver um controle, por menor que seja, aumentarão. Porém, os olhares atentos a essa tecnologia não podem se focar apenas no seu suposto potencial criminoso, haja vista que, até o momento, nenhum dos elementos citados para fundamentar a pecha de artefato fácil para o crime difere do que já enfrentamos com outros métodos utilizados para lavagem de dinheiro.

A lavagem de dinheiro com criptoativos, para que se efetive sem que seja “uma falsa lavagem de dinheiro”, eis que seria escancarada, quase um crime impossível, necessitaria de, no mínimo, muito entendimento sobre a tecnologia que circunda os ativos virtuais e sobre criptografia e informática, para fins de aplicação, por exemplo, dos serviços de mixagem, da utilização de servidores que camuflam o endereço *IP* dos usuários ou de outras espécies de óbices ao rastreamento e ao acesso às informações públicas registradas na *blockchain* – o que segundo os órgãos de controle antilavagem de dinheiro afirmam não serem alertas de atividades suspeitas, se analisados de forma individual. É, inclusive, o

que temem alguns especialistas: a formação de organizações criminosas especializadas em lavar dinheiro com ativos virtuais.

Os ativos criptográficos, portanto, desencorajam o cometimento do crime da lavagem de dinheiro e, em casos remotos em que utilizados para este delito facilitam a elucidação dos fatos, o bloqueio célere de atividades suspeitas – impedindo que a infração se prolongue no tempo –, a prisão e condenação dos envolvidos em reação em cadeia, possibilitando uma resposta estatal mais eficaz. A falta de estatísticas atualizadas e gerais sobre o número de investigações, denúncias e condenações por lavagem de dinheiro no Brasil dificulta a análise pormenorizada dos benefícios que a *blockchain* traria no combate e punição a este delito, porém, sabemos que os números ainda são baixos, quer seja na investigação e denúncia dos envolvidos, quer seja na condenação, para os órgãos de persecução penal e do Poder Judiciário – e para a defesa de acusados nos casos em que serve como prova absolutória –, porque serve também como meio de prova da materialidade e autoria – ou de sua ausência –, pois muitos processos penais esbarram justamente na ausência de provas suficientes para uma condenação.

A especialização de usuários dos ativos virtuais no cometimento do crime de lavagem de dinheiro com esta tecnologia pode ser combatida com a especialização de agentes que atuam na investigação, acusação e julgamento de tais casos, o que fortaleceria a resposta estatal ao crime e criaria mais barreiras para o crime organizado, combatendo a formação de quadrilhas para lavagem de dinheiro com criptoativos.

Segundo o GAFI, o cometimento de lavagem de dinheiro nos casos analisados aconteceu justamente na exploração de lacunas nos regimes antilavagem de capitais ou ausência total de legislação a respeito, já que os fundos foram movimentados, em sua maioria, para jurisdições com nenhum ou pouco controle sobre, principalmente, os pontos intermediadores de ativos virtuais, sobre os quais o órgão define que deveria ser o foco de políticas de combate ao crime. Não se nega que, em caso de necessidade de se investigar uma transação envolvendo ativos criptográficos registrados na *blockchain* e de possibilitar o rápido bloqueio de transações suspeitas, o papel das *exchanges* será fundamental. Porém, mesmo em casos de transações privadas, que não passem por intermediadoras, o registro será público, bastando que se debruce, a investigação, em vincular a chave privada à chave pública para identificação dos usuários, e, por essa razão, o combate ao crime de lavagem

de capitais não pode ser atribuído tão somente aos prestadores de serviços virtuais, sob pena de restringir o uso dessas casas de câmbio e corretoras e criar uma demanda ainda maior por transações pessoa-a-pessoa.

A regulamentação de criptoativos e *exchanges* deverá vir acompanhada da capacitação de agentes ou contratando profissionais especializados na tecnologia, em todos os setores, desde a investigação até a atuação no Judiciário.

Segundo o estudo realizado com as jurisdições integrantes do G20, o vazio regulatório pode se dar por três razões: a) índice insignificante de serviços de criptoativos nestes países; b) visão de que a regulação seria uma barreira para o estabelecimento desses negócios no país ou c) falta de conhecimento do poder público sobre as possibilidades econômicas apresentadas por criptoativos ou falta de expertise para regular a matéria. No Brasil, sabemos que não é o caso de insignificância do uso de ativos criptográficos, porque somente em 2020 a Receita Federal brasileira apurou que os brasileiros negociaram quase cem bilhões de reais em criptoativos, não contabilizadas declarações de imposto de renda em atraso, retificadas ou não entregues. A regulamentação, todavia, certamente não pode ser uma barreira ao uso dos criptoativos, retirando sua essência que é seu principal atrativo, tampouco ao estabelecimento, no país, de empresas prestadoras de serviços de ativos virtuais, sob pena de atraso tecnológico comparado ao restante do mundo e, no caso de rigidez com *exchanges*, do estabelecimento destas casas de câmbio em outras jurisdições e/ou da preferência dos usuários por *exchanges* estrangeiras.

A justificativa brasileira para inexistência, até o momento, de uma legislação vigente sobre criptoativos e *exchanges* parece mais se enquadrar na ausência de expertise para regulamentação da matéria. Criptoativos existem desde meados de 2008, com a criação do *Bitcoin* e estão sendo estudados pelo GAFI desde 2013.

O Brasil, todavia, apresentou seu primeiro projeto para regulamentar a matéria apenas em 2015, com o Projeto de Lei n. 2.303/2015, que desde sua proposição se tornou muito polêmico, tendo sido até mesmo arquivado, mas possibilitando a criação de uma comissão especializada para debater o assunto, que conta com audiências de pessoas das mais variadas áreas de interesse. Atualmente, a última movimentação deste projeto, que vem sendo debatido desde 2015 e tramita conjuntamente ao outro projeto mais elaborado apresentado por Áureo Ribeiro, foi o requerimento para inclusão, entre os participantes

da Audiência Pública que debaterá os impactos e desafios da regulação do mercado de criptoativos, a presidente da Associação de Investidores em Criptoativos, Joana Carolina Oliveira Zwaig, e o Presidente da Associação de Consumidores Prejudicados pela *Unick Forex*, Juliano Botega.

Os demais projetos apresentados, Projeto de Lei n. 3.825/2019 e Projeto de Lei n. 3.494/2019, passaram a tramitar conjuntamente neste ano, dada a similariedade das proposições, enquanto a apresentação do último projeto, o de n. 4.207/2020 foi apenas publicada, sem nenhuma outra movimentação. Em que pese o projeto apresentado em 2015, que tramita em conjunto com o projeto subsequente apresentado também por Áureo Ribeiro, coloque criptomoedas como arranjos de pagamento e não faça, na sua reformulação, menção às políticas antilavagem de capitais e diretrizes a serem seguidas por *exchanges* brasileiras, ainda é o que temos de mais avançado no que diz respeito a estudos sobre o tema, pois possibilitou a formação de uma comissão especial, com a realização de diversas audiências e a participação de vários especialistas no assunto, na contramão dos projetos de 2019, que embora estejam atualizados à recomendação do GAFI de estabelecer regramentos às intermediadoras de serviços de ativos virtuais, estão ainda iniciando seus tramites.

O Brasil tem mais de duzentas mil leis e, no entanto, a aplicabilidade destas normas, como sabemos, é reduzida, trazendo como consequência a necessidade de criação de novas legislações – tal como o exemplo da Receita Federal que editou a instrução normativa sobre necessidade de declaração de atividades com criptoativos diversas vezes –, seja por inconstitucionalidade das que foram editadas anteriormente – mais de cem milhões de processos em tramitação –, por lacunas ou por consequências gravosas e destoantes do objetivo real da lei.²⁴

O clamor da sociedade – ou de parcela interessada dela – não pode ser motivo para a promulgação de uma resposta pronta e célere, porém, impensada, porque, para além de

²⁴ Um exemplo de lei impensada foi a resolução do *kit* de primeiros socorros, que obrigava todo cidadão a transportar um em seu veículo, fazendo com que o país, em massa, adquirisse o equipamento, para semanas depois a norma ser revogada.

passar uma sensação de país que responde normativamente ao problema apresentado, é preciso visualizar o resultado prático da norma que se estará editando.

O que temos, hoje, de proposições para regulamentação dos ativos criptográficos e de *exchanges* são projetos imaturos e, ainda que não se negue a necessidade de uma legislação para tratar do assunto, quer seja para conceituação jurídica, quer seja para enfrentamento da lavagem de capitais e outros crimes, quer seja para proteção de investidores, a norma precisa ser de qualidade e ser aplicável de forma eficaz, não bastando apenas que sirva ao propósito de evitar a inclusão do país na lista de jurisdições de alto risco do GAFI ou que apresente uma resposta aos clamores de quem brada contra a tecnologia.

Passamos, no Brasil, do limbo, no qual não se discutia o assunto, mas a tecnologia era utilizada, ao interesse em regular, com apresentação de projetos e, por fim, encontramos, atualmente, com estudos ampliados, conceitos minimamente definidos e aprofundamento nas tentativas de regulamentação, chegando ao ponto de discutir a *tokenização* do Real, ou seja, a transformação da moeda fiduciária brasileira em uma moeda virtual. Não há como negar que o primeiro passo na busca da regulação dos criptoativos no Brasil, embora pequeno, foi a abertura das portas para a discussão acerca da tecnologia, que antes não parecia atrair olhares dos reguladores. A partir do primeiro projeto apresentado pelo Deputado Áureo Ribeiro, permitiu-se a criação de uma Comissão Especial para estudo dos ativos criptográficos, debates especializados, e mudanças de paradigmas em relação ao objeto do estudo.

O histórico dos debates que se seguiram com a formação da Comissão e o estudo realizado pelos reguladores juntamente com os técnicos especialistas no assunto permitiu mudanças significativas de entendimento, fazendo com que o Deputado Federal Expedito Netto, que antes pretendia proibir e criminalizar o uso, compreendendo a tecnologia, passou a defender as criptomoedas como o “banco do povo”.

O desconhecimento por parte da natureza jurídica dos criptoativos, da sua classificação, bem como das regulações externas aos ativos criptográficos faz com que a Receita Federal Brasileira trate os criptoativos como ativos financeiros, que talvez nem possam ser classificados de tal forma, através de instrução normativa que foi por diversas vezes atualizada para se adequar ao propósito; que a Comissão de Valores Mobiliários afirme que criptomoedas não podem ser consideradas valores mobiliários, depois

reforme seu entendimento e passe a fiscalizar, processar, oficiar e imputar penalidades. O desconhecimento sobre a tecnologia de criptoativos, além disso, está causando temor, movido pelos órgãos que tentam regulamentar o mercado sobre um conteúdo desconhecido e até então pouco estudado, atraindo pra si competências, emitindo pareceres tão voláteis quanto o tão criticado valor de uma moeda digital e tomando decisões precipitadas, sem o devido estudo do caso.

Existe a necessidade, sim, de estabelecimento de diretrizes mínimas para o uso da tecnologia, principalmente por empresas que se propõem a explorar o mercado de ativos criptográficos, com garantias para as próprias e para os investidores, porém, a formulação desses requisitos há de ser acompanhada de suporte técnico para que a legislação sobre os ativos criptográficos, se for aprovada, venha a beneficiar e esclarecer e não de forma aberta, abstrata, em branco e apta a causar prejuízos e punições injustas, coibir o uso benéfico dos criptoativos ou amarra-los de tal forma a retirar suas características próprias, que os fazem atraentes e inovadores.

A pesquisa alerta para a disseminação da falsa informação de que esses ativos virtuais sejam facilitadores e estejam sendo utilizados com frequência alarmante para o cometimento de crimes. Não são e não estão.

Diante disso, respondemos ao questionamento que fica: criptoativos podem ser utilizados para lavagem de dinheiro? Sim, porém não são facilitadores no cometimento deste delito, pelo contrário, é mais difícil cometer o crime de lavagem de dinheiro com uso de ativos virtuais do que os meios tradicionalmente cometidos e, quando o crime é efetivado usando criptoativos, a elucidação do caso é facilitada pela rastreabilidade e transparência das transações, permitindo, inclusive, uma atividade efetiva estatal de punição que atualmente não é possível, dada a dificuldade de investigação, elucidação e fornecimento de provas para condenações existente com os métodos comumente utilizados. Assim podemos dizer que o uso de ativos virtuais dificulta a lavagem de dinheiro e que a *tokenização* do real, independente de como se daria, através de uma *blockchain* privada, desencorajaria o crime de lavagem de capitais ou, no mínimo, permitiria o aumento da resposta – de forma eficiente – ao cometimento do crime.

Assim como na guerra às drogas, sobre a qual muitos comentam que quem se sagrou vencedor foi o crime organizado, a proibição ou rigidez de regulamentação apenas

fomentará outros mercados e fortalecerá os ativos virtuais, porque mercadoria proibida fica mais valorizada, o que gera incentivo para potenciais organizações criminosas que, ao invés de tráfico de entorpecentes, desta vez se especializariam na nova mercadoria ilícita: criptoativos. É preciso evitar uma guerra aos criptoativos, como a famigerada guerra às drogas – que embora tenha desencadeado as diversas legislações sobre lavagem de dinheiro no arcabouço jurídico internacional, fracassou do ponto de vista do combate ao uso e a comercialização –, sob pena de mais prejuízos ao país do que vantagens.

REFERÊNCIAS

- ANJOS, Alexandre Bispo dos; SILVA Jacqueline Oliveira. *Bitcoin como objeto material do crime de lavagem de dinheiro*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/213187/bitcoin-como-objeto-material-do-crime-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 12 fev 2020.
- BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Bacen*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf. Acesso em: 14 fev 2020.
- BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. *Blockchain – A practical guide to developing business, law and technology solutions*. New York: McGraw-Hill Education, 2018.
- BAROSSO FILHO, Milton; SZTAIN, Raquel. *Moeda e desafios da moeda virtual*. Revista Jurídica Luso Brasileira, n. 1, 2015.
- BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais: bitcoins e altcoins*. São Paulo: Renovar, 2016.
- BLANDIN, Apolline, et al. *Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study*. Available at SSRN. University of Cambridge: Judge Business School, 2019, p. 36. Disponível em: https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternativefinance/downloads/2019-04-ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf. Acesso em: 18 fev 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BUSTILLOS, Maria. *The bitcoin boom*. The New Yorker, 30 de Dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.newyorker.com/tech/elements/the-bitcoin-boom>. Acesso em: 17 fev 2020.

CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de Dinheiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBRIDGE CENTRE FOR ALTERNATIVE FINANCE. Universidade de Cambridge. *Global Cryptocurrency Benchmarking Study*. Disponível em: <http://www.cam.ac.uk/research/news/studyhighlights-growing-significance-of-cryptocurrencies>. Acesso em: 10 fev 2020.

CENTER OF SANCTIONS AND ILICIT FINANCE OF FOUNDATION FOR DEFENSE OF DEMOCRACIES. Disponível em: <https://www.fdd.org/projects/center-on-sanctions-and-illicit-finance/>. Acesso em: 17 fev 2020.

COAF. *Fases da lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 30 set 2020.

CRIPTO FÁCIL. *MoneroLink identifica partes nas transações feitas em monero*. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/monerolink-identifica-partes-nas-transacoes-feitas-em-monero/>. Acesso em: 30 set 2020

ESTELLITA, Heloísa. *Criptomoedas e lavagem de dinheiro*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000100500. Acesso em: 30 set 2020.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL (GAFI). *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies – Convertible Virtual Currency Exchangers*. Jun. 2015. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBAVirtual-Currencies.pdf>. Acesso em: 18 fev 2020

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL (GAFI). *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*. jun. 2019. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html>. Acesso em: 18 fev 2020.

MESSARI. *Bitcoin in the grand scheme of things* Disponível em <https://messari.io/c/research/bitcoin-in-the-grand-scheme-of-things>. Acesso em: 17 fev 2020.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Prevenção à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>.

MÖSER, Malte; SOSKA, Kyle; HEILMAN, Ethan; LEE, Kevin; HEFFAN, Henry; SRIVASTAVA, SHASHVAT, HOGAN, Kyle; HENESSEY, Jason; MILLER, Andrew; NARAYANAN, Arvind e CRHISTIN, Nicolas. *An Empirical Analysis of Traceability in the Monero Blockchain*. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1704.04299/>. Acesso em: 30 set 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Basic Manual on the Detection and Investigation of the Laundering of Crime Proceeds Using Virtual Currencies*. jun. 2014. Disponível em: https://www.imolin.org/pdf/imolin/FULL10-UNODCVirtualCurrencies_final.pdf. Acesso em: 19 fev 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 12 fev 2020

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Instrução Normativa RFB n. 1888*, de 03 de maio de 2019. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 30 set 2020.

REINO UNIDO. *Crypto-assets – twenty-second report of session 2017–19*. Treasury Committee. House of Commons. Reino Unido. 2018. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmtreasy/910/910.pdf>. Acesso em: 16 fev 2020.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: Senai-SP Editora, 2016

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

_____. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 12 fev 2020.

Apresentação oral

**CRIMINOLOGIA 4.0 – UMA ANÁLISE DOCUMENTAL DAS
ESTATÍSTICAS CRIMINAIS NO ÂMBITO DOS CRIPTOATIVOS E
DO CYBERCRIME**

*CRIMINOLOGY 4.0 – A DOCUMENTAL ANALYSIS OF THE CRIMINAL
STATISTIC IN THE CRIPTOASSETS AND CYBERCRIME FIELD*

Fernando Henrique Cardoso Neves

Doutorando e Mestre em Sociologia e Direito pelo PPGSD/UFF. Pesquisador do
LAESP/UFF– Laboratório de Estudos sobre Conflitos, Cidadania e Segurança Pública.

Coordenador do Projeto de Extensão “UFF nas Ruas” na frente de Prática Penal.

Professor. Advogado.

E-mail: fhcneves@id.uff.br

Lucas Holmes de Rezende Serrano

Pós-graduando em *Compliance* Criminal e Responsabilidade Empresarial pelo CEPED/

UERJ. Pós-graduado em processo penal pelos Instituto de Direito Penal Económico e

Europeu (IDPEE) da Faculdade Coimbra, em parceria com o Instituto Brasileiro de

Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogado.

E-mail: lucas_holmes@hotmail.com

Resumo: O tema deste trabalho é o Direito Penal Económico e Novas Tecnologias. Apesar da contínua produção de conhecimento no campo do Direito Penal Económico e no da Criminologia Empresarial como um todo, ainda existem poucos trabalhos que lidem com a dimensão empírica do fenómeno, em especial quando se trata do tema atravessado pelas Novas Tecnologias. Neste sentido, voltamos nossa atenção para os relatórios de 2019 e 2020 da empresa CipherTrace, que traz consigo dados e análise de dados sobre “crimes económicos e digitais” no âmbito dos criptoativos. Através do método da análise documental qualitativa e quantitativa, concluímos que antes dos relatórios serem um exemplo de uma “Criminologia 4.0” o são da “Indústria do Controle do Crime 4.0”.

Palavras-chave: Direito Penal Económico; Criminologia Empresarial; Novas Tecnologias.

Abstract: The theme of this work is Economic Criminal Law and New Technologies. Despite the continuous production of knowledge in the field of Economic Criminal Law and in the field of Business Criminology as a whole, there are still few studies that deal with the empirical dimension of the phenomenon, especially when it comes to the theme crossed by New Technologies. In this sense, we turn our attention to the reports of 2019 and 2020 from the company CipherTrace, which brings data and analysis of data on “economic and digital crimes” in the scope of cryptography. Through the method of qualitative and quantitative document analysis, we concluded that before the reports are an example of a “Criminology 4.0” they are from the “Crime Control Industry 4.0”.

Keywords: Economic Criminal Law; Business Criminology; New Technologies.

Sumário: Introdução. 1. Crimes Econômicos, Crimes Digitais. 2. Em Busca da Dimensão Empírica – *CipherTrace*, *Scitum* e *IntSights*. 2.1. *CipherTrace*. 2.2 Os relatórios analisados. 3. Existem dados? 3.1 Análise Quantitativa. 3.2 Análise Qualitativa. 4. *Criminologia 4.0*? 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é o Direito Penal Econômico e a Criminologia Empresarial. Em que pese a literatura nacional e internacional trazer uma grande contribuição no que tange ao crime de Lavagem de Dinheiro, tanto no âmbito teórico como no empírico, poucos trabalhos tem se debruçado sobre a variável das Novas Tecnologias e as Tecnologias de Informação e Comunicação, seja no cometimento de ilícitos, seja na prevenção dos mesmos. Neste sentido, buscamos fazer uma breve exploração documental aos relatórios emitidos pelas companhias privadas que tanto quantificam os crimes cometidos a partir das “novas tecnologias”, em especial por criptoativos, assim como oferecerem soluções pelas mesmas, sendo estas as mais bem rankeadas *CipherTrace*, *IntSights* e *Scitum*, todas tidas como as maiores no ramo de Cyberssegurança e soluções com *Blockchain*. Os relatórios escolhidos foram os da *CipherTrace* – Os quatro relatórios trimestrais de 2019 e o relatório “*Spring 2020*”, quais sejam, *Anti-Money Laundering Report, 2019 Q1*, *Anti-Money Laundering Report, 2019 Q2*, *Anti-Money Laundering Report, 2019 Q3*, *Anti-Money*

Laudering Report, 2019 Q4 e Spring 2020 Cryptocurrency Crime and Anti-Money Laundering Report.

Através do objeto recortado acima, buscou-se, pelo método da Análise Documental, fazer uma inédita classificação quantitativa e qualitativa tanto dos dados trazidos pelos *reports* como destes mesmos em si, levando em consideração os possíveis interesses que tais entes privados tem em publicar tais informações, assim como pela divulgação de fonte e método que embasam tais números e afirmações, em especial pelo relatório produzido em parceria pelas três empresas citadas, de nomes *The Dark Side of Russia, The Dark Side of Asia, The Dark Side of Latin America, The Dark Side of China* e *The Dark Side of Iran*.

Quando começamos esta pesquisa, pensávamos estar à frente do que poderia ser chamado de “Criminologia 4.0” mas, ao passo que a pesquisa se desenrolava, percebíamos – através dos dados – uma outra classificação, mais própria do que o criminólogo Nils Christie denominou “Crime Control as Industry” (CHRISTIE, 1997). O mais interessante, por sua vez, é perceber o quão embrionário é a disseminação de informações acerca do tema, em especial pela centralidade que algumas agências “privadas” ocupam hoje no cenário geopolítico internacional e que são as mesmas que emitem opiniões, pareceres, sugestões e demais intervenções que, no curto prazo, podem se tornar *standard* para discussões que tomem seus números como verdade, e não com a desconfiança própria de um pensamento crítico, isto é, aquele que continuamente valida seus enunciados.

1. CRIMES ECONÔMICOS, CRIMES DIGITAIS: EM BUSCA DA DIMENSÃO EMPÍRICA – *CIPHERTRACE, SCITUM, INTSIGHTS*

Uma maneira de introduzir um assunto complexo como o Direito Penal Econômico é compará-lo ao Direito Penal “comum” (HIRECHE, 2015), em especial quando queremos demonstrar como essa diferença traz questões na própria gênese daquele (SALOMÃO, 1996). Por outro lado, quando se trata de, em especial no Direito, indicar qual a dimensão empírica dos mesmos, não raro ficamos reticentes. É assim com pessoas em geral, é assim nos bancos das Faculdades de Direito – em outras palavras, reconhece-se facilmente um “homicídio” mas não uma “gestão temerária”.

Desde 2018, prestando mais atenção no fenômeno *blockchain* a partir da febre “bitcoin”, que depois seria lida de maneira mais ampla como Criptoativos (BURNISKE, TATAR, 2018), voltamos nossa atenção para o tema tanto pela criminalidade que a utiliza como ferramenta como pela prevenção daquela a partir das ditas “novas tecnologias”, que englobam também a *Internet das Coisas*, Inteligência Artificial e *Big Data*.

Com a proliferação de fóruns, dados, documentos, informativos, eventos e demais ferramentas de divulgação, percebemos uma certa centralidade de empresas internacionais de Cyberssegurança e uma em especial que trabalha com setor financeiro justamente em Criptoativos – são elas *Scitum*, *Intsights* e *CipherTrace*. Tais empresas, em especial a última, produzem constantemente relatórios que se anunciam como retrato da dimensão empírica de crimes econômicos no âmbito digital, além de crimes digitais e econômicos como um todo.

Analisar esses relatórios nos daria, por sua vez, um olhar mais atento e paciente sobre essas informações que, no fim das contas, servem única e exclusivamente para um objetivo: gerar conteúdo na internet para interessados na compra de seus serviços de *Compliance*. Embora não haja problema na atividade de venda por si só, por se tratar de dados que (i) podem gerar tendências regulatórias e (ii) apontam determinados países como mais propensos ao cometimento de crimes, buscar as informações, dados, fontes e metodologias destes relatórios nos parece essencial o início de uma suposta “Criminologia 4.0”.

Para além disto, essencial trazer que os relatórios analisados falam do crime de Lavagem de Capitais a partir de Criptoativos, como seu próprio nome genérico indica “*Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report*”, o que traz toda uma preocupação própria do tema de Lavagem, a partir do internacional e cada vez mais capilarizado mosaico legal entre *hard* e *soft law* que regulamenta o tema (CORDERO, 2015). Apresentamos a seguir brevemente a empresa *CipherTrace*, passando por seus relatórios e analisando-os quantitativa e qualitativamente.

1.2 Ciphertrace

Diante da leitura dos relatórios da *CipherTrace* foi possível constatar na parte *About CipherTrace* que a entidade esclarece além de produzir e elaborar as suas próprias pesquisas

e análises acerca de criptoativos, *blockchain* e segurança cibernética, também trabalha com agências do governo para construir possíveis elos entre assuntos relacionados à regulação e ao universo dos criptoativos, bem como do uso e fomento da tecnologia *blockchain*.

A *CipherTrace* também se lança no mercado como uma eventual “protetora” das instituições financeiras dos riscos de lavagem a partir de criptoativos e, conseqüentemente, diz “ajudar” a fomentar/expandir a economia *blockchain* com a finalidade de tornar mais seguro o ambiente econômico (mercado, sistema financeiro etc) para os seus consumidores, como também angariar a confiança dos investidores e estimular a aceitação dos governos acerca da temática.

Curiosamente foi possível observar um outro descritivo nos próprios relatórios em que a *CipherTrace* se apresenta como uma desenvolvedora de programas de anti-lavagem de dinheiro de criptoativos, que realiza análises forenses de bitcoins e utiliza do *blockchain* para tratar de soluções inteligentes. Acrescentam que lidam com *exchanges*, bancos, reguladores e investimentos digitais e que são os responsáveis por monitorarem o trajeto das operações financeiras, bem como são os responsáveis por adequarem à legislação correspondente.

A respeito dos dados coletados e analisados pela *CipherTrace*, a empresa informa que os relatórios trimestrais são baseados em “(...) *authoritative industry data source*”. Logo, em seguida, a empresa alega que foi fundada em 2015, no Vale do Silício, por empresários que possuem experiência aprofundada em cibersegurança, *eCrime*, pagamentos, criptografia de bancos e moedas virtuais. No final destaca-se que a empresa afirma que o *US Department of Homeland Security Science and Technology (S&T)* e *Defense Advanced Research Projects (DARPA)* inicialmente foram os responsáveis pela fundação da *CipherTrace*, e é apoiada pelos seus principais investidores de capital.

Em consulta no site da *CipherTrace* foi possível identificar que a *CipherTrace* está subsidiada em 7 escritórios espalhados pelo mundo, quais sejam: (i) Menlo Park (Califórnia – Estados Unidos); (ii) Toronto (Canadá); (iii) Nova York (Estados Unidos); (iv) Washington (Estados Unidos); (v) Londres (Inglaterra); (vi) Frankfurt (Alemanha); (vii) Cingapura. A localização da *CipherTrace* em tais países, nos leva a inferir que se trata das principais cidades em que há as principais bolsas de valores, com economia fortificada e estável, bem como encontram-se as principais instituições financeiras do mundo.

O fato de ter sido fundada pelo *Department of Homeland Security (DHS)*,¹ indica que se trata de uma empresa utilizada como auxílio para a segurança interna dos Estados Unidos. O *Department of Homeland Security* tem a sua responsabilidade primária em proteger o território americano de supostos ataques terroristas e agir, secundariamente, em caso de desastres naturais que possam impactar no avanço da prosperidade econômica e social do povo norte-americano. Foi possível identificar também que a *CipherTrace* vem auxiliando a *DHS* no desenvolvimento de ferramentas investigativas no monitoramento de transações envolvendo *Monero*.²

O fato de também conter a participação da *DARPA – Defense Advanced Research Projects Agency* é significativa. A *DARPA* é uma agência de projetos e de pesquisas avançadas que foi criada no período da Guerra Fria, com o fito de fazer forças com o poderio tecnológico da antiga ex-URSS. Sendo assim, nos dias hoje, a *DARPA* ainda exerce o seu protagonismo central que é a elaboração de estudos sofisticados e avançados em tecnologia.³

De sobremaneira, a combinação de tais agências nos evidencia e permite concluir que estamos diante de uma empresa norte-americana cujo “sócio majoritário” é o próprio governo dos Estados Unidos que, além de fornecer subsídios financeiros, fornece, provavelmente, informações de inteligência basilares para o desenvolvimento e elaboração dos relatórios em nome da *CipherTrace*. O fato de também estarem nas principais economias e mercados financeiros da atualidade, nos ajuda inferir do grande gerenciamento dos norte-americanos no sistema financeiro internacional. De forma análoga, poderia se tratar de uma estratégia de expansão de tentáculos americanos na estrutura geopolítica, não à toa, em grande parte dos relatórios existe um capítulo específico de “países sancionados”.

¹ Department of Homeland Security – *Mission*. Disponível: <https://www.dhs.gov/mission>

² COINTELEGRAPH. CipherTrace develops Monero tracing tool to aid US DHS investigations. Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/ciphertrace-develops-monero-tracing-tool-to-aid-us-dhs-investigations>

³ GALLO, E. Marcy. *Defense Advanced Research Projects Agency: Overview and Issues for Congress in Congressional Research Service*. Março/2020. Disponível em: https://www.everycrsreport.com/files/20200317_R45088_eaf9484acf347262a22efed967ef89e3a74b1ded.pdf

2.2 Os relatórios analisados

Os *reports*⁴ que foram analisados para a proposta do presente trabalho foram extraídos do próprio site da *CipherTrace*, quais sejam: (a) *Q1 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report*; (b) *Q2 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report*; (c) *Q3 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report*; (d) *Q4 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report* e; (e) *Spring 2020 Cryptocurrency Crime and Anti-Money Laundering Report*.

O recorte temporal proposto consiste em analisar os relatórios trimestrais do ano de 2019 e o relatório semestral consolidado no ano de 2020, no que se refere à prática e mecanismos de controle identificados de prevenção à lavagem de dinheiro. Conforme se verá adiante, a análise proposta é destacar os principais tópicos que repercutiram e chamaram atenção nos referenciados relatórios.

*a) Q1 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report:*⁵

No relatório do primeiro trimestre de 2019, o que sobressaltou no respectivo período foi a notícia do registro do alto prejuízo financeiro (1.2 bilhões dólares) causado por agentes que praticaram furtos, golpes e fraudes em diversas contas e carteiras de milhares de usuários pelo mundo.

Foi possível identificar também que os sensores de monitoramento da *CipherTrace* apontaram um maior “respeito” por parte da “fábrica reguladora de criptoativos” no registro dos pagamentos e transações transfronteiriças envolvendo criptomoedas. Segundo o apontado pelo monitoramento da *Cipher* de 164 milhões transações de bitcoins captadas pelas *exchanges* americanas para *exchanges* no exterior, foi constatado um aumento de 21% de tais operações, se comparado com os 45% captados em 2017, tendo em 2019, o registro de 66%. Foi acrescido ainda que tal fato seria significativo, pois diante de um estudo do Consórcio Internacional dos Jornalistas Investigativos⁶ é estimado que o equivalente à 8.7 trilhões de dólares (11.5% do PIB mundial) estejam escondidos em *offshore*.

⁴ Disponível em: <https://ciphertrace.com/resources/#reports>

⁵ Disponível em: <https://ciphertrace.com/articles/q1-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/>

⁶ International Consortium of Investigative Journalists. The ‘Paradise Papers’ and the long Twilight Struggle Against Offshore Secrecy. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/>

Destaca-se no relatório o capítulo denominado como *Global Regulatory Moves*. Foi apontado que não foi possível identificar no primeiro trimestre de 2019 um movimento massivo de mudanças legislativas em diversos países. Foi mencionado com alto grau de importância a 5ª Diretiva de Combate à Lavagem de Dinheiro (5AMLD)⁷ da União Europeia como escopo regulatório para a União Europeia e parâmetro para as *exchanges* assim como para os prestadores de serviços de custódia de carteiras virtuais. Foi anunciado também uma publicação de um novo *draft* pelo FAFT relacionado à 15ª recomendação, que dispõe sobre as novas tecnologias. Segundo o apontado no relatório, esta orientação buscava auxiliar as autoridades reguladoras em como identificar riscos, compartilhar informações e monitorar provedores de ativos digitais.⁸

b) Q2 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report:⁹

O segundo relatório do trimestre de 2019, identificou uma tendência no processo de aceleração das práticas delituosas em torno dos criptoativos. Segundo o apurado pela *Cipher* haveria uma estimativa para o ano de 2019 de um prejuízo de 4.26 bilhões de dólares em decorrência do até então estipulado. O caso da QuadrigaCX foi exposto como o principal prejuízo no 1º semestre. Diante do aprofundamento das investigações que estava em curso em desfavor da QuadrigaCX foi deflagrado na realidade pelas autoridades um verdadeiro esquema Ponzi que teria causado um prejuízo de \$2.9 bilhões.

O que sobressaltou neste *report* foi anúncio da moeda Libra,¹⁰ o *stablecoin* do Facebook, que fora desenhado para operar em um sistema privado e centralizado por meio

paradise-papers-long-twilight-struggle-offshore-secrecy/. Ver também: ZUCMAN, Gabriel. How Corporations and the Wealthy Avoid Taxes (and How to Stop Them). Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2017/11/10/opinion/gabriel-zucman-paradise-papers-tax-evasion.html>

⁷ Entrou em vigência em 10 de janeiro de 2020.

⁸ FAFT. Public Statement on Virtual Assets and Related Providers. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/public-statement-virtual-assets.html>

⁹ Disponível em: <https://ciphertrace.com/q2-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/>

¹⁰ Inicialmente a Calibra, uma subsidiária do Facebook baseada nos Estados Unidos, iria operar como uma “administradora” das carteiras da Libra que estariam integradas ao *Whatsapp* e o *Messenger*. Recentemente, após dificuldades de aceitação, o Facebook renomeou a Calibra para Novi, o que seria uma tentativa de criar um projeto próprio do *facebook* sem estar vinculado à Associação Libra que engloba companhias multinacionais como Visa, PayPal, Uber, Lyft, Spotify, eBay, entre outras. TECH CRUNCH. Facebook rebrands Libra wallet service Calibra to Novi. Disponível em: <https://techcrunch.com/2020/05/26/facebook-rebrands-libra-wallet-service-calibra-to-novi/>

da tecnologia de *blockchain*. A anúncio da moeda virtual da maior rede social do mundo teve uma repercussão na mídia global. Assim como fora vista com certo entusiasmo em um primeiro momento, as autoridades de Washington acenderam o alerta. Dentre os pontos suscitados tem-se uma eventual preocupação do impacto da Libra no status do dólar americano, bem como em torno da definição do escopo da regulação e, principalmente, da possibilidade de ser mais um mecanismo de lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo. Como contra argumento, a iniciativa do Facebook chegou a ser colocada em descrédito diante do escândalo da *Cambridge Analytica* em 2018.

Um outro tópico que foi destacado como relevante foi o levantamento por parte da pesquisa da *CipherTrace* que o *bitcoin* é o “Rei” nas transações envolvendo *dark markets* e no cometimento de *cybercrime*. Segundo a estimativa levantada pela *Cipher*, o *bitcoin* em comparação com as outras criptomoedas como ETH (Ethereum), LTC (Litecoin), XMR (Monero), BCH (Bitcoin Cash) e DOGE (Dogecoin) assume uma preponderância relativamente significativa se comparado com as citadas criptomoedas. Em casos relacionados ao *darket market* e *deep web* foi possível identificar que o bitcoin foi utilizado em 76% das transações. No que tange à ataques e artifícios envolvendo *malware* e *ransomware*, o bitcoin foi usado em 98% dos casos.

*c) Q3 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report:*¹¹

O tópico destaque deste 3º relatório consistiu no levantamento realizado pela *CipherTrace Cryptocurrency Intelligence* da avaliação dos controles da política de *Know Your Client* (KYC) de 120 *exchanges*.¹² Os critérios de avaliação que foram utilizados consistem em parâmetros de análise que foram catalogados como: **1) fraco** – *exchanges* que não tinham um processo de identificação consolidado e, segundo os pesquisadores da *Cipher*, facilmente conseguiam retirar pelo menos .25BTC sem nenhum tipo de controle; **2) poroso (porous)** – *exchanges* que tinham um mínimo de um processo de identificação, porém, não era suficiente para fins de controle; e **3) forte** – *exchanges* que apresentaram um processo de KYC consolidado e com várias etapas definidas seja para saque ou depósito de cripto. Não havia apenas um processo de identificação simplificado, mas também a prova

¹¹ Disponível em: <https://ciphertrace.com/q3-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/>

¹² No relatório não foi possível identificar quaisquer parâmetros de controle, análise e seleção das principais *exchanges*.

de endereço e existência eram demandados. Alguns requeriam ainda a identificação por chamada telefônica ou vídeo chamada, por exemplo, para finalizar o processo de KYC.

A conclusão que alcançou a *CipherTrace Cryptocurrency Intelligence* foi de que das 120 *exchanges* analisadas chegou-se ao resultado que 24% delas apresentaram controles tidos como “fraco”, 41% como “poroso” e 35% teriam controles ditos como “forte”. Neste contexto sobressalta que 65% das principais *exchanges* mapeadas apresentaram controles deficitários ou insuficientes para a prevenção à lavagem de dinheiro. Paralelamente a esta análise, a *Cipher* buscou correlacionar que este cenário de ausência de controle, seja por déficit ou insuficiência de controle por parte da *exchanges*, acabaria reforçando ao anonimato, o que poderia sugestionar que as *privacy coins* gerenciadas por tais entidades financeiras dificilmente iriam conseguir sobreviver com o novo marco regulatório proposto pelo FAFT, qual seja, o *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*.¹³

d) Q4 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report:¹⁴

O que definitivamente sobressaltou neste último relatório foi a estimativa – que já vinha sendo reportada desde o primeiro relatório – do aumento significativo de práticas maliciosas e criminosas no contexto das criptomoedas. Segundo o levantado pela companhia, o prejuízo estimado de fraudes e furtos, em 2019, chegou ao patamar de US\$ 4,5 bilhões, incluindo neste numerário: (i) US\$ 370.7 milhões em *hacks* e furtos em *exchanges* e; (ii) US\$ 4.1 bilhões em perdas decorrentes de fraudes e apropriação indébita (*misappropriation*) de fundos.

Um outro ponto que merece ser mencionado foi a criação do TRISA – *Travel Rule Information Sharing Architecture* – pela *CipherTrace*. Segundo a empresa, a TRISA foi criada com o propósito de ser uma fonte de pesquisa aberta (*open source*) para auxiliar a conformidade (*compliance*) das diretrizes elaboradas tanto pelo FATF e FinCEN a respeito das regulamentações e transações envolvendo criptomoedas. Principalmente,

¹³ Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-r-ba-virtual-assets.html>

¹⁴ Disponível em: <https://ciphertrace.com/q4-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/>

diante da regra criada pelo FATF, no seu guia mencionado no 3º relatório, da política de identificação dos responsáveis na cadeia de transação de moedas digitais.¹⁵

*e) Spring 2020 Cryptocurrency Crime and Anti-Money Laundering Report:*¹⁶

Este relatório buscou fazer um consolidado dos acontecimentos que marcaram o 1º semestre de 2020. Diferentemente dos anos anteriores não foram feitos relatórios trimestrais. Um dos eixos temáticos de maior relevância que acabou perpassando a análise da *CipherTrace* consistiu nos acontecimentos e desdobramentos do contexto pandêmico do COVID-19.

Nos cinco primeiros meses de 2020, foram registrados pelo menos US\$ 1.3 bilhões em furtos, *hacks* e fraudes. Há estimativa de que o ano de 2020 seja o segundo maior marco de crimes envolvendo cripto já registrados.

O gravame deste provável aumento exponencial está relacionado com o atual momento da pandemia do coronavírus. Enquanto governos e nações estavam direcionando recursos para mitigar os impactos nas áreas da saúde e economia, agentes maliciosos aproveitaram do contexto para tirar vantagem, o que acabou inevitavelmente estruturando um cenário maduro para prática de corrupção e lavagem de dinheiro.

A *CipherTrace* identificou uma acentuação de práticas maliciosas no contexto virtual em sites que utilizavam da tática de *scamming* para convencer os usuários a pagarem em cripto seja em equipamentos de proteção individual, remédios e outros suprimentos. Neste contexto também foi possível identificar uma acentuação de práticas ilícitas nos ditos *dark markets* em que os *scammers* também acabaram tirando proveito do cenário do COVID-19.

3. EXISTEM DADOS?

Ao observar a assertividade e diversos gráficos incluídos nos relatórios, isto é, a análise de dados da *CipherTrace* em seus relatórios, buscamos observar alguns pontos

¹⁵ Que seria o denominado VASP (Virtual Asset Service Providers). Disponível em: <https://ciphertrace.com/wp-content/uploads/2019/08/TRISA-Enabling-FATF-Travel-Rule-V4.pdf>

¹⁶ <https://ciphertrace.com/spring-2020-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/>

importantíssimos para a validação científica desta análise, procurando nos mesmos elementos como **(i)** metodologia de coleta de dados, **(ii)** metodologia de análise de dados assim como, até mesmo nesta breve pesquisa mais importante para nós do que os outros anteriores **(iii)** fonte dos dados.

Nas análises qualitativas e quantitativas que fizemos, indicamos como a primeira uma visão a partir do apresentado pelos relatórios, tentando entender qual seria o “estado da arte” criminológico que se gostaria de observar, ou seja, qual rol de crimes estaria dando o contorno no qual a *CipherTrace* investe seus esforços. Cremos que isto é demasiado importante pois se dá num recorte mais específico do que “crimes digitais”, “crimes econômico” como apontamos acima.

Já em nossas considerações qualitativas, olhamos para questões aparentemente laterais ao relatório, passando justamente pelos elementos apontados acima. Observar criticamente a análise de dados passa por entender até mesmo sua fonte, dando a chance que outros observadores também possam fazer suas notas e colocações, trazendo, com transparência, o aspecto democrático do fazer científico.

Nesse exercício, em especial no segundo, destacaremos abaixo a *nossa* análise, em especial se tratando de relatórios advindos do setor privado de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e de uma empresa que, como já indicado, tem laços de fundação com agências governamentais estadunidenses.

3.1 Análise quantitativa

Um dos elementos que procurou ser mapeado na leitura dos relatórios da *CipherTrace* consistiu em fazer um levantamento quantitativo das práticas criminógenas reportadas pela entidade americana. Diante de um contexto de avanço tecnológico e ambiente globalizado intensamente marcado por ações geopolíticas foi possível observar uma ocorrência massiva de crimes cometidos exclusivamente no ambiente virtual.

Para fins de clarificação metodológica da “mancha” criminal identificada pelo setor de inteligência da *CipherTrace* e, para facilitação da compreensão dos crimes envolvendo

criptoativos, abaixo contém uma tabela organizada em crimes digitais próprios e crimes digitais impróprios¹⁷ apurados em tais relatórios.

Tabela 1.

Crimes digitais próprios
1 – <i>Scamming</i>
2 – <i>Ransomware</i>
3 – <i>Phishing</i>
4 – <i>Hacks</i>
5 – <i>Spamming</i>

Tabela 2.

Crimes digitais impróprios
1 – Tráfico de Drogas
2 – Apropriação Indébita
3 – Furto
4 – Lavagem de Dinheiro
5 – Falsidade Ideológica
6 – Estelionato
7 – Esquema Ponzi
8 – Terrorismo
9 – Evasão de divisas

Conforme pôde se depreender, os crimes ora identificados circundaram majoritariamente nos *reports* da *CipherTrace* durante o ano de 2019 e no primeiro semestre de 2020. Nitidamente extrai-se que tais crimes cometidos no ambiente virtual foram sendo cometidos a partir de táticas e construção de crimes digitais próprios à crimes digitais impróprios. O ambiente de *dark markets* e o sistema financeiro, por exemplo, podem ser considerados como os meios do cometimento de tais crimes digitais. Como tudo está conectado e interligado, os acontecimentos no ambiente virtualizado ocorrem 24 horas

¹⁷ Por crimes digitais impróprios compreende-se como aqueles que já são tipificados no ordenamento pátrio, porém, são praticados com *modus operandi* diverso. Já, os crimes digitais próprios, são crimes que são regulados por leis e possuem, à grosso modo, bens jurídicos tecnológicos. ANDREOLLA, Andrey Henrique; ZANATTA, Diana. Crimes digitais: das primeiras ameaças ao panorama da realidade brasileira na era de informação in *Direito & TI: cibercrimes (org. Emerson Wendt)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

por dia, em qualquer tipo de transação ou negociação envolvendo criptomoedas em que na grande maioria, o anonimato é garantido e preservado.

3.2 Análise qualitativa

Diante da extração de informações substanciais que revestiram os relatórios da *CipherTrace* um dos questionamentos que foi sendo feito no decorrer da pesquisa se resumem justamente à identificação das fontes de coleta das informações. Raramente foi possível identificar a forma metodológica de extração e pesquisa que a *Cipher* utilizava para apresentar dados, tabelas e gráficos. Quando a entidade buscava reforçar dados ou estatísticas, por exemplo, foi usualmente utilizado, de forma genérica, que os “pesquisadores da *CipherTrace*” ou o “Centro de Inteligência da *CipherTrace*” realizou tal estudo ou coletou tais informações.

Em um primeiro momento isso pode representar uma certa defasagem metodológica ou até mesmo uma prática de “obscurantismo informacional”. Entretanto, após analisar os relatórios o que podemos inferir é que a *CipherTrace* trabalha única e exclusivamente com dados governamentais sigilosos e confidenciais. Por estar intimamente vinculada ao *Department of Homeland Security* (DHS) e a *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA), ambas agências governamentais estadunidenses que são responsáveis por fomentarem atividades de inteligência e de defesa nacional.

Há de registrar que a própria *CipherTrace* não esconde essa relação com agências governamentais norte-americanas e entidades internacionais como o FATF. A consolidação e a estruturação da *Travel Rule Information Sharing Architecture* (TRISA) também demonstra uma certa hegemonia da entidade na busca da fomentação e consolidação de *standards* do tema de criptomoedas para *exchanges* e o mercado financeiro.

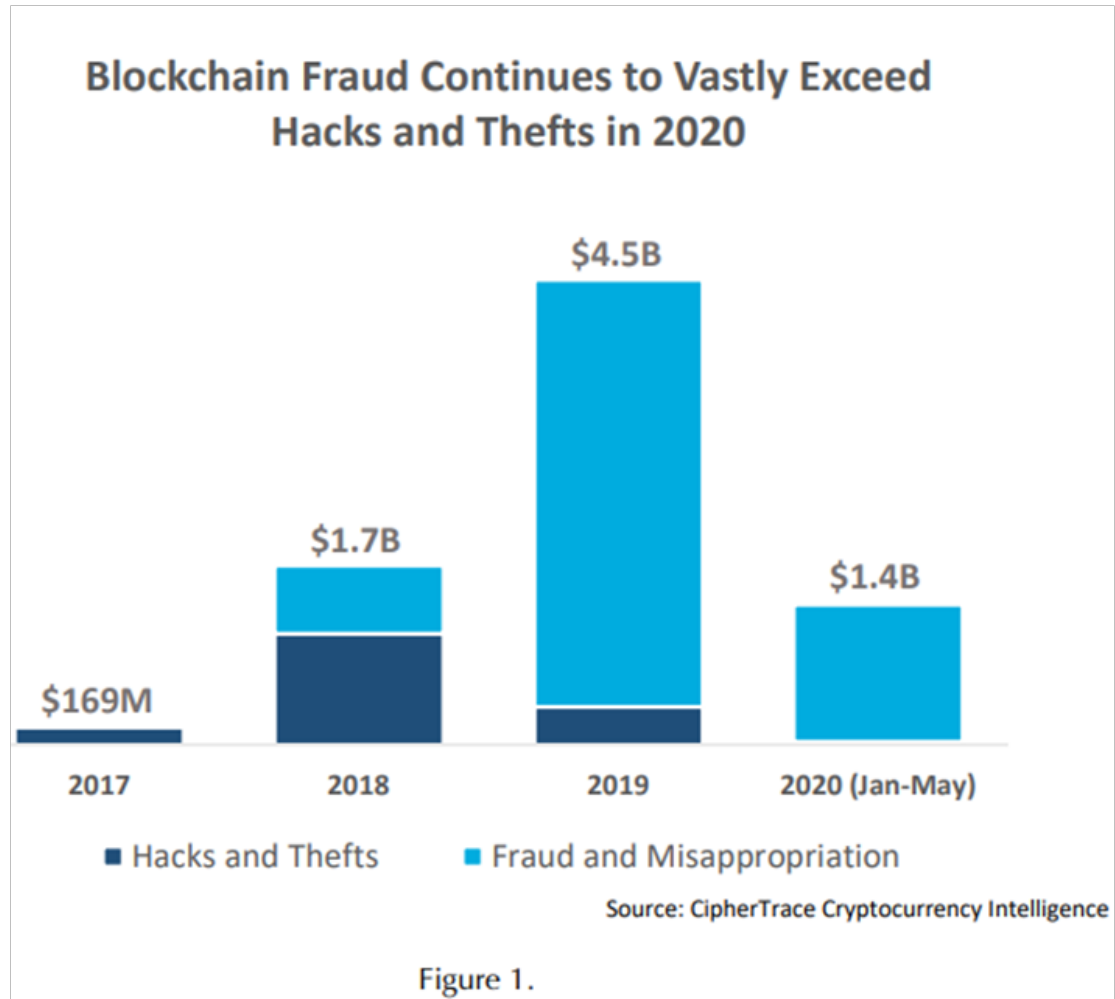
Paralelamente a esta busca da hegemonia no cenário internacional, há como notar que o campo de criptomoedas de forma geral está sendo um ambiente de disputas geopolíticas e de soberania de determinadas nações, já que o próprio Banco Central do Brasil já destacou que sua agenda de inovação culmina justamente na “moeda digital” brasileira. Inquestionavelmente, a *CipherTrace* é um dos braços nessa nova tendência mundial que apoia a hegemonia política dos Estados Unidos.

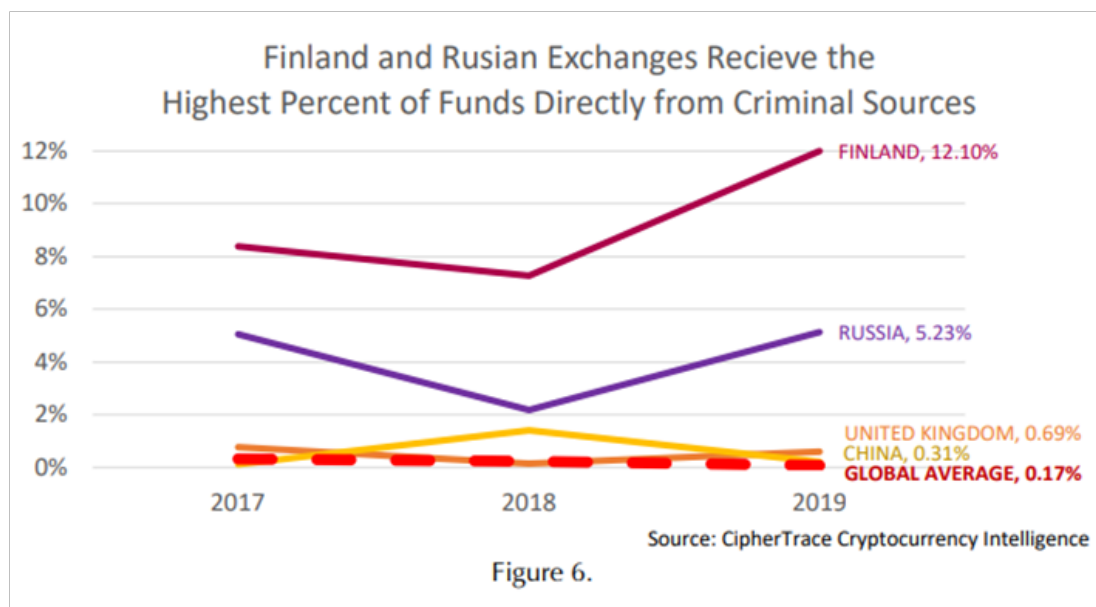
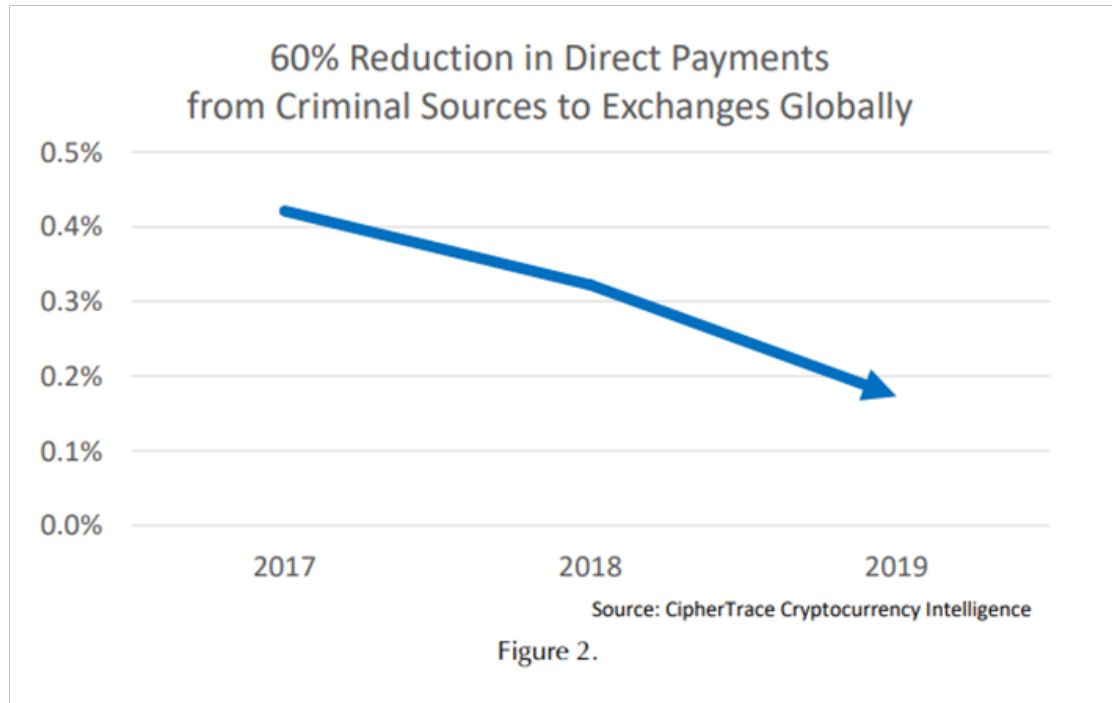
Neste sentido foi possível identificar, nos relatórios ora analisados, um capítulo destinado única e exclusivamente para os países sancionados (*sanctioned countries*). As nações que acabaram se destacando em decorrência das sanções impostas pelo governo norte-americano são Venezuela, Coreia do Norte, Rússia, Irã e Cuba. Ou seja, nações que no campo geopolítico não estão alinhadas com a política internacional estadunidense há anos e que vêm sofrendo embargos econômicos por agências governamentais americanas.

Foi possível identificar que em alguns casos, os motivos das sanções estão correlacionados à prática de Lavagem de Dinheiro e Tráfico de Drogas. Em outros casos, a especulação na criação de criptomoeda em um determinado país serviu como alerta para impor sanções e instaurar investigações. Outro exemplo, está relacionado ao aspecto da independência e fuga do controle do setor financeiro mundial feito pelos Estados Unidos.

Apesar das fontes e extração de dados serem por si obscuras foi possível identificar com clareza que as informações inseridas em tais relatórios podem ser inferidas a partir de uma atividade e acesso às informações coletadas pelo governo dos Estados Unidos por meio das suas agências de inteligência. Para tanto, os aspectos geopolíticos ora identificados em tais relatórios e a “missão” que a companhia *CipherTrace* está buscando exercer no contexto global das criptomoedas está em paridade com a política internacional intervencionista norte-americana no setor financeiro global. Dúvidas não há que essa tendência de controle e expansão se dará por embate de *lawfare* entre nações e, por outro lado, irá fomentar um outro segmento da indústria do *compliance*.

Por outra leitura, ou seja, a que não entende que os dados advêm de uma verdadeira ação de inteligência de agências do governo dos EUA ligados à *CipherTrace*, compreende-se também que a fonte dos dados são obscuras ou poderiam mesmo, no campo da possibilidade, serem apenas inventados – fato é: não conseguimos checar esta fonte de dados e, para nossa breve pesquisa “em busca de uma criminologia 4.0”, isso diz muito. Abaixo, alguns destes gráficos cujas fontes se remetem sempre ao exercício de fé “*CipherTrace Cryptocurrency Intelligence*”.





4. CRIMINOLOGIA 4.0?

Ao fazer nossas análises qualitativas e quantitativas, ficamos um pouco boquiabertos com o que encontramos. Foi difícil não lembrar de um excerto de Nils Christie, no qual trazia o tom mercadológico em *Crime Control as Industry*:

“Diz-se que tudo nos Estados Unidos é maior do que em qualquer outro lugar. Para um estrangeiro, porém, é uma experiência incrível folhear a publicação oficial da *American Correctional Association*. Seu título é *Correcrions Today*, uma revista em papel muito caro, impressa em cores e contendo muitos anúncios que são provavelmente uma fonte considerável de renda para a Associação. No número de junho de 1991, houve 111 anúncios. Três categorias principais estavam representadas: I. Construção de prisões, inteiras ou em partes. Havia 16 anúncios desses. Você telefona, nós construímos. Seis meses depois de sua chamada, a prisão está pronta. Uma dessas empresas é a Besteel. Num anúncio de página inteira, somos informados que: Penitenciária e cadeia do condado de Albany. 64 dormitórios “estilo cadeia” ... construída em seis meses. A *Bell Construction* também tem uma página inteira sob o título: “os prós e os contras”. “Construímos há mais de 20 anos. Construímos uma reputação. Construímos uma lista de clientes e construímos instalações correccionais. É só o que fazemos, construir. E fazemos muito bem (...)

“PULSEIRA DE PRESO” Identifique os presos com uma pulseira a prova de água. Dois fechos de metal garantem um sistema de identificação intransferível e durável. Não são necessárias ferramentas especiais para fechar nossos fechos metálicos. Disponíveis sistemas de escrita na superfície ou de inscrição de cartões. *SECURABAND*, a solução para a identificação do preso. A edição de junho da *Corrections Today* publicou um número enorme de anúncios, mas rapidamente tornou-se insignificante. Em julho, o número de páginas aumentou de 160 para 256. Os anúncios aumentaram de 111 para 130.” (CHRISTIE, 1997)

Não querendo descartar a validade dos relatórios analisados ou mesmo os serviços prestados pelas empresas emissoras daqueles, a hipótese de que a análise do criminólogo Nils Christie sobre a “Indústria do Controle do Crime” está ainda válida e é um ponto crucial nesta conclusão, já que enquanto o mesmo observava a cadeia alimentar que o crime mantia criando mercados próprios, ou como Dicro imortalizou em “Se não fosse o crime, muita gente morria de fome”, aqui observamos justamente um ponto “na linha de produção do medo” (Idem).

A impossibilidade de conseguirmos checar as fontes ou as fontes serem tidas como parte de uma “inteligência” privada poderiam servir de indícios (GINZBURG, 1989) para até mesmo concluirmos cientificamente de que a *CipherTrace* é, na realidade, um ente privado que comercializa produtos para outros entes privados e, com isso, garante todo um trânsito de dados sensíveis – ex. sigilo bancário – e que, curiosamente, inclusive pela plataforma em *Blockchain*, faz com que uma empresa privada sirva para, dentre outras, transmitir tais informações a agências estadunidenses que à priori não seriam destinatárias daquelas.

É importante levantarmos nesta conclusão este “indício”, em especial quando o Brasil passa por diversas modificações e discussões internas acerca dos efeitos da vontade em compor a OCDE que tanto traz como pré-requisitos uma série de adequações legais e regulatórias mas que também coloca a nação numa outra concorrência internacional que, não sejamos ingênuos, também se vale de uma série de práticas não necessariamente adequadas às agências internacionais.

Ainda sobre este “indício”, é importante perceber como esse tipo de informação escrita além de um apelo mercadológico traz uma implicação geopolítica (FERNANDES, 2020), em especial pelos relatórios produzidos e indicados nesta breve pesquisa que traziam o *“The Dark Side of”* estabelecendo uma série de regiões no mundo que não são aquelas linkadas às agências estadunidenses, por mais que os escândalos *“Papers”*, em especial o *FinCEN Papers* demonstram que uma grande parcela de crimes econômicos, em especial de lavagem de dinheiro, ocorreu à despeito do conhecimento da Unidade de Inteligência Financeira dos Estados Unidos.

Para além dessas implicações, cremos que essa breve pesquisa traz um outro caminho para novos estudos e investigações neste embrionário ramo analítico do Direito Penal Econômico. Com o aumento de relatórios – desde empresas recentes como a *Cipher Trace* como das *big four* – em especial sobre “novas tecnologias, regulação e economia” é muito importante que se preste a atenção no ramo privado, que ao mesmo tempo que é a “primeira linha de defesa contra a Lavagem de Dinheiro”, como o próprio FATF – Financial Action Task Force indica, também concorre entre si para se mostrar a “mais eficiente, a com mais conhecimento e inteligência”.

É extremamente importante que não fiquemos, em especial em relação a estes “novos temas” e uma crescente globalização regulatória, em especial do sistema financeiro (HELLWIG, 2018), presos a uma discussão ortodoxa (BOURDIEU, 1989) entre aceitar passivamente verdades “porque vem de fora” e, do outro lado, bater o pé afirmando sem muito sentido um Brasil de outros séculos – aqui, não é criar a ideia de uma terceira via da compreensão deste fenômeno, mas fazer a discussão correta.

Se temos que a nova realidade global é, em especial para o Brasil, uma conexão cada vez maior com uma regulação globalizada que atende a determinados interesses, precisamos nos esforçar cientificamente para (i) compreender o novo jogo, (ii) compreender

a nossa realidade e (iii) saber como nos posicionar frente a tais necessidades que misturam uma cada vez mais complexa incidência de regulações e um maior trânsito de dados na era cibernética.

Observar estes relatórios, para nós, foi muito mais do que descobrir a “ausência de fonte verificável”, mas sim de lançar um olhar mais atento para os motivos de tal produção de conhecimento e a conexão destes interesses com o noticiário penal econômico global. Ao mesmo tempo, esse “alerta” que se deu da “descoberta da Indústria do Controle do Crime 4.0 ao se buscar a criminologia 4.0” faz com que insistamos no estudo de todas essas variáveis a partir de uma perspectiva crítica que se pergunta, “se isso não é seguido, para que existe?”.

Por fim, mas sem por isso ser menos importante, cremos que o estudo destes relatórios e deste tipo de documento “técnico” sobre novas tecnologias, lavagem de dinheiro e “crimes econômicos” seja cada vez mais utilizado como fonte – não necessariamente primária – para pesquisadores e para o ensino do Direito.

Saber lidar com tais manuais que, com uma aparência onipotente, distribuem afirmações como se verdades fossem, em especial pelas peculiaridades destacadas no texto, é essencial para que os juristas do país saibam manusear tais documentos internacionais, sejam de órgãos governamentais sejam de entes privados. Tanto se tem assim um aprimoramento mútuo, como, principalmente, tem-se como validar ou invalidar tais informações e, cada vez mais, compreender os mais novos fenômenos da regulação e responsabilização criminal atual – esta, cada vez mais globalizada.

5. REFERÊNCIAS.

BOURDIEU, Pierre et al. *O poder simbólico*. 1989.

CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry: Towards gulags, western style*. Taylor & Francis, 2016.

Cipher Trace Reports. Disponível em <https://ciphertrace.com/resources/#reports> acessado em 01/10/2020.

Cipher Trace TRISA. Disponível em: <https://ciphertrace.com/wp-content/uploads/2019/08/TRISA-Enabling-FATF-Travel-Rule-V4.pdf> acessado em 15/11/2020.

COINTELEGRAPH. *CipherTrace develops Monero tracing tool to aid US DHS investigations*. Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/ciphertrace-develops-monero-tracing-tool-to-aid-us-dhs-investigations>

FAFT. *Public Statement on Virtual Assets and Related Providers*. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/public-statement-virtual-assets.html> acessado em 16/11/2020.

FATF *Guide to Risk Based Approach on VASPs*. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html> acessado em 19/11/2020.

FERNANDES, Fernando Augusto. *Geopolítica da intervenção: A verdadeira história da Lava Jato*. Editora Geração, 2020.

GALLO, E. Marcy. *Defense Advanced Research Projects Agency: Overview and Issues for Congress* in Congressional Research Service. Março/2020. Disponível em: https://www.everycrsreport.com/files/20200317_R45088_eaf9484acf347262a22efed967ef89e3a74b1ded.pdf acessado em 15/11/2020

GINZBURG, Carlo. *Sinais: raízes de um paradigma indiciário*. In: Mitos, emblemas, sinais – morfologia e história. São Paulo: Companhia da Letras, 1989.

HELLWIG, Guilherme Centenaro. *Internacionalização regulatória no sistema financeiro nacional*. Editora Lumen Iuris, 2018.

International Consortium of Investigative Journalists. *The 'Paradise Papers' and the long Twilight Struggle Against Offshore Secrecy*. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/paradise-papers-long-twilight-struggle-offshore-secrecy/> acessado em 10/11/2020.

MARINA, Feferbaum; RABELO, Queiroz Rafael Mafei. *Metodologia da pesquisa em direito-técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses: Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. Saraiva Educação SA, 2019.

Reports Cipher Trace – Q1 2019. Disponível em: <https://ciphertrace.com/articles/q1-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/> acessado em 15/11/2020.

Reports Cipher Trace – Q2 2019. Disponível em: <https://ciphertrace.com/q2-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/> acessado em 15/11/2020.

Reports Cipher Trace – Q3 2019. Disponível em: <https://ciphertrace.com/q3-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/> acessado em 15/11/2020.

Reports Cipher Trace – Q4 2019 Disponível em: <https://ciphertrace.com/q4-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/> acessado em 16/11/2020.

Reports Cipher Trace – Spring 2020. Disponível em <https://ciphertrace.com/spring-2020-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/> acessado em 16/11/2020.

Reports Cipher Trace. Disponível em: <https://ciphertrace.com/resources/#reports> acessado em 15/11/2018.

ZANATTA, Diana. *Crimes digitais: das primeiras ameaças ao panorama da realidade brasileira na era de informação* in Direito & TI: cibercrimes (org. Emerson Wendt). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

ZUCMAN, Gabriel. *How Corporations and the Wealthy Avoid Taxes (and How to Stop Them).* Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2017/11/10/opinion/gabriel-zucman-paradise-papers-tax-evasion.html>

Apresentação oral

**O INSTRUMENTO DE *SOFT LAW* NA ORDEM INTERNACIONAL
E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE AO CRIME DE
BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS**

*THE SOFT LAW INSTRUMENT IN THE INTERNATIONAL ORDER
AND ITS EFFECTIVENESS COMBATS THE CRIME OF MONEY
LAUNDERING*

Marcella Moraes Pereira das Neves Monty

Mestranda pela Universidade Autônoma de Lisboa. Pós-graduada em ciências criminais pela UFJF. Ex-conselheira do Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Ex-membro da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública de Minas Gerais. Defensora Pública no Estado de Minas Gerais.

E-mail: marcellampneves@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a efetividade dos instrumentos de *soft law* na luta contra o crime de branqueamento de capitais. A globalização e a revolução digital estabeleceram a incongruência espaço-temporal, que se manifestou na propagação de organizações criminosas transnacionais, que usam a tecnologia em busca de garantir a impunidade e gozo do proveito do crime. Nesse panorama, é constatada a impossibilidade dos meios tradicionais do direito – *hard law* – conseguirem dar respostas efetivas e rápidas aos problemas existentes na sociedade pós-moderna. Com efeito, a comunidade global optou pela utilização de instrumentos jurídicos flexíveis e mais céleres, como recomendações, orientações e outras manifestações legais para combater a lavagem de capitais ilícitos. Nesse contexto, merece destaque o surgimento de inúmeras Recomendações com o intuito de prevenir e reprimir essa criminalidade, bem como a figura do *compliance* no âmbito das instituições financeiras. Apesar da ausência de coercitividade desses documentos, eles podem contribuir de maneira eficaz na guerra contra a criminalidade econômica. Isso porque, o Estado negligente na adoção das medidas de enfrentamento ao crime resta excluído de negócios políticos e econômicos, ante a falta de credibilidade no cenário internacional ao demonstrar desinteresse no combate ao crime organizado transnacional.

Palavras-chave: Globalização. Combate ao crime de branqueamento de capitais. Normas *soft law*. Efetividade.

Abstract: This paper aims to analyze the effectiveness of soft law instruments in the fight against the crime of money laundering. Globalization and the digital revolution have established the spatio-temporal incongruity, which manifested itself in the spread of transnational criminal organizations, which use technology in order to guarantee impunity and enjoy the benefit of crime. In this panorama, it is verified the impossibility of the traditional means of the law – hard law – to be able to give effective and fast answers to the existing problems in the post-modern society. Indeed, the global community has opted for the use of flexible and faster legal instruments, such as recommendations, guidelines and other legal manifestations to combat money laundering. In this context, it is worth mentioning the emergence of numerous Recommendations in order to prevent and suppress this crime, as well as the figure of compliance within the scope of financial institutions. Despite the lack of coerciveness of these documents, they can contribute effectively to the war against economic crime. This is because, the State negligent in the adoption of measures to confront crime remains excluded from political and economic affairs, given the lack of credibility on the international scene by demonstrating disinterest in combating transnational organized crime.

Keywords: globalization. combating the crime of money laundering. soft law standards. Effectiveness.

Sumário: Introdução. 1. Estado, economia e sociedade em tempos de globalização. 1.1. Globalização e seus efeitos econômicos. 1.2. Globalização e Direito Penal. 2. Soft Law e Hard Law. 2.1. Noções históricas 2.2. Diferenças das normas soft e hard Law 2.3. Classificação e peculiaridades das normas soft law 3. Soft law e o combate ao crime de branqueamento de capitais. 3.1. Noções Preliminares. 3.2 Os instrumentos de soft law no combate ao crime de branqueamento de capitais. 3.3. Breves considerações a respeito do dever de compliance dirigido as instituições financeiras 4. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou investigar a crescente utilização de instrumentos de *soft law* no combate ao crime de branqueamento de capitais e as consequências do fenômeno da globalização na sociedade e na criminalidade.

O primeiro capítulo apresenta noções introdutórias acerca do fenômeno da globalização, suas fases e efeitos na sociedade, na economia e na criminalidade, a fim de destacar as negativas consequências dos avanços tecnológicos e do processo de mundialização na sociedade. Nesse contexto, Ulrich Beck acredita que, atualmente, vivemos em uma sociedade denominada de risco devido aos perigos promovidos pela concentração de renda e pelo crescimento econômico aliado ao progresso técnico-científico em tempos de globalização. Nessa oportunidade, foi enfatizado o clamor social, promovido pelas sensações de medo e insegurança, por uma intervenção penal cada vez mais rígida, como meio falacioso de findar a violência urbana.¹

No Capítulo II visou apresentar as características dos instrumentos de *soft law* e *hard law* e suas diferenças, sendo a principal delas a ausência de coercitividade das normas *soft law*. A ausência de obrigatoriedade das normas *soft law* não reduzem sua relevância no plano jurídico, especialmente na regulamentação de relações sociais dinâmicas, que utilizam a tecnologia em seu favor. Essa modalidade mais célere e desburocratizada é eficaz e vantajosa por causa da constante interação entre o Direito e a técnica, de forma a possibilitar a melhor adaptação social aos *standards* normativos e à evolução das ciências.

Já no Capítulo III buscou investigar a utilização dos instrumentos de *soft law* no combate ao branqueamento de capitais. Nessa temática foi detectado que o arcabouço jurídico penal internacional dirigido a luta contra o mascaramento de ativos financeiros é composto de normas flexíveis. Foram enumeradas algumas normas *soft law* expedidas como, por exemplo: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo, as Recomendações do GAFI, os princípios do Comitê da Basileia de Supervisão Bancária, a Convenção de Varsóvia, as Diretivas da União Europeia e o Fórum de dados do Grupo Egmont. Em seguida, foi destacada a figura jurídica do *compliance* dirigida ao setor bancário como política criminal de prevenção aos crimes de lavagem de capitais e corrupção. Na oportunidade, foram feitos breves apontamentos a respeito da efetividade dos programas de *compliance*, ante a ausência de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil. Por fim, o trabalho buscou analisar a importância das normas *soft law* ante a sua falta de obrigatoriedade e vinculação aos Estados. Todavia, apesar da falta de coercitividade os diplomas flexíveis se apresentam eficazes, uma vez que a não cooperação do Estado no

¹ BECK, 1998, p.59.

combate ao crime transnacional resulta na sua exclusão de negócios políticos e econômicos relevantes para o seu desenvolvimento socioeconômico.

Como conclusão constatou-se que para controlar a nova criminalidade oriunda da mundialização foi necessária a adoção de normas *soft law*, pois a ausência de burocratização permite uma equidade entre a velocidade do crime organizado e a proteção de valores caros à sociedade global. Foi, também, salientado que na luta contra o mascaramento de capitais os programas de *compliance* ganham destaque, principalmente os dirigidos ao setor bancário, onde é mais sensível a ocorrência do referido comportamento ilícito. Em que pese a ausência de previsão legal de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro, salvo para os crimes ambientais, os modelos de *compliance* são dotados de importância jurídica. Isso porque, funcionam como medida de política criminal de prevenção a ocorrência dos crimes de lavagem de capitais e inaugura a inserção de uma cultura de integridade no âmbito empresarial. Apesar do caráter subsidiário e do princípio da intervenção mínima do direito penal, foi destacado que deve ser revista a necessidade de sua incidência às pessoas jurídicas.

Por derradeiro, adota-se para esta pesquisa o método dedutivo, pautado em referências bibliográficas, legislações específicas e documentos eletrônicos, que criaram um embasamento capaz de desenvolver o tema de forma efetiva.

1 ESTADO ECONOMIA E SOCIEDADE EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

1.1 A globalização e seus efeitos econômicos

A globalização não é um fenômeno recente, pois sempre esteve presente na história. Iniciou com os movimentos imperiais na busca pelo domínio de vastas áreas territoriais, por meio do aperfeiçoamento das técnicas de navegação e da busca de lucro, desencadeando a colonização de terras, a exploração da mão de obra e a obtenção de riquezas.

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, marcou a segunda etapa da globalização e a instalação do capitalismo. Esse momento foi caracterizado pela produção

em massa e circulação de bens, bem como a instrumentalização do homem pela exploração de sua força de trabalho. Ocorre que, nesse período, a Europa estava superpovoada e as fábricas não ofereciam trabalho para todos, o que deu espaço a uma grave crise social desenhada pela fome e pela miséria. Esse cenário proporcionou o processo de imigração dos povos em busca de melhores condições de sobrevivência.²

A crise do petróleo, ocorrida em 1973, acentuou a instabilidade no sistema econômico e na taxa de desemprego, pois a economia mundial era dependente do petróleo. Com isso, houve a flutuação das taxas de câmbio, o que levou os Estados exportadores a acumularem recursos financeiros e depois transferirem para bancos europeus e americanos. Assim, a enorme dívida dos países latinoamericanos gerou uma crise econômica com necessidade de intervenção internacional para reestruturação dessa dívida externa e, então, equilibrar o fundo monetário internacional.³

Esse contexto social fez com que muitos Estados perdessem sua autonomia financeira para organismos internacionais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e grandes grupos econômicos. Ademais, esta crise evidencia a predominância hegemônica dos Estados Unidos como a primeira potência econômica, política, militar, tecnológica, informacional e cultural no mundo.

O desenvolvimento e a evolução tecnológica das comunicações, a revolução digital e a expansão da *internet* geraram a ampliação das transações financeiras e a quebra das fronteiras, principalmente pela agilidade e facilidade para executar negócios entre pessoas situadas em qualquer parte do mundo. Logo, a década dos anos oitenta foi caracterizada por esse avanço, o qual proporcionou um novo paradigma societário de cunho expansivo, cujo ápice foi a existência de um mercado financeiro mundial que não conhece fronteiras.⁴

A multiplicação e a propagação dos mecanismos de comunicação, como *internet*, satélite e a telefonia celular viabilizaram o crescente fluxo de informações e de dados. Essa evolução tecnológica canalizou a interconexão de processos econômicos, a ascensão da produção e a circulação de capitais financeiros, bens e serviços, além de facilitar e impulsionar movimentos migratórios ao redor do globo.⁵

² FRANCO, 2000, p.236-237.

³ FRANCO, 2000, p.238.

⁴ FILIPPETTO, 2011, p.13.

⁵ FILIPPETTO, 2011, p.13.

Essa nova ordem estabelecida dividiu o mundo em: países com políticas e economias estáveis – funcionando como paraísos fiscais e servindo como suporte para o desenvolvimento do capital – e os países de economias destroçadas, que são um campo fértil para o cometimento de crimes relacionados ao tráfico de drogas, armas e pessoas. Assim, haveria duas características nesse fenômeno que seriam as facilidades entre os Estados poderosos e o aparecimento de periferias suburbanas para Estados centrais, ambos se complementando, mas havendo controle sobre o movimento da periferia para o centro.⁶

Ainda que o fenômeno da globalização não tenha uma definição rígida, Anthony Giddens (1991, P.69) o conceitua como:

a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa.

A globalização financeira facilitou a maior circulação de bens e dinheiros ao redor do mundo, pela interconexão cada vez maior dos Estados e das pessoas por redes digitais de interação, reduzindo limitações espaciais e geográficas. Esse cenário repercutiu em alterações importantes na autoridade e na relação de trabalho dos Estados entre si e com organismos internacionais, o que contribuiu para a dispersão das sociedades, das economias, das instituições de governo e da ordem mundial com o objetivo de lucrar em detrimento das classes menos favorecidas.⁷

A economia foi diretamente influenciada pela busca incessante por lucro e por novos mercados por meio da comunicação, do uso de informações para maior concentração e da mobilidade dos capitais. Outro ponto relevante é a incapacidade do Estado em mediar a relação entre o capital e o trabalho, gerando um aumento das desigualdades sociais e econômicas. A consequência foi o desemprego estrutural, a deterioração salarial e a emigração dos povos em busca de melhores condições de vida, além do crescimento dos sindicatos e sistemas de seguridade social frente às empresas transnacionais.⁸

⁶ RODRIGUES, 2003, p.110.

⁷ FRANCO, 2000, p.236-237.

⁸ FRANCO, 2000, p.240.

A globalização econômica oportunizou a flexibilização dos direitos trabalhistas e permitiu uma confusão sobre o limite entre o lícito e o ilícito para a especulação financeira. Nesse sentido, as empresas assumem um modelo agressivo para a obtenção de capitais e adotam novas formas de associação (fusão, aquisições, incorporações) para a obtenção de vantagens e concentração de poder. Surge, assim, uma economia criminosa globalizada com práticas empresariais ilegais como, por exemplo, o branqueamento de capitais e a compensação da menor tributação do capital com a maior tributação do consumo.⁹

Essa economia criminosa afeta as camadas menos favorecidas da sociedade, aumenta os índices de criminalidade e violência e, pela ampla divulgação pela mídia, intensifica os sentimentos de medo e insegurança na sociedade. Na tentativa de mascarar os problemas político-sociais, houve um endurecimento das respostas penais. Com isso, ocorreu o aumento exponencial da população carcerária e, mesmo assim, a criminalidade continuou em crescimento, expondo o fracasso do recrudescimento penal como alternativa de controle para as mazelas sociais decorrentes da globalização e do capitalismo.

1.2 Globalização e Direito Penal

As organizações criminosas nascem como uma atividade que utiliza as facilidades conectivas da globalização para expandir sua área de influência, bem como para colocar entraves à fiscalização e à manutenção da segurança no mundo sem fronteiras. Esse modo de atuação ilícita se beneficia das viabilidades tecnológicas de ocultação e de dissimulação da origem delituosa dos recursos financeiros, bem como da rápida transferência e circulação de capitais pelo globo.¹⁰

O movimento de combate ao crime organizado teve início com a Lei Seca – *Volstead Act (Nacional Prohibition Enforcement Act)* nos Estados Unidos da América em 1919, pois o contrabando ilegal de bebidas causou impacto social e econômico no país. Com a legalização do álcool em 1933, o contrabando de bebidas deixa de ser uma atividade econômica lucrativa e as drogas ilícitas assumem o protagonismo desse mercado.¹¹

⁹ FRANCO, 2000, p.236-237.

¹⁰ ALMEIDA, 2015, p.18.

¹¹ CARDOSO, 2013, p.13-17.

A década de 70 foi marcada pelo intenso tráfico e uso de drogas no mundo. O governo americano, sob a presidência de Ronald Reagan (1981-1989), ficou conhecido por ter inaugurado uma intensa guerra às drogas. Nesse contexto, o narcotráfico havia se internacionalizado e as máfias começaram a se associar e constituir verdadeiras empresas, funcionando de maneira ágil e extremamente lucrativa. Essa política antidrogas foi patrocinada por operações militares destinadas a extinguir as plantações de coca, especialmente na Colômbia, Bolívia e Peru. Contudo, a política belicista não alcançou resultados satisfatórios e o alvo passou a ser desmantelamento das organizações criminosas mediante a morte e a prisão dos líderes do tráfico. Nesse contexto, o tráfico de drogas era um delito grave, mas também uma atividade lucrativa, sendo necessária a intensificação da prática de lavagem de capitais para acobertar esse crime, o que interferiu no sistema financeiro internacional. Com isso, as organizações criminosas se tornaram grupos econômicos e políticos poderosos que ameaçavam a ordem econômica mundial.¹²

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1988, emitiu normativa para que os países signatários criminalizassem a conduta de lavagem de capitais como uma tentativa de certificar a origem dos ativos financeiros que transitavam pelo mundo. Além das implicações econômicas, o branqueamento de capitais viabilizava o patrocínio de inúmeros crimes, tais como: o tráfico de drogas, de armas, de órgãos e de pessoas; a prostituição; a pirataria; o terrorismo, a sonegação fiscal e a corrupção (CASTELLAR, 2013, p.19).¹³

É possível constatar que essa criminalização econômica se consolida com o advento da sociedade pós-industrial pela possibilidade de causar danos a um número indeterminado de pessoas e pela lesão a bens jurídicos difusos. Assim, o processo de globalização e a consequente sociedade de risco que se configuram na contemporaneidade propiciaram o surgimento de um sentimento generalizado de medo e insegurança diante da precariedade econômica e imprevisibilidade das relações sociais.

Segundo o autor Ulric Beck:

a modernização, da mesma forma como dissolveu a sociedade agrária do Século XIX e elaborou a imagem da sociedade industrial, é agora responsável pelo surgimento de uma nova figura social: a sociedade de risco. O ingresso nessa

¹² CARDOSO, 2013, p.13-17

¹³ CASTELLAR, 2013, p.19.

sociedade de risco dá-se a partir do momento em que os princípios de cálculo da sociedade industrial são encobertos e anulados, e os perigos socialmente produzidos ultrapassam os limites da segurabilidade. Com isso, passa-se de uma lógica de distribuição de riquezas, característica da sociedade industrial clássica, para uma lógica da distribuição de riscos.¹⁴

A sociedade de risco tem como origem a concentração de renda e o crescimento econômico aliados ao progresso técnico-científico, o qual é responsável pelos perigos e ameaças que o caracteriza. Nesse sentido, a somatização dos riscos se refere a danos não delimitáveis globais, que são consequência de decisões humanas que afetam todo o mundo e, muitas vezes, de consequências irreversíveis como, por exemplo, os danos ambientais.

O renomado penalista italiano Luigi Ferrajoli afirma ter ocorrido uma profunda alteração na composição social do fenômeno criminal, visto que a criminalidade perigosa não mais surge dos extratos marginais, mas sim das elites dirigentes, econômicas e políticas. Ainda na percepção desse autor, essa é uma nova “criminalidade do poder” que assume as seguintes formas: a dos poderes abertamente criminais (crime organizado), dos crimes praticados por grandes poderes econômicos transnacionais e a dos crimes dos poderes públicos. Essas práticas delitivas se conectam pela necessidade de conluio e cumplicidade entre os poderes criminais, econômicos e institucionais de forma a garantir o proveito financeiro do crime e a impunidade.¹⁵

Nesse panorama, o autor Winfried Hassemer (1994, p.41-51) relacionou três características à delinquência globalizada, a saber: ausência de vítimas individuais – criminalidade econômica moderna é difusa, as vítimas em regra são pessoas jurídicas, pouca visibilidade dos danos causados – a criminalidade econômica moderna transcende os direitos individuais universais, e deste modo não são bens jurídicos palpáveis como a vida, a honra ou o patrimônio das vítimas individuais que são lesados, mas toda a economia de um país e *modus operandi* não violento.¹⁶

Ao considerar que o dinamismo das relações sociais pressupõe a necessidade de criação e a adoção de instrumentos jurídicos adequados com a nova realidade e suas

¹⁴ BECK, 1998, p.59.

¹⁵ FERRAJOLI, 2003, p.9.

¹⁶ HASSEMER, 1994, p.41-50.

constantes inovações, os instrumentos de *soft law* são cruciais no combate à criminalidade transnacional, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

2. *SOFTLAWE HARD LAW*

2.1 Noções históricas

Desde meados do século XX, principalmente a partir do pós-guerra, a Organização das Nações Unidas (ONU) buscou evitar uma terceira guerra mundial. Para tanto, procurou fazer com que os Estados convivessem pacificamente. Nesse intuito, foi feito o esforço de reconstrução dos direitos humanos como resposta à barbárie do totalitarismo. Portanto, a Segunda Guerra Mundial evidenciou que a tutela dos direitos humanos não deveria se restringir ao âmbito nacional, uma vez que a soberania dos Estados não poderia servir de escudo para a prática de atrocidades cruéis contra a humanidade.

O processo legislativo de criação de leis e demais atos internacionais, em regra, é complexo, lento e demasiadamente burocrático. Os documentos políticos de ordem internacional não se resumem aos tratados, eis que o uso de instrumentos de *soft law*, principalmente depois do pós-segunda guerra mundial, é uma realidade constante e crescente no plano jurídico internacional. Merece atenção o fato de que o lastramento das normas *soft law* no direito internacional foi motivado não apenas pelo pós-guerra. Mas, também, pela proliferação de inúmeras organizações internacionais, pela decadência das estruturas tradicionais da diplomacia e negociação no âmbito internacional e pelo processo de globalização. Isto se dá em virtude da decrescente perda de eficácia social das regras de *hard law*, em razão do protagonismo dos atores não-estatais no sistema internacional. Ademais, a evolução acelerada e constante da ciência e da técnica – as quais são colocadas, muitas vezes, à favor de interesses econômicos de uma minoria em detrimento de valores humanos internacionais – exige uma atuação célere do direito de forma a resguardar os interesses em jogo, o que as normas de *soft law* possibilitam melhor que as de natureza *hard* (NEVES, 2017, p.260-261).¹⁷

¹⁷ NEVES, 2017, p.260-261.

É possível observar que a natureza flexível dessas normas permite melhor harmonização das diferenças sociais, culturais, ambientais e econômicas entre os Estados e demais atores não-estatais, contrário a uma lógica de padronização de atuação sem identidade e consonância com a realidade social. Assim, as normas de *soft law* abrem espaço para a participação ativa de atores não-estatais no seu processo de criação, de forma a possibilitar condições para que tais assumam obrigações nas relações travadas na ordem global.¹⁸

2.2 Diferenças das normas *soft* e *hard law*

Atualmente, a norma *soft law* é considerada uma das modalidades de manifestação do fenômeno jurídico que, não necessariamente, incorpora as características clássicas do Direito, visto que é um direito que não goza de obrigatoriedade. O seu conceito advém da doutrina norte-americana e contrapõe à noção de *hard law*, definida como a norma rígida na sua aplicação e com traços bem definidos e próprios, assim como penalidades determinadas para o caso do seu não cumprimento. Em resumo, o doutrinador Salem Nasser conceitua *soft law* como todas as regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de norma jurídica, seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro dos instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados.¹⁹

Desta forma, trata-se de parte de um quadro em que se fortalecem noções como autonomia da vontade e arbitragem, baseadas na maior flexibilidade e capacidade de oferecer soluções mais rápidas para os problemas e dinamismo das relações sociais. Apesar das normas de *soft* e *hard law* possuírem características diferentes, ambas se complementam, pois cada uma delas possui seus pontos positivos e negativos no desenvolvimento do direito internacional.

Para a doutrina juspositivista, amparada no protagonismo do Parlamento, em que a lei era considerada a expressão única e última da vontade da maioria e a sua aplicação se

¹⁸ NEVES, 2017, p.260-261.

¹⁹ NASSER, 2005, p.15-19.

dava pelo método lógico-dedutivo, de forma neutra e avalorada, as normas de *soft law* eram vistas como uma realidade paralela ao mundo jurídico. Contudo, contemporaneamente à doutrina do construtivismo em Dworkin²⁰ um dos seus maiores expoentes, advoga que o Direito é um fenômeno social e, portanto, não pode ser visto de forma desvalorizada e neutra pois possui, também, natureza argumentativa. Assim, o que o direito é ou deixa de ser depende em grande parte da veracidade de algumas proposições que somente adquirem sentido no contexto da prática jurídica levada a cabo pelos operadores do Direito em termos de justificação argumentativa, e não em termos exaustivos de sanção, validade ou subsunção.

Dessa forma, para esta corrente doutrinária do Direito, as normas de *soft law* não gozam de menor prestígio ou relevância jurídica na ordem do Direito, dado que não há diferença qualitativa entre as normas de *soft law* e *hard law*. De acordo com o professor Miguel Neves, essa corrente concentra sua preocupação na eficácia de implementação social da norma, rejeitando a visão binária do direito e destacando, inclusive, as sanções morais no que toca a reputação dos Estados no cenário político e econômico internacional.²¹

2.3 Classificação e peculiaridades das normas *soft law*

As normas de *soft law* podem ser classificadas em primárias ou secundárias. Ambas são dirigidas à comunidade internacional ou a membros de uma organização internacional. As normas de natureza primária apresentam uma inovação na ordem jurídica, uma vez que tratam de assuntos ainda não abordados por nenhuma outra normativa jurídica como, por exemplo, a Declaração de Estocolmo da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972. Por outro lado, as normas de *soft law* de caráter secundário visam regulamentar, interpretar ou integrar lacunas existentes nos tratados internacionais. Dessa forma, essa modalidade de norma está associada e é dependente dos instrumentos de *hard law*, a exemplo das recomendações, dos comentários gerais de órgãos internacionais, das resoluções de órgãos políticos de organizações internacionais, entre outras.²²

²⁰ DWORKIN, *apud*. NEVES, 2017, p. 260-264

²¹ NEVES, 2017, p.260-261.

²² NEVES, 2017, p.260-261.

As normas de *soft law*, em regra geral, criam objetivos a serem atingidos no futuro, ao invés de obrigações atuais; programas, em vez de prescrições; e se formam por meio de negociações entre os sujeitos de Direito Internacional ou dentro de órgãos técnicos das organizações nacionais ou internacionais. A elaboração de suas regras caracteriza-se por ser mais rápida, sem as dificuldades inerentes a esforços de articulação prolongados e perpassados por inúmeras questões políticas. Além disso, os preceitos de *soft law*, em regra, incorporam melhor as peculiaridades técnicas referentes às questões reguladas, o que nem sempre é possível nos tratados, pelas dificuldades normais encontradas nas negociações internacionais.

As normas de *soft law* possuem a capacidade de direcionar as condutas dos indivíduos com o fim de limitar as suas ações e omissões frente aos ditames tidos como adequados pela sociedade. Inclusive, pode ser usado como modelo para a criação futura de novas normas de *hard law*. Dessa forma, a normativa de natureza *soft law* funciona como um incentivo para a criação de legislação em idêntico sentido no âmbito interno dos Estados. A norma de *soft law* pode ser incorporada às fontes tradicionais do Direito Internacional, como em tratados ou gerar leis internas. Diante disso, independentemente do caráter de fonte do Direito Internacional de que se revista ou não a *soft law*, é perceptível a influência que esses diplomas têm no atual quadro da ciência jurídica como um todo.²³

Todavia, apesar do valor normativo limitado das normas flexíveis, a inexistência de mecanismos de coerção ao seu cumprimento, a sua relativa incerteza, a ausência de controle democrático e de transparência na sua elaboração e a sua pouca publicidade, as normas *soft law* possuem inegável importância e relevância jurídica no cenário internacional. A forma menos burocrática de elaboração e a sua agilidade de regulamentação possibilitam maior efetividade prática, assim como melhor aptidão para redução ou prevenção dos danos provocados na ordem internacional. Ademais, as referidas normas possibilitam a participação ativa de atores não-estatais na regulamentação de situações jurídicas relevantes, o que faz aumentar as chances de sua efetividade pela adoção das normativas de natureza flexível, dada a importância no cenário internacional de agentes não-estatais e a crescente perda de autonomia dos Estados.²⁴

²³ NEVES, 2017, p.260-261.

²⁴ NASSER, 2008, p.15/19.

Por outro lado, é certo que a ausência de coercitividade jurídica ao cumprimento ou a não adoção dos padrões veiculados nas normas de natureza flexível impõem consequências políticas indesejáveis pelos Estados. O efeito do descumprimento das normas *soft law* acarreta resultados negativos no âmbito político e econômico interno dos Estados não aderentes, visto que o seu não enquadramento ao padrão desejado e esperado pela comunidade jurídica internacional acaba por ocasionar a sua exclusão dos quadros negociais internacionais. Tal fato demonstra que a coação moral exercida pelas normas *soft law* acaba por se apresentar efetiva, afinal, as consequências pelo seu descumprimento são temidas e não desejadas por nenhum Estado.²⁵

Ante o exposto, para gerir essa nova criminalidade oriunda da globalização, se faz necessário e fundamental a adoção de normas *soft law*, em razão de sua forma desburocratizada e célere faz com que os Estados avancem na mesma velocidade que o crime organizado na proteção de valores caros à sociedade global.

3. *SOFTLAW* E COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

3.1 Noções preliminares

O processo de globalização da economia mundial promoveu o dinamismo das relações internacionais, o entrelaçamento entre as ordens jurídicas dos países e a aproximação da economia com o direito. Esse cenário pressupõe a existência de mecanismos jurídicos adequados à nova realidade, capazes de promover relações jurídicas menos rígidas e suscetíveis de adaptação à dinâmica internacional e seus intensos fluxos de informação e dados.

Como produto da emergência de um espaço administrativo e jurídico global – caracterizado pela simbiose entre o direito interno dos países e o direito internacional, assim como pela necessidade de conferir um disciplinamento jurídico-penal harmônico em determinadas matérias – surgiu o fenômeno do *global administrative law*. Tal fenômeno se afasta do perfil tradicional do direito internacional e pretende abranger o estudo dos

²⁵ NASSER, 2008, p.15/19.

instrumentos jurídicos aptos à regulação desse novo espaço nas relações internacionais, de modo a adotar formas menos rígidas de regulamentação.²⁶

A consequência da globalização encontra correspondência com a fragmentação social, da qual deriva um processo de multiplicação das fontes de normatividade social que desafia a própria unicidade e homogeneidade do direito. Para o autor Jurgen Habermas, o enfraquecimento estatal é efeito colateral da globalização e gera a necessidade de procedimentos cooperativos a nível transnacional como forma de instituir uma esfera mundial de defesa da sociedade.²⁷

O contexto histórico no qual se encontra inserido a criminalidade organizada, em especial o branqueamento de capitais, via de regra, transpõe os limites territoriais dos Estados. Isto gera dificuldades no tocante à aplicação da lei penal, bem como a necessidade de adoção de mecanismos que permitam maior agilidade e eficiência nos procedimentos de cooperação internacional persecutória para obtenção de informações e dados úteis à elucidação e a repressão dos delitos transfronteiriços.

À vista disso, foi gerido um sistema global antilavagem de dinheiro, a fim de superar os entraves que o sistema financeiro encontra para investigar, bem como para prevenir e reprimir tal prática, e conta com a participação dos Estados e da sociedade. É notório que a criminalidade transfronteiriça atinge vários países ao mesmo tempo e interessa a todos a punição do autor do crime. Todavia, só é possível a responsabilização penal do infrator com a participação efetiva de todos os Estados e setores sensíveis a execução da ação de branqueamento de capitais. O *iter criminis* da lavagem de capitais conta com três fases, a começar pela colocação, ocultação e integração do capital espúrio em circulação no mercado financeiro. Nesse percurso, as instituições financeiras ganham destaque, principalmente, na primeira fase de colocação do capital que, via de regra, ingressa por operações simuladas nas agências bancárias. Assim, é evidente a necessidade de ação compartilhada entre os Estados e o setor privado na repressão da referida conduta criminosa.²⁸

²⁶ BRAGA; MARTINS, 2013, p.97-99.

²⁷ HABERMAS, 2001, p.112.

²⁸ CARDOSO, 2013, p.138-140.

3.2 Instrumento de *soft law* no combate ao branqueamento de capitais

A prática de lavagem de capitais oriundos dos mais diversos crimes é um fenômeno que ameaça os pilares fundamentais da sociedade ocidental e dos países desenvolvidos. Em razão disso, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1988, emitiu normativa para que os países signatários criminalizassem a conduta de lavagem de capitais. Em 20 de dezembro de 1988, passou a vigorar dois textos internacionais pioneiros na prevenção ao branqueamento de capitais, a Declaração de Basileia e a Convenção das Nações Unidas. Os referidos diplomas são normas *soft law* e têm por objetivo despertar a comunidade internacional para o fenômeno do branqueamento de capitais e o dever supranacional de colaboração dos países.²⁹

A convenção de Viena foi a primeira reação da comunidade internacional a instar aos países a criminalização de branqueamento de capitais oriundos do comércio ilícito de drogas, que movimentava milhões de dólares por mês. Essa normativa manifesta o dever dos Estados de erradicar o crime de tráfico ilícito de drogas e, embora não se utilize a expressão “branqueamento de capitais”, a convenção convida os países a criminalizar essa atividade.³⁰

Posteriormente, em 2000, com a finalidade de intensificar os esforços ao combate à criminalidade organizada internacional, foi editada a Convenção de Palermo, a qual expediu várias recomendações à inibição da prática de branqueamento de capitais, tais como: a criminalização específica da conduta de branqueamento de capitais; a inclusão no catálogo de crimes precedentes todas as infrações, independentemente do critério objetivo de aferição do dolo e da culpa; e a criação de um sistema de prevenção hábil e eficaz na dissuasão e detecção das diversas formas de branqueamento de capitais. Para tanto, foi estabelecido um Programa Global contra o branqueamento de capitais, no qual foi imposta a necessidade de identificação de clientes, de comunicação de operações suspeitas e a conservação de dados, de forma a propiciar o intercâmbio de informações técnicas especializadas, formação e conselhos a pedido dos países membros.³¹

²⁹ CASTELLAR, 2013, p. 19-23.

³⁰ SATULA, 2010, p. 51-56.

³¹ SATULA, 2010, p. 51-56.

Na sequência, em vista de combater a criminalidade econômico-financeira no mundo e promover uma resposta internacional ao combate ao branqueamento de capitais, em 1990, o grupo dos sete países mais ricos do mundo (G-7) criou a FATF ou GAFI – Grupo de Ação Financeira contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo – e expediram 40 (quarenta) recomendações, de modo a orientar o combate à lavagem de capitais no mundo inteiro. Em 1996, essas recomendações foram revistas para abranger outras formas de criminalidade e, em outubro de 2001, no contexto do atentado terrorista às torres gêmeas do complexo empresarial do *World Trade Center*, em Nova Iorque, o mandato do GAFI foi ampliado para incluir o combate ao terrorismo. Com isso, foi inaugurada uma nova fase do combate ao branqueamento de capitais, com a intenção de inibir e desarticular as organizações criminosas com fins de práticas terroristas.³²

As três principais funções do GAFI, no que tange o enfrentamento ao branqueamento de capitais, é: acompanhar o processo dos Estados-membros na aplicação de medidas antibranqueamento de capitais, analisar e apresentar relatórios de tendências e técnicas de branqueamento e contramedidas e promover a adoção e a aplicação dos padrões antibranqueamento de capitais do GAFI a nível global.³³

Merece destaque, também, o Comitê da Basileia, criado em 1974, pelos governadores dos Bancos Centrais dos países do Grupo 10 que, na realidade, são treze países: Alemanha, Bélgica, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Reino Unido, Suécia e Suíça. O mencionado Comitê tem por finalidade formular e emitir padrões e orientações amplas de supervisão bancária, na expectativa de que cada país adote procedimentos necessários e adequados para tanto. No que diz respeito à prevenção e combate da ação de branquear capitais, foi emitida uma declaração de princípios que resume as políticas e os procedimentos básicos que a diretoria dos bancos deve adotar, a fim de combater o branqueamento de capitais pelo sistema bancário, a nível nacional e internacional. Os bancos devem assegurar que todos os seus funcionários conheçam a política adotada e recebam a devida formação, que seria o dever de *compliance*, que passa a ganhar força e importância.³⁴

³² SATULA, 2010, p. 53.

³³ SATULA, 2010, p. 54.

³⁴ SATULA, 2010, p. 57-59.

A realização de auditoria interna na instituição, como mecanismo de verificação do cumprimento da política de combate ao branqueamento de capitais, é uma medida inibidora aos funcionários de instituições financeiras cooperarem com práticas criminosas. Logo, devem ser adotadas cautelas para garantir a integridade dos órgãos de direção das instituições financeiras, de forma a evitar que tais funcionem como um veículo dos operadores do branqueamento de capitais e atividades conexas. Assim, a Declaração estabelece, como princípio básico, o dever de conhecer o seu cliente (*know your cliente*), com a obrigação de identificar os seus clientes, criar e manter cadastro e registros das transações que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente. E mais, devem repassar dados e documentos requeridos pelas unidades de inteligência financeira.³⁵

À vista disso, as instituições financeiras devem cooperar com as autoridades policiais e, quando houver motivos para suspeitar da origem dos ativos depositados ou das operações realizadas, deve-se informar às autoridades competentes. Os bancos, também, devem certificar-se de que as operações realizadas são feitas em conformidade com padrões éticos e legais, como forma de concretização dos deveres de *compliance*. A declaração de Princípios da Basileia funciona como uma norma de boa execução e boas práticas, porém não gera obrigações diretas para os seus membros, visto que suas regras são de natureza deontológicas e a organização emitente não goza de capacidade normativa.³⁶

Todavia, a não adesão aos princípios do Comitê da Basileia faz com que o país seja considerado como um paraíso fiscal e, conseqüentemente, os outros países e demais atores internacionais não tenham interesse em negociar com ele ante a ausência de credibilidade de um país não aderente. Logo, como citado no capítulo anterior, as normas de natureza *soft law* não gozam de coercitividade, porém o seu descumprimento gera severas conseqüências ao país não cooperante.³⁷

O Conselho da Europa também reagiu ao fenômeno do branqueamento de capitais e publicou a Convenção de Estrasburgo em 1990. Posteriormente, foi revista e ampliada em 2005 e conhecida como a Convenção de Varsóvia. Tal normativa versa sobre a importância da cooperação internacional, apresentou um conteúdo substancial de

³⁵ BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 65-71.

³⁶ BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 65-71.

³⁷ SATULA, 2010, p. 57-59.

medidas e mecanismos em matéria de combate ao branqueamento de capitais e ampliou o catálogo de crimes precedentes. A justificativa das medidas adotadas foi a necessidade da adoção, em escala mundial, de métodos modernos contra a criminalidade organizada e os seus procedimentos criminais, com ênfase na ideia de que somente uma cooperação internacional funcional e desburocratizada teria aptidão para enfrentar a criminalidade organizada.³⁸

É importante destacar que a Convenção de Varsóvia faz referência expressa a necessidade de combater o financiamento ao terrorismo, independentemente da origem lícita ou ilícita dos bens e ativos financeiros, desde que a finalidade da utilização seja a favor da prática do terrorismo. Destaca, ainda, a previsão da responsabilidade penal das pessoas coletivas, desde que a atuação da pessoa física, com poderes legais ou de fato, tenha sido no interesse exclusivo daquela. Por fim, merece destaque a criação de uma Unidade de Inteligência Financeira e de medidas de prevenção e repressão que alcançam, inclusive, as pessoas jurídicas.³⁹

A União Europeia, igualmente, reuniu esforços no combate ao branqueamento de capitais. A ausência de restrição e de normas de controle da circulação de capitais na União Europeia era um fator que facilitava a ocultação da origem ilícita dos ativos financeiros. Inicialmente, foi editada a Diretiva 91/308/CEE; depois a Diretiva 2001/97/CEE; posteriormente ambas foram revogadas pela Diretiva 2005/60/CE, que estabelece a necessidade de uma identificação mais rigorosa dos clientes, inaugura a figura do beneficiário efetivo e alargou o âmbito das entidades sujeitas ao dever de comunicar a negociação de bens de valores elevados, como pedras ou metais preciosos e obras de arte, ao fixar valores de transações reputados suspeitos.⁴⁰

Nesse contexto, foi reforçado o dever dos notários e demais setores sensíveis à prática de branqueamento de capitais comunicar operações ou transações de valores reputados suspeitos. No que diz respeito ao valor considerado suspeito, a Diretiva fez referência ao valor global de transação, e não as suas frações, e alertou a existência de

³⁸ SATULA, 2010, p. 57-59.

³⁹ SATULA, 2010, p. 59-63.

⁴⁰ SATULA, 2010, p. 63.

peessoas jurídicas fictícias. Contudo, os advogados foram parcialmente isentos do dever de comunicação quando tal afetar a garantia do sigilo profissional.⁴¹

Cabe pontuar, ainda, que a mencionada Diretiva exigiu um reforço na vigilância de operações provenientes de entidades públicas, o que reforçou o combate à corrupção, objeto de atenção da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Convenção Interamericana contra a Corrupção e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Assim, fica clara a disposição de erradicar a corrupção e negócios obscuros que envolvem cidadãos em pleno exercício de funções políticas e governamentais que recebam verbas públicas. Tal atividade delituosa representa uma das maiores ameaças à segurança da pessoa humana na atualidade, na medida em que atravanca o desenvolvimento social, econômico, cultural e político das sociedades.⁴²

Em face da complexidade com que as operações e transações financeiras são realizadas e a sofisticação dos mecanismos empregados na sua realização, foi constatado que as instituições, isoladamente, não conseguem detectar a origem ilícita dos ativos financeiros. Deste modo, surgiu a necessidade da criação de um fórum de cooperação internacional que reunisse dados acerca de transações suspeitas, passados por instituições públicas e privadas, dotados da máxima segurança. Diante dessa situação, as instituições dos países desenvolvidos se reuniram no Palácio de Egmont-Arenberg, em Bruxelas, e criaram uma rede internacional. Essa rede conhecida como grupo Egmont, atualmente, congrega informações das unidades de inteligência financeira de cada país pelo intercâmbio de dados e promove ações contra o branqueamento de capitais.⁴³

Cabe destacar que, mesmo após um país tornar-se cooperante, ele continuará a ser avaliado para que permaneça na lista de países cooperantes pois, periodicamente, o GAFI realiza avaliação dos países membros acerca da implementação e manutenção de medidas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo. Dessa forma, as regras propostas pelo GAFI, em princípio, não tem caráter obrigatório, mas

⁴¹ BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 65-71.

⁴² CARDOSO, 2013, p. 118/122.

⁴³ SATULA, 2010, p. 65-67.

a sua diferença em relação às demais normas *soft law* do direito internacional é que as suas Recomendações se apresentam como normas *soft law not and hardily binding*, – ao mesmo tempo que não possuem caráter vinculante (*not binding*), têm como objetivo responsabilizar e sancionar os países não cooperantes (*hardily binding*).⁴⁴

Apesar da ausência do elemento *enforceent* às recomendações do GAFI, uma vez descumprida elas repercutem em graves consequências ao Estado inadimplente. Destarte, a possibilidade de o GAFI utilizar o bloqueio pacífico ou comercial para forçar um Estado não cooperante a tornar-se cooperante faz com que a exclusão promovida seja uma forma de sanção eficaz. Assim, o GAFI pretende se tornar uma autoridade na governança global penal em matéria de prevenção e combate ao branqueamento de capitais, afinal é conhecida a sua pretensão de legislar para o mundo e fazer com que suas Recomendações sejam praticadas por todos os Estados.⁴⁵

Portanto, é possível concluir que o esforço da comunidade internacional no combate ao branqueamento de capitais tem por finalidade reduzir drasticamente a prática de diversos crimes, principalmente aqueles que geram significativa vantagem econômica, como o tráfico de drogas e armas, a corrupção e sonegação fiscal. A política criminal penal internacional, para tanto, visa adotar instrumentos normativos flexíveis que possam acompanhar o dinamismo e a velocidade das transações realizadas, em busca de ocultar a origem ilícita de ativos financeiros e, assim, evidenciar a relevância e efetividade das normas de natureza *soft law* no combate ao crime organizado transnacional.

3.3 Breves apontamentos a respeito do dever do *compliance* dirigido as instituições financeiras

A década de 90 foi marcada por inúmeros casos de corrupção associados à lavagem de capitais que impactaram negativamente na economia e na política do mundo. Esse cenário foi desenhado pelo uso abusivo do sistema financeiro como instrumento de reciclagem do capital ilícito, evidenciando-o como um dos setores mais sensíveis à prática do crime de lavagem de capitais. Por isso, foi revelada a necessidade de ter mais controle

⁴⁴ BRAGA; MARTINS, 2013, p. 97-99.

⁴⁵ BRAGA; MARTINS, 2013, p. 97-99.

e maior transparência às transações financeiras e às questões fiscais com o fito de evitar operações fraudulentas.⁴⁶

O Brasil alinhado a uma tendência mundial de enfrentamento da corrupção, após diversos escândalos envolvendo grandes empresas nacionais com o governo brasileiro, em 2002, alterou o Código Penal para acrescentar crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira, promulgou a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção e a Lei 13.303/2016, que estabelece o estatuto das estatais.

É nessa moldura que os programas compliance ganham destaque e para melhor compreensão é importante expor a origem do *compliance* a partir da palavra inglesa *to comply* que, de acordo com Carla Rahal Benedetti, significa:

um sistema de controle interno de uma instituição, os quais visam dar esclarecimentos e segurança àqueles que se utilizam de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais. Essas operações poderiam, com isso, culminar em prejuízos a todos os envolvidos na empresa, não somente à instituição, mas, também aos clientes, aos investidores e aos fornecedores.⁴⁷

A figura do *compliance* remonta aos modelos internacionais como, por exemplo, o americano inaugurado pela Lei Anticorrupção – *O Foreign Corrupt Practices Act* – promulgada, em 1997, pelo Congresso dos Estados Unidos da América para criar normas antissuborno e sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional. Outro modelo para destacar é o inglês – *A Bribery Act* –, considerado uma das legislações mais duras no combate à corrupção e entrou em vigor em 01 de julho de 2011.⁴⁸

Como podemos notar, as Recomendações da Basileia são um marco da existência das normas de *compliance* no cenário mundial. No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução do Banco Central 2.554/98 incorporou as mencionadas Recomendações. Todavia, a redação original da Lei 9.613/98, de forma tácita, também acatava tais normas. Posteriormente, a Lei 12.683/2012 incorporou expressamente o dever

⁴⁶ BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 38-39.

⁴⁷ BENEDETTI, 2011, p.75.

⁴⁸ CARDOSO, 2013, p. 121-123

de *compliance* em seu art. 10, impondo a adoção de políticas, procedimentos e controles internos pelas instituições financeiras.⁴⁹

O programa de *compliance* na área criminal se caracteriza como uma nova ferramenta na prevenção e no combate ao crime de lavagem de capitais no âmbito das instituições financeiras. A utilização do sistema bancário conjugado ao emprego de elaboradas técnicas de informática para reciclagem do capital ilegal, revela inúmeras dificuldades para a atividade persecutória estatal. Com isso, é fundamental que as agências bancárias colem, sistematizem e atualizem os dados de seus clientes, apresentem mecanismos de detecção de operações suspeitas e comuniquem tais às autoridades governamentais. Essa política de cumprimento normativo pretende evitar a convivência das instituições financeiras com atos criminosos e promover a sua colaboração com as investigações públicas. Ademais, a concretização dos deveres do *compliance* pelas instituições financeiras são benéficas aos próprios bancos, pois garantem a sua boa reputação corporativa, já que a ética empresarial está diretamente ligada à responsabilidade social.⁵⁰

Atualmente, o *compliance* é considerado um importante recurso no espectro da Governança Corporativa, que nada mais que um sistema de boas práticas aplicado às empresas e demais organizações com relação a sua direção, monitoramento e incentivos. Esse proceder envolve os sócios, o conselho de administração, a diretoria, os órgãos de fiscalização e controle, além das demais partes interessadas (*stakeholders*). A ideia de Governança Corporativa também engloba a prestação de contas (*accountability*), a busca por relação unânime entre os acionistas majoritários e minoritários (*fairness*) e a transparência entre a empresa e os demais agentes que com ela interagem (*disclosure*).⁵¹

Por fim, destaca-se que os programas de *compliance* exercem papel fundamental na delimitação de novas referências de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse sentido, muitos países incrementaram a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, de forma que a existência de modelos de *compliance* funcionam como parâmetro para a incidência ou atenuação da pena, como é o caso da legislação espanhola. Nesse sentido, as empresas que tenham estabelecido medidas internas de controle e prevenção de ilícitos

⁴⁹ CARDOSO, 2013, p. 13-17.

⁵⁰ CARDOSO, 2013, p. 121-123.

⁵¹ ANDRADE, 2009, p. 140-141.

poderão ser beneficiadas pelo Estado, o que funciona como um estímulo ao cumprimento das normas.⁵²

Em que pese os questionamentos acerca da efetividade do compliance no Brasil, é preciso salientar que, apesar da ausência de previsão legal de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, salvo para os crimes ambientais, não deixa de ser uma importante medida de política criminal de prevenção à ocorrência dos crimes de lavagem de capitais. Ademais, incentiva as empresas a adotarem uma cultura ética voltada a prevenção de comportamentos ilícitos, permitindo ao Estado que se utilize do setor privado para alcançar finalidades públicas, estabelecendo salutar cooperação entre os setores público e privado.

CONCLUSÃO

O atual contexto mundial é marcado por transformações em ritmo acelerado pela progressiva evolução tecnológica. A multiplicação e a propagação dos mecanismos de comunicação, como a *internet*, os satélites e a telefonia celular viabilizaram a interconexão de processos econômicos e a ascensão da produção e da circulação de bens e serviços ao redor do globo. Nesse panorama de incongruência espaço-temporal, foi instaurada a outra face da globalização, que se manifesta na propagação criminosa organizada transnacional, que usa a tecnologia em busca de garantir a impunidade e gozo do proveito do crime.

No que se refere ao combate ao crime organizado, ganhou destaque no cenário internacional o enfrentamento ao crime de branqueamento de capitais. A ocultação da origem ilícita dos ativos financeiros faz com que o cometimento de determinadas infrações penais funcione como um negócio lucrativo, a exemplo do que ocorre com a prática dos crimes de tráfico ilícito de drogas, pessoas, armas, do terrorismo, da corrupção e da sonegação fiscal.

É possível constatar que essa criminalização econômica se consolida com o advento da sociedade pós-industrial, por ser capaz de causar situações de perigo a um número indeterminado de pessoas, pela lesão a bens jurídicos difusos. Assim, o processo de globalização e a consequente sociedade de risco que se configura na contemporaneidade

⁵² BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 49-50.

propiciaram o surgimento de um sentimento generalizado de medo e insegurança diante da precariedade econômica e imprevisibilidade das relações sociais.

Dessa maneira, os Estados e a Organização das Nações Unidas, preocupados em buscar uma forma efetiva de inibir o avanço da criminalidade globalizada, perceberam que os mecanismos tradicionais do direito estavam obsoletos. A criminalidade transnacional impõe aos órgãos de repressão penal a adoção de mecanismos que lhe permitam maior agilidade e eficiência nos procedimentos de cooperação internacional persecutória para obtenção de informações e dados úteis à elucidação e repressão de delitos fronteiriços.

Esse cenário fez com que as normas *soft law* ganhassem protagonismo no combate ao crime de branqueamento de capitais, face a sua forma desburocratizada, célere e flexível para lidar com as novas formas de ocultação do proveito do crime. Não se trata de uma disputa de relevância entre os instrumentos *soft law* e *hard law*, mas sim do destaque e pertinência de cada um deles em determinados casos, pois ambos não se excluem, ao contrário, se complementam.

Constata-se que o arcabouço jurídico internacional para o enfrentamento do crime de lavagem de capitais está assentado em instrumentos de *soft law* que, mesmo despidos de coerção jurídica, impulsionaram a maioria dos países do globo a aderir às medidas veiculadas neles. Dentre os inúmeros instrumentos de *soft law*, o principal mecanismo de prevenção à lavagem de capitais são as Recomendações e a atuação do FATF/GAFI, cuja finalidade é a fixação de princípios de prevenção e repressão ao branqueamento de ativos financeiros ilícitos.

Na luta contra o mascaramento de capitais os programas de compliance ganham destaque, principalmente os dirigidos ao setor bancário, onde é mais sensível à ocorrência do referido comportamento ilícito. O programa de compliance na área criminal pode ser caracterizado como uma nova ferramenta de prevenção ao crime de lavagem de capitais no âmbito das instituições financeiras. Isso porque, a utilização do sistema bancário aliado ao manuseio de elaboradas técnicas de informática para reciclagem do capital ilegal revela inúmeras dificuldades à atividade persecutória estatal. Com efeito, é fundamental que as agências bancárias colem, sistematizem e atualizem os dados de seus clientes, apresentem mecanismo de detecção de operações suspeitas e comuniquem tais às autoridades governamentais. Esses dentre outros deveres insertos na política de *compliance* têm por

escopo evitar a convivência das instituições financeiras com atos criminosos e promover a sua colaboração com as investigações.⁵³

Em que pese a ausência de previsão legal de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro, salvo para os crimes ambientais, os modelos de compliance são dotados de importância jurídica. Isso porque, são responsáveis pela produção de efeitos diretos no direito penal, eis que não deixa de ser uma importante medida de política criminal de prevenção a ocorrência dos crimes de lavagem de capitais e inaugura a inserção de uma cultura de integridade no âmbito empresarial.

Nesse particular, é possível destacar que a responsabilidade das pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos e de lavagem de capitais está assenta na responsabilidade administrativa e cível, na contramão das diretrizes internacionais. Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro não é possível extrair vantagens legais no âmbito criminal pela adoção e fiel execução dos deveres de integridade. Contudo, não significa dizer que os programas de compliance são despidos de relevância, mas que a responsabilização penal das pessoas jurídicas fortaleceria o seu papel institucional em relação ao cumprimento normativo. De acordo com o modelo espanhol, a adoção de um modelo efetivo de compliance isenta a corporação de responsabilidade penal ou ocorre a atenuação da pena, no caso de parcial cumprimento (FELICIO, 2019, p.278-279).

Cabe salientar que não se quer aqui defender uma intervenção desmedida e cega da pena, contrariando a lógica dos princípios da intervenção mínima e subsidiariedade do direito penal. O que se pretende destacar é a incapacidade de os outros ramos do Direito apresentarem respostas eficazes à criminalidade econômica levada a cabo pelas pessoas jurídicas. Nessa hipótese, o direito penal deve ser convidado a apresentar uma solução, sempre pautada na razoabilidade e na proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. Direito penal econômico e autoria do crime tributário praticado em nome e no interesse da pessoa jurídica. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. 178 p. ISBN 978-85-7874-409-0.

⁵³ CARDOSO, 2013, p.68-69.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 470 p. ISBN 978-855-321-391-7.

BECK, Ulrich. Sociedade global, sociedade de riscos. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n.7, jan./jun. 1998. p. 53-87. ISBN 978-85-7326-450-0

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal **Compliance**: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014. ISBN 9788576747239.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena. Crescente adoção de instrumentos de *soft law* na cooperação penal internacional. *In*: Revista Direito e desenvolvimento, João Pessoa, v. 4, n. 8, jul./dez. 2013.

CARDOSO, Débora Motta; GRECO FILHO, Vicente. A extensão do *compliance* no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/pt-br.php>>. Acesso em: 12 out. 2020.

CASTELLAR, João Carlos. Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 301 p. ISBN 978-85-7106-487-7.

FELÍCIO, Guilherme Lopes. *Compliance* e autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica: o modelo espanhol como referência para o Brasil. Revista Liberdades, São Paulo, v. 11, n. 29, jan./jun. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 71-88, 2013. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/77502075/luigi-ferrajoli-criminalidade-e-globalizacao>>. Acesso em: 08 out. 2020.

FILLIPETO, Rógério. Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. ISBN 978-85-375-1107-7.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *In*: Revista brasileira de ciências criminais – Temas de Direito Penal Econômico, São Paulo, n. 31, 2000.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. A constelação Pós-nacional: Ensaio político. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 8, 1994. Disponível em: <<http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=43846&iIndexSrv=1>>. Acesso em: 08 out. 2020.

MENDONÇA, Alberico. As recomendações da FATF/GAFI: *soft* ou *hard law*? *In*: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Brasília, v. 1, n. 1, p. 102-127, 2007. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2618/1608>>. Acesso em: 20 out. 2020.

NASSER, Salem H. Desenvolvimento, costume internacional e *soft law*. *In*: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (org.). Direito Internacional e Desenvolvimento. 1. ed. Barueri: Manole, 2005. Disponível em: <<https://gedirj.files.wordpress.com/2008/02/desenvolvimentocostumeinternacionaloftlawalemnasser.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

NEVES, Miguel Santos. Introdução ao Direito: *Soft Law*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6474-1,

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada: que política criminal. *In*: Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 24, p. 103-126, 2003.

SATULA, Benja. Branqueamento de Capitais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. ISBN 978-972-540-267-2

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018. ISBN 978-85-9590-018-9.

Apresentação oral

BITCOIN COMO OBJETO MATERIAL DA LAVAGEM DE CAPITAIS

BITCOIN AS A MATERIAL OBJECT OF MONEY LAUNDERING

Marina Castro

Especialista em Direito Penal pelo IBMEC/SP. Pós-graduanda em Direito Tributário pela UCAM/RJ. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

E-mail: marinacastroadv1@gmail.com

Gabriele Ledermann Canteli

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

E-mail: gabriele.canteli@gmail.com

Resumo: O objetivo do presente estudo recai sobre a análise do crime da lavagem de capitais e sua nova roupagem no ecossistema digital Bitcoin. Com efeito, o fenômeno da virtualização da moeda e seu marco histórico protagonizado pelo Bitcoin reverberam de forma curiosa no sustentáculo delitivo, na medida em que alguns atributos favorecem, ou podem favorecer, a consumação criminosa, enquanto prejudicam consideravelmente eventual persecução penal. Por tais razões e, considerando a crescente incidência da referida criptomoeda no cenário global, urge-se um exame pormenorizado da tecnologia e suas possíveis repercussões no âmbito penal, mais especificamente como parte motriz de uma nova tipologia de lavagem de capitais. Analisados os aspectos técnicos e gerais do Bitcoin, pretende-se esclarecer as particularidades operacionais que favorecem o crime de lavagem de dinheiro e obstam a administração da justiça, examinando a fundo como se dá o escamoteamento de capitais quando incorporado no ambiente do Bitcoin. Para tanto, buscar-se-á examinar cada etapa da lavagem de capitais, desde a colocação do patrimônio ilícito no sistema de Bitcoin, perpassando pela dissimulação, por meio de diversas operações em cadeia para encobrir e dificultar a reconstrução da trilha ilícita (mediante utilização de tumblers e mixers), e, finalmente, a obtenção de aparência lícita dos ativos, com sua integração ao sistema econômico, majoritariamente protagonizada

pelas exchanges de criptoativos, oportunizando, enfim, aos detentores dos valores ilícitos usufruir do proveito do crime. Esmiuçado todo o processo delitivo, serão perquiridos os possíveis mecanismos de combate à sua prática, considerando que o aparato regulatório sobre o tema subsiste cauteloso e, por vezes, temerário ao tratar desta temática. Posto isto, salientar-se-á a celeuma acerca de qual medida mais adequada a ser adotada no cenário nacional, levando-se em conta políticas proibitivas e permissivas no plano internacional.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Bitcoin. Direito Penal Econômico. Delitos Econômicos.

Abstract: The aim of this research is to analyze the crime of money laundering and its new guise in the digital Bitcoin ecosystem. In effect, the phenomenon of currency virtualization and its historical landmark led by Bitcoin reverberate curiously in the criminal support, as some attributes favor, or can favor, criminal consummation, while considerably impairing possible criminal prosecution. For these reasons and, considering the growing incidence of the cryptocurrency in the global scenario, a detailed examination of the technology and its possible repercussions in the criminal sphere is needed, more specifically as a driving part of a new typology of money laundering. Having analyzed the technical and general aspects of Bitcoin, we intend to clarify the operational particularities that favor the crime of money laundering and hinder the administration of justice, examining in-depth how capital concealment occurs when incorporated into the Bitcoin environment. To do so, it will seek to examine each stage of money laundering, from the placement of illicit assets in the Bitcoin system, through concealment, through various chain operations to cover up and hinder the reconstruction of the illegal trail (using tumblers and mixers), and, finally, obtaining a legal appearance of the assets, with their integration into the economic system, mainly carried out by crypto exchanges, allowing the holders of illicit values to enjoy the benefit of crime. Scrutinized the entire criminal process, the possible mechanisms to combat its practice will be investigated, considering that the regulatory apparatus on the subject remains cautious and, at times, reckless when dealing with this issue. With that being said, it will be stressed that the most appropriate measure to be adopted on the national scene, taking into account prohibitive and permissive policies at the international level.

Keywords: Money Laundering. Bitcoin. Economic Criminal Law. Economic Crimes.

Sumário: Introdução. 1. Notas não exaurientes sobre o Bitcoin. 2. Breves considerações sobre a tipologia da lavagem de capitais. 3. O bitcoin como objeto material da lavagem de capitais. 4. Aspectos regulatórios: a coordenação internacional como pilar fundamental antilavagem. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O dinheiro é um fenômeno do mercado. Ao menos assim o delimita Ludwig Von Mises (1947), economista membro da tradicional Escola Austríaca, cuja teoria monetária disciplina que o capital se origina e desenvolve no ânimo mercantilista, resultante de ações individuais não intencionais, em que múltiplos e diferentes indivíduos utilizam um meio de troca sucessivamente, de tal maneira que a circulação desse meio assume escalas cada vez mais grandiosas, até enfim concretizar-se como moeda, a partir de uma aceitação geral, tal qual o conceito de ordem espontânea defendido por Friedrich Hayek (1985).

Em outro extremo, há quem defina a moeda como “a criatura do Estado”, considerando o crivo estatal como sua condição inerente. É este o entendimento da Teoria Cartalista, desenvolvida pelo economista George Knapp (1905), o qual associa a moeda à uma natureza política e cujo estabelecimento e uso estariam condicionados à um ato de poder do Estado, que estipula e delimita a unidade que terá curso legal forçado e poder liberatório dentro dos limites de seu território.

Partindo de tais premissas, é passível de conclusão que a presente conjuntura atua em observância à esta última teoria, ratificada e legitimada pelo arcabouço jurídico brasileiro, o qual dispõe expressamente como moeda nacional o Real (através da Lei n. 9.069/95), não apenas estipulando seu curso legal em todo território nacional, como ainda rechaçando quaisquer negócios jurídicos feitos em moedas estrangeiras, quando exequíveis no Brasil (art. 1º, Decreto-Lei n. 857/69 c/c art. 318 do Código Civil).

Todavia, como bem menciona Ulrich (2014, p. 44), o incremento tecnológico e a era da informação remoldaram substancialmente o arquétipo social, não sendo diferente com uma das instituições basilares para o convívio em sociedade: o dinheiro. Assim, a tecnologia evoluiu de tal maneira que se fez possível a idealização de modelos monetários alheios àqueles considerados oficiais, para enfim concretizar-se em 31 de outubro de 2008,

quando Satoshi Nakamoto (pseudônimo utilizado pelo criador – ou criadores – cuja real autoria permanece desconhecida) publicou o *white paper*: “Bitcoin: um sistema de dinheiro eletrônico peer-to-peer”.¹

Em síntese, o Bitcoin é um sistema de pagamentos, puramente digital, desenvolvido para operar de maneira descentralizada, ou seja, independente de qualquer agente intermediário e não sendo emitido por nenhuma autoridade central. Assim, o que até então se considerava função intrínseca do Estado, passa por um cenário de possibilidades ante a construção de uma moeda alternativa à figura estatal e, principalmente, bancária, assumindo contornos concretos através do uso de criptografia e de um registro aberto e público, denominado *blockchain*.

Em que pese se trate de incontestável inovação tecnológica, cujos benefícios de sua utilização sequer foram totalmente explorados, há de se considerar que certos aspectos oriundos da virtualização da moeda reverberam de forma curiosa no sustentáculo delitivo, na medida em que alguns atributos favorecem, ou podem favorecer, a consumação criminosa.

É a partir de tal conjuntura que exsurge uma nova tipologia de lavagem de capitais, pautada em conferir uma aparência de licitude à valores de origem criminosa, valendo-se, para tanto, do uso do Bitcoin. Atributos da referida criptomoeda, como o (pseudo) anonimato dos usuários, tornam-se atraentes para aqueles que almejam ocultar o caráter ilícito de bens e valores, de modo a acompanhar a crescente adesão de usuários que buscam transacionar à baixo custo, para qualquer lugar do mundo em um curto intervalo de tempo.

Destarte, com fulcro nas considerações tecidas acima, em um primeiro momento o presente estudo buscará esclarecer aspectos gerais do Bitcoin, suas principais características e como tal tecnologia opera. Cumpre ressaltar que a complexidade do tema não permite sua exaustão em um único estudo, de modo que limitar-se-á aos detalhes que atendam ao escopo último deste trabalho.

¹ Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System.

Por conseguinte, uma vez compreendido o essencial do Bitcoin, passa-se ao exame do tipo penal de lavagem de dinheiro, ressaltando aspectos penais relevantes, além de breves reflexões acerca de seu plano normativo (Lei n. 12.683/2012).

Doravante, enfim será possível analisar o crime de lavagem de dinheiro e sua nova roupagem quando aplicado no cenário da moeda digital. Neste momento, uma vez compreendido como as fases da lavagem de capitais incorporam o ambiente da criptomoeda e sua tecnologia, pretende-se ainda examinar as implicações de tal fenômeno nos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro e eventual persecução penal.

Feitas tais considerações, buscou-se brevemente examinar a resposta penal a ser dada quanto à essa nova tipologia. Com efeito, o substrato normativo atual não atende satisfatoriamente ao novo cenário apresentado pelo Bitcoin, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não se posicionou efetivamente quanto à criptomoeda, à exceção de certas recomendações emitidas pelo Banco Central, que mais se assemelham ao mero esquivio de eventual necessidade de regulação. Por tais razões, será abordada a possibilidade de o Bitcoin ser regulado, devendo considerar a quem interessa sua regulação e quais as reais consequências da ausência de um aparato regulatório. Seria possível, e eficaz, a intervenção do Estado em um sistema cuja essência foi projetada para subsistir alheia ao interesse estatal?

1. NOTAS NÃO EXAURIENTES SOBRE O BITCOIN

“É com a análise do contexto que o Bitcoin surgiu que podemos entender a sua razão de ser” (ULRICH, 2014, p. 35). Em outubro de 2008, Satoshi Nakamoto publicou em um fórum online o primeiro documento no qual apresentava o Bitcoin. Concomitantemente, o mundo enfrentava a maior crise financeira desde a Grande Depressão de 1930, de modo que, um mês antes da publicação, o banco norte-americano Lehman Brothers foi à falência, data que ficou conhecida como “segunda-feira negra” (RODRIGO TOLOTTI, 2018).

Fato é que um dos principais propulsores da crise foram os grandes bancos mundiais, cuja atuação negligente na concessão de crédito de alto risco acarretou a insolvência dos bancos e o colapso do sistema financeiro. Curiosamente, Satoshi propõe

um sistema independente do controle bancário, dando lugar à criptografia em detrimento do sistema de confiança protagonizado pelas instituições financeiras.

Em síntese, o Bitcoin é um sistema de pagamentos digital, inteiramente descentralizado, cuja rede funciona ponto-a-ponto (*peer-to-peer* ou P2P). Isso significa que todo o sistema sobrevive no ambiente virtual, sem interferência de nenhuma autoridade central, enquanto os usuários transacionam diretamente entre eles.

Com efeito, as relações monetárias atuais são dotadas, majoritariamente, de um sistema centralizado, pelo qual os usuários confiam em um terceiro fiduciário (o banco), que irá validar as transações e garantir que o valor creditado à uma parte decorre de um saldo existente da outra. Para tanto, as instituições financeiras registram o saldo em conta dos clientes, mantido a partir dos custos de operação e manutenção cobrados do usuário. A sistemática é perfeitamente elucidada por Satoshi em seu *whitepaper*, a saber:

Assim, o comércio na internet passou a confiar quase que exclusivamente em instituições financeiras que atuam como terceiros confiáveis para processarem pagamentos eletrônicos. Enquanto o sistema funciona bem o suficiente para a maioria das transações, ele ainda sofre com as fraquezas inerentes ao modelo baseado na confiança. Transações completamente irreversíveis não são realmente possíveis, uma vez que as instituições financeiras não podem evitar a mediação das disputas. O custo da mediação aumenta os custos de transação, limitando o tamanho mínimo da operação prática e cortando a possibilidade de pequenas transações casuais, e há um custo mais amplo na perda da capacidade de fazer pagamentos irreversíveis para serviços irreversíveis. Com a possibilidade de reversão, a necessidade de confiança aumenta. (NAKAMOTO, 2008)

De outra face, o Bitcoin, uma vez sendo um sistema descentralizado, prescinde de um terceiro agente, na medida em que todas as transações são validadas e registradas em um banco de dados público, que contém todo o histórico de transações desde o gênese do Bitcoin, denominado *blockchain* (cadeia de blocos).

Neste momento, é compreensível questionar a confiabilidade e segurança de um sistema descentralizado. Afinal, se não há autoridade central, em quem confiar? Quem irá garantir que os valores transacionados são válidos?

Pois bem, transmuta-se o “quem” para “o que”, de modo que toda segurança e confiabilidade do Bitcoin se resume em dois aspectos fundamentais: a criptografia e o *blockchain*. Aquela, nada mais é que a aplicação de um algoritmo (complexo cálculo) para codificar e decodificar dados, tornando-se ininteligível para os que não possuem acesso às convenções combinadas. Por seu turno, o *blockchain* é uma espécie de livro-razão² público, cujo nome se dá em virtude da sua sistemática: as transações que ocorrem por meio do Bitcoin, assim que validadas, são registradas em blocos, ocasião em que cada bloco remete ao anterior, formando uma cadeia imutável.

Assim, uma vez sendo um sistema distribuído e inexistindo um ponto central de controle, todos os agentes da rede tornam-se responsáveis em servir como verificadores. Ademais, considerando ser um protocolo aberto e público, além de todo o histórico de registros permanecer no *blockchain*, este poderá ser visualizado por qualquer usuário da rede, a qualquer momento e em qualquer lugar, bastando um dispositivo eletrônico com acesso à internet.

Neste passo, oportuno mencionar que o processo de geração de blocos é denominado mineração, que se resume à resolução de um complexo problema matemático. Referido processo pode ser realizado por qualquer indivíduo, contudo exige um computador dotado de elevado índice de processamento, dedicado a resolver tais problemas matemáticos.

Por conseguinte, toda transação operada dentro do Bitcoin será enviada para a rede em forma de algoritmo. Assim, o sistema gera um novo algoritmo aproximadamente a cada dez minutos, disponível e visível para todos os mineradores, ocasião em que aquele que resolver o algoritmo primeiro validará as transações ocorridas neste intervalo de tempo. Em que pese a resolução do problema seja demasiadamente dificultosa, a checagem da resolução é simples e rápida, sendo feita pelos demais mineradores. Como incentivo, o minerador que resolve o algoritmo recebe unidades de bitcoin.

Em remate, para que um bloco seja aceito pela rede, os mineradores precisam concluir uma prova de trabalho (*Proof Of Work* ou POW) hábil a verificar todas as transações do bloco. Verifica-se que se trata de um processo caro, pelo alto índice de

² Denominação dada pelos profissionais de contabilidade para um registro de escrituração, cujo escopo é coletar e organizar os dados cronológicos de todas as transações realizadas, de modo a controlar o movimento das contas contábeis.

processamento demandado, mas ainda assim competitivo, considerando que inúmeras máquinas estão tentando resolver o problema concomitantemente. A prova de trabalho garante que os blocos não possam ser adicionados à *blockchain* sem executar o trabalho necessário, de modo que todos contribuem para a segurança do sistema e não depende de uma única decisão, porquanto existem várias partes fiscalizando.

Ademais, à medida que mais poder de processamento é dedicado à mineração, o protocolo irá aumentar a dificuldade do problema matemático, garantindo que o bitcoin será sempre minerado em uma taxa previsível e limitada (BRITO e CASTILLO, 2016). Tal qual a extração de ouro, o sistema foi projetado para minerar uma quantia limitada e específica de bitcoin: cerca de 21 milhões, a serem alcançados aproximadamente em 2140, embora estudiosos acreditem que o total nunca será atingido em razão do elevado grau de dificuldade.

No que tange às transações realizadas no âmbito da referida criptomoeda, impõe-se cautela em alguns termos técnicos, dos quais aqui limitar-se-á às chaves públicas e privadas, bem como às carteiras eletrônicas. Tal qual o dinheiro em espécie, todo bitcoin é armazenado dentro de uma carteira (*wallet*), resguardado por uma senha,³ responsável por armazenar um conjunto de chaves privadas associadas à uma chave pública. De modo metafórico, as chaves públicas assemelham-se à um endereço de e-mail, enquanto as chaves privadas figuram como uma espécie de senha, a qual apenas o detentor da carteira possui.

Destarte, aquele que possui unidades de bitcoin e almeja transacioná-las, irá utilizar a sua chave privada para transferir unidades de bitcoin à um dado endereço (chave pública), assinando digitalmente a transação e comprovando matematicamente ser o possuidor da dita chave privada (ULRICH, 2014).

Feitas tais considerações, verifica-se que o Bitcoin é um ecossistema de dinheiro digital, em que figuram os mineradores, responsáveis por manter a rede, e os usuários interessados em transacionar com a criptomoeda. Estes, tendem a optar pelo bitcoin em

³ Oportuno mencionar que, neste ponto, há significativo risco de usabilidade, sendo notório e habitual ter notícia de casos de pessoas que esqueceram a senha de suas carteiras, formataram o dispositivo, entre outros acidentes que podem ser evitados quando ciente e familiarizado com a tecnologia.

razão do baixo custo de operação, cuja transação ocorre a despeito de fronteiras geográficas e independente de um terceiro intermediário, prescindindo de eventuais identificações.

Neste último ponto cabe especial relevo, haja vista ser figura elementar do presente estudo. Se, do ponto de vista operacional, o Bitcoin se mostra vantajoso em razão de seu sistema descentralizado, global e pseudoanônimo, as mesmas características revelam-se desfavoráveis para administração da justiça e possíveis catalisadores para fins delituosos, sobretudo à lavagem de dinheiro (ESTELLITA, 2020).

Todavia, tais pontos há de serem analisados com devida parcimônia para afastar eventual hipérbole. A uma pois, em que pese as transações ocorridas no Bitcoin de fato garantam maior grau de privacidade, estas não são revestidas de integral anonimidade, porquanto todo o fluxo de transações é registrado no *blockchain*, onde constará o horário, a quantidade de unidades, além de informações relativas às chaves públicas de todas as transações. Ainda que seja possível a utilização de pseudônimos para realizar transações, o número identificador do computador (IP) ficará registrado, garantindo transparência e publicidade de todo histórico de transações.

Destarte, a sistemática do Bitcoin muito se assemelha à dinâmica do dinheiro em espécie, em que as partes podem transacionar sem revelar sua identidade entre si ou a um terceiro, com a vantagem de que todas as transações relativas à um endereço de Bitcoin podem ser rastreadas e encontram-se registradas integralmente no *blockchain*.

No entanto, outra ressalva importante recai sobre softwares de bloqueio de rastreamento, como The Onion Router (TOR) e Windscribe, que asseguram alto grau de sigilo para seus usuários, inviabilizando o rastreamento do endereço do IP do computador utilizado. Destaca-se, a propósito, a importante reflexão de Lucas Miranda e Túlio Vianna: “Não havendo como rastrear o endereço correto do computador que envia a criptomoeda a outro, não será possível constatar o emissor e o destinatário de uma transação, tampouco a origem do dinheiro.” (MIRANDA e VIANNA, 2020)

Em contraposto, já existem estudos que comprovam a possibilidade de identificar os usuários da criptomoeda, mediante análise de agrupamento de dados (*clustering*) segundo seu grau de semelhança e técnicas estatísticas que revelam um certo padrão na

atividade financeira de um usuário e, em consequência, sua identidade. Trata-se de um processo intitulado como fusão de entidade.

Doravante, com fulcro nas considerações acima expostas, conclui-se que o Bitcoin é, de fato, um incontestável acréscimo à evolução tecnológica, uma vez que representa a primeira moeda digital em um sistema descentralizado, em um ecossistema imutável que garante ao usuário a possibilidade de transacionar à um custo irrisório e a nível global, em um curto período de tempo.

Todavia, não se pode olvidar que a criptomoeda igualmente abriga certos reveses, quais sejam sua evidente volatilidade (ainda que a oferta de bitcoin seja inelástica, não é possível prever como se comportará a demanda pela criptomoeda, ocasião em que o preço do ativo oscila em curvaturas extremas); o risco de usabilidade assumido pelo usuário, sendo factível a perda da carteira eletrônica; e, sobretudo, o potencial para fins delituosos, figurando como parte motriz de uma nova tipologia de lavagem de capitais, que será abordada em capítulo específico.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TIPOLOGIA DA LAVAGEM DE CAPITAIS

Em *prima facie*, a lavagem de dinheiro pode ser compreendida como conjunto de operações praticado por certo sujeito, com escopo de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores oriundos da prática de um ilícito penal e, assim, integrá-los no sistema econômico e financeiro (PRADO, 2019). A ideia central é que o agente consiga, por meio de um processo dinâmico, camuflar a trilha do ilícito, distanciando ao máximo a origem dos recursos incorporados.

Neste ponto, o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI) desenvolvendo estudos e políticas de combate à lavagem de capitais, aponta como modelo ideal desta prática delitiva a persecução de três etapas, independentes e interligadas (LIMA, 2020). A primeira delas, a colocação (*placement*), que consiste na introdução dos valores ilícitos no sistema econômico, na tentativa de dificultar a procedência dos recursos e evitar a ligação do agente com a prática do delito antecedente.

Posteriormente, tem-se a dissimulação ou mascaramento, cujo objetivo principal é a realização de diversas movimentações financeiras ou diferentes negócios, a fim de que seja possível camuflar a origem ilícita dos bens, valores ou direitos. Nesta fase, o agente visa ao máximo disseminar a trilha do papel, na tentativa de que a sua reconstrução por autoridades estatais se torne cada vez mais dificultosa. Depois de conferida a aparência lícita ao patrimônio, o agente realiza a última fase, chamada de integração, que consiste na incorporação formal dos valores reciclados no sistema econômico.

O objeto material do crime de lavagem de capitais, conforme prevê o art. 1, *caput* da Lei 9.613/98, pode ser quaisquer bens, direitos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Neste ponto, urge possível debate sobre a possibilidade de o bitcoin ser utilizado como objeto sobre o qual recai tal conduta delitiva. Isto porque, a ausência de um aparato legal capaz de definir a natureza deste criptoativo poderia causar certa insegurança na sua delimitação dentro do tipo penal.

Com efeito, a edição da Instrução Normativa n. 1888, publicada em maio de 2019, pela Receita Federal, auxilia sobremaneira na delimitação conceitual ou, ao menos, no possível enquadramento do bitcoin em um dos conceitos de “valores”, “bens” ou “direitos” previstos na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98). Isto porque, referido ato normativo, em seu art. 5º, traz a seguinte definição de criptoativo:

a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal. (BRASIL, 2019)

Nota-se, por conseguinte, não haver grandes óbices quanto ao enquadramento dos criptoativos e, mais especificamente, do bitcoin, como objeto material do crime de lavagem de capitais, eis que podem ser considerados valores individualizáveis e passíveis de domínio exclusivo do sujeito detentor da chave privada (ESTELLITA, 2019).

Superadas as questões de ordem conceitual, faz-se de suma importância deslindar as fases do escamoteamento de capitais sob a ótica do Bitcoin. Como visto, cada etapa deste delito possui importante papel para que o agente consiga garantir nova roupagem

à origem ilícita de seus proventos e, neste ponto, o Bitcoin, por possuir determinadas características, como a pseudoanonimidade, a descentralização e a globalidade, pode contribuir neste processo.

Inicialmente, na primeira etapa (colocação), o agente se encarregaria de introduzir os ganhos ilícitos no sistema das bitcoins, tal situação poderia ocorrer de diversas formas, seja por meio da compra de bitcoins via *exchanges*, em transações diretas, pela remuneração da venda do ilícito diretamente por meio desta criptomoeda, por meio de transferências diretas, dentre outros. Este é o estágio primário da lavagem, o que, supostamente o tornaria mais vulnerável de detecção.

Neste ponto, há inclusive orientações em sites da internet, como o *99bitcoins*,⁴ que indicam ao usuário do Bitcoin algumas condutas a serem evitadas por aqueles que pretendem preservar o anonimato das transações envolvendo o criptoativo. A título de exemplo, a divulgação do endereço do bitcoin em sites que exijam registro prévio, a realização de compras *online* em empresas que exijam a identificação do consumidor, ou ainda pela própria navegação na internet sem uso de softwares para impedir a identificação do endereço de IP. Todos estes poderiam ser mecanismos impulsionadores do distanciamento da trilha ilícita.

Com efeito, como outrora mencionado, os mecanismos da *Dark Web* assumem relevante papel na tentativa de assegurar o anonimato do operador durante a introdução dos valores ilícitos no sistema do Bitcoin. Cite-se, por exemplo, o software TOR (The Onion Router), encarregado de proteger a identidade do usuário durante sua navegação pela internet, evitando a identificação do endereço de IP e sua localização, o que, na prática, poderia acarretar em maiores empecilhos no rastreamento inicial do processo de lavagem via Bitcoin.

Ainda na primeira fase do escamoteamento do ilícito, é relevante mencionar o papel da regulamentação realizada pela Receita Federal, por meio da IN 1.888/2019, a qual impôs a obrigação aos contribuintes de declarar anualmente o ganho de capital com criptomoedas, e, por outro lado, das empresas de *exchanges* em prestar informações sobre as

⁴ <https://99bitcoins.com/know-more-top-seven-ways-your-identity-can-be-linked-to-your-bitcoin-address/>

transações realizadas. Tal imposição poderia ser um importante mecanismo para auxiliar na rastreabilidade das transações de origem ilícita por meio de criptoativos. Contudo, a efetividade da medida ficaria atrelada também à idoneidade das partes envolvidas, visto que a declaração decorre de um dever positivo dos detentores da moeda virtual (SILVEIRA, 2020).

Adiante, tem-se a fase de dissimulação por meio do Bitcoin, a qual pode ser operada através de técnicas simples ou complexas (ESTELLITA, 2019). A forma mais simplificada de mascaramento pode ocorrer por meio da geração de inúmeras chaves públicas, com diferentes endereços, todos ligados à mesma chave privada. Neste ponto, o sistema *blockchain* permitiria facilmente o rastreamento de todas as transações, em razão de sua interligação e publicidade. Contudo, a dificuldade maior ficaria a cargo da identificação do titular da transação, eis que a função *hash*, por ser unidirecional, praticamente inviabiliza o percurso reverso do endereço à chave pública e deste à chave privada, de modo que a busca pela identidade do usuário precisaria ser feita por outros métodos, como a detecção do endereço de IP.

As técnicas mais complexas de dissimulação envolvem os *mixing services* ou *tumblers*, que são tentativas de dificultar o rastreamento das operações através do banco de dados públicos do Bitcoin (*blockchain*). Neste caso, o *mixing* pode ser realizado por meio de *web-wallets*, em que o agente usa de um serviço interposto, encarregado por gerenciar toda a aplicação. Assim, o cliente em momento algum detém a chave privada, que fica custodiada com o provedor do serviço. Dessa forma, há mera pretensão quanto à existência de determinada quantia em bitcoin, a qual fica sob controle da gerenciadora, que poderá inclusive se utilizar de outras bitcoins, sem a mesma origem, para pagamento ao usuário.

Por fim, existem também os serviços de *mixing* especializados, os quais recebem criptomoedas de diferentes usuários e, posteriormente, em razão da mistura de moedas de diferentes origens, remetem para os endereços previamente designados, complicando a identificação de quem são os sujeitos envolvidos na transação (WEGBERG; OERLEMANS; DEVENTER, 2020). Esse processo dificulta ainda mais o rastreamento dos ativos, visto que o usuário ainda pode realizar desta operação em forma sucessiva e ainda fracionando em pequenas porções o valor total da transação.

Sobre o tema, vejamos as explanações de Mariano Puigvert (2016):

Quando se trata de criptomoedas, existem certas variações da lavagem de dinheiro tradicional. Em primeiro lugar, o dinheiro “não vai a lado nenhum” mas se aglomera com o dinheiro dos outros, é cruzado, é trocado. Isso já é o suficiente para dificultar o rastreamento, mesmo através do blockchain.

Em essência, quando os bitcoins são misturados, o usuário está enviando seu dinheiro para um serviço anônimo que responderá enviando a mesma quantia, mas composta de criptomoedas que pertenciam a outros usuários. Desta forma, as moedas do usuário A podem ser rastreadas até o usuário B e as moedas do usuário B podem ser rastreadas até o usuário A. Aumenta-se a quantidade de usuários envolvidos na operação e o resultado é que seguir a rota do dinheiro de cada um se tornará impossível.⁵ (tradução nossa)

Ainda que todas essas técnicas possam ser utilizadas pelos usuários do Bitcoin para dificultar a trilha do ilícito, estudos mais recentes sobre o processo de fusão de entidade tem revelado que, por meio da análise de agrupamento de dados (*clustering*) seria possível vincular endereços de bitcoins a determinada identidade. As pesquisas nesta área são capazes de questionar o verdadeiro nível de anonimato alcançado nas operações envolvendo o Bitcoin, na medida em que, seria possível prever, com precisão de 77%, a categoria envolvida na operação: *exchange, gambling, hosted wallet, merchant services, mining pool, mixing, ransomware, scam, tor market*, entre outros (HARLEV et al., 2018).

Veja-se, por conseguinte, que nesta fase do escamoteamento o dinheiro pode ser movimentado facilmente, sem limitações fronteiriças e sem a intervenção de uma instituição financeira, sendo possível a realização de diversas operações transnacionais a um custo operacional relativamente acessível (TELLES, 2018, p. 69). Tal possibilidade escancara, ainda mais, o quanto as operações via Bitcoin podem alcançar, sem muito esforço, níveis globais, o que exige por parte do aparato normativo regulatório sobre tema uma atuação interligada e de caráter internacional.

⁵ “Cuando se trata de criptomonedas, existen ciertas variaciones con respecto al lavado de dinero tradicional. En primer lugar, el dinero “no va a ningún lado” sino que se aglomera con el dinero de otros, se cruza, se cambia. Esto ya es suficiente para dificultar el rastreo, incluso a través de la blockchain. En esencia, cuando se mezclan bitcoins, el usuario está enviando su dinero a un servicio anónimo que luego le responderá enviándole el mismo monto pero compuesto por criptomonedas que pertenecían a otros usuarios. De esta manera, las monedas del usuario A pueden ser rastreadas hasta el usuario B y las de este último son rastreables hasta el usuario A. Aumenta la cantidad de usuarios implicados en la operación y el resultado es que seguirle la ruta al dinero de cada quien se hará imposible”.

Por fim, na última etapa do escamoteamento, o sujeito ativo do delito de lavagem de capitais busca incorporar os valores de aparência lícita ao seu patrimônio. É, portanto, o momento em que os fundos de origem ilícita retornam à economia legal, consagrando o objetivo almejado pelo agente, de poder se valer do dinheiro lavado sem levantar suspeitas das autoridades locais.

Neste ponto, após o trespasse do ilícito pelo sistema do Bitcoin, em que o agente buscou tornar ainda mais nebuloso o histórico de todas as suas transações desde a primeira operação com a criptomoeda, será de suma importância assegurar o uso dos valores já “limpos”. Nessa órbita, o retorno e integralização dos ativos ao patrimônio pode ser realizado por meio de *exchanges* de criptoativos, quando o usuário realiza a troca do bitcoin por uma moeda fiduciária (*fiat*), ou ainda pela aquisição de bens com o uso direto da criptomoeda.

Por conseguinte, é possível perceber que os bitcoins podem ser utilizados como objeto para a consecução da lavagem de capitais, desde a primeira fase, quando o produto do ilícito é introduzido no sistema do Bitcoin, perpassando pelas inúmeras operações para dissimular a trilha do ilícito e, por fim, encerrando com a incorporação dos valores aparentemente lícitos ao patrimônio do agente.

Levanta-se, contudo, que as potenciais desvantagens do Bitcoin para a consecução da prática de ilícitos são as mesmas enfrentadas pelas moedas regulamentadas. Isto porque, o dinheiro tradicionalmente usado na sociedade e regulado por uma autoridade central também é um dos meios mais utilizados para a consecução da lavagem de capitais, de modo que subsiste dubitável que o uso da criptomoedas seria um meio mais eficaz ou mais atrativo para a perpetuação de ilícitos.

Sobre assunto, vejamos as lições de Fernando Ulrich (2014):

Também é importante notar que muitas das potenciais desvantagens do Bitcoin são as mesmas enfrentadas pelo tradicional dinheiro vivo; este tem sido historicamente o veículo escolhido por traficantes e lavadores de dinheiro, mas políticos jamais seriamente considerariam banir o dinheiro vivo. À medida que os reguladores comecem a contemplar o Bitcoin, eles deveriam ser cautelosos com os perigos da regulação excessiva. No pior cenário possível, os reguladores poderiam impedir que negócios legítimos se beneficiem da rede Bitcoin sem impor nenhum empecilho ao uso do Bitcoin por traficantes ou lavadores de dinheiro. Se as casas de câmbio são sobrecarregadas pela regulação e encerram

suas atividades, por exemplo, traficantes e afins ainda assim poderiam colocar dinheiro na rede, pagando uma pessoa com dinheiro vivo para que esta lhes transfira seus bitcoins. Nesse cenário, transações benéficas são impossibilitadas por regulação excessiva, enquanto as atividades-alvo continuam a ocorrer.

Estes são questionamentos a serem deslindados no próximo tópico, mas que não podem deixar de serem salientados frente ao debate urgido entre a relação por vezes caracterizada equivocadamente como simbiótica entre Bitcoin e atividades criminosas.

4. ASPECTOS REGULATÓRIOS: A COORDENAÇÃO INTERNACIONAL COMO PILAR FUNDAMENTAL ANTILAVAGEM

Decorridos mais de doze anos desde a gênese do Bitcoin, o cenário mundial ainda flutua nas correntezas incertas do movimento disruptivo protagonizado pelo ecossistema de ativos virtuais. Conquanto, não se pode olvidar que todo e qualquer posicionamento assumido por um país, seja ele permissivo ou não, ostenta um denominador comum: a influência do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Este, consiste em um ente intergovernamental, criado em 1989 por iniciativa da cúpula do grupo de Estados componentes do G7, pautado no desenvolvimento e promoção de políticas em defesa à integridade do sistema financeiro internacional, sobretudo no combate à lavagem de capitais e financiamento ao terrorismo. Hoje, com mais de trinta anos de atuação, o GAFI revela-se como cerne vital para uma nova arquitetura antilavagem, o que nos leva a crer que eventual aparato normativo a nível nacional será reflexo das recomendações anteriormente expedidas pelo referido órgão.

Pois bem, infere-se que a primeira menção do GAFI aos ativos virtuais (denominação dada pelo órgão) se deu no ano de 2013, posicionamento um tanto tardio à criação do Bitcoin, embora guarde coerência na medida em que ainda se tratava de uma nova tecnologia de aplicações complexas e nebulosas. Desde então, nota-se uma evidente evolução na tratativa dos ativos virtuais, saindo de um posicionamento cauteloso para um direcionamento incisivo e robusto, mediante os relatórios expedidos no ano de 2014 e subsequentes, notadamente nos anos de 2018 e 2019.

Com efeito, as recomendações e notas interpretativas expedidas pelo GAFI sublinham a necessidade de os países regularem os ativos virtuais, de tal maneira que a

responsabilidade perante aplicação do aparato regulatório recai não só no Estado, mas nas autoridades competentes e nos entes privados, todos pautados na tomada de ações proporcionais aos riscos identificados (Abordagem Baseada em Risco). Nota-se que o GAFI não exclui a possibilidade de uma política proibitiva, embora ressalte expressamente que esta poderá influir negativamente no corpo regulatório e normativo internacional, bem como não eximirá o país de suas obrigações diante do todo, ainda se fazendo necessária a adoção de estratégias de mitigação de riscos, em observância ao caráter de globalidade dos ativos virtuais.

Em síntese, as recomendações do GAFI exigem uma postura ativa dos países, os quais deverão identificar, compreender e avaliar os riscos envolvendo os ativos virtuais, para então traçar uma resposta regulatória proporcional e adequada. No que tange aos entes privados, o órgão reafirma a tendência da cooperação pública-privada, impendendo aos provedores de serviços de ativos virtuais (VASPs ou *Virtual Assets Services Providers*), para além de seu próprio registro e licenciamento, identificar e validar a identidade de seus clientes, além de monitorar as operações e manter o registro atualizado dos referidos dados, por período mínimo de cinco anos. Referida tratativa não destoa muito das demais recomendações atinentes às instituições financeiras, de tal maneira que é cabível questionar a efetividade e eficiência de uma política que não se atém às particularidades técnicas dos ativos virtuais. De toda sorte, as recomendações concentram seus esforços nas *exchanges* centralizadas, na medida em que estas atuam como um intermediário e ente passível de regulação, ao contrário do ecossistema Bitcoin como um todo, desprovido de qualquer autoridade central e não sendo possível aplicar quaisquer medidas preventivas ou sancionatórias.

No plano nacional, o cenário é substancialmente divergente, havendo evidente lacuna regulatória na temática do Bitcoin e demais criptomoedas. Notam-se posicionamentos isolados, dos quais destaca-se a Instrução Normativa n. 1.888/2019, embora esta detenha cunho meramente arrecadatório, bem como o Comunicado 25.306 do Banco Central, que justifica a ausência regulatória no baixo volume de transações, “ficando todo o risco de sua aceitação nas mãos dos usuários” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014). Ora, se em um primeiro momento postergar a regulação possa ter se apresentado atraente, este posicionamento não mais encontra correspondência com o atual estado de coisas, cujos

efeitos deletérios são colhidos não somente pelos usuários, corretoras e sociedade, mas afetos ao próprio Estado que destoa dos padrões estipulados internacionalmente.

É preciso observar que tramitam cerca de cinco projetos de lei no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, cujas iniciativas parlamentares iniciaram no ano de 2015 e perpetuam até os dias de hoje, não havendo uma perspectiva satisfatória para conclusão do processo legislativo, sobretudo considerando a evidente ausência de rigor técnico em uma temática que necessariamente demanda conhecimento instrumental. Ocorre que, o principal desafio a ser perpassado reside na delimitação da natureza jurídica do Bitcoin (e demais criptomoedas) e consequente identificação do órgão regulador responsável para dar tratativa, na medida em que o Bitcoin assume espectro de camaleão: ora comporta-se como valor mobiliário, ora como ativo patrimonial, como moeda ou meio de pagamento. Por tais razões, Emília Malgueiro Campos entende que: “é possível falar em um princípio da fungibilidade da natureza jurídica dos criptoativos, de acordo com a sua utilização” (CAMPOS, 2018, n.p.).

Tecidas tais considerações, pretende-se concluir que a lacuna normativa e regulatória, no atual estado de coisas, é certamente problemática, expondo a risco os usuários, *exchanges* e o próprio Estado, uma vez que a inexistência de substrato legal retira do alcance estatal quaisquer medidas de prevenção e combate ao uso do Bitcoin para fins delituosos, notadamente para a prática do crime de lavagem de dinheiro. Neste ponto, cumpre sublinhar que o uso do Bitcoin como manobra de lavagem não implica em eventual essência ilícita, sendo um meio e não um fim criminoso, devendo-se evitar hipérboles que o reduzam nesse sentido.

De toda sorte, qualquer iniciativa legal deve amparar-se nas particularidades técnicas do Bitcoin, tal qual nas tratativas internacionais, uma vez que a lavagem de capitais no contexto da referida criptomoeda opera a despeito de fronteiras geográficas, de modo que qualquer política nacional isolada se mostrará certamente infrutífera, porquanto há a possibilidade do usuário atuar em diferentes jurisdições, pressupondo que, aquele que utiliza do meio para fins delituosos, optará por países cuja política de PLD/CFT seja escassa. Isto posto, urge-se uma coordenação e cooperação a nível global para garantir eficiência e efetividade aos programas antilavagem. Em remate, como bem pontua Renato de Mello Jorge Silveira:

O fundamental nos dias que se seguirão será dosar a aplicação da força da lei penal, com vistas a que ela não se mostre, ou evidencie, como simples refratária à modernidade. A história prova que tal leitura, além de injusta, jamais se firma como duradoura (SILVEIRA, 2020, p. 16).

Neste ponto, oportuno exortar que, quaisquer tratativas demasiadamente onerosas levarão os usuários a transacionar diretamente (P2P), dificultando substancialmente a fiscalização e monitoramento das operações e dos usuários envolvidos. O ímpeto regulatório deve mostrar-se como meio à garantir maior segurança às operações, e não como instrumento de repressão indiscriminada ao particular.

CONCLUSÃO

Diante das considerações tecidas no presente excerto, impera a conclusão do máximo potencial tecnológico que o Bitcoin ostenta, sobretudo como objeto disruptivo de como até então se compreendiam as relações monetárias. Certo é que seu uso espúrio não descarta suas incontestes vantagens, e, se em um extremo subsistem óbices que demandam especial atenção, sobretudo na descentralização do sistema e o pseudoanonimato dos usuários, em contraposto a criptomoeda abriga proporcionais vantagens, notadamente o *blockchain*: um registro público, transparente e seguro, que contempla todas as transações já ocorridas no Bitcoin.

No campo das operações realizadas para fins de lavagem de dinheiro, conclui-se que o Bitcoin pode desempenhar um relevante papel na sua consecução, porquanto o agente, se utilizando desta criptomoeda, consegue rapidamente percorrer as etapas mais comuns deste delito. Nesse sentido, desde a integração do valores ilícitos ao sistema, perpassando pelas várias etapas de dissimulação, para, por fim, incorporar os ganhos com aparência lícita em seu patrimônio, o operador se utiliza do máximo potencial desta moeda digital, aproveitando-se das características mencionadas de pseudoanuidade, agilidade da transação e potencial transnacional.

Em contrapartida, impende salientar que o Bitcoin, ainda que possa se apresentar como um possível mecanismo para a consecução de atividades ilícitas, seu potencial inovador não se esgota nesta seara. Isto porque, pesquisas desenvolvidas pela Elliptic,

empresa especializada em negócios com criptoativos e seus potenciais riscos para o financiamento de crimes, identificou que, de todas as operações realizadas via Bitcoin, de 2013 a 2016, somente 1% destas tiveram como finalidade a lavagem de dinheiro (ELLIPTIC, 2018). Por conseguinte, torna-se impensável reduzir a revolução operada nas relações monetárias por este sistema a um viés puramente marginal à legalidade.

No plano legal, há de se observar que o substrato normativo brasileiro já ensaia e auxilia sobremaneira na delimitação conceitual ou, ao menos, no possível enquadramento do Bitcoin em um dos conceitos de “valores”, “bens” ou “direitos” previstos na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98). Nota-se, por conseguinte, não haver grandes óbices quanto ao enquadramento dos criptoativos e, mais especificamente, do Bitcoin, como objeto material do crime de lavagem de capitais, eis que podem ser considerados valores individualizáveis e passíveis de domínio exclusivo do sujeito detentor da chave privada (ESTELLITA, 2019).

A problemática epistemológica do Bitcoin recai, sobretudo, em sua natureza jurídica, vez que a criptomoeda ora comporta-se como valor mobiliário, ora como ativo patrimonial, como meio de pagamento ou, na controversa, porém crível, hipótese de assumir a roupagem de moeda, tal qual fora projetada para ser. Neste ponto, acredita-se que o posicionamento mais assertivo no atual estado de coisas pressupõe a delimitação da natureza jurídica de acordo com os fins a que se destina naquela operação específica, atraindo, por conseguinte a competência de determinado órgão regulador.

Insta sublinhar que, embora o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) detenha competência residual para regular, há de se questionar se é o órgão mais adequado para tanto, dada a complexidade técnica do sistema. Outrossim, qualquer iniciativa legal deverá ser acompanhada de amplo aprimoramento e conhecimento técnico por parte dos órgãos reguladores e fiscalizadores, sob pena de retirar a eficácia do aparato normativo e regulatório.

Compreender o Bitcoin implica em uma necessária reflexão: referida criptomoeda não se adequa aos moldes jurídico preexistentes, de tal maneira que tentar incorporá-la à um instituto jurídico tradicional nos leva a crer que será facilmente superado. Embora hoje o bitcoin não tenha assumido estágio de maturidade tal que possa ser considerado moeda, igualmente não é razoável descartar tal hipótese, sobretudo considerando que sua

alta volatilidade ganha contornos mais tênues de acordo com a sua aceitação. Cabe ao Estado aproveitar-se da referida tecnologia e suas potencialidades, do que tentar suplantá-las.

REFERÊNCIAS

ANTONPOULOS, A. M. Mastering Bitcoin. 2ª ed., Beijing: O'Reilly, 2017.

BRASIL, Banco Central do. Comunicado n. 25.306, de 19 de fevereiro de 2014. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2017246/Voto_2462017_BCB.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL, Receita Federal do. Instrução Normativa n. 1.888, de 3 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 maio 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRITO, Jery. CASTILLO, Andrea. Bitcoin; a prime for policymakers. George Mason University, 2016.

CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Bitcoin, Crypto-Coins, and Global Anti-Money Laundering Governance. Crime, Law and Social Change. 2018. Vol. 69, No. 2. pp. 283-305.

CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e blockchain – O Direito no mundo digital. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2018.

CARLI, Carla Veríssimo de. Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal. 2ª ed., Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2013.

ELLIPTIC (Uk). Illicit bitcoin transactions remain below 1% of the total amount, says Elliptic. 2020. Disponível em: <https://www.elliptic.co/media-mentions/illicit-bitcoin-transactions-below-1>. Acesso em: 06 nov. 2020.

ESTELLITA, Heloisa. Bitcoin e lavagem de dinheiro: uma aproximação. Jota, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/bitcoin-e-lavagem-de-dinheiro-uma-aproximacao-07102019. Acesso em: 07 de nov. 2020.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Guidance for a risk-based approach: virtual assets and virtual asset service providers. 2019. Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

GRUPENMACHER, Giovana T. As plataformas de negociação de criptoativos: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem de dinheiro. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2019.

HARLEV, Mikkel Alexander et al. Breaking Bad: De-Anonymising Entity Types on the Bitcoin Blockchain Using Supervised Machine Learning. Hawaii International Conference On System Sciences, Manoa, v. 51, n. 1, p. 3497-3506, jan. 2018. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/143481278.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

HAYEK, Friedrich A. Desestatização do Dinheiro. 2ª ed., São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2011.

KNAPP, G. F. (1905). The State Theory of Money. Simon Publications 2003, San Diego.

LERNER, Abba, P. Money as a Creature of the State. The American Economic Review, Vol. 37, n. 2, Papers and Proceedings of the Fifty-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1947), pp. 312-317.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada – Volume Único. 8 ed. rev. atual. amp. JusPODIVM: São Paulo, 2020.

MEIRELES, Edilton. A natureza jurídica do Bitcoin no sistema legal brasileiro. Revista dos Tribunais. Vol. 1004/2019, p. 147-167. Junho, 2019.

MIRANDA, Lucas. VIANNA, Túlio. Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 163/2020, p. 265 – 309. Janeiro, 2020.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUIGVERT, Mariano. Mixers: El Servicio para Lavar Bitcoins. 2016. Disponível em: <<https://criptonoticias.com/colecciones/mixers-el-servicio-para-lavar-bitcoins/#axzz4xkOjNwzn>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

RODRIGUES, Carlos Alexandre. As criptomoedas, o initial coin offering (ICO) e os aspectos regulatórios – em que estágio está o Brasil em relação ao resto do mundo. Revista dos Tribunais. Vol. 995/2018, p. 613 – 633. Setembro, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “Criptocrime”: considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-21, jan-mar 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/rdpec-1-renato-de-mello.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio. BOCHI, Bruno. Criptomoedas: uma análise sobre a viabilidade de sua regulação. Revista dos Tribunais. Vol. 1000/2019, p. 699 – 725. Fevereiro, 2019.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

VERÇOSA, Haroldo. Breves considerações econômicas e jurídicas sobre a criptomoeda. Os Bitcoins. Revista de Direito Empresarial. Vol. 14/2016, p. 139 – 154. Março/Abril, 2016.

WEGBERG, Rolf van; OERLEMANS, Jan-Jaap; DEVENTER, Oskar van. Bitcoin money laundering: mixed results? An explorative study on money laundering of cybercrime proceeds using bitcoin, Journal of Financial Crime, Vol. 25 No. 2, pp. 419-435, maio 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323630331_Bitcoin_money_laundering_mixed_results_An_explorative_study_on_money_laundering_of_cybercrime_proceeds_using_bitcoin. Acesso em: 26 de set. 2020.

Apresentação oral

**APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A VIABILIDADE DE
ADOÇÃO DE UM MODELO PUNITIVO NÃO PRIVATIVO DE
LIBERDADE PARA A DELINQUÊNCIA ECONÔMICA NO BRASIL**

*CRITICAL NOTES ON THE POSSIBILITY OF ADOPTING A PUNITIVE
MODEL WITHOUT LIBERTY DEPRIVATION FOR ECONOMIC
DELINQUENCY IN BRAZIL*

Rafael Barros Bernardes da Silva

Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG.

Professor de Direito Penal.

E-mail: rafaelbarrosbs@gmail.com

Jamilla Monteiro Sarkis

Mestre em Direito pela UFMG. Coordenadora Adjunta do IBCCRIM.

Advogada Penalista.

E-mail: jamilla.sarkis@gmail.com

Resumo: Contemporaneamente, a partir do progressivo avanço do sistema punitivo em favor da proteção de novos bens jurídicos – o dito contexto de expansão do direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013) –, o campo do direito penal econômico tem ganhado enorme evidência. É de se notar que tal avanço do sistema punitivo não tem ocorrido sem que sejam levantadas objeções pela literatura jurídica. Especialmente no campo do direito penal econômico, têm sido identificadas uma série de questões problemáticas de natureza dogmática, características que evidenciam a natureza excepcional do direito penal econômico, na medida em que nele se identificam inovações que desafiam as estruturas e garantias tradicionais do direito penal clássico. A detecção de tais questões indesejáveis fizeram surgir na literatura jurídica um movimento de resistência, e a proposição de modelos alternativos à intervenção na seara econômica por meio do direito penal. Fundamentalmente, dois modelos se destacam nesse contexto: a proposta do direito penal de duas velocidades, de Silva Sánchez (2013), e a proposta do direito de intervenção, de

Winfried Hassemer (1998,1993), que na literatura nacional foi minuciosamente analisada por Oliveira (2013). Tratam-se de modelos que propõem a intervenção no campo hoje sob o manto do direito penal econômico, mas que não contemplam a privação de liberdade. Mais do que compreender profundamente o que constitui cada um desses modelos, o presente trabalho objetiva discutir sobre a possibilidade de qualquer um deles – ou mesmo um modelo alternativo inédito – vir a ser adotado. O presente estudo parte dos seguintes questionamentos: existe algo no ordenamento jurídico brasileiro que torne inafastável a aplicação da privação de liberdade no campo penal, especialmente quanto ao direito penal econômico? Há algum postulado que inviabilize a adoção de um modelo não privativo de liberdade para cuidar da questão, e que imponha a aplicação da pena de prisão? Ou trata-se de mera escolha do legislador e, portanto, discussão ligada ao campo da política criminal? A ideia do estudo será promover uma investigação legislativa – da Constituição da República de 1988, do Código Penal e da Lei de Execuções Penais – na tentativa de evidenciar os principais postulados normativos que se impõem como balizas para a definição do conteúdo da legislação penal, que guardem relação com a discussão aqui empreendida. Ademais, se pretende também realizar pesquisa bibliográfica, a fim de esclarecer o conteúdo fundamental dos conceitos a serem trabalhados. Ao final da pesquisa, se pretende evidenciar a inexistência de objeções no campo normativo para que venha a ser adotado no Brasil um modelo não privativo de liberdade na esfera do direito penal econômico, bem como demonstrar que a eventual implementação de um modelo com tal característica seria não somente tolerável, como desejável por uma perspectiva político-criminal, pelos motivos a serem expostos.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; Política Criminal; Pena privativa de liberdade.

Abstract: Nowadays, because of the progressive advance of the punitive system in favor of the protection of new legal assets – the said context of expansion of criminal law (SILVA SÁNCHEZ, 2013) –, the field of economic criminal law has gained enormous evidence. It should be noted that such an advance in the punitive system has not occurred without objections being raised by the legal literature. Especially in the field of economic criminal law, a series of problematic issues of a dogmatic nature have been identified, characteristics that highlight the exceptional nature of economic criminal law, given that, in the aforementioned area, are identified innovations that challenge the traditional

structures and guarantees of classic criminal law. The consolidation of economic criminal law, coupled with the detection of such problematic and undesirable issues, gave rise to a resistance movement in the legal literature, and the proposal of alternative models to intervention in the economic field through criminal law. Fundamentally, two models stand out in this context: the proposed two-speed criminal law, by Silva Sánchez (2013), and the proposed intervention model, by Winfried Hassemer (1998,1993), which in the national literature was thoroughly analyzed by Oliveira (2013). Essentially, these are models that propose intervention in the field today treated by economic criminal law, but that do not include deprivation of liberty. More than just deeply understanding what constitutes each of these models, the present work aims to discuss the possibility of any one of them being adopted – or even an unprecedented alternative model. The present study starts from the following questions: is there anything in the Brazilian legal system that makes the application of deprivation of liberty in the criminal field inexhaustible, especially regarding economic criminal law? Are there any postulates that prevent the adoption of a non-custodial model to deal with the issue, and that impose the application of prison? Or is it a mere choice of the legislator and, therefore, a discussion related to the field of criminal policy? The idea of the study will be to promote a legislative investigation – of the Constitution of the Republic of 1988, the Penal Code and the Law of Penal Executions – in an attempt to highlight the main normative postulates that are imposed as beacons for the definition of the content of the penal legislation, which are related to the discussion undertaken here. Furthermore, it is also intended to carry out bibliographic research, in order to clarify the fundamental content of the concepts to be worked on. At the end of the research, it is intended to highlight the absence of objections in the normative field so that a non-custodial model will be adopted in Brazil in the sphere of economic criminal law, as well as to demonstrate that the eventual implementation of a model with such a characteristic would be not only tolerable, but desirable from a political-criminal perspective, for the reasons to be exposed.

Keywords: Economic Criminal Law; Criminal Policy; Prison.

Sumário: Introdução. 1. Direito Penal Econômico: conceito, características e objeções doutrinárias. 2. Modelos alternativos à intervenção penal carcerária na seara da delinquência econômica. 2.1. Direito Penal de Duas Velocidades. 2.2. Direito de Intervenção. 3.

Possibilidade de adoção de um modelo não privativo de liberdade no Brasil: análise normativa e doutrinária. Conclusões: o panorama de reforma do modelo brasileiro de intervenção punitiva na seara econômica. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito penal tem aumentado significativamente seu campo de atuação nas últimas décadas, na tentativa de acompanhar os avanços sociais, notadamente o desenvolvimento das relações econômicas, cada vez mais complexas (BOITEUX, 2007, p.180).

É sabido que tal cenário tem no professor espanhol Jesús Maria Silva Sánchez (2013) um de seus maiores críticos, em especial na obra “A Expansão do Direito Penal”, um de seus mais destacados trabalhos.

O autor em questão explica o atual panorama de avanço do direito penal com base num raciocínio minucioso e detalhado. Aqui, cabe trazer uma breve síntese de suas ideias: comenta o espanhol que os modernos fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica, promoveram mudanças paradigmáticas – permitindo um crescimento sem precedentes nas trocas de informações, capital e pessoas. Tal cenário deu ensejo à intensificação das atividades econômicas a nível global – mas também permitiu o incremento de atividades ilícitas, em especial a delinquência organizada.

A realidade trouxe o surgimento de modalidades novas de delitos clássicos, assim como a aparição de novas formas delitivas. Em resposta ao comentado cenário, se tem verificado uma ampliação da intervenção penal sobre diversas áreas, em especial a economia e o meio ambiente.

Em que pese a tutela da ordem econômica ter ganhado mais destaque atualmente, há de se levar em conta que a criminalização de condutas relativas à atividade econômica não é fenômeno recente. Como bem assinala Tiedemann, mesmo na Antiguidade todos os Estados, “especialmente en tiempos de crisis, pero también para protección de abusos de poder económico en el acontecer económico, sancionaban penalmente las intervenciones en el libre desarrollo económico” (2009, p. 78).

Apesar de ser possível resgatar as origens Direito Penal Econômico em tempos longínquos, foi somente no século XX que teve início o desenvolvimento moderno de tal seara jurídica – em paralelo ao surgimento e consolidação do Direito Econômico (SILVEIRA, 2017, p.101).

O certo é que o direito penal econômico – como disciplina jurídico-penal – é campo que se encontra em enorme evidência hoje em dia, não apenas nos debates acadêmicos, mas também no ambiente forense. É nele que concentram muitas das principais discussões hoje empreendidas no âmbito das ciências criminais, em especial na dita criminalidade empresarial. Fica evidente para os pesquisadores da área criminal a prevalência de alguns temas, nos quais grande parte dos debates atuais tem se direcionado – a saber, as temáticas do *compliance* criminal (LUZ, 2018; SARCEDO, 2015), da responsabilidade penal da pessoa jurídica (SALVADOR NETTO, 2018), da causalidade e imputação no âmbito de organizações empresariais (ESTELITTA, 2017).

E aqui vale ressaltar, a predileção por tais matérias não é fruto de mero academicismo, mas indica uma postura de enfrentamento de situações concretas, que se fazem abundantemente presentes – delitos praticados no âmbito de organizações criminosas, escândalos de corrupção, criminalidade ambiental – em casos que se tornaram notórios na opinião pública.

O presente estudo, apesar de se propor a contribuir com os debates empreendidos no campo do direito penal econômico, se afasta destes assuntos que hoje estão em voga.

A abordagem aqui parte de outra perspectiva – da preocupação com o avigoramento do direito penal econômico, e do exame de alternativas para o tratamento da delinquência econômica.

Concretamente, este trabalho parte de uma inquietação já bem conhecida: a percepção de que a consolidação do direito penal econômico não tem ocorrido sem que sejam levantadas objeções pela literatura jurídica.

A doutrina manifesta sua oposição, em especial, contra uma série de questões problemáticas de natureza dogmática – como a utilização de tipos penais de perigo abstrato, criminalização de atos preparatórios, responsabilização objetiva da pessoa jurídica, adoção de penas desproporcionais-, na esteira do que comentam Souza (2012) e Laufer (2013).

Todas essas características evidenciam a natureza excepcional do direito penal econômico, na medida em que nele se identificam inovações que desafiam as estruturas e garantias tradicionais do direito penal clássico.

A detecção de tais questões problemáticas e indesejáveis, fez surgir na literatura jurídica verdadeira resistência, que culminou com a proposição de modelos alternativos à intervenção na seara econômica por meio do direito penal. Fundamentalmente, duas propostas se destacam nesse contexto: o direito penal de duas velocidades, de Silva Sanchez (2013), e o direito de intervenção, de Winfried Hassemer (1998,1993), que na literatura nacional foi minuciosamente analisada por Oliveira (2013).

Essencialmente, a despeito de trazerem importantes distinções, os dois modelos se aproximam na medida em que propõem a intervenção no campo hoje tratado pelo direito penal econômico a partir de construções que não contemplam a privação de liberdade.

No presente trabalho, mais do que compreender profundamente o que constitui cada um desses modelos, o que se pretende – e aqui se revela a faceta inovadora deste estudo – é discutir sobre a possibilidade de ambos, ou mesmo uma proposta alternativa inédita, vir a ser adotado no Brasil.

Especialmente, há três questionamentos que representam as indagações que se quer responder:

- a. Existe algo no ordenamento jurídico brasileiro que torne inafastável a aplicação da privação de liberdade no campo penal, especialmente quanto ao direito penal econômico?
- b. Há algum postulado que inviabilize a adoção de um modelo não privativo de liberdade para cuidar da questão e que imponha a aplicação da pena de prisão?
- c. Ou se trata de mera escolha do legislador e, portanto, discussão ligada ao campo da política criminal?

Na tentativa de solucionar as questões levantadas, o presente estudo irá promover uma investigação legislativa – da Constituição da República de 1988, do Código Penal e da Lei de Execução Penal – na tentativa de evidenciar os principais postulados normativos que se impõem como balizas para a definição do conteúdo da legislação penal e que guardam relação com a discussão aqui empreendida.

Ainda no campo da análise legislativa, este estudo tem como propósito evidenciar que a Lei de Execução Penal (LEP) delineia uma lógica para o cumprimento da pena de prisão que revela a concepção de que o encarceramento é algo indesejável – o que vem indicado pelo postulado de que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida por meio de um regime progressivo, bem como pela admissão e mesmo pelo incentivo, da substituição da privação de liberdade por penas de outra natureza, menos rigorosas.

Neste sentido, ademais, a legislação prevê um numeroso rol de direitos a serem garantidos ao preso, que foram pensados sob a ótica da valorização da dignidade da pessoa humana e do fomento à reintegração social do egresso, bem como da minimização do impacto da privação de liberdade sobre o indivíduo – os quais também se pretende analisar.

A conclusão preliminar extraída de tal análise legislativa será no sentido de que não existe, no ordenamento jurídico, nenhum postulado que torne inafastável a aplicação da privação de liberdade no campo do direito penal econômico – havendo, lado outro, uma série de disposições a indicar a excepcionalidade do encarceramento e limitar sua aplicação.

Ademais, se pretende também realizar pesquisa bibliográfica, a fim de esclarecer o conteúdo fundamental dos conceitos a serem trabalhados.

A discussão bibliográfica que se quer empreender também contemplará, mormente, o debate em torno dos argumentos político-criminais que se oponham à imposição da privação de liberdade – tanto de maneira genérica, quanto especificamente no campo do direito penal econômico. Para a análise de tal ponto contribuirão especialmente as lições de Luigi Ferrajoli.

Ao final da pesquisa, se pretende evidenciar a inexistência de objeções no campo normativo para que venha a ser adotado no Brasil um modelo não privativo de liberdade na esfera do direito penal econômico, bem como demonstrar que a eventual implementação de um modelo com tal característica seria não somente tolerável, como desejável por uma perspectiva político-criminal, pelos motivos a serem expostos.

1. DIREITO PENAL ECONÔMICO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E OBJEÇÕES DOUTRINÁRIAS

O primeiro desafio a ser enfrentado relativamente ao estudo do direito penal econômico está na própria definição de seu conceito.

Como observa Luciano Anderson de Souza (2012, p. 42) não se detecta uniformidade na conceituação do direito penal econômico – o que traz severas dificuldades para a compreensão da matéria, não havendo nem mesmo consenso sobre o objeto tutelado pela norma penal.

Ao longo da história da disciplina muitas foram as tentativas de conceituar o Direito Penal Econômico. Contudo, observa Souza (2012) que tais esforços não conseguiram ser completamente bem sucedidos, tendo em vista a detecção de algumas deficiências nas construções propostas.

A proposição que despontou no início dos estudos sobre o tema foi uma conceituação por uma perspectiva criminológica, com base especialmente nos estudos de Edwin Sutherland (2015). O direito penal econômico vinha atrelado a uma ideia de “crime de colarinho branco”, praticado pelo homem de negócios, indivíduo em posição economicamente privilegiada na sociedade (SOUZA, 2012, p. 43).

Ocorre que tal conceituação padece do vício de se concentrar na figura do autor e de suas características – e não especificamente no ilícito ou no objeto de proteção da norma. Daí que, na visão de Souza (2012, p.43), não se mostra como proposição adequada ao nosso modelo de direito penal, de matriz liberal, voltado ao fato – em oposição a um modelo de direito penal de autor.

Ademais, o crime econômico não necessariamente precisa ser praticado pelo “grande homem de negócios” – podendo, muitas vezes, ter como autor material um simples empregado – o que também enfraquece a pertinência prática da proposição em questão

Outra perspectiva que obteve certo destaque neste cenário de tentativas de formalização de um conceito para o direito penal econômico foi a aproximação entre este e a dita criminalidade empresarial (SOUZA, 2012, p. 44) – aquela praticada no âmbito das corporações e entidades morais.

Mais uma vez, tal proposição não parece ser perfeitamente adequada para descrever o que essencialmente constituiria o direito penal econômico – tanto por ser demasiadamente abrangente, quanto em razão de que a delinquência econômica pode também ser praticada fora do ambiente empresarial.

Outrossim, já se buscou definir a delinquência econômica em razão das especificidades para sua investigação – a complexidade dos delitos, a sofisticação técnica das práticas perpetradas, o envolvimento de elevadas quantias (SOUZA, 2012, p. 45). Tal perspectiva, meramente atrelada à prática investigativa, também deixa a desejar no sentido de indicar materialmente o conteúdo fundamental do direito penal econômico.

Contemporaneamente, detectam-se proposições doutrinárias que objetivam dar um conceito mais bem acabado para o Direito Penal Econômico. Em especial, destaca-se, a nível mundial, a construção do professor alemão Klaus Tiedemann (2009, p. 70/77).

Em que pese o seu reconhecimento como proposição paradigmática, mesmo a enunciação de Tiedemann é objeto de críticas.

A respeito das ideias do autor, explica Souza (2012, p. 45), em síntese, que haveria dois sentidos para o Direito Penal Econômico – um estrito e um amplo. O primeiro estaria ligado às infrações que tutelam a intervenção estatal na ordenação do mercado, ou seja, a proteção da planificação estatal da economia. O segundo contemplaria, para além da matéria prevista pela perspectiva restrita, as violações aos demais bens jurídicos da vida econômica e os delitos patrimoniais clássicos praticados contra patrimônios supra-individuais. O penalista alemão se filia à perspectiva ampla, sendo que, em seu entender, o direito penal econômico contemplaria um largo campo de incriminações – do direito administrativo, do direito tributário, da proteção do mercado de capitais, créditos, consumidor, dentre outros.

Para Souza (2012, p. 46) tanto a visão ampla quanto a estrita seriam deficitárias como conceitos para o direito penal econômico: a primeira, por não ser capaz de justificar sua abrangência, a aglomeração de matérias tão distintas na mesma seara, ou mesmo definir com clareza um critério de limitação da intervenção penal do Estado na seara econômica; a segunda, por ser muito vaga e insatisfatória em distinguir o direito penal econômico do próprio direito econômico.

O levantamento de todas as objeções comentadas dá ensejo à proposição de um conceito próprio por parte de Souza, cuja construção se inicia com a análise de qual seria a o bem jurídico tutelado no direito penal econômico.

O debate empreendido pelo autor assinala que a gênese do direito penal econômico se liga ao contexto do intervencionismo estatal na economia em cenários de crise (SOUZA, 2012, p. 56). De início, na 1ª guerra mundial, intensificando-se com a crise econômica de 1929 e se consolidando em definitivo na 2ª grande guerra. A ideia por trás de tal intervenção era promover a proteção da ordem econômica, ou do modelo socioeconômico do país – contudo, uma proteção peculiar, já que operada pelo direito penal, ramo de atuação subsidiária, pois o mais gravoso à disposição do Estado. Daí que se consolida a noção de bem jurídico penal como “a segurança e a regularidade da estrutura econômica de um determinado contexto social” (SOUZA, 2012, p. 57)

A saber, assim Souza sintetiza sua construção quanto ao objeto de proteção do direito penal econômico:

Ante o exposto, a ordem socioeconômica afigura-se, notadamente, como o interesse supra-individual penalmente tutelado pelo Direito Penal econômico, focando-se a confiança, ou expectativa normativa, socialmente depositada no tráfico econômico, capaz de lesionar ou pôr em perigo a vida econômica no geral, ou seja, a estrutura econômica da sociedade, representativa de um valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu livre desenvolvimento. Esta última compreensão é, assim, a que, de um lado, permite a concreção de sentido do bem jurídico na hipótese, e de outro, afastar-se a mera lesão patrimonial individual, típica, *e.g.* do furto ou do roubo, da delinquência econômica propriamente dita” (SOUZA, 2012, p. 59/60)

Ademais, sua tentativa de conceituação vem nos seguintes termos: “Neste sentido, o conceito de Direito Penal Econômico refere-se diretamente à tutela do justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riquezas entre os cidadãos, consubstanciando-se num controle social do mercado conforme o modelo econômico adotado. (SOUZA, 2012, p.60).

Em que pesem os esforços do autor em comentar e sanar as deficiências encontradas nas proposições teóricas que analisa, e mesmo em propor um conceito de sua lavra – ainda assim parece se estar diante de um campo demasiadamente impreciso, em diversos aspectos, quando se fala em direito penal econômico.

Efetivamente, tal assertiva se mostra ainda mais adequada à realidade quando se analisa algumas das características fundamentais da seara jurídico-penal em questão.

Aqui, se quer referir a uma série de problemas dogmáticos e político-criminais detectados pela doutrina. Em grande medida, tais contrariedades tem relação com o próprio contexto de estabelecimento do moderno direito penal econômico, na esteira da consolidação do fenômeno da globalização. Como se destacou, a atualidade oferece uma série de desafios à disciplina de regulamentação penal da atividade econômica – pela dinamicidade das relações, a permanente e espantosa evolução tecnológica, e o caráter transnacional das operações de mercado.

O direito penal, por sua vez, “com suas características de legalidade e taxatividade, cingindo-se a apenas estas duas fundamentais” (SOUZA, 2012, p. 66) não parece estar completamente preparado a acompanhar as mudanças sociais e trazer respostas instantâneas na esfera punitiva.

Ademais, o próprio ordenamento não somente protege como fomenta a atividade econômica e sua evolução. É como se o direito penal estivesse sempre correndo atrás das mudanças sociais na tentativa de regulamentar os comportamentos ilícitos – o que ocorre de maneira ainda mais evidente no campo do direito penal econômico, diante de sua dinamicidade incomparável.

Além disso, a complexidade das relações econômicas, notadamente as desenvolvidas no ambiente corporativo – com sofisticada organização e um sem número de envolvidos, entre funcionários e administradores – torna ainda mais dificultosa a tarefa de se detectar culpados e atribuir responsabilidade nos delitos praticados na esfera econômica.

A fim de superar tais desafios, o moderno direito penal econômico se consolida trazendo uma formatação inovadora, que sacrifica muitas das características tradicionais do direito penal.

Se as condutas a serem proibidas se mostram de difícil previsão, pois em constante modificação, o legislador invoca o uso de uma série de instrumentos indesejáveis: a) crimes de perigo abstrato – que não exigem sequer a constatação em concreto da ameaça ao bem jurídico protegido para configurar o delito; b) a criminalização de atos preparatórios – pois fica mais fácil punir podendo se antecipar a imputação, antes mesmo que o agente ingresse

na esfera do penalmente relevante; c) o uso de tipos penais abertos – com elementos vagos, e imprecisos, para permitir que sua interpretação possa ser atualizada em face das modificações do momento; o que, em contrapartida, gera grande incerteza jurídica; d) uso indiscriminado de leis penais em branco – transferindo, em diversas ocasiões, o conteúdo da proibição para o próprio complemento da norma, em flagrante violação ao princípio da legalidade; e) definição de penas severas e desproporcionais aos delitos praticados – como forma de intimidação e dissuasão ao potencial delinquente.

Todas essas características apontam para uma descodificação do direito penal, e invocam a noção de excepcionalidade do direito penal econômico (Laufer, 2013, p.140). Ou seja: diante das dificuldades de combater a criminalidade econômica, por suas especificidades e seu alto grau de especialização, se desenvolveu um sistema excepcional, com regras distintas, restrição de garantias e métodos inovadores de imputação. Em posição semelhante são os apontamentos de Zini, segundo o qual o Direito Penal Econômico é sub-ramo do Direito Penal, “caracterizado pela mobilidade, pela flexibilidade, pela revisibilidade e pela maleabilidade” (2012, p.156)

Há quem veja em tal cenário uma ameaça ao próprio direito penal como modelo de garantias do cidadão (SILVEIRA, 2017, p.110) – no sentido de que as mudanças provocadas a título de promover o enfrentamento da delinquência econômica se tornem normalidade, fomentando uma transformação do modelo punitivo como um todo, promovendo o avigoramento de sua severidade.

Foi em resposta a esta inquietação que surgiram na literatura jurídica construções teóricas preocupadas em definir alternativas para o direito penal econômico – ou em defender seu tratamento em apartado, diante de suas características excepcionais.

Fundamentalmente, duas propostas se destacaram nesse contexto, que serão abaixo analisadas.

2. MODELOS ALTERNATIVOS À INTERVENÇÃO PENAL CARCERÁRIA NA SEARA DA DELINQUÊNCIA ECONÔMICA

2.1 Direito Penal de Duas Velocidades

A proposição em questão, idealizada por Jesús Maria Silva Sánchez, perpassa por uma análise que leva em consideração a pena como elemento central.

Há, na visão do mencionado professor, uma relação direta entre as garantias incorporadas por um sistema de imputação e a gravidade das sanções resultantes da aplicação deste sistema. Com efeito, quanto mais grave as sanções em jogo, mais garantias deve ter um sistema, de forma que nem todo sistema terá de ser dotado das mesmas garantias. Ou seja:

Nessa linha, a minuciosidade própria da dogmática do delito, assim como a rigidez dos princípios de garantia tradicionalmente vigentes no Direito Penal, relacionar-se-iam com o fato de que suas consequências jurídicas foram tradicionalmente as penas de morte e corporais, e ainda hoje uma pena tão intimamente vinculada ao ser – e não ao estar ou ao ter – da pessoa como é a privativa de liberdade. (SILVA SANCHEZ, 2013, p.180).

E ainda:

O ponto chave reside, pois, em admitir essa graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acabasse assumindo. (SILVA SANCHEZ, 2013, p.183).

Com base nessas colocações, o autor destaca que o problema não é tanto a expansão do direito penal, mas a expansão da pena privativa de liberdade, que vem sendo aplicada ao sacrifício de garantias fundamentais. E, com isso, apresenta sua proposição: a convivência de dois sistemas distintos de direito penal, com diferentes regras de imputação e princípios de garantias: um com garantias mais rígidas, quando houvesse a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, outro com menor carga de garantias, mas no qual a imposição do encarceramento seria vedada.

Parece ser esta uma postura mais adequada e realista na visão do autor, principalmente tendo em vista que frear a expansão do direito penal mostra-se muito difícil, “dadas a configuração e aspirações das sociedades atuais” (2013, p.185). Tal proposição tem especial pertinência no campo da criminalidade econômica, uma das searas em que mais se manifesta a expansão do direito penal. A aplicação do modelo do espanhol promoveria um ajustamento das condutas previstas nesta área. Em síntese: ficaria admitida a flexibilização de princípios e garantias na previsão de delitos econômicos desde que descartada a pena privativa de liberdade. Nos termos do próprio autor:

O significado de tal proposta pode ser apreendido se se leva em conta que os delitos – muito especialmente socioeconômicos – nos quais se manifesta a expansão do Direito Penal continuam sendo delitos sancionados com penas privativas de liberdade, de considerável duração em alguns casos, nos quais, sem embargo, os princípios político criminais sofrem uma acelerada perda de rigor. Se nos ativermos ao modelo sugerido, somente há duas opções: a primeira, que tais delitos se integrem no núcleo do Direito Penal, com as máximas garantias (no relativo à legalidade, à proporcionalidade, à lesividade, à prova, etc) e as mais rigorosas regras de imputação (da imputação objetiva, autoria, a comissão por omissão etc.); e a segunda, que se mantenha a linha de relativização de princípios de garantia que hoje já acompanha tais delitos, em cujo caso se deveria renunciar a cominação de penas de prisão que agora existem. (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 186).

Sintetizando, em breves linhas, toda sua construção teórica com relação à convivência de modelos distintos de direito penal dentro do sistema punitivo, diferenciados pelo nível de garantias e pela gravidade das sanções, vale trazer novamente as palavras do espanhol:

Definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da construção de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto de “vários Direitos Penais distintos”, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções consubstancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa. Considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão. Isso tem duas consequências. Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais tem se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade. (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 186)

2.2 Direito de Intervenção

A teoria desenvolvida por Winfried Hassemer (1993;1998) surge como manifestação de um movimento de crítica ao direito penal, desenvolvido por diversos autores e pesquisadores, reunidos no Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt (OLIVEIRA, 2013, p.25). Tal movimento – diante da característica recém assinalada – ficou conhecido como “Escola de Frankfurt”.

A ideia que representava o ponto de aproximação entre os diversos autores da dita escola, em que pese existirem importantes distinções entre as proposições teóricas defendidas por eles, seria uma perspectiva crítica ao direito penal vigente – “mais amplo e dotado de menores garantias” (OLIVEIRA, 2013, p.25). Em concreto, o denominador comum entre os diversos autores ligados ao movimento seria um incomodo com as tendências expansionistas do direito penal – notadamente para a promoção da tutela penal da ordem econômica (OLIVEIRA, 2013, p.27).

Para Hassemer, se manifestaria uma preocupação com as modificações pelas quais o direito penal estaria se submetendo a fim de enfrentar a delinquência moderna, eminentemente econômica, organizada e sofisticada – a expansão do número de normas, a construção assistemática de novas proibições, a flexibilização de garantias penais e processuais, o agravamento das penas, a antecipação da tutela penal – por meio de delitos de perigo e o emprego de técnicas de perigo abstrato (OLIVEIRA, 2013, p.48).

Diante de tal cenário é que vem a proposição do autor – a criação de um novo ramo jurídico, com a ideia de frear a expansão do direito penal e impedir a flexibilização de suas regras e garantias fundamentais.

Para tanto, seria desenvolvido um novo modelo punitivo – o chamado “Direito de Intervenção” – com regras e garantias mais flexíveis, para tornar mais eficiente o enfrentamento da delinquência contemporânea (que, como se destacou, oferece grandes desafios à sua persecução). Em contrapartida, para compensar a limitação de direitos, o modelo não poderia prever a privação de liberdade. (OLIVEIRA, 2013, p.61).

O Direito de Intervenção contemplaria, em grande medida, a matéria hoje sob a égide do direito penal econômico – se estendendo também sobre partes do direito tributário bem como de “outros instrumentos de influência sobre os mercados e sobre as decisões econômicas, impondo normas de controle, multas, e obrigações de ressarcimento” (OLIVEIRA, 2013, p. 62).

3. DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE UM MODELO NÃO PRIVATIVO DE LIBERDADE NO BRASIL: ANÁLISE NORMATIVA E DOUTRINÁRIA

Mesmo o simplificado exame que aqui se realizou, das proposições teóricas selecionadas, permite concluir que se tratam de perspectivas muito bem fundamentadas.

Ambas nascem de um ponto de partida que parece muito difícil de se refutar – a ideia de que a expansão do direito penal e a consolidação do direito penal econômico trazem um aspecto problemático – ao promover a mitigação de garantias fundamentais do direito penal, abusar de instrumentos excepcionais e fomentar o avigoramento punitivo.

Não por acaso, são numerosas as obras na literatura jurídica que se concentram em evidenciar contradições dentro do direito penal econômico – enfatizando seu caráter excepcional.

As construções dos autores aqui examinados enunciam com precisão o contexto de surgimento do direito penal econômico contemporâneo, de delinquência moderna, sofisticada e altamente tecnológica.

Contudo, entendendo a necessidade de resguardar os atributos ligados à ordem econômica, não propõem o total abandono da proteção estatal, mas um ajuste na intervenção. Tudo isso levando em conta a privação de liberdade como critério de definição.

A proposta em questão – de abandono da privação da liberdade no campo da delinquência econômica – parece, ao menos, digna de teste.

De certo que ela não soluciona todas as objeções levantadas pela literatura jurídica, mas ao menos se afigura como proposição capaz de contribuir para o enfrentamento do problema.

Daí o interesse do presente estudo em trazer o debate em questão para a realidade brasileira. Se há qualquer expectativa pela adoção de um modelo com tais características, há questionamentos prejudiciais a serem respondidos para que se realize qualquer exame de possibilidade.

Aqui, refere-se as indagações já assinaladas acima.

O que se defende neste estudo é que os referidos questionamentos precisam ser solucionados preliminarmente a qualquer discussão que se deseje fazer quanto a possibilidade de reformulação do modelo penal econômico brasileiro inspirado nas proposições teóricas analisadas.

Isto porque, caso se verifique a incompatibilidade normativa entre tal perspectiva – o abandono da privação de liberdade – com o nosso ordenamento jurídico, as intenções de promover tal mudança estariam frustradas em definitivo.

A solução das questões enunciadas perpassa por respostas no campo normativo e político criminal.

De início, se mostra necessário realizar uma análise da legislação brasileira, a fim de detectar quais são os postulados normativos que se propõem a delimitar a formatação da pena – em especial, da modalidade de sanção a ser aplicada. Tal análise se inicia pelo texto da Constituição da República de 1988.

A princípio já chama atenção o fato de haver no texto da Magna Carta – inciso XLVII do artigo 5º – a prescrição da vedação quanto à pena a) de morte, salvo em caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e e) cruéis.

Aqui, se vê manifestada a preocupação do constituinte em obstar a aplicação de sanções penais ofensivas à dignidade da pessoa humana, atributo este eleito como fundamento da República Brasileira.

A despeito de trazer tais diretrizes (que, vale frisar, são de grande valor), o texto constitucional não é tão assertivo quanto à imprescindibilidade da pena de prisão no modelo penal brasileiro – questão que aqui se investiga.

É no texto do Código Penal (CP) e, especialmente, da Lei de Execução Penal (LEP), que se detectam disposições mais diretamente relacionadas ao assunto em exame, das quais é possível extrair reflexões pertinentes ao debate empreendido no presente estudo.

Os dois diplomas legais traçam de maneira minuciosa a disciplina da pena no modelo punitivo brasileiro – os critérios para a cominação da pena em juízo, as

modalidades de sanção previstas, o regramento da execução da reprimenda, os distintos regimes penitenciários, dentre muitas outras questões.

Há quatro pontos que chamam a atenção dentro deste arcabouço normativo – pois contribuem para a análise realizada no presente estudo.

O primeiro deles é a determinação, trazida tanto pela LEP (no artigo 112) quanto pelo CP (artigos 33 a 35), de que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida por meio de um regime progressivo – ou seja, um modelo em que, paulatinamente, a liberdade do detento vai sendo restabelecida, e o rigor do encarceramento vai sendo atenuado.

A ideia, portanto, não é só prender – mas fazê-lo pelo mínimo de tempo possível nas condições mais severas, abrandando o rigor da privação ao longo do cumprimento da sanção.

O segundo ponto a ser destacado diz respeito ao estímulo – ou mesmo a determinação – da substituição da privação de liberdade por penas de outra natureza, menos rigorosas, nas hipóteses previstas em lei, notadamente quanto aos ditos crimes de menor potencial ofensivo, nos termos dos artigos 54 a 57 do CP, bem como dos artigos 61 e 76 da Lei 9.099/95;

Aqui, mais uma vez se percebe uma perspectiva de afastamento do cárcere como resposta penológica principal, ou uma predileção por sanções que se afastem do paradigma carcerário.

O terceiro ponto diz respeito à finalidade da pena atribuída pela legislação penal. Em que pese haver grandes debates sobre a questão (SILVEIRA, 2019), há relativo consenso no sentido de que o artigo 1º da Lei de Execução Penal (LEP), estabelece para a execução da pena o objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Neste ponto, estaria indicando, de maneira bem precisa, o entendimento de que o propósito da sanção penal é a promoção da ressocialização do indivíduo, ou o oferecimento de oportunidades para que o detento possa retornar ao convívio social, reintegrando-se à vida em comunidade. E não parece haver nada que defina que tal exercício de preparação para a retomada da vida em sociedade precise necessariamente ser operado em um

ambiente de privação social. Lado outro – chega a ser um contrassenso, repetidamente apontado pela literatura jurídica, a ideia de que a maneira mais adequada de preparar um indivíduo para a vida em sociedade seja justamente o seu afastamento dela.

O último elemento que se quer destacar, com grande relação ao terceiro, se refere à previsão na LEP de um numeroso rol de direitos a serem garantidos ao preso, que foram pensados no sentido de valorizar a dignidade da pessoa humana, favorecer a reintegração social do egresso e minimizar o impacto da privação de liberdade sobre o indivíduo, a saber: a) permanência em local próximo da família; b) chamamento nominal; c) proteção contra o sensacionalismo; d) direito de petição; e) contato com o mundo exterior e visitas familiares; f) cela individual; g) assistência social; e h) acesso à informação.

Todas essas disposições servem para evidenciar a posição tomada pelo nosso ordenamento jurídico – em defesa da limitação da privação da liberdade, no reforço da sua excepcionalidade, no incentivo de sua substituição e mesmo na afirmação de que a pena deva servir ao oferecimento de condições para que o detento retome o convívio social (e não meramente a uma resposta retributiva ao delito causado).

Desta feita, quanto aos dois primeiros enunciados levantados como indagações a serem respondidas neste estudo – parece ter sido possível chegar a uma solução.

Pela análise legislativa que se realizou, não foi possível detectar nenhuma previsão normativa que torne a privação de liberdade inafastável no modelo punitivo brasileiro – ao contrário, o que se percebeu foi um reforço inequívoco da excepcionalidade do encarceramento e o fomento à sua substituição.

Tal tomada de posição se alinha, em grande medida, a muitas das afirmações doutrinárias que se consolidam contemporaneamente a respeito da privação de liberdade – muitas delas no campo da política criminal e que, por isso mesmo, servem à resposta do último questionamento levantado neste estudo.

A percepção atualmente predominante no campo das ciências criminais objeta “a centralidade do cárcere como pena primária do nosso sistema penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 35).

A privação de liberdade surge, no contexto do movimento iluminista, como uma conquista para o cidadão, em alternativa à pena capital e às sanções corporais. Contudo, no transcurso de mais de duzentos anos, estabeleceram-se diversas reflexões sobre o paradigma da prisão – que, contemporaneamente, evidenciam a crise do modelo em questão (SILVEIRA; SARKIS, 2020).

Como bem elucida Luigi Ferrajoli, a privação de liberdade não parece ser, hoje, uma resposta penal adequada, pois tem se revelado incapaz de satisfazer as finalidades preventivas que justificam a intervenção penal. (FERRAJOLI, 2014, p. 378). Isto porque o ambiente do cárcere, ao contrário de desincentivar a prática de novos crimes, tem verdadeiro efeito criminógeno, funcionando a prisão como “escola de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada” (FERRAJOLI, 2002, p.36).

Tal afirmação se afigura especialmente adequada à realidade brasileira, cujo sistema penitenciário enfrenta condições extremamente críticas, cenário conhecido a nível nacional (BRASIL, 2009) e mesmo mundial (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018).

O autor italiano observa, ademais, que a eficácia dissuasória do Direito Penal nos dias de hoje se constrói muito mais pelo receio da condenação pública e da estigmatização social causada pelo processo penal e pela exposição midiática dos delinquentes do que pela privação de liberdade propriamente dita. (FERRAJOLI, 2014, p. 379). Escreve o autor:

O cárcere é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extra-legal e extra-judicial, lesiva à dignidade da pessoa e inutilmente afletiva. Nascido do projeto iluminista de mitigação e racionalização das penas, não parece mais idôneo – porque não pertinente ou não necessário – para satisfazer a nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: a prevenção do delito, dado o caráter criminógeno do cárcere, destinado a sempre funcionar como escola de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; a prevenção da vingança privada e da punição informal, satisfeita, na atual sociedade da mídia, muito mais pela publicidade do processo e pelo caráter simbólico e estigmatizante da condenação. (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

Os apontamentos em destaque evidenciam o fracasso da prisão como resposta penal. Diante de tal cenário, a doutrina tem se dedicado à apresentação de propostas de superação do modelo, em grande medida concentradas na perspectiva de minimização dos efeitos nocivos do encarceramento. Novamente, vale o destaque à perspectiva de Ferrajoli,

em defesa da retirada da prisão do seu papel de centralidade no sistema penal para, “senão aboli-la, ao menos reduzir drasticamente sua duração e transformá-la em sanção excepcional limitada às ofensas mais graves ao direito fundamental” (FERRAJOLI, 2012, p. 36).

CONCLUSÕES: O PANORAMA DE REFORMA DO MODELO BRASILEIRO DE INTERVENÇÃO PUNITIVA NA SEARA ECONÔMICA.

A discussão empreendida no presente estudo conduz ao diagnóstico de que não há nada no ordenamento jurídico brasileiro que inviabilize a adoção de um modelo punitivo não privativo de liberdade – tanto de maneira geral, quanto especificamente para a delinquência econômica.

Outrossim, também se constata que, segundo a doutrina mais atualizada, o encarceramento não se afigura como uma resposta punitiva ideal ou idônea ao alcance de suas finalidades preventivas nos dias de hoje (notadamente, de prevenção especial positiva).

Contemporaneamente, o cárcere serve mais como instrumento de fomento da delinquência do que ao seu desestímulo – parecendo não haver sentido em defender sua manutenção irrestrita.

Ao contrário, os elementos aqui trazidos indicam que o caminho a ser seguido é o do reforço da excepcionalidade da privação de liberdade – e mesmo, a longo prazo, do seu progressivo abandono.

Desta feita, vale trazer alguns apontamentos finais como desfecho deste estudo:

- a. As reflexões aqui desenvolvidas não solucionam em definitivo a questão do implemento de um novo modelo para a delinquência econômica no Brasil. Servem apenas como o indicativo de que não haveria, de início, incompatibilidade normativa entre o atual arcabouço legal e uma reforma pensada sob a ótica não privativa de liberdade;
- b. Há ainda muito a se definir sobre como tal reforma, caso haja interesse em levá-la adiante, deverá ser realizada. Ou seja: quais crimes seriam contemplados com modificações, quais bens jurídicos permaneceriam sob a égide do direito penal

- tradicional (e quais migrariam para o novo modelo), quais penas seriam aplicadas no novo paradigma, etc.;
- c. Neste sentido, vale assinalar a existência de trabalhos acadêmicos que se propõem a debater muitos destes pontos levantados – a exemplo de Oliveira (2013), Boiteux (2007) e Andrade (2006) – notadamente quanto às alternativas punitivas dentro de um modelo que não contempla o encarceramento como resposta penológica para a delinquência econômica;
 - d. Ademais, também vale comentar que, nos dias de hoje, a comunidade acadêmica e mesmo a *práxis* penal parece estar muito mais concentrada na prevenção da delinquência econômica –notadamente a criminalidade empresarial – por meio da efetivação de programas de integridade, do que pelo enfrentamento judicial da questão, com a imposição de sanções privativas de liberdade. A percepção que se consolida hoje é que tal estratégia parece ser mais eficiente na dissuasão das práticas ilícitas do que qualquer tratamento penal. Ou seja: a própria experiência prática tem indicado que a resposta mais adequada para o enfrentamento da delinquência parece estar fora do próprio modelo punitivo tradicional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fábio Martins de. Uma proposta de adequação da repressão aos delitos de direito penal econômico. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 58-84., fev./mar. 2006.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2017/18: o estado dos direitos humanos no mundo. 2018*. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as penas e seus fundamentos em direito penal econômico. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 37-41., jan. 1998

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público da União, 1993.

LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. In: *COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal*: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Organização de Bruno Espiñeira LEMOS et al. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LAUFER, Daniel. Direito penal e processual penal de emergência: conceituação, compreensão e enfrentamento. *Revista justiça e sistema criminal*: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 137-159, jan./jun.. 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. *Emergência penal e garantias do Estado Constitucional de Direito: estudo sobre uma insuperável contradição a luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2017.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. Finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro: notas sobre a formatação de um modelo justificcionista democrático. In: *III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais*, 2019, São Paulo. Anais do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais. São Paulo: IBCCRRIM, 2019. v. 3. p. 128-157.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da; SARKIS, Jamilla Monteiro. Ultrapassando o limite das penas: inconstitucionalidade e antigarantismo na nova redação do artigo 75 do Código Penal. In: Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes; Felipe Martins Pinto; Gustavo Henrique de Souza e Silva.. (Org.). *20 Anos do Instituto de Ciências Penais – Estudos em Homenagem à Professora Sheila Jorge Selim de Sales*. 1ed. Belo Horizonte: IAMG, 2020, v. 1, p. 269-288.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico. Introducción y parte general*. Trad. Hector Hernandez Basualto, Rodrigo Aldoney Ramirez y Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Grijley, 2009.

Apresentação oral

**O COMPLIANCE COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO À
CRIMINALIDADE PENAL EMPRESARIAL NO ÂMBITO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*COMPLIANCE AS A COPING MEASURE BUSINESS CRIMINAL
CRIMINALITY WITHIN THE PUBLIC ADMINISTRATION*

Roberta Schaun

Mestranda em Direito (Fundação do Ministério Público), especialista em Direito Penal Empresarial e especialista em Ciências Penais (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul) e especialista em Direito Público (Verbo Jurídico). Advogada Criminalista.

E-mail: robertaschaun@gmail.com

Resumo: A partir do julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo Supremo Tribunal Federal, ocorreu uma verdadeira transformação nas políticas adotadas por entes públicos e privados, com o objetivo de rever seus procedimentos internos e evitar novos processos criminais por acusações de corrupção, má gestão e outros delitos relativos ao campo penal econômico, oportunidade em que o termo *compliance* ganhou força nas esferas acadêmicas e empresariais. Porém, as práticas de corrupção denunciadas pelo “Caso Mensalão” seriam completamente distintas daquelas reveladas feitas pela Operação Lava-Jato, poucos anos depois, quando veio a público uma intrincada e complexa rede de corrupção envolvendo recursos públicos, explicitando o quão frágeis eram os sistemas internos de auditoria e autofiscalização na Administração Pública. Desde então, foram editados diversos diplomas normativos com o fito de corrigir esses erros, tais como a Lei Anticorrupção e a Lei das Estatais. Uma das medidas previstas é a previsão de programas de *compliance*, de forma a aprimorar a governança corporativa e diminuir os riscos de novos casos de corrupção e outros crimes de natureza penal empresarial. Este artigo, então, irá tratar no primeiro item do tema da criminalidade governativa, uma prática comum na Administração Pública e que engloba o cometimento de vários delitos, muitos deles de natureza econômico-empresarial, não havendo uma única explicação para a sua ocorrência; o segundo item

ira abordar, sucintamente, o que seria *compliance*, seu conceito, funções e importância no ambiente corporativo, seja ela público ou privado; o item final buscará conciliar ambos os assuntos, demonstrado como os programas de *compliance* são fundamentais na melhoria da governança corporativa na esfera pública, bem como instrumento efetivo de mitigação e prevenção de práticas de corrupção e outros crimes econômicos que são consumados fazendo uso da máquina e aparatos estatais que, como exemplo, eram recorrentes há muitos anos, como tornou pública a Operação Lava-Jato. A pesquisa será exclusivamente teórica, fazendo uso da revisão bibliográfica como principal técnica de pesquisa, eis que não existem resultados suficientes iniciais para exame, diante da novidade da temática.

Palavras-chave: Criminalidade penal empresarial. Administração Pública. Governança corporativa. *Compliance*.

Abstract: From the judgment of Penal Action n.. 470 by the Supreme Federal Court”, a real transformation took place in the policies adopted by public and private entities, with the aim of reviewing their internal procedures and avoiding new criminal cases for accusations of corruption, mismanagement and other crimes related to the economic penal field, an opportunity in which the term compliance gained strength in academic and business spheres. However, the corruption practices denounced by the “Monthly Case” would be completely different from those revealed by Operation Lava-Jato, a few years later, when an intricate and complex network of corruption involving public resources was made public, explaining how fragile the systems were. internal auditing and self-inspection in Public Administration. Since then, several normative diplomas have been issued with the aim of correcting these errors, such as the Anti-Corruption Law and the Law of State-Owned Companies. One of the planned measures is the provision of compliance programs, in order to improve corporate governance and reduce the risks of new cases of corruption and other crimes of a corporate criminal nature. This article, then, will deal with the first item on the theme of governmental crime, a common practice in Public Administration and which encompasses the commission of several crimes, many of them of an economic and business nature, with no single explanation for their occurrence; the second item will briefly address what compliance would be, its concept, functions and importance in the corporate environment, whether public or private; the final item will seek to reconcile both issues, demonstrating how compliance programs are fundamental

in improving corporate governance in the public sphere, as well as an effective instrument for mitigating and preventing corruption practices and other economic crimes that are consummated using the machine and state apparatus that, for example, had been recurring for many years, as Operation Lava-Jato made public. The research will be exclusively theoretical, using the bibliographic review as the main research technique, since there are not enough initial results for examination, given the novelty of the theme.

Keywords: *Business criminal crime. Public administration. Corporate governance. Compliance.*

Sumário: Introdução. 1. Criminalidade penal empresarial e Administração Pública. 1.1. Criminalidade governativa.. 2. *Compliance*: um breve panorama. 2.1. O que são os programas de *compliance*. 2.2. Dos pilares fundamentais dos programas de *compliance*. 3. *Compliance*, governança corporativa e criminalidade penal empresarial. 3.1. Da governança corporativa a partir da Lei Anticorrupção e da Lei das Estatais. 3.2. Dos programas de *compliance* como medida de enfrentamento à criminalidade penal empresarial no âmbito da administração pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a implantação dos programas de *compliance* como medida de enfrentamento à corrupção e demais delitos de natureza penal-empresarial no seio da Administração Pública.

Atualmente, os programas de *compliance* ganharam maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência da obrigatoriedade de sua implantação por aquelas pessoas, sejam físicas ou jurídicas, que sejam consideradas como sensíveis à ocorrência de lavagem de dinheiro, contudo, nos Estados Unidos, sua finalidade é diversa: tratam-se de instrumentos de governança corporativa, com vistas ao incremento e melhoria das práticas empresariais e que, por consequência, teriam impacto na prevenção de crimes econômicos. Por tal razão, esses programas também passaram a ser exigidos dos entes públicos, através da Lei Anticorrupção e Lei das Estatais, com a finalidade de combater a corrupção e demais delitos desta natureza no âmbito público.

Para tanto, a pesquisa irá se estruturar em três partes. Na primeira, far-se-á um abordagem inicial da criminalidade penal empresarial na Administração Pública e que envolve, especialmente, a corrupção como seu maior expoente. Depois, em um segundo momento, pretende-se apresentar o que seriam os programas de *compliance* e seus pilares fundamentais para que, no terceiro item, seja possível se demonstrar como os programas de compliance são mecanismos efetivos de enfrentamento a este tipo de criminalidade.

A técnica de pesquisa empregada será, exclusivamente, a revisão bibliográfica.

1 CRIMINALIDADE PENAL EMPRESARIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Criminalidade governativa

A corrupção é um problema que não possui uma única causa, motivo pelo qual ela tem sido objeto de pesquisas das mais variadas áreas, mas com prevalência das explicações de ordem econômica. Embora ela seja um problema hoje, tal como se apresenta, trata-se de uma forma de interpretar esse complexo fenômeno, visto que existem autores que a defendem como um fator positivo no desenvolvimento social, consoante um determinado contexto, pois a corrupção seria inerente ao próprio Homem, não estando limitada ao setor público; também engloba a iniciativa privada, embora essa seja a sua principal expressão (MONTEIRO, 2019, p. 28-36).

No mesmo sentido é o entendimento de MARCOS FELIPE LOPES, ao demonstrar que o tema em apreço tem sido estudado sob diferentes abordagens, com conclusões variadas (LOPES, 2011, p. 18-20).

A corrupção, e as formas de combate a esta prática, estão intimamente relacionadas à ligação entre o Estado e o mercado, ou, em outras palavras, aos interesses privados. Ocorre que, hoje, tais relações se tornaram muito mais complexas e reguladas do que outrora, cabendo aos entes público também buscarem formas de melhorar o controle interno de suas atividades, de modo a ser capaz de gerar credibilidade ao setor privado, sendo a transparência nesses negócios um dos pilares do combate à corrupção, pois quanto maior o casos normativo, isto é, quanto menor a regulamentação de uma atividade, maior será o risco de inobservância de suas regras (ASSIS, 2017, p. 49 e ss.).

Em 1995, a Transparência Internacional, uma entidade sem fins lucrativos, desenvolveu um índice próprio para mensurar o nível de corrupção de cada país, o *Corruption Perceptions Index* (CPI), ou Indicador de Percepção de Corrupção. Sua metodologia envolve comparar dados empíricos com base nas características estruturais de cada objeto de estudo. Dentre essas características, cita-se: o sistema legal, salário dos funcionários públicos e o tipo de estrutura organizacional (LOPES, 2011, p. 20-21). A corrupção apenas se desenvolve em ambientais propícios, englobando uma série de fatores que se retroalimentam (LEAL, 2020, p. 280).

Neste sentido, não se pode confundir os conceitos de governabilidade com governança. Este relaciona-se a aspectos de ordem administrativa e eficiência, enquanto que aquele diz respeito à política, contudo, a primazia deste campo não pode subverter as regras daquele, o que veio à tona quando do julgamento do Caso Mensalão e a necessidade de se implantar medidas mais eficazes de combate à corrupção e de tutela da boa governança estatal (ASSIS, 2017, p. 207-210).

A corrupção, como a própria origem do termo *corruptio* infere, significa a deteriorização de algo, neste caso, a integridade da administração pública e da boa governança estatal (LOPES, 2011, p. 18). No entanto, há quem sustente que a corrupção envolve apenas a violação de normas éticas, enquanto que outros defendem a infração de normas jurídicas (BRÜNING, 1997, p. 6).

Assim, diante da ausência de uma adequada regulação das atividades públicas e seu relacionamento para com os interesses privados, é difícil a própria distinção entre corrupção vs. política. É preciso se estabelecer um limite claro, sob pena de se criminalizar a própria política, pois não se pode deixar de considerar os aspectos culturais de cada sociedade nesta área, não se podendo impor um padrão comum a todos (ASSIS, 2017, p. 55-60). Na Europa, por exemplo, busca-se implementar uma política comunitária, mas que sofre resistências de cada país e sua cultura local (LEAL, 2020, p. 281).

Diante dessa omissão normativa, cabe ao Poder Judiciário estabelecer essa distinção, potencializando o caos e problemática comum da matéria, eis que ficaria a cargo de cada julgador a sua definição, o seu entendimento pessoal a respeito da análise se houve ou não o cruzamento da tênue linha entre corrupção e política (ASSIS, 2017, p. 202 e ss).

O monopólio da (gigantesca) Administração Pública nas mãos dos políticos, com mínima participação popular, seria um dos fatores que propiciariam práticas corruptas, por ausência de fiscalização, colocando em risco o sistema representativo nacional (BRÜNING, 1997, p. 74), pois a *res publica* acaba sendo dominada e controlada por fortes corporações que, por sua vez, controlam os políticos (LEAL, 2020, p. 279). Neste cenário, ganha importância o jornalismo investigativo e seu papel em Estados Democráticos como forma propiciar ao cidadão a transparência que espera de seus administradores públicos (LEAL, 2020, p. 285-286)

Todavia, essa omissão normativa pode ser proposital, diante do histórico político brasileiro. As classes políticas e jurídicas se confundiam, portanto, limitar a própria prática cotidiana seria ir contra os interesses pessoais e acabar com seus privilégios; essa característica secular da sociedade brasileira permanece inalterada hoje (BRÜNING, 1997, p. 85). A deterioração do Estado não é uma consequência, mas sim um projeto (LEAL, 2020, p. 288), logo, justifica-se, em parte, a baixa eficácia e sucesso da persecução penal quando se trata de crimes de corrupção (LEAL, 2020, p. 290-291).

A honestidade, virtude tão prezada e que é colocada como um bem lesado, quando da corrupção, portanto, não pode ser exigida apenas por parte do servidor, com base em sua força moral, sem o auxílio de medidas externas e institucionais, pois é normal do ser humano que considere “o outro” corrupto, ainda que classifique a corrupção como um mal a ser combatido. Trata-se da necessidade da implantação de programas e medidas de cunho prático, concreto que fortalecem o espírito de honestidade, lisura e transparência que deve orientar o serviço público (MONTEIRO, 2019, p. 143-145).

A implantação dessas medidas preventivas à corrupção, e não apenas repressivas, é uma necessidade reconhecida internacionalmente, pois, como visto, um programa anticorrupção também deve levar em conta as falhas para a sua execução, prevendo a corrupção daqueles que deveriam combatê-la, visto que, diante do conflito de interesses, haverá a inobservância e desvirtuamento da norma (ASSIS, 2017, p. 49-50). Para que essas medidas sejam efetivas, é preciso se levar em conta, obrigatoriamente, dados empíricos em sua formulação, não sendo suficiente a sua base teórica, em razão dos motivos já explicitados (LOPES, 2011, p. 70). Nesse sentido, podem ser citados os muitos diplomas legislativos pátrios que possuem o condão de ampliar a fiscalização sobre o setor público,

mas que se não se mostraram, até o momento, eficazes como se esperava (LEAL, 2020, p. 294-296).

Os programas de *compliance* possuem essa finalidade, sendo a melhoria e contínua capacitação dos membros de uma organização um de seus pilares, como será visto a seguir. Programas de capacitação ética e de conformidade ainda são recentes no país, logo, não existem dados e estudos suficientes a respeito de sua eficiência, contudo, no âmbito federal, é preciso se destacar o empenho da Controladoria-Geral da União nessa tarefa, de aprimorar as práticas internas (LOPES, 2011, p. 71-81).

Na seara penal, também se faz necessário um aprimoramento das medidas investigativas e de tutela dos bens públicos e que sejam adequadas ao enfrentamento eficaz deste tipo criminoso (LEAL, 2020, p. 299-302).

2. COMPLIANCE: UM BREVE PANORAMA

2.1 O que são os programas de *compliance*

Segundo RENATO DOS SANTOS, os programas de *compliance* tiveram sua origem, ainda que primitiva, no sistema bancário norte-americano após o crash da bolsa de valores em 1929, como forma de corrigir e proteger o próprio sistema financeiro, embora, hoje, não esteja mais adstrito às instituições bancárias, significando um conjunto de ações a serem adotados por uma empresa com base em um código de ética e de conduta (2011, p. 136). No entanto, somente depois dos escândalos envolvendo as empresas Enron (2001) e WorldCom (2002) é que as empresas passaram a adotar programas mais efetivos de *compliance*, capazes de antecipar os riscos potenciais, eis que os programas que existiam eram apenas formais, completamente insuficientes às finalidades (CREDIDIO, 2018, p. 86-87). Neste sentido, *compliance* pode ser “compreendida como um sistema de direção e organização empresarial”, ou governança corporativa (GLOECKNER, 2012), porém, não são sinônimos. A adoção de programas de *compliance* pode ser considerada como sendo um dos 4 (quatro) pilares fundamentais de boas práticas de governança corporativa, além da *accountability* (prestação de contas), *disclosure* (transparência) e *fairness* (senso de justiça) (CRISTÓVAM; BERGAMINI, 2019, p. 186).

Atualmente, não se pode mais negar a necessidade de regulamentação do setor privado pelo poder público, contudo, o que se discute é o grau dessa intervenção.

A “governança regulatória” diz respeito ao estabelecimento de regras mínimas de procedimento a serem adotadas pelo campo privado, permitindo que as próprias empresas, dentre sua liberdade de “governança empresarial” estabeleçam normas próprias de autogestão e controle dos riscos, segundo as especificidades de sua atividade econômica. A ineficiência dessa liberdade de autogestão vai implicar a aplicação de sanções previamente estabelecidas pela governança regulatória.

Por isso, não se pode confundir conceitos como *compliance*, governança corporativa e integridade. Estes dois últimos podem ser considerados sinônimos, eis que o seu sentido é o mesmo: o conjunto de todas as atividades desempenhadas por uma empresa para atuar de modo ético e íntegro, sendo o programa de *compliance* uma dessas atividades, que também difere da simples auditoria interna (LAMBOY; RISEGATO; COIMBRA, 2018, p. 14).

Os programas de *compliance* possuam a finalidade de conciliar os ideais de ética e eficiência empresarial com práticas eficazes de boa governança corporativa (LAMBOY; RISEGATO; COIMBRA, 2018, p. 4), pois de nada adianta um compromisso formal de que a empresa irá obedecer às normas legais e administrativas, se não comprovar o ajuste de seu comportamento, bem como é inócua uma empresa que não consiga executar as atividades comerciais respectivas em razão do atendimento severo a essas normas. É preciso se encontrar um equilíbrio entre o ser e o dever-ser no dia a dia empresarial. Os programas de *compliance* servem para demonstrar que qualquer empresa pode lucrar sendo ética e obedecendo as normas que disciplinam sua atividade econômica, incluindo-se, entes públicos.

4.2 Dos pilares fundamentais dos programas de *compliance*

Os programas de *compliance*, nos Estados Unidos, têm por finalidade evitar a alegação de desconhecimento da finalidade criminosa da atividade empresarial, ao invés da tese de ausência de dolo, tal como ocorre quando se invoca a doutrina da cegueira deliberada (*wilfull blindness*) (GLOCKNER, 2012). Os profissionais destes setores sensíveis à lavagem se tornam obrigados a tomar providências para saber o que será feito adiante, ou as razões por detrás da respectiva transação comercial. Aqui, não se trata de compactuar com a finalidade criminosa da operação suspeita (dolo, ainda que eventual), como faz crer

o emprego da doutrina no Brasil, mas sim do agente evitar conhecer (propositadamente) a origem por detrás dos recursos e do próprio cliente, ao argumento de que “o dinheiro não tem cor”, por exemplo. Os deveres de *compliance* impunham aos agentes a adoção de medidas que visam tornar mais transparente sua própria atividade econômica, de forma a proteger a si próprios e terceiros interessados. Dessa forma, três são os requisitos prévios para se aferir se a ignorância foi deliberada ou não: a) alta probabilidade da suspeita da origem criminosa dos bens; b) atuação indiferente do *gatekeeper* diante dessa suspeita; c) escolha do agente em continuar ignorante. Tais requisitos são *juris tantum pro reo*, isto é, compete à acusação comprovar a cegueira deliberada do suspeito (MOSER, 2017, p. 203). Logo, se uma pessoa que atue em um setor sensível à lavagem adote medidas suficientes de *compliance*, pode-se concluir que ela, inicialmente, não seja condescendente para com a utilização de sua atividade econômica como instrumento para a lavagem; que ela atua de modo a não ignorar a lisura dos valores com os quais opera, afastando qualquer possibilidade de invocação da teoria da cegueira deliberada, como visto.

O conteúdo de cada programa de *compliance* deve atender à natureza da empresa individual, contudo, existem elementos comuns a todos, de modo que o próprio programa atenda às suas finalidades, quais sejam: a) atuação direta e apoio incondicional da Alta Direção (*tone at the top* ou *tone from the top*); b) indicação do responsável pelo programa de integridade; c) programa de integridade adequado às características de atuação da pessoa jurídica; d) criação de regras e procedimentos; e) comunicação; f) treinamento; g) canais de denúncia e sistema de premiação; h) medidas disciplinares; i) monitoramento; j) indicadores de desempenho; k) aplicação do programa e preocupação com os fornecedores e prestadores de serviços (CARVALHO; ALMEIDA, 2019, p. 62 e ss).

GUILHERME CREDIDIO, por sua vez, enumera os 10 (dez) itens a serem observados pelas empresas em seus programas de *compliance*: 1) correta interpretação e execução da respectiva legislação vigente; 2) análise detalhada dos riscos; 3) adequar a contabilidade a padrões internacionais; 4) melhoria contínua das normas técnicas; 5) elaboração do programa de *compliance* e sua difusão entre os funcionários; 6) implantar medidas que evitam a ocorrência de fraudes e, quando constatadas, que sejam rapidamente reprimidas; 7) incrementar o setor de recursos humanos e de gestão de pessoas; 8) melhoria do setor de tecnologia da informação (TI), do acesso e gerenciamento dos dados;

9) realização de auditorias periódicas; 10) existência de um *compliance officer*, capaz de fiscalizar as normas internas da empresa (CREDIDIO, 2018, p. 89).

A avaliação dos riscos e sua gestão deve pautar-se por: a) identificação e classificação de riscos maiores e menores; b) avaliação e relação desses riscos no tocante às finalidades da atividade econômica e sua importância; c) examinar a possibilidade interna de identificação desses riscos e sua gestão; d) buscar formas de neutralizar e/ou mitigar esses riscos (GLOECKNER, 2012), pois, como visto, o risco é inerente à conduta humana moderna.

Em *Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão*, ALEXANDRE SERPA e DANIEL SIBILLE, fundadores do instituto, discorrem, ainda que brevemente, sobre os principais itens que devem constar em um programa de *compliance*. Com relação aos canais de denúncias, os autores afirmam este é o principal meio para denunciar práticas irregulares nas empresas e que são responsáveis pela origem das consequentes investigações internas. Nos Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo, existe legislação específica que discipline o assunto, ante a sua importância, bem como concedendo maior segurança jurídica a todos os envolvidos, especialmente o denunciante, vindo a serem substancialmente recompensados, dependendo do caso. No tocante às investigações internas, elas seriam um instrumento de proteção da própria empresa ou ente público contra as irregularidades cometidas e denunciadas, cabendo a elas a apuração dos fatos e consequente responsabilização dos envolvidos, tanto administrava quanto juridicamente.

3. *COMPLIANCE*, GOVERNANÇA CORPORATIVA E CRIMINALIDADE PENAL EMPRESARIAL

3.1 Da governança corporativa a partir da lei anticorrupção e da lei das estatais

No Brasil, o ponto de partida para os programas de *compliance* foi estabelecido por meio de uma série de regramentos administrativos que devem ser atendimentos pelas empresas, a fim de que elas possam ser certificadas, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com o selo ISO 19600:2014 que “cria um padrão global para gerenciamento e avaliação dos programas de *compliance*” (ANSELMO, 2017, p. 55). Além do ISO 19600, existe o Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE) que

auxilia empresas na construção de seus próprios programas de *compliance*, eis que, como dito acima, eles devem se adequar à natureza da atividade empresarial, não sendo um produto que se compra, de forma genérica, e depois se implanta (BERTOCCELLI, 2019, p. 40).

No Brasil, especificamente, existem diretrizes e guias a respeito da formação de programas de *compliance* para empresas privadas de autoria da Controladoria-Geral da União (CGU), bem como do Conselho de Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) (CARVALHO; ALMEIDA, 2019, p. 59). Também pode ser citado os trabalhos do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), entidade criada em 1995 que congrega pessoas, empresas e academia atuantes no mercado financeiro e que publica, periodicamente, o “Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa” (CRISÓSTOMO; GIRÃO, 2019, p. 46).

O conteúdo de cada programa de *compliance* deve atender à natureza da empresa individual, contudo, existem elementos comuns a todos, de modo que o próprio programa atenda às suas finalidades, quais sejam: a) atuação direta e apoio incondicional da Alta Direção (*tone at the top* ou *tone from the top*); b) indicação do responsável pelo programa de integridade; c) programa de integridade adequado às características de atuação da pessoa jurídica; d) criação de regras e procedimentos; e) comunicação; f) treinamento; g) canais de denúncia e sistema de premiação; h) medidas disciplinares; i) monitoramento; j) indicadores de desempenho; k) aplicação do programa e preocupação com os fornecedores e prestadores de serviços (CARVALHO; ALMEIDA, 2019, p. 62 e ss).

Em âmbito normativo-legal, os requisitos essenciais de um programa de *compliance* estão disciplinados pelo Decreto n.º 8.420/2015, que foi editado com o fim de regulamentar a Lei Anticorrupção. Neste sentido, o conteúdo do art. 41 vai ao encontro do que fora mencionado anteriormente.

Art. 41 – Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Segundo o dispositivo legal em comento, o conceito de um programa de *compliance* encontra-se no art. 41, *caput*, tendo como finalidades: regulação, prevenção e repressão de infrações legais e éticas empresariais. O parágrafo único, por sua vez, determina a eficácia e suficiência desses programas deverá levar em conta a atividade econômica e seus riscos, logo, não se trata apenas de um entendimento doutrinário, mas sim normativo e que devem ser, obrigatoriamente, observados pelas empresa quando de sua implantação.

A Lei das Estatais disciplina os itens obrigatórios que deverão constar nos respectivos Códigos de Conduta e Integridade (art. 9º, §§ 1º e 2º):

Art. 9º – A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I – princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II – instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III – canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV – mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V – sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI – previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

Novamente, percebe-se que as exigências legais vão ao encontro de muitas das práticas e medidas já propostas pela doutrina especializadas, assim, não mais seriam orientações, tornando-se verdadeiros imperativos normativos a seres observados pela Administração Pública. Pode-se citar a existência de um setor com as atribuições de *compliance officer* e o reconhecimento da figura do *whistleblower*. Contudo, o setor responsável pelo programa de *compliance* não é totalmente independente, estando vinculado à presidência que deverá zelar pela sua autonomia. Quando constatada irregularidade da presidência, ou omissão do dever de agir, deverá haver a previsão e meios do *compliance officer* se reportar diretamente ao Conselho de Administração (art. 9º, § 4º). No entender de CRISTÓVAM e BERGAMINI, a Lei das Estatais confunde conceitos de *compliance* com auditoria interna, confundindo ambos e sobrepondo deveres e responsabilidades que, por sua própria natureza, são distintas (CRISTÓVAM; BERGAMINI, 2019, p. 195-196).

O combate efetivo contra a corrupção no setor público sempre foi objeto de preocupação por parte da Controladoria-Geral da União. Nesse sentido, o órgão público, junto a entidades do setor privado, confeccionou uma cartilha de orientação das empresas, com finalidade didática, cujo objetivo era incentivar a prática de boas condutas de governança corporativa e integridade. O manual A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção data de 2009, ou seja, poucos anos depois dos escândalos relativos ao “Caso Mensalão”, ocasião em que a temática do *compliance* veio à tona com mais força no cenário jurídico brasileiro, impondo uma nova filosofia empresarial e aos órgãos públicos (CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO; INSTITUTO ETHOS, 2009).

A própria Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/16), em seu art. 1º, § 1º, dispunha que algumas das determinações ali contidas não são de observância obrigatórias a algumas pessoas jurídicas, consoante o seu faturamento. Ou seja, quanto maior a empresa, maiores os riscos e, por consequência, maior a necessidade de controle. Não se trata de proibir que iguais procedimentos possam ser replicados às empresas menores, porém, os gestores públicos não podem ser sancionados em caso de descumprimento, pois não se trata de uma obrigatoriedade legal. Pode haver o risco, mas as medidas já existentes seriam adequadas. Tal diferenciação busca afastar a já criticada adoção de um único programa de *compliance* a todo tipo de empresa, sem atentar as suas peculiaridades (*modelo one size fit all*); existem as

regras mínimas a serem observadas por todas e regras diferenciadas consoante a natureza das empresas em si (CRISTÓVAM; BERGAMINI, 2019, p. 190-191).

Novamente, com relação à Lei das Estatais, que deve ser lida e aplicada em conjunto à Lei Anticorrupção, destaca-se a obrigatoriedade da criação de um código de conduta e sua respectiva divulgação. Aqui, pugna-se pela avaliação das atividades da empresa, exame dos riscos inerentes e identificação da legislação correspondente e aplicável, fora a própria divulgação do código aos servidores e todos aqueles que se relacionem com a empresa, na mesma linha do que a literatura igualmente preconizada, pois de nada adianta haver um código ideal se ele não é observado (CRISTÓVAM e BERGAMINI, 2019, p. 197-198).

3.2 Dos programas de *compliance* como medida de enfrentamento à criminalidade penal empresarial no âmbito da administração pública

No Brasil, a corrupção é combatida por meio do Direito Administrativo e do Direito Penal, eis que se trata de um delito que exige a participação de entes e/ou agentes públicos, como uma das partes, seja passiva ou ativamente e que dizem respeito à Administração Pública em geral, cujos atos são regulados pelo Direito Administrativo; ao passo que o Direito Penal trata da criminalização de condutas, impondo-se penas mais severas que aquelas previstas no campo administrativo (OSÓRIO, 2018, p. 321 e ss), pois a corrupção em si é um fato que pode se configurar de diversas formas, não havendo uma única figura típica. Corrupção é gênero, havendo diversas espécies.

Agora, o combate à corrupção é mais incisivo no campo normativo, em decorrência dos casos “Mensalão” (Ação Penal n.º 470) e “Lava-Jato”, pois foram editadas as Leis Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013) e Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/2016), que visam aumentar e incrementar o controle sobre as pessoas jurídicas de direito público, com maior efetividade, eis que os mecanismos, até então existentes, mostraram-se insuficientes. Não se trata apenas da disciplina Administrativa e Penal da questão, mas sim das formas de controle (interna e externa) dos entes públicos e correlatos, como autarquias, fundações e administração indireta.

Nesse sentido, como pontua FÁBIO MEDINA OSÓRIO, a Lei n.º 12.846/2013, também pode ser conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, pois impôs à

Administração Pública a seriedade da administração das empresas privadas, com ônus semelhantes, dentre elas, a responsabilidade decorrente do defeito de organização, isto é, quando a pessoa jurídica responde pelos ilícitos cometidos em decorrência de falhas de vigilância e fiscalização internas, tal como se sucede no setor privado. Não é por menos que a Lei Anticorrupção impôs a algumas empresas e entes da Administração Pública a obrigatoriedade da implantação de programas de *compliance* ou medidas semelhantes, com o objetivo de redução das sanções a serem impostas, consoante seu grau de eficiência (2018, p. 327).

A Lei das Estatais seguiu o mesmo caminho. Agora, as empresas estatais, especialmente, deverão ter sistemas de avaliação e controle de riscos internos, de modo a aprimorar suas políticas de governança corporativa, eis que a corrupção se desenvolve a partir desses pontos de risco não evitados. A própria atividade estatal desenvolvida fica frágil com a ocorrência de atos de corrupção, motivo pelo qual a adoção de programas ou medidas de *compliance* buscam, em primeiro lugar, a melhoria da gestão pública (ARANHA, 2018, p. 119-120).

Consoante mencionado anteriormente, empresas públicas, autarquias e entes da Administração Pública em geral pautam-se pelo princípio da legalidade e da transparência, cujas contas são severamente auditadas por órgãos específicos, como, por exemplo, o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria-Geral da União (CGU), além de sua própria auditoria interna, porém, a existência dessa fiscalização externa não foi óbice para os episódios de corrupção investigados e divulgados, eis que esses mecanismos eram completamente ineficazes, “de fechada”, com o único propósito de cumprir pré-requisitos formais (OSÓRIO, 2018, p. 329). Agora, busca-se a efetiva implantação dos programas de *compliance* e de sua cultura ou medidas afins, com o objetivo de aprimorar a gestão e a governança corporativa do setor público e, por consequência, combater, de modo mais eficiente, a corrupção.

Aqui, novamente, a lição de OSÓRIO: é preciso que os órgãos públicos implantem programas de *compliance*, nos moldes anteriormente explicitados, à luz dos elevados níveis de exigência internacionais, e não apenas nacionais, tendo em vista a complexidade das relações dos entes públicos no mundo globalizado; ademais, trata-se de uma agente

mundial o combate à corrupção, havendo a adoção de políticas práticas semelhantes em todo o globo (2018, p. 342).

Todavia, a corrupção como prática lesiva, também necessita ser configurada segundo padrões internacionais, visto que, em razão da ausência de uma delimitação mais precisa do que seria um ato corrupto, o que permite uma interpretação confusa dos próprios agentes e também dos entes de fiscalização, fora a jurisprudência flutuante dos Tribunais brasileiros, como já referido (OSÓRIO, 2018, p. 341 e ss).

CONCLUSÃO

A criminalidade penal empresarial é uma nova espécie delitiva que passou a ser reconhecida em virtude do avanço e do protagonismo da atividade das grandes corporações no dia a dia. As empresas não mais eram simples locais de desenvolvimento de atividades econômicas, cujos resultados limitavam-se ao estabelecimento comercial. O impacto dessas atividades podia ser sentido no cotidiano social, sendo o crash da bolsa de valores de 1929 um de seus maiores exemplos: a busca incessante pelo lucro, sem levar em conta as consequências transformou decisivamente o mundo até então conhecido.

Os programas de *compliance* surgiram para regular a atividade empresarial, de modo que as próprias empresas passassem a exercer maior controle e fiscalização sobre si mesmas, cabendo-lhes os ônus da autogestão e respondendo, perante as autoridades estatais, em caso de falhas, tanto cível, quanto criminalmente, caso as condutas perpetradas fossem típicas. O foco dos programas de *compliance* é a identificação e neutralização dos riscos, sejam eles técnicos ou de ordem pessoal, em um contínuo fluxo de aprimoramento, podendo as empresas serem responsabilizadas penalmente caso não adotem programas efetivos, segundo suas peculiaridades.

No Brasil, os programas de *compliance*, ou conformidade, como têm sido chamados, embora se tratem de institutos diversos, ganharam força com a nova Lei da lavagem de Dinheiro, pois são exigidos do setor privado comportamentos de fiscalização e controle de suas operações e, ao mesmo tempo, de seus clientes. As empresas passaram a ser garantidoras da higidez da ordem pública, devendo cumprir seu papel social, não podendo mais visar o puro e simples lucro.

Paralelamente a essa mudança de comportamento na esfera privada, os gigantescos de corrupção trazidos à lume pelo caso Mensalão, bem como pela Operação Lava-Jato impuseram novas diretrizes ao setor público. A corrupção, como prática, mostrou-se diferente do que antes se concebia. Pequenos desvios de recursos públicos, ou outros que pusessem em dúvida a lisura dos agentes estais e que são conhecidas do dia a dia, em nada se comparavam à complexa rede de corrupção e mau uso dos próprios recursos públicos que eram (re)investidos nas práticas corruptas, em um sistema de retroalimentação. A corrupção era parte do sistema e não um elemento patógeno e estranho a ela. A corrupção era institucionalizada.

E, por tal motivo, os mecanismos de controle e de fiscalização, até então existentes, eram inócuos para combatê-la, pois também serviam ao sistema. Era preciso a adoção de uma nova prática mais eficaz de apuração das atividades do setor público. Então, foram editadas a Lei Anticorrupção e Lei das Estatais, que visam aprimorar as políticas de governança corporativa interna. Em outras palavras: os programas de *compliance* passaram a ser quase que obrigatórios nas empresas e demais entes públicos, com as mesmas regras e standards de avaliação.

No entanto, é preciso se atentar para o real problema e raiz da corrupção, como mal a ser enfrentado: o elemento humano. De nada adiantam as melhores políticas de combate à corrupção se são seres humanos os destinatários dessas normas. Não é a empresa, o ente imaterial corruptível, mas sim a pessoa que deverá exercer a sua função com lisura e comprometimento, pois punir a entidade pública, diversamente ao que se sucede com a pessoa jurídica privada, implica consequências distintas, pois as razões e as finalidades da norma não são idênticas.

Não se nega a importância do incremento e da melhoria do arcabouço normativo de combate à corrupção, contudo, é preciso se investir na causa humana.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Compliance*, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 106, v. 979, pp. 53-69, maio 2017.

ARANHA, Márcio Iorio. *Compliance*, governança e regulação. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord). **Compliance**: perspectivas e desafios de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. *Corrupção, governança e governabilidade*: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2017.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: CARVALHO, André Castro *et alii* (coord). Manual de *compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRÜNING, Raulino Jacó. *Corrupção: causas e tratamento*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 1997.

CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de compliance: foco no programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro *et alii* (coord). *Manual de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CREDIDIO, Guilherme Simões. O compliance empresarial como ferramenta de redução da corrupção. In: *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v.22, n.74, jan./abr. 2018, p.85-90.

CRISÓSTOMO, Vicente Lima; GIRÃO, Aline Maria Coelho. Análise do *compliance* das empresas brasileiras às boas práticas de governança corporativa. *Revista Ambiente Contábil*. Natal, UFRN, v. 11, n. 2, p. 40 – 64, Jul./Dez. 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e *compliance*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 179-210, maio/ago. 2019.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de Relativização do Nemo Tenetur se Detegere: cultura do controle e política criminal atuarial. In: XXI Congresso Nacional do COMPEDI, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 75-102. Disponível em: Acesso em: 06 abr. 2020.

LAMBOY, Christian K; RISEGATO, Giulia G. A. Pappalardo; COIMBRA, Marcelo de Aguiar. Introdução ao *corporate compliance*, ética e integridade. In: LAMBOY, Christian K (coord.). *Manual de compliance*. São Paulo: Via Ética, 2018.

LEAL, Rogério Gesta. *O direito penal e processual penal na sociedade de riscos: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos)*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

LOPES, Marcos Felipe Mendes. *Corrupção: estudo sobre as formas de mensuração, seus determinantes e perspectivas sobre as formas de combate*. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Administração Pública e Governo, São Paulo, 2011.

MONTEIRO, Marcelo de Sousa. *A influência da resiliência dos servidores públicos na intenção de corrupção*. Tese (Doutorado em Administração de Empresas). Universidade de Fortaleza, Faculdade de Administração de Empresas, Programa de Pós-Graduação em Administração, Fortaleza, 2019.

MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *Revista de Doutrina e Jurisprudência [Do] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília*, v.108, n.2, p. 202-218, jan./jun. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Compliance* anticorrupção: aspectos gerais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord). *Compliance: perspectivas e desafios de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SANTOS, Renato de Almeida dos. *Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional*. Dissertação (Mestrado em Administração). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Administração, Programa de Pós-Graduação em Administração, São Paulo, 2011.

SERPA, Alexandre; SIBILLE, Daniel. *Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão*. São Paulo: Legal Ethics Compliance. Disponível em: <https://lec.com.br/blog/gratuitos/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SIMONSEN, Ricardo. Os requisitos de um bom programa de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord). *Compliance: perspectivas e desafios de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GT 3

Processo Penal: defesa das garantias e liberdades democráticas

Apresentação oral

**PREDICTIVE POLICING: A COMPARATIVE PERSPECTIVE
BETWEEN COUNTRIES**

Brenda Sharon Rocha Reis

Mestranda pela UFMG. Advogada.

E-mail: brendasrochareis@hotmail.com

Abstract: This research's goal was to analyze how do the predictive policing systems work in the United States, Italy and China. Predictive policing systems are used in these countries to help predict and prevent the occurrence of crimes. The systems combine crime statistics, messages and sometimes, facial recognition to help identify areas where crimes are more likely to happen and prevent and dissuade such crimes from happening by increasing the police patrolling in the area. Predictive policing is becoming a reality in these countries, but their usage can bring some difficulties and barriers regarding the respect of fundamental rights like privacy, intimacy and the due process of law. Depending on how the systems work, they can contribute to the selectivity of the criminal justice system and they can inflict the vigilance of the police forces on those who have not even committed a crime yet. Therefore, such systems need to be analyzed in order to identify the best way they could be implemented so that, when the time comes for them to be implemented in our country, we have the ability to choose the least harmful form

Keywords: predictive policing; comparative law; criminal law; criminal prosecution.

Sumário: 1. Introduction 2. Predictive policing in Italy 3. Predictive policing in the U.S. 4. Predictive policing in China 5. Conclusions

1. INTRODUCTION

Predictive policing systems consists of applying analytical techniques, usually quantitative techniques, to help identify likely targets for police intervention, prevent crimes or even solve past crimes by making statistical predictions (PERRY, 2013). According to Bachner (2013), crime mapping first appeared in the 19th century with the

first map containing a visualization of crime data in England, which was the first country to implement an organized law enforcement service. In the 20th century, the U.S. started to organize the law enforcement service and began crunching crime numbers to help prevent them.

As the technology developed throughout the years and affected every single aspect of society, criminal investigations would not be left out. In the last two decades, some countries started increasing the development and usage of their systems. The goal of this research was to analyze the systems in three countries: United States, China and Italy. In the following topics, the article will describe each of these systems and compare them.

2. PREDICTIVE POLICING

Technological advances have enabled the creation of tools for the most diverse areas of daily life and knowledge. Law can also benefit or suffer from these advances. In several cities around the world, since the beginning of the decade of 2010, data crossing systems are being created to enable the practice of predictive policing.

According to Ferguson (2017), the first experiments with prediction within the criminal justice system trace back to the 1920s and it was directed to predict the possibility of convicted criminals reoffending. One of the early adopters was Ernest Burgess, who, by systematizing risks and applying risk factors to individuals, created the actuarial approach.

Actuarial prediction can be defined, according to Ferguson (2017), as a formal method that provides a probability or expected value of a particular outcome. So, this approach identifies and weights specific factors that have a correlation with a probability of future actions.

The author gives some examples of actuarial instruments. The Violence Risk Appraisal Guide (VRAG) measures potential violent reoffense for perpetrators with mental disorders and the Rapid Risk Assessment for Sexual Offense Recidivism (RRASOR) predicts sexual offenders reoffending, for example, consist on a set of questions that, depending on the responses, can assess the risk of reoffense.

Predictive policing consists of an intense monitoring of what happens on the streets and on social networks in order to identify patterns of behavior that indicate the possible practice of crimes. From there, the police monitor individuals over whom suspicion hangs that they may commit crimes.

With the use of these systems, there is a vigilant State, which can generate discretionary interventions in the privacy and privacy of citizens. The logic behind such vigilance is: if the individual is being watched most of the time, he is less likely to commit deviant conduct. However, this premise ignores two main factors: crimes committed in hiding (domestic violence, rape, etc.) and facts that this prevention system cannot avoid.

Offenses that cannot be avoided through this system may be punished more severely, which is a direct consequence of the implementation of the totalitarian variant of this surveillance model (ROXIN, 2006, p. 6).

Analyzing the penal system from the perspective of the guarantor theory and under the interpretation according to the Federal Constitution, one should consider the implementation of these systems in order to guarantee maximum protection of criminal guarantees.

The study of predictive policing through the method of comparison between legal systems seeks to arrive at a predictive policing model that does not prevent compliance with constitutional guarantees. Bearing in mind that, in view of technological advances, the implementation of these systems proves to be inevitable, one must seek the best way to do so. It should be noted that the comparative study will respect the historical, social and economic limits of each country.

According to Perry, McInnis, Price, Smith and Hollywood (2013), there is a lot of evidence to support the fact that crime is predictable. The authors say that criminals tend to continuing to commit crimes they successfully committed in the past. Although this is not an absolute truth, it occurs often enough so that it becomes an statistically relevant truth.

So, given that fact, the theoretical reason for the existence of predictive policing is that many patterns regarding criminal's confort zone can be identified and justify police intervention.

Predicting crimes involves studying data on past crimes and victims using a variety of methods looking for patterns.

Perry, McInnis, Price, Smith and Hollywood (2013) divide these patterns into four categories:

- 1) Classical statistical techniques: this method consists on standard statistical processes, analysis of times, dates, data mining etc.
- 2) Simple methods: checklists and indexes, this method does not require much expertise or analytical effort.
- 3) Complex applications: these methods include a considerable amount of data and sophisticated computing tools,
- 4) Tailored methods: consists on other classical statistic methods adapted to predictive policing.

The U.S. National Institute of Justice talks about these methods in a different way. According to them, there are a few methods police departments use to find suspects, that is, to predict who is likely to commit a crime. The most common approach would be to assemble a combination between data on crimes in a particular area and on past perpetrators in that area.

The first method the NIJ talks about is what they call “basic queries”, which consists on analysing data on information collected through database queries of people under supervision to identify threats and find likely suspects.

Secondly, there is the method which consists on monitoring, in real time, updates on selected social media accounts to provide police with immediate information on crimes that hve just been committed and on criminal activity being planned.

Some police departments, on the other hand, partner up with public registries, motor vehicles, for instance, to develop profiles of potential suspects, known offenders or even possible witnesses. An analysis of those data, coupled with information and intelligence from other sources, such as the areas frequented by the subject and the types

of crimes committed, can provide information on behavioral so that police can respond accordingly and more effectively.

One of the most used methods is the geographic profiling. It consists on an analytic tool that determines the most probable area for a crime to be committed in, based on the location of an offender. Usually, the starting point is the offender's home or workplace. Usually, this tool is applied to a crime series believed to have been committed by the same person.

Lastly, there is the modus operandi similarity analysis. To exemplify the use of this tool, the NIJ provides an example:

For instance, suppose a known burglar targeted aging strip malls in a given county where he found an unsecured door or window for entry and then cut drywall to gain access to adjacent businesses. This type of case can be examined on a microscopic level to predict future activity. By asking such questions as "Has this offender ever repeated any targets?" and "What is the age range of the strip malls he has targeted?"—along with examining all possible targets in the jurisdiction and conducting temporal analysis—analysts can perform next-incident predictions on an individual basis.¹

This type of analysis can be done manually or with the help of a software. If done manually, the analyst usually puts together a table that compare key characteristics of a set of crimes to other who have not been matched yet to determine whether it is part of the series or not. In the version done by a computer, the software comes up with a probability that a recent crime is parte of a crime series.

3. PREDICTIVE POLICING IN ITALY

In Italy, predictive policing was implemented in 2008 using a system created by a company called KeyCrime, founded by Mario Venturi, a former police officer from Milan.² Venturi created the Dynamic Evolving Learning Integrated Algorithm (Delia) software which is said to help officers detect criminal series and predict future criminal behavior by analyzing past events.

¹ Available at: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/243830.pdf>, p. 138.

² Information collected at: <https://www.keycrime.com/about-us>.

Mastrobuoni (2019) clarifies that the system focuses on commercial robberies in Milan by using artificial intelligence and crossing data to identify the criminal group or individual offenders since, in commercial robberies in Italy, offenders are usually serial criminals. According to Vice News,³ pharmacies are the top target for robbers and represent 40% of such crimes.

Mastrobuoni (2019) spent three years studying the system, from 2008 to 2011, and noticed that the software works by collecting and analysing around 11,000 bits of information about each robbery. These data can be divided into two categories: information about the crime itself and information about the perpetrators.

The KeyCrime Delia system analyzes footages to identify individuals and their *modus operandi*. The system operators also take notes of details regarding the criminal's physical appearance and attitude.

Regarding the crime, the system collects and analyses the time of the crime, its location, date, type of business, type of crime and weapons and vehicles involved. When it comes to the supposed criminal, the system stores information regarding their perceived age, height, body structure, skin, hair and eye color and clothing.

Based on these notes, the system makes comparisons and tries to predict future criminal behavior from these individuals. With this database, it is possible to identify an area where a criminal group takes on their criminal spree.

The software has five characteristics that deserve to be mentioned: it is analytically complex, depends on a human being to make the final decision, influences the prevention, prosecution and the legal procedure of crimes and it went through an evaluation process before being implemented.

First, when it comes to the complexity of the system, it is capable of analysing up to 1,5 million variables and, as mentioned above, these data can be simple – like dates, times and places – or complex – like physical characteristics. These data are, then, compared with the other ones already logged into the system to, firstly, identify similarities between

³ News available at: <https://www.vice.com/en/article/kzggz3/the-milan-police-have-a-high-tech-solution-to-catch-robbers>.

them and, secondly, make predictions based on eventual similar circumstances identified. This can be looked at as a strong suit, because the software's complexity strengthens the conclusions it gets to.

The next relevant element to be analysed is that, after the software completes the first phase – which consists on the identification of similarities between the criminal event being analysed and others that have already been through this process – it doesn't automatically go to the next phase – the prediction making process.

Before the system can move on from comparisons to predictions, the supposed similarities found go through the analysis of a specialized professional: a trained analyst. This person is responsible for classifying the comparisons made by the system as probable, accepted or dismissed.

This evaluation process can be interpreted two ways. On one hand it can be seen as a positive feature because it can prevent the loss of important information being dismissed by the system for some reason. On the other hand, an analysis made by a human being is always going to carry some degree of subjectivity and bias into the investigation, so, it needs to be done as technically and objectively as possible.

Regarding the influence of the program in the prosecution of crimes, the software makes it possible for an individual to be charged with a group of crimes at once, resulting in one longer sentence instead of various smaller ones, making the judicial response more effective.

Finally, according to the Delia website, the system went through a double evaluation process before its implementation. The software was first tested in a smaller city before being implemented in Milan and analysed by different specialists.

According to Vice News, the system can identify where and when a particular robber (or group) usually commits crimes. Based on that information, the Milan police force sends officers to such location to intercept the criminals if they try to act. The system has been in use for more than a decade, and, according to crime statistics in Milan, the scenario is nearly the same. According to the online paper *Il Sole 24 Ore*,⁴ in 2015, in

⁴ Data available at: <https://lab24.ilsole24ore.com/indice-della-criminalita/index.php>. Accessed on 09/29/2020.

Milan, there were 380,8 commercial place robberies per 100.000,00 habitants in Milan and, in 2019, there were 311,1. A small change, but Milan is currently the number one province when it comes to commercial robberies.

Although numbers cannot be seen as an absolute indicator of anything and it is recognizable that many factors can and do influence crime statistics, on the other hand, the fact that the implementation of the system does not show it self through numbers should not be ignored.

For now, this software is being used only regarding commercial robberies, so its efficiency when it comes to other types of crime cannot be discussed.

4. PREDICTIVE POLICING IN THE U.S.

In the U.S., predictive policing systems are more common. For the purposes of this presentation, we will focus on only One of the first cities to implement a predictive policing system was Los Angeles, in the state of California. They were targeted by a series of accusations that the system had a racial bias. Based on those accusations, after a long run, the Los Angeles Police Department (LAPD), has published a document explaining how the data is gathered and analyzed.⁵

In 2011, the LAPD started using a program called Los Angeles Strategic Extraction and Restoration (LASER). According to the LAPD, this software analyzes data from crimes that were committed to determine trends in crime and locations where police efforts should be focused on. When analyzing crimes involving gangs or other important occurrences, the data that is fed to the system consist on the type of crime, time and location of the offense, *modus operandi* and any other important information. Based on this information, the system creates crime maps to guide the police departments.

According do Ferguson (2017) the LAPD system was originally designed to focus on three typer os crime: burglary, automobile theft and theft from objects in automobiles. These crimes were selected for four reasons. Firstly, because property thefts are one of

⁵ Document available at: <http://lapd-assets.lapdonline.org/assets/pdf/data-informed-guidebook%20042020.pdf>. Accessed on 09/29/2020.

the biggest community concerns for security; secondly, these types of crime tend to be more reported; third, these offenses are usually linked to factors that can be more clearly identified, like the lack of job and educational opportunities. Finally, the fact that these crimes usually happen in the same areas, there is a belief that police presence could repel criminal activity.

In Brazil, something similar is done but for now without the use of any software. In Brazil, the state police is responsible for patrolling and answering emergency callings. They feed the data (mostly location and time) into a document to identify areas in which violence is more present. Then, based on this information, the police department increases policing in those areas.

But, according to CBS News,⁶ the program was originally created to target individuals most likely to commit a crime based on their past run ins with police. Everytime someone was stopped on the street by police due to suspicion of criminal activity, that person would get a point in the system.

The more points someone had, the more they would be observed and stopped by police. The police department would then say that people would get removed from the list if they did not have interactions after some time. But, if the program's goal is to create a list of people for the police to observe and follow, it gets a little hard for those people on the list to not interact.

Community members then started to worry that they had been unfairly targeted by police. So, an activist group named "Stop LAPD Spying Coalition" requested, in 2017 and 2018, judicially, that the LAPD disclosed information regarding the program. The request was ignored and, after that, they filled a lawsuit against the LAPD.

Under pressure, the LAPD started to release the records. The records showed some inconsistencies. Half of the people police were calling "chronic offenders" had zero or one arrest for a violent crime and 10% had absolutely no quality interactions with police.

⁶ Avaliable at: <https://www.cbsnews.com/news/los-angeles-police-department-laser-data-driven-policing-racial-profiling-2-0-cbsn-originals-documentary/>. Accessed on 09/30/2020.

On the other hand, latins and African American people represented 84% of the 233 chronic offenders.

After the release of the records and the pressure that followed, the LAPD put out a statement saying:

“The [LASER] Chronic Offender based program is no longer in use. The LAPD is moving to a Data-Driven – Community Focused model of building trust and reducing crime built on three goals: Increase trust between police and public, reduce violent crime ... specifically, gun and gang-related crime, and assist victims of crime, including businesses, residents, and those most vulnerable to crime and disorder.”⁷

In Chicago, on the other hand, the system is a little more controversial. The system was implemented in 2013 and, in 2016, Saunders, Hunt and Hollywood (2016) wrote an article detailing the software. The system used social network (meaning, a net of people) to previous homicide victims to “*predict the likelihood of someone becoming a victim of a homicide*” (SAUNDERS, HUNT, HOLLYWOOD, 2016). This prediction is made upon the number of links someone has to previous homicide victims, then, that person would be at risk of becoming a victim themselves.

Also, according to Fergusson⁸ (2017), the system had another side: it rated every person arrested with a “threat score” from 1 to 500+. But which data the system used to do that and what criteria was applied to the data to get the results was a secret. Activists fought to reveal the criteria, but failed up until January, 2020, when the system was quietly shut down.⁹

The police department from Santa Cruz, California, was the first one to ban their predictive policing system due to problems regarding discrimination.

The U.S. National Institute of Justice (NIJ) conducted a case study contemplating some cities, which have implemented predictive policing techniques. Most of the case

⁷ Ibid.

⁸ A professor at Columbia School of Law and author of a book called “The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement”.

⁹ See the News published by the newspaper Chicago Tribune on the subject: <https://www.chicagotribune.com/news/criminal-justice/ct-chicago-police-strategic-subject-list-ended-20200125-spn4kjmrxrh4tmktdjckhtox4i-story.html>. Accessed on 09/30/2020.

descriptions were provided by the cities themselves; therefore, no independent verification was made.

In Shreveport, Louisiana, the police department conducted an experiment to flag potential crime spikes one month ahead on robberies, burglaries, vehicle break-ins, outside thefts and stolen vehicles. This was done in some districts, and the prediction later evolved to identifying hot spots on a much smaller scale. After the program was designed and implemented, the police department noticed a 40% drop on the crime rate of the crimes listed above.

Memphis, Tennessee, on the other hand, according to the NIJ, had a problem with violent crimes. Then, they created, in a partnership with Memphis University, the Blue CRUSH (Crime Reduction Utilizing Statistical History) which is a data mining approach that focuses on the analysis of location and time criminal patterns. According to Memphis police, quoted in the NIJ report, because the program allows analysts to rapidly evaluate incoming patrol data against historical trends, they are able to respond to predicted threats before a criminal act is committed.

Crime maps and data analysis integrated with police planning around problem neighborhoods, the allocation of patrol and special units, and strategic planning for citywide crime reduction. The software the city uses relies on existing criminal records and incoming patrol data (crime locations, type of crime, times of day and week and victim characteristics) to generate tactical crime predictions. With this data, police places unmarked cars in determined locations to catch criminals red handed and they have also placed police vans in some blocks to inhibit criminal action.

In Nashville, Tennessee, there was a spike in car accidents related to drunk driving up to 2003. In 2004, according to the NIJ, the police department started using a software that identified problem areas by using crime mapping. These areas were ranked afterwards and the police chief held weekly meetings to discuss progress in these areas. According to the NIJ: *“Simultaneously, the Nashville police started to carefully collect and code large quantities of traffic, crime, and drunk-driving data across the city. With oversight by a team of*

*pecially trained analysts, the data were used to produce multilayered crime maps that arrayed traffic violations alongside other criminal activities”.*¹⁰

In Minneapolis, Minnesota, there is a park called Peavey Park, a location well-known for gang activity and crimes like drug use and prostitution. According to the NIJ, in the 1980s, the police department asked for the help of two criminologists: Lawrence Sherman and David Weisburd. So, in the 1990s, they developed a system which has scaled up to become a big report management system integrated with the police’s weekly strategic planning department.

The leadership department reviews data-driven analysis made by the police in what’s called CODEFOR (computer-optimized deployment—focus on results, similar to CompStat) meetings, which guide the tactical planning to attack predicted crime areas and times.

In 2011, Minneapolis invested in an advanced software and intelligence center where some officers monitor hundreds of live video feeds from different parts of the city. This resource helped enhance the police department’s ability to recognize and respond faster to criminal events.

Charlotte-Mecklenburg County, North Carolina, lastly, in 2005, observed a significant rise in juvenile delinquency, vandalism and curfew violations in several neighborhoods. The department’s predictive policing program used data analysis to identify neighborhoods in this situation to create a community response.

Analysing data from 2003 and 2007 using mapping tools, the police department developed strategies to target local communities, precisely one called Brookshire Corridor, where police noticed most foreclosures occurred. The department then used the information about this neighborhood to test on others and realized that 96% of the affordable housing communities were high risk areas.

To stabilize the neighborhoods, the department partnered with neighborhood preservation organizations and created a website for education and preventing crimes.

¹⁰ Available at: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/243830.pdf>, p. 104. Accessed on Aug. 2020

5. PREDICTIVE POLICING IN CHINA

When it comes to information on what goes on inside any Chinese government agency, the sources are very slim. Regardless, the Human Rights Watch (HRW) exposed, in 2018, how a predictive policing system was being put to work in Xinjiang. The police force uses an app called Integrated Joint Operations Platform (IJOP), which gathers all kinds of data on people and classifies them according to 36 profiles, forming lists of people of interest to the police. These people are, then, watched and, sometimes, taken in to arrest for “further investigation”.

People are maintained in custody indefinitely without being charged or submitted to trial. According to HRW, since August 2016, the Xinjiang Bureau of Public Security has posted documents that confirm the creation and establishment of the IJOP.

The IJOP gathers information from cameras equipped with facial recognition positioned in locations that are considered sensitive by police, like entertainment locations, supermarkets, schools and homes of religious figures. Another source, still according to HRW, are “wifi sniffers” that collect identifying addresses of computers, smartphones or other devices connected to the internet.

Some regions have security checkpoints that collect license plate numbers, citizen's ID cards and officers are required to submit to IJOP any information they view as unusual. It is unknown how the IJOP analyses the data it possesses. But, another report noted that the IJOP flagged villagers who fail to pay their phone bills and get disconnected, as well as villagers whose phone calls or texts reference violence or terrorism.

The people are arrested in places called Occupational Skills and Education Training Center for a “re-education”. In August, 2020, a Chinese model was taken to one of these centers and managed to send text messages and share a small video about what goes on inside. BBC News reported that the model, Meerdan Ghappar, was able to share a video that showed him handcuffed to a bed, with water covering the floor so that he couldn't move, in the background government announcements are audible. He also sent his family text messages detailing a little of what went on during his arrest. The model hasn't been seen or heard of since.

These measures of the Chinese government are mostly directed towards the Uyghurs population. According to HRW, Xinjiang is home to 11 million Uyghurs, which is a Muslim ethnic minority. Since May 2014, the Chinese government started a “strike hard” campaign against violent activities and terrorism. Officially, the government states that the IJOP program’s goal is to uncover hidden terrorists and criminal groups.

6. CONCLUSIONS

A lot of countries use predictive policing systems and, in this article, we have examples of the simpler systems to the more elaborate ones. The questions are: How much does security cost?; Can we legitimate a criminal justice system based on predictions?

As explained above, the three countries whose predictive policing systems were described in this paper are essentially different. Regarding the Italian example, the Delia system seems to be less invasive. Because it is designed to target a specific type of crime, the system deals with more objective data and seems to be helpful identifying serial criminals in order to charge them for their crimes.

However, it is not immune to risks. The fact that the system needs a human analyst to classify the data can be a problem due to each person's subjectivity. Although, with proper training and supervision, this issue can be minimized. So, the system apparently does not seem to be a threat and, if properly used, it seems to be a very good tool to decrease violence.

The U.S. systems are more concerning. When the system starts to rate people according to some criteria, the justice system runs the risk of perpetuating the racial bias in criminal justice for good.

But the racial bias is not the only problem. The criminal justice system’s objective, from the investigation to the charging and prosecution, is to reconstruct a criminal fact to bring responsibility to the perpetrators. People are judged for what they have done, not for who they are. Therefore, by allowing police to follow and monitor people based on personal criteria, there is a clear violation of privacy, intimacy and fundamental rights.

When it comes to the Chinese system, the problem distances itself a little further from the criminal justice system persay because of its political use. There are no evidences pointing away from the system being used almost exclusively for political reasons, but that is an issue that deserves to be explored in another opportunity.

The fact that human behaviour and criminal behaviour can be predicted cannot be denied, but that does not legitimate an intervention that mitigates fundamental rights. The justice system exists and is designed to work as a response when faced with criminal activity. It does not serve the purpose of punishing someone for something they have not even done (yet).

In 1999, in Germany, Gunther Jakobs created a theory called Feindstrafrecht. This theory classifies people into two different categories: citizens and enemies. The citizens are people that made mistakes, but showed willingness to participate, make commitments and showed loyalty respecting all the guaranties that the law has to offer. The Citizen's Criminal Law¹¹ guarantees the law as an expression of society.

People that do not fit in to the social patterns due to their profession, sexual or social conduct or some other reason, are considered enemies. And, for them, the constitutional rights and guarantees do not apply.

The author justifies the legitimacy of the legal system defended by him on three pillars:

- 1) The State reserves the right to preserve safety when faced with individuals that are reoffending.
- 2) The population have the prerogative of demanding that the State takes adequate and effective action to preserve everyone's safety.
- 3) It is best to perfectly define the rules that apply to the enemies so that they do not contaminate all of the criminal law.

For Jakobs, the enemy is not a part of society as an individual entitled to rights. This individual only has duties. According to him, if a person cannot be trusted to behave

¹¹ This term was translated freely.

accordingly, cannot expect to be treated as a person. The State is not even authorized to treat this person as such because if the State were to do this, it would jeopardize the rest of the community's right to safety.

One of the most important characteristics of this theory is that an individual is not punished considering their culpability, but how dangerous they are.

Related to this theory is a concept that can be understood as the criminal law rules being designed and applied directly to people and their characteristics, instead of facts. That is exactly the risk of allowing systems like the ones from the U.S. and China legitimate criminal persecution. It can result on an anticipation of guilt, on making a person do the time by having their fundamental rights mitigated and diminished before they even think about committing the crime.

Therefore, these systems have to be used carefully and should, maybe, go through a redesigning process so that they can be distanced from this risk.

In contraposition to this theory, there is a theory that considers rational criteria for the State to intervene when it comes to criminal law, which makes sure that fundamental rights are conveyed as limits for the criminal law as a way to orient and correct excesses of power from the State. This theory is defended by the Italian Luigi Ferrajoli.

The predictive policing systems should be used carefully so that law enforcement does not jump the gun on inflicting punishment.

According to the NIJ, assessing the risk of an individual committing future crimes is sensitive when it comes to personal privacy concerns. They have discussed this topic on the first symposium held, where a group of specialists on privacy and civil liberties concluded that:

1. Policing has a rich history of dealing with privacy and related mistakes, and these issues have yet to be resolved. In Brazil, for example, there are many cases in which police accesses somebody's cellphone or even someone's home without warrant.

2. The suspicious activity reporting effort provides lessons for how to develop a privacy policy. We learn from our mistakes, but, there should be crystal clear consequences to mistakes regarding privacy and fundamental rights violations.

3. There will come a time when training in privacy issues is considered as important to a policing program as its firearms policy.

4. Transparency is critical to establishing community trust.

5. Understanding what behaviors have a nexus to crime provides a valid purpose for law enforcement.

6. Predictive policing must be constitutional. The Constitution is the legal document that should guide all of the activities conducted by any government agency. With policing, it cannot be different. Therefore, it is the pathway to be follow in order to implement any predictive policing system, otherwise, it will be doomed to fail.

REFERENCES

BACHNER, Jennifer; HUNT, Priscilla; HOLLYWOOD, John S.. Predictive Policing: preventing crime with data and analytics. Washington: Ibm Center For The Business Of Government, 2013.

BENNETT MOSES, L.; CHAN, J. Algorithmic prediction in policing: Assumptions, evaluation, and accountability. Massachusetts: Taylor & Francis Online. 2016

CAMACHO-COLLADOS, M., & LIBERATORE, F. A decision support system for predictive police patrolling. 2015.

CHAN, J.; BENNETT MOSES, L. Is big data challenging criminology?. 2016.

COSTANZO, P.; D'ONOFRIO, F.; FRIEDL, J. Big data and the Italian legal framework: Opportunities for police forces. In B. Akhgar, G. Saathoff, H. R. Arabnia, R. Hill, A. Staniforth, & P. S. Bayerl (Eds.), Application of big data for national security (p. 238–249). Oxford, UK: Butterworth-Heinemann. 2015

CINELLI, Virginia. Crime Prevention and Predictive Analysis: The Italian Case. Available at: <https://www.agenformedia.com/publication/crime-prevention-and-predictive-analysis-the-italian-case/>. Accessed on: Set. 18, 2020.

FERGUSON, Andrew Guthrie. The Police Are Using Computer Algorithms to Tell If You're a Threat. 2017. Available at: <https://time.com/4966125/police-departments-algorithms-chicago/>. Accessed on: Set. 30, 2020.

FERGUSON, Andrew Guthrie. The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement. New York: New York University Press, 2017.

Human Rights Watch. China: Big Data Fuels Crackdown in Minority Region: predictive policing program flags individuals for investigations, detentions. Predictive Policing Program Flags Individuals for Investigations, Detentions. Available at: <https://www.hrw.org/news/2018/02/26/china-big-data-fuels-crackdown-minority-region>. Accessed on: Oct., 01, 2020.

JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Translated by Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal, v. I. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Direito penal do inimigo*. Organized Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Tratado de direito penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MASTROBUONI, Giovani. Crime is Terribly Revealing: information technology and police productivity. Turin: University Of Turin, 2019.

MCCUE, C. *Data mining and predictive analysis: Intelligence gathering and crime analysis*. Oxford, UK: Butterworth-Heinemann, 2014.

MOORE, Michel R.. Data-Informed Community-Focused Policing: in the los angeles police department. in the Los Angeles Police Department. Available at: <http://lapd-assets.lapdonline.org/assets/pdf/data-informed-guidebook%20042020.pdf>. Accessed on: 29 set. 2020.

National Institute of Justice (NIJ). *Predictive policing*. Available at: <https://www.nij.gov/topics/law-enforcement/strategies/predictive-policing/Pages/welcome.aspx>.

PERRY, Walter L.. Predictive Policing: the role of crime forecasting in law enforcement operations. Washington: Rand Corporation, 2013.

Police Executive Research Forum. *How Are Innovations in Technology Transforming Policing?* Washington, D.C. Available at: http://policeforum.org/library/critical-issues-in-policing-series/Technology_web2.pdf. Accessed on: Oct., 15, 2020.

RIDGEWAY, Greg. *The Pitfalls of Prediction*. National Institute of Justice Journal, No. 271, February 2013. Available at: <http://www.nij.gov/nij/journals/271/pitfalls-of-prediction.htm>. Accessed on: Oct., 01, 2020.

SUDWORTH, John. China Uighurs: A model's video gives a rare glimpse inside internment. Available at: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-53650246>. Accessed on: Oct., 01, 2020.

VANDERKLIPPE, Nathan. China using big data to detain people before crime is committed: report. Disponível em: <https://www.theglobeandmail.com/news/world/china-using-big-data-to-detain-people-in-re-education-before-crime-committed-report/article38126551/>. Accessed on: Oct., 01, 2020.

MCEWEN, Thomas. *Privacy in the Information Age: A Guide for Sharing Crime Maps and Spatial Data*, Washington, D.C.: National Institute of Justice, 2001.

ZETTER, Kim. *U.S. Cities Relying on Precog Software to Predict Murder*. Available at: <http://www.wired.com/threatlevel/2013/01/precog-software-predicts-crime>. Accessed on: Oct., 02, 2020.

Apresentação oral

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO TRÁFICO DE DROGAS:
RELAÇÃO COM A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL**

*THE CHAIN OF CUSTODY IN DRUG TRAFFICKING: RELATIONSHIP
WITH THE ACTUARIAL CRIMINAL POLICE*

Cintia de Faria

Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL. Bacharel em Direito pela PUCPR. Graduada em Ciências Sociais pela UEL. Advogada.
E-mail: cintia.defaria7@gmail.com

José Flávio Ferrari Roehrig

Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Bacharel em Direito pela PUC/PR. Assessor de Juiz de Direito de 1º Grau, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: joseflavioferrari@gmail.com

Resumo: Desde a edição da Lei 13.964/19, popularmente conhecida como “Lei anticrime”, análises sobre os diversificados temas suscitados dentro de sua redação se vergaram sobre o projeto e foram desenvolvidas pelas grandes áreas e pensadores da jurídica penal. Um dos temas amplamente debatidos, e ainda em desenvolvimento, cerceia a cadeia de custódia da prova que, embora já previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal, sofreu significantes alterações no novo texto da referida Lei, com a adição dos artigos 158-A até o 158-F. O Brasil é o terceiro país com a maior população carcerária e que atravessa (e sempre atravessou) o problema do encarceramento em massa, resultado, dentre tantos outros, da realidade a normativa relativa ao crime de tráfico de drogas que, mesmo com o advento das novas regras em relação a cadeia de custódia da prova, apenas demonstra que na prática “a teoria é outra”. Na dimensão relativa às provas dentro de um processo de persecução penal do crime de tráfico de drogas, é comum dar relevante importância à palavra do policial, sendo esta característica já problemática por si, a presença, quase que como regra, da parvidade técnica no manuseio e apreensão da prova (drogas), sendo que

este processo é comumente realizado sob os clichês, estereótipos da experiência policial ao nível mais grosseiro. Neste sentido, valendo-nos dos métodos empírico e indutivo, buscou-se a possível correspondência do atual estado de coisas da cadeia de custódia da prova no tráfico de drogas e sua relação com a chamada política criminal atuarial, referente teórico que tem por fundamentação o uso de uma lógica gerencialista de controle de grupos considerados perigosos e suas consequências durante a criminalização secundária. A possível solução para a questão se mostrou ser a implementação de detida técnica no manuseio e catalogação da prova a partir da cadeia de custódia da prova, porém dado o atual estado de coisas e prática atuarial, a mencionada técnica tem sido reputada dispensável pelo destinatário da prova. E uma vez implementado como deve ser, pode-se desde logo antever possível a instrumentalização atuarial no próprio mecanismo de controle da credibilidade da prova.

Palavras-chave: Processo penal. Tráfico de drogas. Cadeia de custódia da prova. Política criminal atuarial.

Abstract: Ever since the issuing of Law 13964/19, popularly known as “Anticrime Law”, analysis on the varied subjects evoked within its writing have been made on the project and developed by great fields and thinkers of criminal law. One of the widely debated subjects, which is still undergoing development, regards the chain of custody of proof, which, although provided by article 158 of the Code of Criminal Procedure, has suffered meaningful changes in the new text of the aforementioned law, with the addition of articles 158-A to 158-F. Brazil is the third country with the highest prison population and it faces (as usual) the problem of mass imprisonment, a result, among so many others, of the normative reality regarding drug related crime, which, even with the coming of the new rules in relation to the chain of custody, only shows that, in practice, “the theory is not quite the same”. In regards to the proof in a process of criminal prosecution, of the crime of drug dealing, it is common to give relative importance to the word of the police officer, that being a problematic property in itself, the presence, almost as by default, of the technical shortage in the handling and apprehension of the evidence (drugs), this process being carried out under the cliches, stereotypes of the police experience at the crudest level. In that sense, by use of empirical and inductive reasoning, the possible correspondence of the current state of affairs in the chain of custody in drug dealing and its relation to the

so-called actuarial justice, a theoretical referent founded in the use of a generalist logic of control of groups regarded as dangerous was sought as well as its consequences during secondary criminalization. The possible solution to the issue has been shown to be the implementation of technical collecting in the handling and cataloguing of evidence from the chain of custody, although given the current state of things and actuarial practice, said technique has been reputed as dismissible by the recipient of evidence. Once implemented as it is meant to be, it is possible to foresee actuarial instrumentalization in the evidence credibility control apparatus itself.

Keywords: Penal process. Drug trafficking. chain of custody. actuarial criminal policy.

Sumário: Introdução. 1. A cadeia de custódia da prova. 2. Criminalização do tráfico de drogas. 2.1. O problema social do tráfico de drogas. 2.2. O papel da cadeia de custódia da prova para o atual cenário. 3. Relação com a política criminal atuarial. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A desigualdade social no Brasil é tamanha que podemos até mesmo apresentá-la como projeto de Estado. Mandato após mandato os governantes mantêm as políticas que aumentam ainda mais o abismo entre as classes sociais, excetuadas uma ou outra políticas públicas que buscam preencher um vazio, as quais, vale dizer, não são capazes nem mesmo de mitigar os nefastos efeitos históricos de descaso e políticas ativas de neutralização e controle de pessoas tidas como indesejáveis.

Na perspectiva de controle social da população considerada indesejável podemos facilmente enumerar muitas políticas públicas construídas e mantidas ao longo das décadas, dentre elas a dificuldade de acesso à saúde, à educação, ao saneamento básico e à moradia, além de outras políticas penais que buscam criminalizar práticas culturais, tais como a criminalização do uso e consumo de drogas. Sobre essa temática, inevitável não nos atentar à política de guerra às drogas, já tida por muitas como falida, ou se tratar de uma guerra que só resulta em prejuízos, sem nenhum tipo de benefício.

Afinal, cifras incontáveis de dinheiro que poderiam ser melhor alocados são utilizados em operações muitas vezes ineficazes, que só resultam em mais drogas nas ruas,

mais mortes, tanto de policiais, quanto de traficantes, e espantosamente, de cidadãos que nada tem a ver com a situação. Essas mortes de cidadãos inocentes são consideradas, pelo Estado, como efeitos colaterais aceitáveis. Se diferente fosse, a política certamente seria alterada, porém, vivemos sempre o mesmo.

Essas mencionadas operações, e não só elas, mas especialmente as práticas policiais ostensivas de rotina, são realizadas, geralmente, nas periferias e em bairros onde residem e sobrevivem as classes mais baixas do sistema econômico, constatação essa que nos leva a duas conclusões. A primeira de que a guerra às drogas possui um alvo bem delimitado, isto é, pessoas pobres, essencialmente jovens e negros – que refletem diretamente no sistema prisional. A segunda constatação, vista numa análise um pouco mais crítica, consiste na confirmação de que essas políticas públicas e práticas policiais intentam controlar e neutralizar os alvos antes anunciados.

Um dos meios que mais contribuem para essa seleção atine à falta de técnica no manuseio da prova quando há a apreensão de drogas, tal como pela eleição do depoimento do policial como prova suficiente para a condenação do cidadão que o policial decidiu dizer ser o traficante.

Ou seja, o judiciário admite que a declaração do policial que apreendeu a droga e prendeu o acusado seja utilizada para lastrear a denúncia, e sobretudo como única prova bastante para a condenação pelo crime de tráfico de drogas. Essa prova, por sua vez, possui conteúdo seletivo e atuarial extremamente presente, afinal, os policiais aprendem um com o outro, tal como elegeram um homem comum que é traficante (juventude negra periférica).

Dada a força dessa prova, até mesmo a cadeia de custódia da prova, instituto processual que busca dar credibilidade à prova, pois intenta contribuir para a construção histórica da prova, tem sido relativizado, tornando, a garantia legal introduzida analiticamente pela Lei 13.964/19, artigos 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F, uma mera orientação, cujo desrespeito em nada influi no processo.

Logo, a política criminal de guerra às drogas e a jurisprudência assim sedimentada se aproxima, mais uma vez, com a política criminal atuarial, tendo em conta que se caracteriza pelo uso preferencial da lógica atuarial na fundamentação teórica e prática dos

processos de criminalização secundária para fins de controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros. Isto é, ao se negar eficácia de garantia processual ao cotejar com o simples depoimento policial (uma prova oral), confirma-se a seleção de grupos a partir de uma lógica atuarial, afinal, os policiais aprendem um com os outros quem são os sujeitos indesejáveis.

Outrossim, consoante será construído ao longo do trabalho, pode-se prever, hipoteticamente, que a cadeia pode ser instrumentalizada seguindo a lógica de negação às garantias, atraindo ainda mais a política atuarial à equação da guerra às drogas, e consequentemente, prejudicando ainda mais o grupo selecionado pelas autoridades como pessoas a serem neutralizadas.

1. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Em uma primeira abordagem, considerando um enfoque descritivo, pode-se afirmar que o Processo Penal se trata de “um instrumento de retrospecção, de reconstrução aproximada de um determinado fato histórico.”¹

Em outra concepção, classificada como tradicional, Winfried Hassemer nos apresenta o Processo Penal em um papel submisso ao Direito Processual Penal e que este, por sua vez, serve ao Direito Penal Material:

(...) o Direito Processual Penal elabora e organiza o cenário que o Direito Penal material necessita para efetivar-se; sem o Processo Penal não há proteção dos bens jurídicos e nem a realização dos fins da pena (ou qualquer fim que se queira atribuir ao Direito Penal material), sem o Direito Processual Penal não pode haver um Processo Penal juridicamente formalizado. O Direito Processual Penal intermedia entre o Direito Penal material e o Processo Penal, ele “serve” à realização do Direito Penal material.²

Esta noção clássica não se exime de críticas, Hassemer aponta que assiste razão aos críticos desta concepção, pois o Direito Processual Penal não deve ser visto como mero

¹ LOPES, Aury, 2018. p. 341

² HASSEMER, 2005, p. 172 – 173

prolongamento do Direito Penal material pois tem seus próprios problemas e que seus instrumentos são distintos do Direito material.³

Além disso, a leitura reducionista de que o Direito Processual Penal apenas se resume à ideia de “realização da lei penal”⁴ promove o empobrecimento de sua análise em relação a realidade concreta, sendo incapaz de atravessar o campo das aparências. Afinal, o Direito Processual penal cumpre uma função que está estreitamente correlacionada ao papel das políticas criminais que determinam as diretrizes da coerção penal.⁵ Essa conceituação clássica de processo, cuja visão certamente contribui para a construção deste trabalho, por ser técnica e construtiva. No entanto, busca-se uma perspectiva crítica e social das questões que permeiam o estudo, isto é, a cadeia de custódia no crime de tráfico de drogas, de modo tal que para além da técnica que a conceituação acima nos traz, nos valem de um conceito de processo realista.

Neste sentido, é preciso ter consciência que o sistema penal processual de qualquer lugar do mundo não deve ser visto como algo estático. Trata-se de um movimento contínuo e conflitante entre as tendências de um sistema de garantias face ao poder do Estado e a aplicação efetiva da coerção penal, no que Alberto M. Binder chama de “dialética eficiência-garantia”.⁶

Compreende Binder que este modelo de choque de tendências opostas, esta característica específica, oferece a possibilidade de:

(...) um método explicativo ou de análise do fenómeno processual. Este método torna-se muito útil, muito produtivo para a compreensão do processo penal, bem como muito importante para a formulação de modelos processuais, isto é, dos ideais através dos quais poderemos fazer críticas à realidade e orientar a práxis transformadora.⁷

Colocadas estas considerações iniciais, longe de esgotar o assunto, não se pretende aqui debater as diversas teorias/modelos do que se compreende por Processo Penal e o que

³ Ibid., p. 173

⁴ BINDER, 2003, p. 13

⁵ Ibid., 2003, p. 13

⁶ Ibid., 2003, p. 26 – 28

⁷ Ibid., 2003, p. 29

as sustentam, seria desviar dos trilhos desta exposição, devendo ser visto como um ponto de partida cujo objetivo é de nos orientarmos em uma compreensão geral do Direito Processual Penal. Passamos à análise do que se entende por Cadeia de Custódia da Prova.

Nos esclarece o professor Geraldo Prado que “o Processo Penal regido pela presunção de inocência, que se desenvolve no marco do contraditório, nutre-se da necessária disciplina probatória”.⁸ Isto é, não basta que o processo construa, com base em provas, unilateralmente um fato pretérito, pois senão estaríamos diante de um processo inquisitório. Faz-se necessário que a prova levada aos autos, que por sua vez será avaliada e valorada pelo juiz, seja submetido ao contraditório, ao efetivo contraditório.

A Cadeia de Custódia da Prova pode ser definida, a princípio, como um instrumento jurídico e técnico de garantia da credibilidade e fidelidade da prova⁹ dentro do processo penal. Neste sentido, trata-se de um dos pontos nevrálgicos a preservação da idoneidade da prova dentro do direito processual penal, sendo que “se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma”,¹⁰ resultando na quebra da cadeia de custódia da prova. Neste sentido, a cadeia de custódia da prova impõe o registro da história cronológica da apreensão, que se perde ao tornar um o que eram dois, e “qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade”.¹¹

Apesar dessa visão doutrinária, “em que pese o esforço do legislador, não se identificou a previsão legal acerca das consequências quanto ao descumprimento do dispositivo legal”,¹² fator este que permite o contínuo desrespeito à normativa. Ao passo que a lei não dispõe de consequências em caso de descumprimento da normal, mantém-se o *status quo*, ou seja, ainda que a cadeia de custódia da prova intente ampliar a credibilidade da prova, sua inobservância não resulta em nenhum efeito negativo aos descumpridores, tampouco em nulidade declarada, prejudicando o contraditório e a ampla defesa.

⁸ PRADO, 2014, p. 43

⁹ VALENTE, 2020, p.

¹⁰ PRADO, 2014, p. 77

¹¹ MENEZES; BORRI; SOARES, 2018, p. 281.

¹² BORRI; SOARES, 2020, p. 18.

2. CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS

A orientação internacional a respeito da criminalização do tráfico de drogas foi aderida pelo Brasil facilmente. Não bastasse a submissão moral do Brasil aos EUA no tocante ao comércio, igualmente o é quando se trata de questões morais, tal como o tráfico de drogas.¹ Não se trata, importante mencionar, de uma simples criminalização de uma conduta, mas toda uma política importada de guerra.

Antes de adentrar na temática social e de controle sobre da criminalização do tráfico de drogas e da adoção de políticas de guerra, abordar-se-á algumas questões de ordem positiva, tal como a própria nomenclatura e tipificação da conduta, cujo estudo não pode ser olvidado, tanto pelo conteúdo crítico quanto por ser a conduta legal que se busca atestar com a prova sujeita à cadeia de custódia.

Denomina-se de tráfico a conduta praticada pelo comerciante de entorpecentes, equiparando-a ao tráfico de escravos, de mulheres para a prostituição² e de órgãos. Isto é, cria-se no imaginário popular mais um crime hediondo. Não negamos que a comercialização de drogas entorpecentes, estimulantes e alucinógenas devesse realmente ser controlada, afinal, pode causar algum mal ao seu consumidor. Porém, equiparar, nem que seja pela simples denominação, ao tráfico de escravos e mulheres é desproporcional.

As políticas de guerra às drogas minam a percepção de que o tráfico e o consumo de drogas são questões de ordem médica e saúde pública, uma vez que equiparam a conduta à outras sobremaneira repreendidas, de modo que a guerra e a atividade policial tornam-se as únicas medidas realmente propostas. No campo das drogas, melhor não ensinar nada e manter a polícia atenta.³

A quantidade de verbos nucleares do tipo penal do tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/06) – 18 verbos nucleares somente no preceito primário do *caput* do dispositivo legal – são excessivos e desnecessariamente acobertam tantas situações que bastariam poucas condutas para adequação à intenção legislativa. Não bastasse, o mesmo tipo penal incorre em excesso normativo que leva à dobra da legalidade, tendo em conta

¹ VALOIS, 2019, p. 333.

² SHECAIRA, 2007, p.2.

³ VALOIS, 2019, p. 347

que ao menos cinco (5) desses verbos nucleares se confundem com condutas típicas do artigo 28 da Lei 11.343/06⁴.

A cadeia de custódia da prova tal como acima apresentada se insere nesse cenário ao poder, de uma forma ou outra, servir de base probatória para esse excesso de verbos nucleares, de tal modo que toda e qualquer apreensão subsumirá, quase que invariavelmente, em algum dos tipos penais mencionados, tornando certa a condenação.

Não é só isso, por ser crime equiparado a hediondo, as frações necessárias para a progressão de regime foram igualmente aumentadas para 2/5 (40%) e 3/5 (60%), estendendo o tempo de encarceramento do condenado.⁵ Essas frações fazem com que dentro do cárcere o tratamento seja desigual e a compreensão da situação mais difícil, afinal, pessoas com a mesma quantidade de pena guardam tempos de prisão diferentes, em ofensa à isonomia⁶

A criminalização do tráfico de drogas, tal como acima mencionado, teve intensa participação dos Estados Unidos. A internacionalização da proibição se baseia na distinção arbitrariamente efetuada entre as selecionadas substâncias psicoativas tornadas ilícitas (maconha e cocaína) e as outras substâncias que trazem efeitos semelhantes, porém são lícitas (álcool, tabaco e cafeína). Há evidente ofensa à isonomia e proporcionalidade.⁷

Superadas essas questões preliminares, elas refletem diretamente em fatores sociais e culturais, que serão abordados abaixo em linhas gerais.

2.1 O problema social do tráfico de drogas

Segundo dados do Infopen (DEPEN – Levantamento nacional de informações penitenciárias – período de julho a dezembro de 2019) de dezembro de 2019,⁸ as unidades de encarceramento, presídios, penitenciárias e cadeias públicas, são preenchidas, em sua

⁴ CARVALHO, 2013, p. 46-69

⁵ SHIMIZU, 2019, p. 19-64

⁶ VALOIS, 2019, p. 64-65

⁷ KARAM, 2012. p. 681

⁸ Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlh-MTEtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyL-TRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 05. out. 2020

maciça maioria, por pessoas jovens, pobres, pretas e pardas (pretas e pardas correspondem a 66,69% da população total). Além disso, 50,96% da população cumpre pena por delitos patrimoniais e outra grande parcela, compreendida em 20,28% por delitos relativos ao tráfico de drogas. Se analisarmos a criminalização feminina, 50,94% da população prisional cumpre pena por delitos relativos ao tráfico de entorpecente. A interpretação desses dados nos faz refletir sobre as escolhas político-criminais, cada vez mais voltadas à seletividade e exclusão de pessoas indesejáveis.

Se o sistema prisional como um todo já é considerado racista e seletivo, a política de drogas impulsiona a constatação, tendo em conta que “a estrutura da criminalização a partir da política *war on drugs* potencializa de forma extrema os índices de criminalização dos grupos vulneráveis, notadamente a juventude negra”.⁹ “A expressão ‘guerra às drogas’ deixa explícita, em sua própria denominação, a moldura bélica a dar a tônica do controle social exercitado através do sistema penal nas sociedades contemporâneas”.¹⁰ “No seio da proibição de determinadas drogas está implícito o preconceito e a ambição de controlar pessoas tidas como inferiores, humana e moralmente falando”.¹¹

São crescentes as políticas públicas de guerra às drogas e sobretudo de guerra à pobreza, a partir de operações policiais constantes nas periferias.¹² Mantém suas políticas de exclusão social, muito mais atrativas para certo modo de reprodução do capital do que as políticas públicas que buscam a inclusão social. Controla-se a população por meio do poder bélico, cuja eficiência já foi suficientemente refutada.¹³ A constatação da guerra às drogas como política pública, em substituição ao modelo clínico, foi escancarada em estudo realizado pelo professor Nilo Batista,¹⁴ que demonstra cabalmente a falta de lógica entre causa e efeito da política, além de acentuar que o efeito buscado pela política é a neutralização dos indivíduos selecionados.

O foco das políticas de guerra às drogas é a população jovem, pobre e negra. Dificilmente se tem notícia de que apreensões foram feitas em bairros da alta classe. O

⁹ CARVALHO, 2016, p. 150-156

¹⁰ KARAM, 2012, p. 679

¹¹ VALOIS, 2019, p. 353

¹² SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 287-309

¹³ GIAMBERARDINO, 2010, p. 185-236

¹⁴ BATISTA, 1997, p. 129-146

padrão de conduta – que será explicado adiante – advém da criação e incorporação de um estereótipo do traficante, e qualquer um que se enquadrar nesse “homem médio” será certamente abordado e a ele atribuída eventual(ais) droga(s) apreendidas em suas imediações, cuja prova será feita exclusivamente com base no depoimento dos policiais.

Outro fator social relevante atine à patente desproporcionalidade entre a pena de multa aplicada aos condenados pelo tráfico de drogas e suas respectivas (e presumíveis) situações econômicas,¹⁵ fator este que notavelmente contribui para a criminalização da pobreza decorrente do crime de tráfico de drogas.¹⁶

As afirmações tomam outra entonação, ainda mais grave, com a conclusão recente confirmação de que o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade na execução penal, ainda que satisfeita integralmente a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos imposta.¹⁷ O entendimento segue orientação do Supremo Tribunal Federal fundamentada, dentre outro, na AP 470 (mensalão).

Finalmente, não se pode ignorar que a guerra às drogas também é uma guerra contra as pessoas marginalizadas. Essas pessoas são alvos de operações policiais e são assassinadas por pessoas no cumprimento de “seu dever” moral institucionalizado. Não bastasse, a criminalização das drogas conduz à guerra interna entre facções, como se não bastasse o inimigo comum delas (Estado), que igualmente resulta em mais e mais mortes.

¹⁵ STRANO. 2008, p. 18

¹⁶ KARAM, 2012, p. 686

¹⁷ “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ADI n. 3.150/DF. MULTA. NATUREZA DE SANÇÃO PENAL. 2. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO VINCULANTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NECESSÁRIO O PAGAMENTO DA MULTA. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições – perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos –, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo ela sua natureza de sanção penal. 2. Dessarte, as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no REsp 1850903/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 30/04/2020)

As irracionalidades são tantas. A criminalização das drogas se fundamenta na proteção da saúde pública e, ao mesmo tempo em que as pessoas são mortas para que as drogas não sejam comercializadas, outras pessoas foram mortas para que outros tipos de drogas alcançassem o livre comércio.¹⁸

Por mais que as afirmações possam parecer conflitantes com o que se busca com a normatização, notadamente quando a Lei 11.343/06 enumera os princípios inerentes ao Sisnad em seu artigo 4º,¹⁹ ela tão somente constata o que ocorre no cotidiano, mais uma vez cabendo a afirmação de que a lei é uma e a prática é outra.

2.2 O papel da cadeia de custódia da prova no atual cenário

O sistema penitenciário brasileiro atualmente é o terceiro país com a maior população carcerária, e que atravessa (e sempre atravessou) o problema do encarceramento em massa. Continuamente ignora pretensas políticas de enfrentamento à questão, dentre elas a que trata o presente ensaio, a cadeia de custódia da prova. Tudo o que foi levantando anteriormente somente foi possível ao se alçar a palavra do policial militar como único e suficiente meio de prova para a condenação pelo tráfico de drogas. A cadeia de custódia da prova, que poderia servir como uma garantia no processo penal, não surte efeito perante toda a política de guerra às drogas.

Bastante comum que a palavra dos policiais em sede de depoimentos seja a única prova que dê sustentação para a condenação de suspeitos de cometerem o delito de tráfico de drogas. Decorre daí uma vasta discussão sobre a questão da autoria e materialidade, restritas à validade dos depoimentos policiais como única fonte para se determinar uma condenação.²⁰

¹⁸ VALOIS, 2019, p. 361

¹⁹ “Art. 4º São princípios do Sisnad: I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; II – o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; III – a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados”.

²⁰ CARVALHO, 2018, p. 51

Segundo Semer, 90,46% das testemunhas arroladas pela acusação são oriundas das forças de segurança, conferindo um grau de importância central para as fundamentações das decisões judiciais.²¹

Este pilar probatório estaria ancorado na premissa da fé pública conferida ao cargo e na ausência de contradição entre os depoimentos dos agentes de segurança. Supõe-se que o brigadiano “atue dentro da legalidade, sendo sua palavra, fundada nos princípios éticos da boa-fé e da probidade, comprometida com a veracidade dos fatos, notadamente em razão de validar importantes atos subsequentes, como indiciamentos, denúncias e decisões judiciais”.²²

O problema da afirmação é a confusão, bastante corrente, entre a “vigência (ato em si) com validade (conformação do ato com a Constituição e as leis). A existência do ato diz respeito à vigência. Todavia, o mero fato de existir não torna o ato per se válido (legítimo). A legitimidade diz respeito a sua conformidade constitucional.”²³

Ainda, em relação a presunção de legitimidade dos atos da administração, esclarece Semer:

repousa nos atos administrativos típicos, não em todos os atos dos agentes administrativos. Sua premissa está lastreada no bem comum que tem como norma a administração – quando ela é processada, a bem dizer, todos o são. Mas esta presunção para a administração não alcança o administrador pessoalmente para eximi-lo de qualquer responsabilidade administrativa. Tampouco se espalha para o processo penal, em que o agente é testemunha e, tal como as demais, sujeito às restrições (impedimento e suspeição), às obrigações (compromisso e veracidade) e às responsabilidades por eventuais desvios (falso testemunho).²⁴

Enfatiza Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil Weigert que uma concepção pura dos atos de validade dos poderes deriva de uma incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado Constitucional de Direito,²⁵ e ainda, com fundamento Luigi Ferrajoli, esclarece que:

²¹ SEMER, 2019, p. 187

²² Ibid., 2018, p. 52

²³ CARVALHO; WEIGERT, 2018, p. 52

²⁴ SEMER, 2019, p. 189

²⁵ CARVALHO, 2018, p. 52

os conceitos de vigência e de validade são assimétricos e independentes: enquanto *vigência*, diz sobre a *forma* dos atos normativos, ou seja, é questão de correspondência ou subsunção das normas às regras de procedimento e competência; *validade*, correspondente ao significado (conteúdo), isto é, trata-se de uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas com valores materiais encontrados nas Constituições²⁶

O embaraço dentro desta concepção ideal, quando analisada do ponto de vista prático, real concreto, é a notável inobservância dos níveis mínimos de legalidade.²⁷

A título de demonstração dentro do contexto situacional da cadeia de custódia no tráfico de drogas, não são raros os casos em que drogas são apreendidas em um local conhecido pelo tráfico de drogas, distante das pessoas, porém busca-se alguém para se responsabilizar, culpa esta construída a partir dos testemunhos policiais. Isto é, por mais que o manuseio da substância não atribua propriedade, o testemunho policial facilmente é capaz de suprir tal lacuna.

E mais, igualmente se percebe rotineira a apreensão de drogas de mesma espécie e de tipos diferentes em locais distintos, logo sendo colocadas em uma mesma embalagem pelo agente de segurança que as encontrou, levando à lavratura de um único laudo pericial, presumindo-se a mesma origem ou propriedade, ignorando-se o rigor técnico, que por sua vez aconselha a realização de laudos diversos, afinal, segundo Geraldo Prado, deve-se atestar que aquilo que se apreendeu na cena do crime condiz exatamente com o que será levado ao Juízo para valoração.²⁸

Neste sentido, a cadeia de custódia da prova impõe o registro da história cronológica da apreensão, que se perde ao tornar um o que eram dois, e “qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade”.²⁹

A fim de solucionar parte da problemática sobre a credibilidade da prova, desde sua colheita até a valoração judicial, promulgou-se mais detidamente a cadeia de custódia da prova com o advento da Lei 13.964/2019, “no entanto, em que pese o esforço do legislador,

²⁶ Ibid., 2018, p. 52

²⁷ Ibid., 2018, p. 53

²⁸ PRADO, 2019, p. 94-97

²⁹ MENEZES; BORRI; SOARES, 2018, p. 281.

não se identificou a previsão legal acerca das consequências quanto ao descumprimento do dispositivo legal”,³⁰ fator este que permite o contínuo desrespeito à normativa.

Esclarece Juan Bustos Ramíres:

A polícia tem uma ampla gama de decisão, na verdade, cumpre no âmbito particular e primário algumas funções de juiz. A polícia decide quem são os suspeitos (cf. Feest-Blankenburg, p. 35 e ss.); para isso foi construído um marco geral pessoal (“pessoas decentes e “suspeitos” – antissociais, lúmpen, vândalos, etc.) e de lugares e bairros, além de um catálogo de aparências e comportamentos suspeitos, bem como critérios mais específicos sobre crimes mais especializados. Além disso, é a própria lei que serve de base para o estabelecimento do círculo de suspeitos.³¹

Nesta esteira, demonstra Salo e Weigert que:

Os estereótipos do ‘elemento suspeito’ ou da ‘atitude suspeita’, p. ex., traduzem importantes mecanismos de interpretação que, no cotidiano do poder de polícia, criminalizam um grupo social vulnerável muito bem representado no sistema carcerário: jovens pobres, em sua maioria negros, que vivem nas periferias dos grandes centros urbanos.³²

Decorre deste cenário que a presunção de validade dos depoimentos policiais como única fonte de prova se demonstra bastante frágil do ponto de vista probante quando se leva em conta a realidade do sistema penal brasileiro. Soma-se a este cenário o corrente descumprimento da redação da Lei 13.964/2019 no que pese sua tentativa de consolidar práticas de colheita e preservação da prova.

3. RELAÇÃO COM A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

Consoante se percebeu ao longo da exposição, a guerra às drogas se vale de inúmeros mecanismos para sua perpetuação e assim consegue manter a seletividade e a neutralização de corpos e grupos selecionado, os quais são tidos como indesejáveis e devem ser, segundo essa política pública, neutralizados.

Um dos mecanismos mais contundentes dessa política, consiste na supervalorização do depoimento do policial que participou da ação, elegendo-a como a rainha das provas,

³⁰ BORRI; SOARES, 2020, p. 18

³¹ RAMIREZ, 2015, p.102

³² CARVALHO, 2013, p. 46-69

a ponto de até mesmo afastar garantias processuais instituídas no afã de frear práticas arbitrárias e discricionárias, e que buscam inserir, no âmbito probatório, detida técnica no manuseio da prova, como é a cadeia de custódia da prova.

A lógica por detrás dessa prática se aproxima muito à política criminal atuarial. Conforme já mencionado, os policiais aprendem um com os outros quem são os sujeitos eleitos como traficantes (juventude negra e periférica) e voltam suas atividades a esse grupo, buscando neutralizá-los. O lastro é unicamente o estereótipo criado no imaginário dos agentes de segurança, reflexo do racismo estrutural que permeia as instituições.

Nessa toada, o que se refere como “política criminal atuarial” se caracteriza, segundo breve síntese de Maurício Stegemann Dieter, como

o uso preferencial da lógica atuarial na fundamentação teórica e prática dos processos de criminalização secundária para fins de controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros³³

e que teria como finalidade não “combater o crime”, expressão bastante comum no meio social, difundida pelos meios de comunicação de massa e frequentemente utilizada por políticos populistas de ocasião, mas identificar, classificar e administrar segmentos sociais que são considerados indesejáveis³⁴ com propósitos de neutralizá-los através de uma incapacitação seletiva.

Em relação ao processo penal, a contradição da política criminal atuarial se demonstra evidente. Isso porque

a redução dos níveis de legalidade nos processos de imputação evidencia uma aproximação às formas processuais pré-modernas, onde o processo não só cria a prova e o criminoso, mas constitui uma própria pena, realizando um modelo totalitário de controle social.³⁵

Caminham em rota de colisão, neste sentido, o princípio presunção de inocência em relação ao prognóstico de reincidência, assim como o princípio do devido processo legal face propostas de combate “eficiente” da criminalidade, adeptos da lógica atuarial.³⁶

³³ DIETER, 2012, p. 8

³⁴ Ibid., 2012, p.8

³⁵ DIETER, 2012, p. 200.

³⁶ Ibid, 2012, p. 200

Para além dessas ofensas, igualmente ofensivo ao princípio do contraditório, sobretudo porque o estereótipo do traficante que se traz aos autos desde o inquérito é transmutado para a sentença de forma inquisitória, dada a validade que se dá ao depoimento do policial, este que sequer pode ser desconstruído de forma suficiente pela defesa, por mais que a legislação tenha conferido técnica a partir da cadeia de custódia da prova.

Neste sentido, valendo-nos dos métodos empírico e indutivo, buscou-se a possível correspondência do atual estado de coisas da cadeia de custódia da prova no tráfico de drogas e sua relação com a chamada política criminal atuarial, referente teórico que tem por fundamentação o uso de uma lógica gerencialista de controle de grupos considerados perigosos e suas consequências durante a criminalização secundária.

A possível solução para a questão se mostrou ser a implementação de detida técnica no manuseio e catalogação da prova a partir da denominada cadeia de custódia da prova, porém dado o atual estado de coisas e prática atuarial, a mencionada técnica tem sido reputada dispensável pelo destinatário da prova. E uma vez implementado como deve ser, pode-se desde logo antever possível a instrumentalização atuarial no próprio mecanismo de controle da credibilidade da prova.

Essa instrumentalização, é importante mencionar, cuida-se de análise hipotética, mas não infundada. A história jurisprudencial brasileira refuta novidades que buscam ampliar, ainda que minimamente, garantias processuais dos cidadãos situados no banco dos réus, situação que não se difere muito da que percebemos no presente caso, mais uma vez sob a justificativa de que o policial militar tem fé pública e sua palavra é suficiente. A instrumentalização, portanto, poderá ser implementada de forma indireta, não necessariamente normatizada.

Não podemos deixar de mencionar, a título exemplificativo, da redação da Lei 11.343/2006 e a despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal, previsto em seu artigo 28.³⁷ Não obstante a pena privativa de liberdade ter sido substituída, manteve-se o desvalor penal do comportamento do usuário de entorpecentes, reputando ainda violar

³⁷ (...) Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C.Penal, art. 107) (...). Cf. RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007.

bem digno de ser tutelado pela legislação penal, não retirando sua natureza delitiva, nem seu caráter estigmatizante da incidência da norma penal.³⁸

A nova Lei não trouxe nenhuma mudança significativa, pois já se tinha como resultado, em muitos casos, penas restritivas de direito ou multa:

(...) a pena máxima de 02 (dois) anos prevista no artigo 16 da Lei 6.368/76 (...) já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, a que aplicável a imposição antecipada e ‘negociada’ de penas não privativas de liberdade.³⁹

A própria natureza jurídica do porte de drogas para consumo dificulta a recuperação do usuário de entorpecentes ilícitos, considerando que mantém a “junkyzação” do usuário. A criminalização do uso de entorpecentes fomenta no imaginário popular a identificação do usuário de drogas como subculturas criminais, mantendo-os isolados, rotulando-os e silenciando-os devido à clandestinidade de suas atividades.⁴⁰

Outrossim, à época de sua redação, confiou-se no discernimento e razoabilidade dos magistrados, dado a discricionariedade do artigo não especificar a quantidade de drogas que resultasse em pena privativa de liberdade, resultando assim, em provável desencarceramento em massa.

Não é necessário dizer que logo o otimismo dispersou-se à cruel realidade, ao contrário do que se pensava, houve expressivo aumento de prisões em razão a essa abertura legislativa, que, instrumentalizada, proporcionou ainda mais o impulsionamento da prisão pelo delito de tráfico de drogas.

CONCLUSÃO

Destarte o lapso temporal da edição da Lei 13.964/19 ser insuficiente para nos fornecer dados reais em relação a forma como se estabelecerá as suas determinações relativas à cadeia de custódia da prova, diante de toda a realidade do sistema penal brasileiro, a

³⁸ KARAM, Maria Lúcia, 2006, p. 6-7

³⁹ Ibid.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de, 2007, p. 156-157

preocupação com o seu desencadeamento se faz necessária visto o cotidiano da repressão policial se repetir de forma mecânica.

A eficiência na coleta e no armazenamento das provas, principalmente no que atine às drogas ilícitas, encontra obstáculos enraizados no dia-a-dia dos policiais que, integrantes de uma estrutura que se origina como um fato político, dentro de um contexto socioeconômico, se mobilizam através de estereótipos e da marginalização de certos grupos humanos promovidas por este cenário.

A técnica no manuseio e catalogação da prova a partir da denominada cadeia de custódia da prova, dado o atual estado de coisas e prática atuarial, no breve decurso de sua implementação já tem sido reputada dispensável pelo destinatário da prova. E uma vez implementado como deve ser, pode-se desde logo antever possível a instrumentalização atuarial no próprio mecanismo de controle da credibilidade da prova.

Conclui-se, então, a curta digressão proposta e que, manifestamente, trabalhou de forma reduzida um processo complexo e que está longe de ser encerrado.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 129-146, out./dez.. 1997.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A cadeia de custódia no pacote anticrime. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 282, p. 17-19, out.. 2020.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. Notas sobre o encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: o caso da política de drogas. *Comunicações do ISEER*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 70, p. 150-156, anual. 2016.

CARVALHO, Salo de. Política de drogas: mudanças e paradigmas (nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue: depoimento sobre os danos diretos

e colaterais provocados pela guerra às drogas). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 46-69, 2013.

CARVALHO, Salo. WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. “Making a drug dealer”: O impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula n. 70 no TJRJ na construção do caso Rafael Braga. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 68, 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 185-236, mar./abr., 2010.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Sergio Antonio Fabris Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2005.

KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In: *ESTUDOS críticos sobre o sistema penal*. Organização de Jacson Luiz ZILIO, Fábio da Silva BOZZA. Curitiba: LedZe, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. A lei n. 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 167, out. 2006, v. 14, p. 6-7.

LOPES Jr., Aury, *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 281, jan./abr. 2018.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAMIREZ, Juan Bustos. O Controle Formal: Polícia e Justiça. In: *O Pensamento Criminológico II: estado e controle*. Roberto Bergalli, et. al.; 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. A ‘guerra contra o crime’ e os crimes de guerra: flagrante e busca e apreensão nas periferias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 287-309, nov./dez.. 2015.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo, Tirant lo Blanch. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. A lei de drogas e o crime de tráfico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 177, p. 2-3, ago.. 2007.

SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 19-64, fev. 2019.

STRANO, Rafael Folador. A disparidade econômica entre os agentes do tráfico de drogas e a individualização da pena de multa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 184, p. 18, mar.. 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cadeia de Custódia da Prova*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da guerra às drogas*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. *Processo de Execução Penal: e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido. 2019.

Apresentação oral

**ENTRE RESTRIÇÕES INDEVIDAS E DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL: MAPEAMENTO DA CONCESSÃO DE OFÍCIO DE
HABEAS CORPUS NO STF NO ANO DE 2019**

*BETWEEN UNDUE RESTRICTIONS AND JUDICIAL DISCRETION:
MAPPING THE HABEAS CORPUS GRANTED EX OFFICIO BY THE STF
IN THE YEAR OF 2019*

Fernanda Apolônio Nóbrega

Graduada em Direito pela USP. Associada do IBCCrim. Advogada.

E-mail: fernanda.apolonio.12@gmail.com

Resumo: O presente trabalho buscou analisar como o Supremo Tribunal Federal tem mitigado as indevidas restrições jurisprudencialmente impostas à utilização do *habeas corpus* por meio do artifício da concessão de ofício. Diante do crescente número de HCs impetrados, o STF passou a adotar óbices ao cabimento do *writ*, sob o equivocado pressuposto de que haveria uma banalização ou mau emprego do seu uso. Contudo, tais limitações têm sido relativizadas pelo Tribunal em certas situações por meio da concessão *ex officio*, criando uma zona nebulosa em torno das condições exigidas para admissibilidade do remédio constitucional. Diante desse confuso cenário, fez-se, num primeiro momento, revisão bibliográfica para melhor compreender i) o peso histórico e o panorama atual do manejo do *habeas corpus* na prática judicial brasileira, ii) os fundamentos que subsidiam tal jurisprudência defensiva e iii) o papel da concessão de ofício do *writ* em nossa ordem processual penal. Em seguida, uma vez definidos os pressupostos teóricos da problemática, examinou-se as ordens concedidas de ofício nos HCs julgados monocraticamente e colegiadamente pelo STF no ano de 2019, com o objetivo de obter um diagnóstico empírico do fenômeno. Concluiu-se que a gambiarra processual empregada pelo STF não é favorável à proteção judicial efetiva da tutela da liberdade, mas sim uma ampliação ilegítima da discricionariedade dos ministros pela aplicação deturpada do art. 654, §2º do Código de Processo Penal (CPP).

Palavras-chave: *Habeas corpus*. Jurisprudência defensiva. Discrecionalidade judicial. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa empírica.

Abstract: The present paper aims to analyse how Brazil's Supreme Court (STF) has mitigated the (undue) restrictions imposed by its precedents on the use of *habeas corpus*, by granting it *ex officio*. Faced with the rise of *writs* filed in the Court, STF has established a defensive jurisprudence putting up barriers to the acceptance of the *writ*, under the mislead assumption that this boost represented a misuse or a trivialization of this legal instrument. However, in some cases these obstacles have been mitigated by the Court, through the exercise of its *ex officio* powers, which created a grey zone surrounding the requirements needed for this constitutional remedy's admissibility. In view of this confusing scenario, a bibliographic review was carried out to better understand i) the historical weight and the current panorama of the use of *habeas corpus* in Brazilian judicial practice, ii) the arguments that support such defensive precedents and iii) the role of granting the *writ ex officio* in our criminal procedural order. Once the theoretical assumptions of the problem were delimited, the *writs* issued *ex officio* monocratically and collegially by the STF in 2019 were examined, in order to obtain an empirical diagnosis of the phenomenon. The conclusions of this research suggests that the procedural subterfuge employed by the STF is not used as a manner to guarantee the effective judicial protection of liberty, but rather as an illegitimate expansion of the ministers' discretion through the misapplication of art. 654, §2 of the Brazilian Criminal Procedure Code.

Keywords: *Habeas corpus*. Defensive jurisprudence. Judicial Discretion. Brazilian Supreme Court. Empirical research.

Sumário: Introdução. 1. Entre restrições e alargamentos: considerações sobre o manejo do *habeas corpus* na prática judicial brasileira. 2. Não conhecimento, mas concessão de ofício? Operacionalização das restrições impostas ao juízo de admissibilidade do HC. 2.1. Principais restrições jurisprudenciais ao emprego do *habeas corpus*. 2.2. Contornos da concessão *ex officio* do *habeas corpus*. 3. Análise empírica das concessões de ofício em HC no STF em 2019. 3.1. Metodologia. 3.2. Análise quantitativa. 3.3. Análise qualitativa. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* é uma ferramenta ímpar para a proteção do direito de ir e vir em nosso sistema processual, permitindo uma prestação jurisdicional célere e conferindo efetividade à liberdade de locomoção. Durante sua trajetória no direito brasileiro, seja na República Velha sob influência da “doutrina do *habeas corpus*”, seja na ditadura militar sob severas restrições de direitos ao uso do remédio constitucional, o HC sempre ocupou posição insubstituível no combate a ilegalidades perpetradas pelo Estado.

Em razão desse papel elementar desempenhado até hoje pelo *habeas corpus* na justiça criminal, vê-se com preocupação o surgimento, nas duas últimas décadas, de um discurso que prega pela necessidade de contenção das impetrações do *writ*, motivado pelo espantoso aumento destas no acervo processual dos Tribunais Superiores. Partindo do equivocado diagnóstico de que o crescimento do número de HCs decorreria de uma banalização ou mau emprego do seu uso (BOTTINO, 2016, p. 8-9), o Supremo Tribunal Federal tentou se adaptar a esta nova realidade. Edificou jurisprudência defensiva em torno do cabimento do remédio constitucional, em nome do “bom funcionamento da máquina judiciária”.

Sob rótulos distintos, mas com uma mesma finalidade, inúmeros requisitos passaram a ser impostos pelos ministros a respeito do cabimento da ação mandamental. Dentre os principais óbices estabelecidos pela Corte, destacam-se a vedação ao *habeas corpus*: “1) substitutivo de recurso ordinário; 2) formalizado contra decisão liminar; 3) impetrado em face de decisão monocrática contra a qual caberia agravo, 4) em substituição de recurso extraordinário ou revisão criminal; e 5) voltado contra ato de ministro do Supremo” (NUNES, 2019, p. 69).

Contudo, tais limitações têm sido relativizadas pelo Tribunal em certas situações por meio da concessão *ex officio*, criando incertezas em torno das condições exigidas para admissibilidade do remédio constitucional. Ou seja: ainda que o pedido de *habeas corpus* não seja conhecido por conta dos entraves judicialmente impostos, tem-se verificado um abrandamento destes por meio da verificação da possibilidade de concessão de ofício caso haja flagrante ilegalidade ou desrespeito à jurisprudência do STF (NUNES, 2019).

Embora *a priori* tal concessão de ofício pareça positiva por driblar as limitações ao conhecimento do *writ*, sob uma análise mais aprofundada, ela também pode ser percebida como aberração jurídica e ferramenta discricionária. Não à toa, Aury Lopes Jr. observou que “a vantagem da nova ‘política processual’ é uma só: aumentar a restrição e ampliar o espaço discricionário” (2014). Diante desse conturbado panorama, o presente trabalho optou por investigar como este criticado artifício está sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, realizou-se pesquisa cujo objeto foi o ilógico comportamento performado pela jurisprudência do STF em relação à concessão de ofício de *habeas corpus*, apesar do seu não conhecimento. Num primeiro momento, fez-se revisão bibliográfica para melhor compreender como se estruturou o cerceamento do STF à admissibilidade do HC, e como se difundiu o uso da concessão de ofício na Corte, como reação às restrições à ação mandamental. Já num segundo momento, realizou-se investigação empírico-jurisprudencial, com o objetivo de: i) revelar *como e em que circunstâncias tem ocorrido a flexibilização das limitações impostas ao conhecimento do habeas corpus, a fim de que este seja concedido de ofício*; e ii) testar a hipótese de que *tal concessão é operacionalizada de forma seletiva* – isto é, se a discricionariedade do Tribunal neste contexto tenderia a favorecer determinadas impetrações em detrimento das demais. Sendo um tema que tem impacto direto no acesso à justiça daqueles que têm seu direito à liberdade vulnerado, mas que carece de produções e dados científicos sobre este ponto específico, torna-se relevante buscar esclarecer como a concessão de ofício está sendo empregada pela Corte e quais as consequências da manutenção desse *modus operandi* do STF no julgamento de *habeas corpus*, para que se obtenha um diagnóstico crítico do comportamento decisório frente à garantia constitucional.

1. ENTRE RESTRIÇÕES E ALARGAMENTOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANEJO DO *HABEAS CORPUS* NA PRÁTICA JUDICIAL BRASILEIRA

A história do *habeas corpus* no direito brasileiro é permeada de oscilações em torno de qual seria o espectro de cabimento do *writ*. O instituto, diretamente derivado do direito inglês, chegou no país “como parte do conjunto de atos legislativos liberais, que, a

partir da chegada de D. João VI ao Brasil em 1808, aboliram a legislação penal colonial” (KOERNER, 1999, p. 55). Assim, foi primeiramente previsto em nosso ordenamento jurídico no Código de Processo Criminal de 1832 (TORON, 2019).

Aos poucos, o remédio foi alvo de diversas modificações em sua aplicabilidade, que permitiram que paulatinamente adquirisse os contornos que conhecemos atualmente. De início, seu uso obstruiu características do modelo originário do instrumento processual: “a responsabilidade da autoridade coatora, a garantia de processo rápido para o réu preso e a supervisão pelos juízes do respeito à integridade física do paciente, pelo exame das circunstâncias da sua detenção e das condições da prisão” (KOERNER, 1999, p. 56). Com a edição da Lei n. 2.033 de 1871, passou-se a admitir “a garantia aos estrangeiros, pois na redação do Código falava-se unicamente em cidadão, e, ainda, estatuiu sobre a concessão da ordem naqueles casos em que ainda não havia constrangimento atual, mas mera ameaça” (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p. 268).

O papel do *writ* alcançou sua amplitude máxima quando este adquiriu *status* constitucional, na Carta de 1891. O art. 72§ 22 era omissivo sobre a necessidade de risco à liberdade de locomoção, determinando que “dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder”. Diante dessa nova redação, iniciou-se uma disputa interpretativa acerca dos limites de cabimento do HC, denominada historicamente de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. A doutrina tinha três vertentes principais, bem sintetizadas por Fernandes, Gomes Filho e Grinover:

Alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado [...] no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o *habeas corpus*, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e, finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do *habeas corpus* não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p. 269).

Graças a essa doutrina, por exemplo, foi possível assegurar, pela impetração de HC, a posse do então senador Nilo Peçanha como presidente da República (SOUZA, 1997). Antônio Magalhães Gomes Filho retrata a dimensão da “forte corrente no sentido

da admissibilidade do *writ* para remediar toda e qualquer lesão de direitos” (1997, p. 62). Segundo ele:

Chegou-se a conceder ordem de habeas corpus para anular ato administrativo que mandara cancelar matrícula de aluno em escola pública; para determinar a concessão de uma segunda época de exames a estudantes; para garantir a realização de comícios eleitorais; para garantir o exercício da profissão etc (GOMES FILHO, 1997, p.62).

No entanto, esta construção doutrinária e jurisprudencial foi interrompida por reforma constitucional aprovada em 1926 (“Reforma Arthur Bernardes”), que restituiu ao “habeas-corpus seus moldes clássicos de remédio de proteção da liberdade de locomoção exclusivamente” (SOUZA, 1997, p. 3). Do espaço deixado para combater ilegalidades não relacionadas ao direito de ir e vir, surgiu o mandado de segurança, instituído pelo art. 113, XXXIII da Constituição de 1934 (BARBOSA; PEDRINA, 2019).

Nessa fase inicial da história do *habeas corpus*, percebe-se que “abrasileiramos” o instituto, adaptando-o às demandas político-jurídicas da época. O *writ* adquiriu tamanha extensão que “alguns chegaram a dizer que o instituto brasileiro era o mais amplo do mundo” (SOUZA, 2008, p. 80). A tendência expansiva do HC foi apenas freada pela elaboração de emenda à constituição e pela criação de um novo remédio constitucional — o mandado de segurança — com a função de atender à demanda de tutela judicial de arbitrariedades cometidas por autoridades estatais sem ligação imediata à liberdade de locomoção.

Outro período histórico no qual o uso do HC sofreu significativa alteração foi a Ditadura Militar (1964-1985). Com a instituição do regime autoritário, surgiram incongruências na prática jurídica decorrentes da “roupagem de legalidade que os militares quiseram vestir no golpe” (RECONDO, 2018, p. 30). Em razão disso, reformas foram implementadas para que a legislação vigente se adequasse aos objetivos ditatoriais de instrumentalização do aparato policial e do direito criminal para perseguição dos opositores do governo.

Nesse contexto, o regime editou o Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1968, impondo a suspensão da “garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”. O ato baseou-se na deturpada premissa de que os instrumentos jurídicos estavam sendo utilizados

para destruição nacional.¹ Dois meses depois, com a edição do Ato Institucional n. 6 em 1 de fevereiro de 1969, a ditadura novamente cerceou o *writ*: proibiu a interposição de pedido originário de HC como substituto do recurso ordinário constitucional.

Diante de cenário político-jurídico adverso, os advogados tiveram que elaborar estratégias para contornar o estorvo institucional, ressignificando o manejo do *habeas corpus*. Este episódio da advocacia criminal brasileira foi registrado por publicação fomentada pela Comissão da Anistia, coordenada por Paula Spielier e Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2013). Ao realizarem entrevistas com os advogados atuantes na defesa dos opositores da ditadura militar, os pesquisadores capturaram como eles “contornavam óbices processuais de maneira inventiva, garantindo proteção jurídica mesmo àqueles a quem as leis da ditadura militar mais queriam perseguir do que proteger” (SPIELER; QUEIROZ, 2013, p. 24).

Segundo Spielier e Queiroz, “apesar de extinto formalmente, alguns advogados e advogadas entrevistados afirmaram que o *habeas corpus* continuava a ser utilizado, com o próprio nome ou sob a denominação de ‘petição’. Outros ressaltam a substituição do *habeas corpus* pelo recurso em sentido estrito” (2013, p. 42). Ainda, houve relatos de impetração de HCs para identificação do paradeiro dos presos políticos ou, até mesmo, para impedir que fossem mortos. Observam os autores que:

Especificamente em relação ao *habeas corpus*, esse foi utilizado com o principal objetivo de evitar a morte da pessoa desaparecida. Isso porque, apesar de sabermos que o *habeas corpus* não seria conhecido, a sua impetração demonstrava que eles estavam cientes do desaparecimento de determinada pessoa e, assim, evitava ou reduzia muito a possibilidade de que ela fosse morta. Ademais, o *habeas corpus* também permitia em muitos casos a localização do preso. A localização dificultava o assassinato do preso, pois a autoridade competente, que já era identificada, teria que dar explicações sobre a morte. O *habeas corpus* foi, assim, fundamental em vários casos para salvar vidas (SPIELER; QUEIROZ, 2013, p. 42).

Atesta-se, pois, que mesmo na época em que o remédio constitucional sofreu a mais gravosa restrição de sua história, a defesa encontrou meios de salvaguardar a função

¹ Na exposição de motivos do AI-5, consta a seguinte consideração: “considerando, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la”.

do *writ* de coibir abusos ilegais ao direito de locomoção e, até mesmo, ao direito à vida. Isto é, a essência do *habeas corpus* foi preservada na prática forense pela atuação criativa dos advogados.

Esta breve recapitulação histórica permite evidenciar a posição insubstituível que o HC ocupa no acesso à justiça criminal brasileira. Frente a modificações normativas que impactaram o alcance do remédio constitucional, é notória a constante resignificação de seu uso para lhe empregar da forma mais efetiva e ampla possível no combate às ilegalidades estatais. Desse modo, impossível pensar no emprego do *habeas corpus* atualmente sem considerar o peso histórico que a ação mandamental tem na prática jurídico-criminal brasileira.

Com a redemocratização, o HC recuperou, ao menos em tese, a plenitude de seu cabimento pela previsão do art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal (CF) vigente. Desde então, não houve a elaboração de qualquer entrave legal ao remédio constitucional. Também inexistiu qualquer mudança legislativa no sentido de aprimorar a aplicabilidade do instituto, que ainda tem seu procedimento regulado pelo CPP – no qual se situa equivocadamente no título dedicado aos recursos – e pelas disposições regimentais dos tribunais.

No entanto, nas duas últimas décadas, identificou-se o surgimento de um discurso de necessidade de contenção das impetrações de *habeas corpus*, derivado do alarmante aumento no volume dessas ações nos Tribunais Superiores. Se em 2001 havia 914 HCs no acervo processual do STF, em 2019, tal quantia saltou para 11791.² Ou seja: em 2 décadas, o percentual de *writs* na Corte aumentou em 1190%.

Diante dessa nova conjuntura, começou-se a alegar que a impetração do *mandamus* ocorreria de forma banalizada ou excessiva, havendo críticas em torno de seu uso preventivo, como *collateral attack* contra nulidades (LOPES JR., 2014) ou para temas não imediatamente ligados à liberdade.³ Ainda, passou-se a questionar a suposta função

² Dados retirados da seção estatística do sítio eletrônico do STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

³ Nas discussões de reforma do CPP, por exemplo, apresentou-se anteprojeto, posteriormente rejeitado, no qual “o conceito legal de ‘coação’ foi reduzido à hipótese de ‘ameaça’ imediata de prisão ou à hipótese de sua consumação” (DOTTI, 2011, p. 2).

recursal do *writ*, tendo em vista sua natureza de ação autônoma de impugnação (TORON, 2019).

Tais argumentos contrários à amplitude do *habeas corpus* têm, em sua origem, um discurso que não apenas prioriza a suposta eficiência da prestação jurisdicional dos tribunais, prejudicada pelo grande número de impetrações, como também pressupõe ser o uso desmedido da garantia constitucional pela defesa a explicação do abarrotamento de impetrações nos Tribunais Superiores. E foi este o norte argumentativo encampado pelo Supremo Tribunal Federal para se adaptar à nova realidade de seu acervo processual.

A Corte passou a alicerçar uma jurisprudência defensiva em torno do *habeas corpus*, criando obstáculos ao conhecimento da ação mandamental. Thiago Bottino indica que o STF criou algumas súmulas para restringir o uso do *writ*, em 1984 e 2003, que tiveram pouco impacto no dia a dia do tribunal, salvo o caso da conhecida Súmula 691 (2019, p. 68). Ainda, surgiram precedentes “especificando situações que autorizam, colegiada e monocraticamente, o não conhecimento da referida ação autônoma de impugnação” (NUNES, 2019, p. 65).

Entretanto, Bottino nota que tais medidas incorporadas pelo Tribunal “não foram capazes de gerar uma redução significativa na demanda (se é que geraram esse efeito)” (2019, p. 68). A problemática do *déficit* de prestação jurisdicional efetiva no julgamento das ações mandamentais pelo STF persistiu, sendo agravada por um novo fator: a incerteza a respeito dos critérios para o conhecimento do *writ*, ocasionada pela flexibilização das restrições jurisprudenciais criadas por meio da “concessão de ofício”.

Os ministros do STF passaram, em alguns casos, a “não conhecer do HC”, para logo após conceder a ordem de ofício quando houvesse flagrante ilegalidade ou teratologia, através da aplicação do art. 654, §2º do CPP. Porém, com essa “pseudossolução”, “o STF criou uma armadilha interpretativa não apenas para os advogados e os cidadãos, que podem diretamente manejar o *writ*, mas para si próprio, que navegará no subjetivismo de cada ministro e, pior, permitirá a continuidade da ilegalidade” (TORON, 2019, p. 92). Eis, então, o cenário atual do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, no qual há

vulneração da garantia constitucional tanto pelo volume esmagador de ações impetradas⁴ como pelo filtro processual imposto ao seu acesso à Corte.

Para dar resposta mais acurada a essa complexa e multifacetada problemática, mostra-se necessário conhecer de fato os seus reais motivos, para além do apressado diagnóstico de cunho administrativo. “Sem essa resposta, qualquer medida no sentido de restringir o uso dessa ação pode afetar o acesso à justiça e mascarar o verdadeiro motivo desse crescimento exagerado” (BOTTINO; HARTMANN, 2013, p. 2).

Do ponto de vista teórico, Aury Lopes Jr. defende que o abarrotamento de HCs no Supremo Tribunal Federal não decorreria de banalização do remédio constitucional, mas seria “sintoma da doença” do sistema penal, não sendo suficiente “restringir o HC (consequência) sem fazer uma anamnese séria das causas” (2014). Dentre estas, elenca o autor que:

Cresceu imensamente o número de processos criminais; houve uma substancial expansão do Direito Penal; temos hoje a terceira maior população carcerária do país, beirando os 700 mil presos, sendo que quase 300 mil são presos cautelares; temos a completa falência do sistema carcerário e gravíssimos problemas nos processos de execução penal; existe uma imensa resistência de parcela considerável de juízes e tribunais em aceitar posições pacificadas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal acerca de questões pontuais, que representam ampliação do espaço de liberdade; enfim, um conjunto de fatores que contribui para o entulhamento das varas criminais e, por efeito cascata, dos tribunais superiores (ainda mais entulhados). Sem embargo, o sistema recursal e o próprio sistema de administração da justiça penal não evoluiu a ponto de dar conta dessa imensa demanda (LOPES JR., 2014).

Lopes Jr. também aponta outras posições defensivas dos tribunais que contribuiriam para tantas ilegalidades arguidas pela via mandamental, como a importação da nulidade relativa para o processo penal, “a criação de filtros duríssimos de admissibilidade do Recursos Especial e Extraordinário” e a inexistência de “filtro severo às acusações infundadas, sem lastro probatório mínimo ou sobre condutas insignificantes” (2014).

⁴ Para Bottino e Hartmann, “não há dúvidas de que esse crescimento exponencial é um sintoma preocupante para a saúde do sistema judiciário brasileiro. A qualidade da prestação jurisdicional diminui e a morosidade nos julgamentos aumenta. Sobre tudo em matéria de liberdade individual, a justiça tardia é definitivamente uma injustiça” (BOTTINO; HARTMANN, 2013, p. 2).

Já do ponto de vista empírico, tem-se como referencial pesquisa realizada no âmbito do projeto “Pensando o Direito”.⁵ Coordenado por Thiago Bottino, o estudo buscou “identificar as principais teses jurídicas que são levadas aos Tribunais Superiores para [...] pensar em políticas públicas (legislativas e jurisprudenciais) que permitam conciliar a proteção da liberdade de locomoção com o sistema de competências das diversas instâncias judiciais” (BOTTINO, 2019, p. 69). Para tanto, examinou-se quantitativa e qualitativamente amostra de HCs impetrados de 2006 a 2014 (BOTTINO, 2019).

Os resultados nela encontrados ofereceram diagnóstico inusitado acerca do julgamento do *habeas corpus* no STF e no STJ. Apontou-se que “parte do congestionamento dos Tribunais Superiores decorre de ações que pretendem somente a aplicação de entendimentos já pacificados” (BOTTINO, 2016, p. 101). Assim, um dos motivos para o atravancamento do sistema de justiça pelo volume de HCs seria o desrespeito à cultura de precedentes. Concluiu-se também que “a falta de mecanismos que estimulem a uniformização de jurisprudência no âmbito dos próprios Tribunais Superiores também é um fator responsável pelas reiteradas impetrações de HC e RHC” (BOTTINO, 2016, p. 101). Ainda, a pesquisa pontuou a Defensoria Pública como impetrante que teria participação crescente em tais instâncias, nas ações que versavam sobre determinados tipos e temas penais, demonstrando um maior acesso à justiça da população vulnerável aos Tribunais Superiores⁶ (BOTTINO, 2016).

O referido trabalho foi realizado entre os anos de 2014 e 2015, sendo amplamente divulgado entre as instituições do sistema de justiça criminal (BOTTINO, 2019). Todavia, passados 5 anos, deparamo-nos com a mesma perspectiva conturbada e temerária de decisões de HCs no STF, visto que a jurisprudência segue com a fórmula de restrição ao conhecimento do *writ* aliada à sua concessão de ofício em alguns casos, ainda que tenha se mostrado contraproducente em seu propósito de conter a quantidade de impetrações que chegam ao tribunal.

⁵ Projeto ligado ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, que foi extinto no governo Temer.

⁶ Ressaltou-se que “à medida que as defensorias públicas expandem seus serviços – seja por meio da interiorização, seja por meio do aumento de seu quadro –, pode-se prever o crescimento de sua atuação também perante os Tribunais Superiores. A variável ‘Autoria’ aponta para um crescimento da atuação da Defensoria Pública e, portanto, da maior qualificação do serviço de assistência jurídica às camadas mais pobres da sociedade” (BOTTINO, 2016, p. 59-60).

Insiste-se, então, em um funcionamento ilógico e ineficaz, que é manifestamente contrário à dimensão da garantia constitucional. Desse modo, sabendo-se que há persistência do problema de prestação jurisdicional efetiva no *modus operandi* atual do STF para julgamento de HCs, é relevante escrutinar os fundamentos que subsidiam os entraves jurisprudenciais ao uso do remédio constitucional e a estratégia intentada pela Corte ao empregar a concessão *ex officio* – categoria processual excepcional e naturalmente discricionária.

2. NÃO CONHECIMENTO, MAS CONCESSÃO DE OFÍCIO? OPERACIONALIZAÇÃO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO HC

Nesta seção, será realizada concisa análise das principais restrições jurisprudenciais impostas ao juízo de admissibilidade do *habeas corpus*, a fim de examinar criticamente os fundamentos utilizados pelos ministros do STF quando da sua aplicação. Em seguida, será abordada a possibilidade processual da concessão *ex officio* da ordem de HC, para que se compreenda seu papel na efetividade do direito de ir e vir e as controvérsias em torno de sua operacionalização pelo Supremo Tribunal.

2.1 Principais restrições jurisprudenciais ao emprego do *habeas corpus*

De início, é importante esclarecer que se considera a Súmula 691 como ponto nevrálgico e precursor da jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal em matéria de *habeas corpus*. Publicada em 2003, o enunciado sumular determina que não compete ao STF “conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. A base argumentativa para tanto seria a suposta necessidade de respeito à competência e à hierarquia jurisdicional.

Sob uma análise mais detida do tema, percebe-se que as premissas adotadas pelo STF nos precedentes⁷ que culminaram na edição da súmula impõem uma severa restrição a casos muito distintos entre si, norteados pela equivocada presunção de que

⁷ Informação Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

o impetrante estaria buscando de forma desarrazoada subverter a estrutura jurisdicional para obter a concessão de liminar em HC na Corte.

Alberto Zacharias Toron sintetiza quais seriam as duas principais críticas à Súmula 691. Aponta que “o primeiro equívoco do julgado que dá base ao erguimento da Súmula em exame está em generalizar algo que nem sempre ocorre, isto é, ‘que o pedido liminar tem sempre o mesmo objeto da impetração’” (2018, p. 85). Assim, defende que é plenamente possível e, inclusive, comum no dia a dia da advocacia “a impetração, por exemplo, dirigida ao trancamento da ação penal e o pedido liminar voltado unicamente à suspensão do interrogatório e/ou indiciamento” (TORON, 2018, p. 85). Desse modo, o HC no qual o pedido cautelar não coincide com o pedido de mérito não seria contemplado pelos fundamentos sumular.

Ainda, Toron destaca que mesmo que haja coincidência entre pedido liminar e o de mérito, a impetração de HC contra o indeferimento da tutela cautelar seria possível, pela diferença de grau de cognição no julgamento de tais pedidos. Explica que “a concessão da liminar pelo grau de jurisdição superior não obsta a eventual denegação da ordem pelo tribunal local ou regional, pois a amplitude e a profundidade cognitiva do Tribunal quando do julgamento definitivo do habeas são diferentes” (TORON, 2018, p. 85).

Por sua vez, a segunda crítica tecida pelo autor sobre o enunciado sumular diz respeito à pressuposição de “uma sucessividade que nem sempre ocorre” (TORON, 2018, p. 86). Segundo ele, “não é exato que se queira obter, *per saltum*, do Supremo Tribunal Federal, o que diretamente, ‘por falta de competência’, não se pode obter, ‘ou seja, que o relator do *habeas corpus* nessa Corte ‘STF’ conceda liminar contra despacho de juiz de primeiro grau” (TORON, 2018, p. 86). Ademais, destaca que ainda que se trate de impetração sucessiva do *writ*, por conta da denegação do pedido liminar em diversas instâncias, não estaria autorizado o cerceamento pelo STF da impetração nestes casos. Isso porque “não vedando a Constituição o manejo do habeas corpus contra o indeferimento de liminar, soa especioso que, pela via exegética, queira-se restringir o alcance da tutela da liberdade do cidadão” (TORON, 2018, p. 87).

Apesar das apontadas incongruências do enunciado sumular, sua aplicação foi incorporada ao cotidiano da Suprema Corte, mas não de forma rígida. Desse modo,

os ministros começaram a mitigar a restrição nela prevista caso constatassem flagrante ilegalidade ou teratologia. Como observa Mariana Madera Nunes:

O rigor da aplicação do enunciado é superado em hipóteses excepcionais, nas quais: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva da medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização da manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (NUNES, 2019, p. 74).

A flexibilização de sua incidência gerou críticas tanto entre os advogados como entre os ministros do Tribunal. No julgamento do HC 85.185/SP,⁸ discutiu-se no Plenário a possibilidade de cancelamento do enunciado sumular, proposta pelo ministro-relator Cezar Peluso. Este entendeu que o ponto central do debate seria em torno da competência ou não do STF para “conhecer de pedido de habeas corpus contra ato jurisdicional de Ministro do Superior Tribunal de Justiça”.

Ao interpretar o art. 102, inciso I, “i” da Carta de 88, Peluso defendeu que o dispositivo “não discerne [...] quanto à tipologia ou estrutura subjetiva do ato coator representado por decisão jurisdicional, pouco se dando seja esta monocrática ou colegiada, porque revela apenas a afirmação, em si, da coação iminente ou atual à liberdade”. Nesses termos, seria admissível impetrar HC contra denegação de liminar de ministro-relator do STJ, na medida em que “todo Ministro é considerado órgão fragmentário, pela razão óbvia de que atua em nome deste”. No referido julgamento, o ministro também se opôs à proposta de incluir ressalva no enunciado da súmula para os casos de flagrante ilegalidade, pois “com tal restrição, confundiríamos os dois planos metodológicos sucessivos de exame do habeas corpus: o da admissibilidade (ou conhecimento do pedido) e o do mérito”.

Contudo, apesar dos argumentos pertinentes do ministro-relator, a proposta de cancelamento da Súmula 691 restou rejeitada, privilegiando-se “a viabilidade do funcionamento da máquina judiciária”, como pontuou o min. Sepúlveda Pertence em seu voto. Na prática, porém, nota-se que os ministros continuam a usar a técnica do *distinguishing* na aplicação da súmula, superando-a nos casos nos quais constatam flagrante ilegalidade.

⁸ HC 85.185/SP, de relatoria do min. Cezar Peluso, julgado pelo Pleno do STF em 10/08/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Percebe-se, então, que este enunciado sumular foi o grande marco de consolidação da jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores em relação à admissibilidade do *habeas corpus*. Seu impacto no manejo do remédio constitucional não é irrelevante. Pelo contrário: é extremamente nocivo, já que a liminar em HC é fundamental para combate célere de ilegalidades no processo penal – área onde o tempo assume relevância ímpar.

Dos fundamentos da Súmula 691, derivou-se a restrição ao cabimento de HC contra decisão coatora monocrática. Registrado no Informativo 729,⁹ este novo posicionamento preconiza que “não se conhece de habeas corpus ou de recurso ordinário em habeas corpus perante o STF quando, da decisão monocrática de Ministro do STJ que não conhece ou denega o habeas corpus, não se interpõe agravo regimental”.

Dele, depreende-se que há potencialização do argumento restritivo, pois agora há obstáculo ao cabimento de HC não apenas contra indeferimento da liminar pelo relator no STJ, mas também contra qualquer decisão monocrática deste, exigindo-se a interposição de agravo regimental para que a ação seja conhecida. Sua justificativa é, em suma, “a supressão de instância e a falta de exaurimento da jurisdição antecedente” (NUNES, 2019, p. 76).

Este entrave ao conhecimento do HC, assim como a Súmula 691, esbarra em interpretação equivocada do art. 102, inciso I, letra “i” da CF.¹⁰ Deve-se levar em consideração, porém, que nem sempre houve disputa interpretativa sobre o mencionado dispositivo constitucional. Oliveira e Oliveira destacam que “antes da Emenda Constitucional 22 inexistia dúvida de que a Corte Suprema tinha competência para examinar os atos de todas as autoridades hierarquicamente inferiores” (2013, p. 11). Observam as autoras que:

Antes da referida emenda, a Constituição Federal enunciava em seu art. 102, I, *i* que a Corte Suprema teria competência originária para julgar “o **habeas cor-**

⁹ Referente ao RHC 116.711/DF, de relatoria do min. Gilmar Mendes, julgado pela Segunda Turma do STF em 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo729.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

¹⁰ Neste, dispõe-se que o STF é competente para processar e julgar “o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”.

pus, quando o coator ou o paciente for tribunal autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”; depois da alteração, a competência se restringiu aos atos em que o coator fosse não qualquer autoridade abaixo do STF, mas sim os Tribunais Superiores, mantida as demais competências (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2013, p.11).

Nesse sentido, salientam que “com a alteração, traçou-se um caminho obrigatório para o habeas corpus, assentando, definitivamente, a competência do STJ como prévia a do STF” (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2013, p.11). Vê-se, então, que o STF interpreta restritivamente o mencionado artigo, pois este apenas exige uma ordem de interposição entre os tribunais, em nenhum momento impondo o requisito de decisão colegiada. Assim como na restrição anterior, esta também pode ser mitigada quando verificado constrangimento ilegal (NUNES, 2019).

Outro significativo óbice imposta o uso do HC foi a impossibilidade de seu uso como sucedâneo de RHC. No julgamento do HC 109.956/PR,¹¹ a Primeira Turma do STF se posicionou pela “inadequação do habeas corpus quando o caso sugere recurso ordinário constitucional”. Este precedente teve grande repercussão não apenas pelo gravame do entendimento estabelecido “sem que exista em nosso ordenamento a mesma regra imposta pelo AI-6” (BOTTINO, 2016, p. 9), mas igualmente pela argumentação manifestamente fundada no volume de processos da Corte.¹² Conforme constatou Thiago Bottino:

A partir da decisão da primeira turma do STF no julgamento do habeas corpus n. 109.956, publicada em 11 de setembro de 2012 – que repercutiu imediatamente nos demais órgãos julgadores do STF e nas quinta e sexta turmas do STJ –, o mecanismo do não conhecimento passou a ser largamente empregado para

¹¹ HC 109.956/PR, de relatoria do min. Marco Aurélio, julgado pela Primeira Turma do STF em 07/08/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709684>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

¹² Em seu voto, o relator considerou que “em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado habeas substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 habeas e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 habeas e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial”.

que os tribunais selecionassem quais HCs seriam julgados e quais não, sem o risco de que estes últimos figurassem como ações “pendentes” na estatística dos casos ajuizados (BOTTINO, 2016, p. 75).

Nesse sentido, vê-se que o precedente da Primeira Turma reduziu o fôlego da aplicabilidade do art. 5º, LXVIII da CF para submetê-la ao juízo discricionário *ex officio*, em nome do suposto bom funcionamento do judiciário. Esse entendimento não só é flagrantemente contrário ao exposto pela garantia constitucional, como igualmente ignora questão de ordem prática em nosso sistema recursal: a “morosidade no trâmite do recurso ordinário (tanto na instância inferior quanto na instância superior)” (DELMANTO, 2013, p. 16). Há uma razão de ser para a impetração de HC substitutivo de RHC, não sendo sua utilização mera banalidade.

Atualmente, tanto o Pleno quanto as Turmas da Suprema Corte reverteram de forma colegiada seus posicionamentos sobre a referida vedação. Ao analisar o comportamento da Primeira Turma perante o óbice, Nunes indica que “em julgados recentes, principalmente de relatoria do ministro Marco Aurélio, é possível verificar que não consta dos votos a ressalva do cabimento, ficando o Colegiado tão somente no deferimento ou indeferimento da ordem” (2019, p. 72). Inclusive, em entrevista concedida no final de 2014, o ministro responsável pelo surgimento dessa interpretação defensiva comentou que “a sobrecarga de processos não autoriza o órgão julgador a forçar a mão para se ver livre destes ou daqueles processos. O jurisdicionado não pode ser prejudicado” (CANÁRIO, 2014). Percebe-se, pois, uma guinada na aplicação de tal restrição, que perdeu força no STF, ainda que não extinta por completo.

Igualmente importante analisar a vedação de HC substitutivo de Revisão Criminal. Na prática forense, considerando-se a dificuldade de obter provimento de pedido defensivo em recurso especial, sabe-se que é comum a impetração de HC após o esgotamento dos recursos cabíveis, como última tentativa de sanar não raras ilegalidades ocorridas ao longo da marcha processual. Contudo, esta utilização também foi proibida pelo STF, que entendeu que, nestes casos, o comportamento processual adequado seria o ajuizamento de revisão criminal (NUNES, 2019). Este posicionamento se mostra completamente descolado da realidade procedimental, priorizando um apego vazio às formas que vai na direção oposta daquilo que enuncia a garantia constitucional do habeas corpus.

A revisão criminal é ação autônoma de impugnação burocratizada e restrita, destinada à desconstituição da coisa julgada em três hipóteses taxativas.¹³ Tendo isso em vista, não é acertado considerar o *writ* como sucedâneo da revisão, na medida em que ambos têm desenhos processuais completamente distintos. Ao fim, esta limitação jurisprudencial também “está condicionada à hipótese de evidente ilegalidade” (NUNES, 2019, p. 78), admitindo-se, pois, sua flexibilização pela atuação *ex officio* dos ministros.

Decerto, há outras restrições, além das acima elencadas, que integram a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores sobre a cognoscibilidade do *habeas corpus*. Veda-se o manejo de HC substitutivo de Recurso Especial e Extraordinário ou de outros meios recursais.¹⁴ Exige-se que a matéria seja prequestionada na instância inferior. Proíbe-se a impetração do remédio contra ato de ministro da Corte.¹⁵ Julga-se prejudicado o HC “impetrado em face de ato individual de Relator de Tribunal Superior que venha a ser posteriormente substituído por acórdão, assentando necessária a formalização de nova impetração” (NUNES, 2019, p. 72). E, até mesmo, entende-se que o *writ* pode ter seu conhecimento negado por deficiência na instrução de sua petição inicial. Tem-se, assim, um panorama de vulgarização da jurisprudência defensiva em matéria de HC.

Apesar de terem se disseminado sob diferentes formas, é certo que todos esses óbices têm um mesmo pano de fundo: a tentativa da Corte de lidar com seu inchaço processual pela interpretação restritiva de sua competência para julgamento de *habeas corpus*. Embora alguns intercedam pela competência tão somente constitucional do Supremo Tribunal,¹⁶

¹³ Segundo o teor do art. 621 do Código de processo penal, “a revisão dos processos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

¹⁴ Para Toron, “o mesmo raciocínio vale para todos os casos de recurso em sentido estrito, apelação ou agravo em execução, desde que não se discuta aspectos controvertidos da prova. Não há, com efeito, razão lógica e nem jurídica para se impedir o manejo do writ quando a questão versada for compatível com seus limites de cognição” (2018, p. 116-117).

¹⁵ “Reavivando a antiga e conhecida teoria do *king can do no wrong*, que embasava a prerrogativa da irresponsabilidade dos reis, ampliou-se o alcance da Súmula 606 para se impedir o manejo de *habeas corpus* contra atos de Ministros da Corte” (TORON, 2018, p. 106).

¹⁶ O ministro Barroso, por exemplo, é grande crítico da competência penal do STF. Em entrevista recente, afirmou o seguinte sobre os julgamentos de *habeas corpus* na Corte: “Nós temos uma enorme quantidade de Habeas Corpus. Dia desses um dos casos era saber se ter matado alguém no bar, na disputa pelo jogo de sinuca, era motivo torpe ou não era. É uma competência completamente absurda. O Supremo deve

este não é o desenho institucional que foi consagrado na Carta de 88. O art. 102, I, “i”, tem dispositivo claro, que deve ser seguido e não condicionado à possível atuação *ex officio* dos magistrados.

O *habeas corpus* é historicamente um instituto processual simplificado e célere, sendo incompatível *per se* com formalismos e complexidade procedimental. Não se pode admitir uma deturpação do alcance da garantia pelo STF por questões administrativistas, quando há potencialmente ilegalidades a serem sanadas.

2.2 Contornos da concessão *ex officio* do *habeas corpus*

A concessão *ex officio* de *habeas corpus* é prevista em nosso ordenamento jurídico desde o Código de Processo Penal do Império de 1832 (BUENO, 2019), sendo anterior à proteção constitucional da garantia. Hoje, disposta no art. 654, §2º do CPP, esta possibilidade processual pode ser vista, sob uma interpretação conforme à Carta de 88, como responsável por trazer maior eficácia ao direito à liberdade e, consequentemente, à garantia do *habeas corpus*. Tamanha é a importância do *writ* que este não se submete ao princípio dispositivo, basilar no direito processual. Conforme observa Alberto Silva Franco, “o juiz penal encontra-se [...] obrigado, além do normal exercício da jurisdição penal, a fazer valer, efetivamente, as garantias constitucionais do cidadão, no campo penal e processual penal, independentemente de sua provocação” (1992, p. 70-71).

Além disso, não apenas não deve a concessão de *habeas corpus* se limitar a pedido do impetrante, como também não está circunscrita à ação mandamental – “a ordem é suscetível de concessão de ofício nos processos em geral, não se restringindo a atuação judicial a determinadas classes ou procedimentos” (BUENO, 2019, p. 112). Assim, a concessão de ofício do HC dialoga diretamente com a “inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV)” e com a “cogência e inderrogabilidade da dignidade da pessoa humana, alçada à estatura de fundamento da República (art. 1º, III)” (BUENO, 2019, p. 107).

julgar Habeas Corpus em que há contrariedade à jurisprudência do Supremo, quando há violação a um direito fundamental diferente da liberdade de ir e vir — pois todo Habeas Corpus cuida de liberdade de ir e vir — ou em casos teratológicos, que é um apelido que a gente dá aqui para decisões completamente absurdas e inaceitáveis. Fora isso, os casos deveriam terminar no Superior Tribunal de Justiça e ponto, como é em toda a parte do mundo” (CARDOSO; CHAER; VITAL, 2020).

Tendo em vista essas considerações, pode-se afirmar que a previsão de concessão *ex officio* de HC, norteada por princípios constitucionalmente consagrados, coaduna-se com a aplicação que lhe tem sido dada pelo STF frente aos óbices jurisprudencialmente criados ao conhecimento do *writ*?

Sabe-se que, nesses casos, a Corte justifica ser a concessão *ex officio* um modo de “conciliar o óbice ao aforamento da impetração com o necessário prestígio e tutela do direito de locomoção” (BUENO, 2019, p. 112). Ao observar tal atuação de ofício, Bueno detectou que ela pode “alicerçar-se em dois pilares cumulativos, quais sejam: a exigência imediata de atuação do Supremo Tribunal Federal para o fim de se alcançar a efetividade do direito de locomoção, bem como situação configuradora de afronta à jurisprudência da Corte” (2019, p. 115). Tal política processual do STF, no entanto, é passível de crítica de ordem i) dogmática-processual, ii) pragmática e iii) teleológica.

Em relação à falta de rigor dogmático-processual do artifício do não conhecimento da ordem de habeas corpus, apesar de sua concessão de ofício, evidencia-se que o STF “criou uma confusão terminológica geradora de decisões paradoxais, porquanto, ao mesmo tempo em que o órgão julgador não conhecia da impetração, eventualmente concedia a ordem, *ex officio*” (CRUZ, 2019). Sabe-se que, sendo o *habeas corpus* uma ação autônoma de impugnação, “para que o seu mérito seja apreciado é necessária a concreta presença dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito” (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 178). Dinamarco e Lopes são claros ao afirmar que “mesmo aquele que tenha ação só terá o efetivo poder de exigir o provimento do mérito (e o juiz o dever de pronunciá-lo) quando satisfeitos todos esses requisitos” (2016, p. 179).

Contudo, ao estabelecerem descabidos pressupostos à admissibilidade do *writ* e os condicionarem ao juízo de concessão *ex officio*, as Cortes Superiores atropelam a lógica das categoriais procedimentais. Tem-se, portanto, uma “aporia”, como advertiu o ministro Peluso, no julgamento do HC 85.185/SP de sua relatoria, “porque não se pode conhecer sem examinar o mérito, mas, segundo os princípios, não se pode examinar o mérito, sem antes conhecer do pedido”.

Daí decorre a segunda crítica ao referido comportamento decisório do STF, de ordem pragmática. É patente a ineficiência da conciliação entre a criação de óbices processuais ao cabimento do HC para conter o volume processual dos tribunais e a

justificativa de concessão de ofício ante flagrante ilegalidade. Tendo os ministros que analisar se o caso em concreto se enquadra ou não nas hipóteses excepcionais de superação das restrições pela concessão de ofício, estarão inevitavelmente julgando o mérito.

Ou seja: o emprego dos entraves ao manejo do *writ* aliado à concessão *ex officio* se mostra ineficaz, na medida em que não atende ao objetivo de redução de trabalho da Corte no julgamento de HCs. Bottino também pontua que “a prática de ‘não se conhecer formalmente’, mas ‘conhecer materialmente’ a impetração disfarça o problema enfrentado pelos tribunais em razão do volume de *habeas corpus*” (2016, p. 76). Discorre o autor que:

Uma vez que se concede a ordem – ainda que *ex officio* –, essa “solução” não será capaz de diminuir a maior parte do grande volume de impetrações, pois permanece o incentivo positivo à impetração. Por outro lado, essa prática produz os seguintes “efeitos colaterais”: (1) mascara a real estatística da taxa de sucesso dessa classe de ação; (2) cria um espaço de discricionariedade dos integrantes dos Tribunais Superiores para selecionarem quais impetrações “não conhecidas” serão, na verdade, conhecidas e providas; (3) gera insegurança nos jurisdicionados, na medida em que não se tem clareza acerca do cabimento ou não daquela ação. Por fim, essa solução tampouco enfrenta as verdadeiras causas do aumento exponencial das impetrações de HCs e RHCs, mas ataca apenas o “sintoma da doença (BOTTINO, 2016, p. 76).

Do ponto de vista teleológico, percebe-se que a própria autorização excepcional da concessão *ex officio* demonstra a incompatibilidade da ação mandamental com eventuais óbices ao seu conhecimento. É certo que o HC pode se sujeitar apenas a limitações cognitivas, a regras constitucionais de competência e a seus pressupostos de admissibilidade legalmente estabelecidos. Sobre estes últimos, inclusive, destaca Badaró que “o excesso de rigor da apreciação dos aspectos formais da impetração serviria, apenas, para não conhecer da ordem, mas concedê-la de ofício” (2018, p. 546). Por essa perspectiva, então, atesta-se aparente contradição entre a prática adotada pelo STF e a finalidade da garantia constitucional. A razão de ser da concessão *ex officio* é justamente potencializar o âmbito de cabimento do HC e não restringir seu cabimento a critérios eleitos pelo Tribunal para sua incidência, a fim de atender demandas administrativas.

Observa-se, por fim, que desde que esta fórmula processual foi adotada pelo STF, houve um aumento anormal do número de concessões de ofício em *habeas corpus*.¹⁷ Para

¹⁷ Informação extraída da seção estatística do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Bottino, “esse alto percentual indica um funcionamento irregular do sistema em que a atuação do Judiciário sem ter sido provocado é bastante excepcional” (BOTTINO, 2016, p. 74). Diante de tal cenário, torna-se relevante investigar empiricamente como o Supremo tem operacionalizado essa *sui generis* e cada vez mais recorrente concessão *ex officio*, como forma de flexibilizar os entraves jurisprudenciais ao manejo do remédio constitucional.

3. ANÁLISE EMPÍRICA DAS CONCESSÕES DE OFÍCIO EM HC NO STF EM 2019

Nesta seção, traz-se uma investigação empírica do tema – objeto central do presente trabalho. Inicialmente, será ilustrada a metodologia utilizada para coleta e exame dos dados encontrados nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, serão expostos os resultados da análise quantitativa, de viés descritivo, que revelam o perfil das concessões de ofício de *habeas corpus* no STF no ano de 2019. Por fim, será explicitado um diagnóstico do comportamento do Tribunal ao se utilizar do mecanismo do “não conhecimento, mas concessão de ofício”, lastreado em análise qualitativa dos julgados, de viés processual.

3.1 Metodologia

O trabalho empírico se apoiou na análise quantitativa e qualitativa das ordens concedidas de ofício nos HCs julgados pelo STF no ano de 2019. Sabe-se que a pesquisa jurisprudencial é “uma *investigação científica*, orientada por *metodologia* especialmente construída para endereçar *perguntas* que possam ser respondidas por meio de análise de *julgados*” (FEFERBAUM; PALMA; PINHEIRO, 2019, p. 119). Assim, pode-se compreender que o estudo dos HCs concedidos *ex officio* pelo STF é o meio mais imediato para compreender a dinâmica da instituição acerca da superação das restrições impostas à ação mandamental.

O espaço amostral foi composto por todos os HCs concedidos de ofício pelo STF no ano de 2019 que, segundo lista fornecida pela seção estatística do sítio eletrônico do Tribunal,¹⁸ consistia em 303 julgados – 277 decisões monocráticas e 26 acórdãos.

¹⁸ Na Seção “Estatística” do sítio eletrônico desta Corte, há uma parte exclusivamente destinada às informações sobre os HCs, onde é possível acessar tabela com a lista de todos os *writs* concedidos pelo STF

Desta amostra, constatou-se a impossibilidade de análise de algumas decisões – quer por estarem em segredo de justiça, quer pela ausência de acórdão publicado até o momento de produção da pesquisa. Ao fim, então, obteve-se o espaço amostral de 282 decisões colegiadas e monocráticas.

Delimitado o espaço amostral, o passo seguinte foi a escolha de variáveis úteis para aferição do problema de pesquisa investigado. Num primeiro momento, adotou-se como base variáveis derivadas de investigação feita no âmbito do extinto Projeto Pensando o Direito (BOTTINO, 2016), bem como de pesquisa empírica feita por assessores dos ministros do STF (DUARTE *et al.*, 2019). A estas, somaram-se variáveis especialmente voltadas para o objeto deste trabalho, como “tipo de restrição” e “justificativa para concessão de ofício”. Em seguida, tais categorias de análise foram testadas em 15% da amostra, com o intuito de constatar se as informações fornecidas a partir delas atenderiam satisfatoriamente aos objetivos propostos. Ao fim, alguns ajustes foram feitos, resultando na estrutura final¹⁹ para coleta dos dados.

Considerando o grande número de ordens de *habeas corpus* na amostra, fez-se uma análise quantitativa dos dados coletados, de viés descritivo (FEFERBAUM; PALMA; PINHEIRO, 2019, p. 133). Essa abordagem possibilitou que se traçasse um perfil desses julgados e que se testasse a hipótese referente à possível seletividade desta atuação judicial para além do princípio dispositivo. Já na análise qualitativa, optou-se por focar na fundamentação utilizada pelos ministros do STF para flexibilizar a jurisprudência defensiva sobre o cabimento do HC. Com isso, buscou-se examinar de que modo esses institutos são operacionalizados, à luz da dogmática processual e das garantias constitucionais processuais.

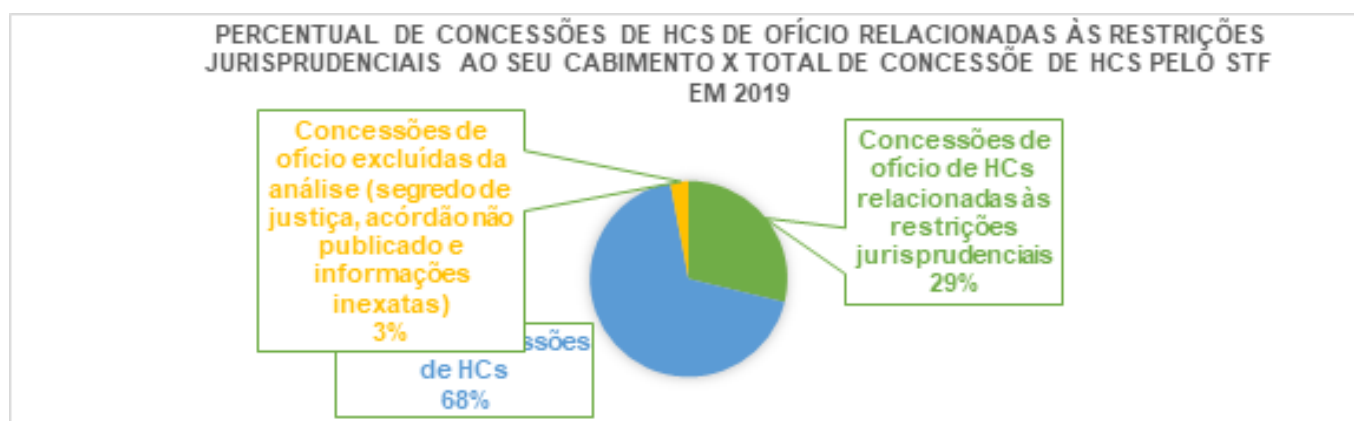
entre os anos de 2009 e 2019. Ainda, tal tabela classifica os HCs concedidos a partir de 4 categorias: i) concedida a ordem, ii) concedida a ordem de ofício, iii) concedida em parte a ordem e iv) provido. Com isso, o acervo estatístico do STF possibilitou que se conhecesse o universo de *habeas corpus* concedidos de ofício pelo tribunal em tais anos.

¹⁹ Foram utilizadas as seguintes variáveis para nortear a coleta de dados, devidamente organizadas em planilha no formato *excel*: i) responsável pela decisão (órgãos colegiados x ministros-relatores); ii) classe processual relacionada ao ato coator; iii) distribuição dos temas; iv) natureza do crime; v) tipo de restrição ao uso do HC; vi) fundamentos predominantes das ordens concedidas de ofício; vii) juízo de admissibilidade; viii) como a restrição é operacionalizada pelo órgão julgador?; ix) justificativa para a concessão de ofício (elementos indicativos); x) dispositivo; xi) pleito defensivo; e xii) “a concessão de ofício coincidiu com o pleito defensivo?”.

3.2 Análise quantitativa

Os *habeas corpus* concedidos de ofício pelo STF no ano de 2019, em sua grande maioria, foram proferidos de forma monocrática (91,39%) e em decisões nas quais também havia registro de entraves ao seu cabimento (94, 33%).²⁰ A dimensão deste número na atividade decisória da Corte em matéria de HC pode ser mais facilmente percebida no gráfico a seguir.

Gráfico 1 – Percentual de concessões de ofício de HCs relacionados às restrições jurisprudenciais ao seu cabimento x total de ordens de HCs concedidas pelo STF em 2019



Fonte: Elaborado pela autora.

A partir de tais dados, visualiza-se que a atuação de ofício do tribunal nesses casos nos quais o HC não deveria ser conhecido, e que em tese deveria ser excepcional, em verdade representou quase um terço (1/3) de todos os HCs concedidos pelo STF em 2019, o que demonstra a expressividade desse subterfúgio processual de “não conhecer, mas conceder a ordem de ofício” nesta atuação da Corte. Ainda, ela ocorre quase que exclusivamente de forma monocrática, o que contribui para o aumento da discricionariedade nesse comportamento decisório.

²⁰ Os demais remédios se enquadravam na circunstância de concessão de ofício decorrente de ilegalidade distinta daquela aduzida pelo impetrante, na qual não havia apontamento de entrave à admissibilidade do HC. Ainda, considerou-se como “prejudicadas” as decisões nas quais, apesar de haver registro de concessão de ofício, não se oferecia informações suficientes ou claras para, de forma confiável, aplicar a referida classificação.

Ao examinar especificamente as concessões de ofício nas quais havia registro da referida jurisprudência defensiva, constatou-se que estas eram, em sua maioria (63,90%), decorrentes de impugnação contra pedido de liminar em HC denegado no Superior Tribunal de Justiça. Além disso, verificou-se que os óbices jurisprudenciais ao manejo do HC mais invocados pelos ministros são aqueles ligados à fundamentação²¹ sobre supressão de instância (90,29%) – isto é, casos nos quais se alegou a incidência da súmula 691, a ausência de interposição de AgRg no STJ, a ausência de julgamento de mérito no STJ, ou a simples ocorrência de “supressão de instância”, sem rótulos específicos. Essa conclusão é importante, posto que igualmente indica a repercussão do posicionamento do Tribunal sobre sua competência para julgamento de *habeas corpus*, baseada em interpretação restritiva do art. 102, I, “i” da Constituição.

Para que se apreendesse o que o STF tem considerado como flagrante ilegalidade apta a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício nos casos nos quais havia registro das restrições jurisprudenciais ao seu cabimento, examinou-se quais temas, crimes e fundamentos eram mais frequentes nestes julgados. Identificou-se que a grande maioria das questões tratadas (61,51%) eram referentes a direito processual penal, devido ao expressivo número de ordens concedidas que versavam sobre cabimento de prisões preventivas e execução provisória da pena. Também houve significativo número de HCs concedidos *ex officio* que abordavam temas de direito penal material²² (36,33%). A discussão de temas de execução penal na amostra foi inexpressiva (1,44%).

Ademais, buscou-se sistematizar²³ o que foi considerado pelos ministros como coação ilegal apta a ensejar a superação dos óbices jurisprudenciais ao conhecimento de *writ*. Aferiu-se que as concessões de ofício se restringiram a poucos fundamentos, não

²¹ Considerou-se que seria mais adequada uma análise quantitativa pautada pelos fundamentos das restrições e não pelos tipos de óbices. Isso porque, por vezes, os ministros meramente expunham o fundamento, alegando genericamente a ocorrência de supressão de instância, ou aplicavam a “Súmula 691” e a “Ausência de interposição de AgRg no STJ” como sinônimos.

²² Nestes, os assuntos mais recorrentes eram: i) fixação do regime inicial do cumprimento de pena, ii) substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; iii) aplicação do redutor do tráfico privilegiado; e iv) valoração de antecedentes criminais.

²³ Aqui, replicou-se as ferramentas e categorias de análise utilizadas por Duarte, Pedrina, Salles e Vasconcellos no tópico “Os fundamentos predominantes das ordens concedidas” para “expor os motivos que justificaram as concessões de ordens de modo determinante, entre as turmas e entre os Ministros, individualmente em suas decisões monocráticas” (DUARTE *et al*, 2019, p. 163).

havendo, pois, grande variedade no que fora apontado como flagrante ilegalidade. Os cinco fundamentos mais frequentes nas concessões da ordem foram: i) imposição de regime inicial mais gravoso (21,84%), ii) prisão preventiva com vício de fundamentação (21,20%), iii) execução provisória da pena (15,19%), iv) negativa de substituição de pena corporal pela restritiva de direitos (7,59%), e v) negativa de prisão preventiva por domiciliar (mães/gestantes) (5,38%). Somados, representam 71,2% desta amostra.

Tais dados em muito se assemelham àqueles registrados quando da análise do total de ordens de HC concedidas em 2018 (DUARTE *et al.*, 2019). Segundo os dados produzidos sobre ano anterior, as motivações mais frequentes eram sobre i) fundamento de preventiva (20,4%), ii) regime mais benéfico (16,0%), iii) dosimetria (14,3%), iv) execução provisória da pena (11,2%) e v) HC coletivo sobre mães e gestantes (7,0%) (DUARTE *et al.*, 2019, p. 163).

Comparando-se os fundamentos com maior prevalência nas ordens concedidas de ofício relacionadas às restrições jurisprudenciais ao conhecimento do *writ* em 2019 e no total de concessões de HC em 2018, não foi possível detectar distinção significativa entre eles. Essa constatação permite que se perceba que o “não conhecimento, mas concessão de ofício” ocorre em situações análogas àquelas em que os ministros usualmente concedem a ordem de HC, demonstrando certa uniformidade temática em sua atividade jurisdicional.

Nesse sentido, tais resultados, juntos aos anteriormente expostos, frustram a confirmação da hipótese de que haveria seletividade na operacionalização das concessões de ofício nos casos de incidência das restrições ao conhecimento do *writ*, na medida em que não foi possível concluir que há favorecimento de determinadas impetrações ou impetrantes nesta atuação discricionária. O que se pode concluir é que, se há seletividade em tal modalidade de concessão de HC, esta é reprodução daquela já operacionalizada pelo Tribunal quando do julgamento da ação mandamental nos limites do princípio dispositivo.

3.3 Análise qualitativa

A análise qualitativa realizada pautou-se pelo exame das fundamentações explicitadas pelos ministros do STF para superar os óbices jurisprudenciais impostos ao

habeas corpus pela concessão da ordem de ofício. Com isso, buscou-se averiguar o modo pelo qual os membros da Corte manejam tais categorias processuais, não havendo, pois, a pretensão de fazer uma análise pautada pelo mérito dos julgados.

De imediato, percebeu-se que a motivação judicial apresentada pelo Tribunal nesses casos foi obscura e genérica. Em suma, os ministros num primeiro momento registravam que havia óbice ao cabimento do HC, para depois justificar que a jurisprudência da Corte possibilita de forma excepcional o abrandamento deste pela concessão de ofício. Invocando motivações genéricas como “peculiaridades do caso em concreto”, “flagrante ilegalidade”, “contrariedade à jurisprudência do Tribunal” ou sequer apresentando uma justificativa, passava-se automaticamente para a análise da possibilidade da concessão de ofício. Havia, então, um carimbo de “não conhecimento”, no qual se indicava em qual restrição jurisprudencial se enquadrava o caso em exame, para logo depois superá-la pelo anúncio de possibilidade de concessão da ordem de ofício.

Ante a ausência de justificação adequada quando da mitigação das restrições jurisprudenciais ao cabimento do *writ*, atestou-se nas decisões examinadas que, no geral, os ministros violam diretamente a garantia constitucional de motivação judicial. Não há qualquer preocupação dos magistrados em expor especificamente o porquê da flexibilização do não conhecimento do HC no caso em concreto, contentando-se com a exposição do mérito da coação ilegal por eles reconhecida. Limitam-se, então, à apresentação de fundamentos “*per relationem*”, que são reproduzidos em série, de maneira protocolar.

A partir de tal constatação, foi possível perceber também a centralidade do juízo subjetivo dos ministros sobre a configuração ou não de flagrante ilegalidade para superação das restrições jurisprudenciais ao cabimento do HC. Este juízo nada mais é que um mérito *sui generis*, sendo mérito aqui entendido como juízo sobre “o pedido e sua respectiva causa de pedir”²⁴ (DIDIER JR., 2019, p. 524). Nesses termos, o juízo sobre a possibilidade de concessão de ofício acaba por substituir o juízo de mérito da pretensão do impetrante – afinal, ele é pautado pela compreensão do ministro sobre a configuração ou não de flagrante ilegalidade à liberdade do paciente. Se num primeiro momento este comportamento judicial aparenta ser neutro, na medida em que há verificação de eventuais

²⁴ Para Didier Jr., “A questão principal do juízo de admissibilidade é a validade do procedimento; a questão principal do juízo de mérito é o pedido e a sua respectiva causa de pedir” (2019, p. 524).

ilegalidades pelos membros da Corte, sob uma análise mais detida, pode-se notar que ela favorece o decisionismo e contraria a finalidade da concessão *ex officio*.

Em primeiro lugar, atesta-se que essa atuação do STF apequena a inafastabilidade da jurisdição estatal, visto que condiciona a efetividade do *habeas corpus* ao entendimento subjetivo dos ministros sobre a existência de flagrante ilegalidade. Ao criar filtros de admissibilidade próprios para uma garantia constitucional, a Corte subtrai do impetrante a segurança jurídica de que a ilegalidade por ele apontada será submetida a uma prestação jurisdicional efetiva. Isto é: ainda que atenda aos pressupostos processuais e às condições de ação, o impetrante não sabe se obterá o juízo de mérito da pretensão por ele alegada, visto que este não é em si analisado, mas sim a possibilidade de concessão “de ofício” norteadas por juízo casuístico e sem critérios pré-definidos dos magistrados, o que aumenta o espaço de discricionariedade e compromete a isonomia decisória.²⁵

Pode-se defender que a possibilidade de concessão *ex officio* afastaria qualquer acusação de embaraço ao acesso à justiça, na medida em que as ilegalidades seriam submetidas à verificação de eventuais ilegalidades pelos ministros. Matheus Bueno, por exemplo, entende que a concessão da ordem de ofício pelo STF procura “compatibilizar os obstáculos processuais e a proteção judicial efetiva” (2019, p. 114). No entanto, deve-se considerar que estes óbices ao manejo do HC i) são ilegítimos, visto que são derivados de criação jurisprudencial – isto é, sequer deveriam existir segundo os ditames constitucionais –, e ii) são flexibilizados de forma obscura e subjetivista, o que compromete a segurança jurídica dos impetrantes. Assim sendo, não é possível falar em compatibilização destes óbices com a dimensão das garantias constitucionais do *habeas corpus* e da inafastabilidade da jurisdição.

Em segundo lugar, verifica-se que este comportamento institucional deturpa a finalidade da concessão de ofício, ao utilizá-la de forma instrumental para mitigação dos entraves à admissibilidade do *writ*. Por diversas vezes nas decisões examinadas, constatou-se que a concessão de ofício ocorria nos termos do que fora pedido pela parte – ou seja, ela

²⁵ Importante destacar que a presente pesquisa analisou os casos bem sucedidos do STF, isto é, aqueles nos quais houve superação das restrições ao cabimento do *habeas corpus* pelo juízo positivo acerca da possibilidade de concessão de ofício do *writ*. Para aferir de forma mais minuciosa a discricionariedade do STF nesta atuação, seria interessante desenvolver uma agenda de pesquisa que investigasse também os casos nos quais os ministros entenderam não ser possível a concessão da ordem de HC *ex officio*.

se prestava não à potencialização da efetividade da prestação jurisdicional, mas sim como instrumento da referida jurisprudência defensiva.

A resposta processual de concessão de ofício nos termos do pedido da parte causa estranhamento, tendo em vista pressupostos do princípio dispositivo e a teleologia da norma do art. 654, §2º do CPP. Para tratar deste tema, é necessário fazer uso supletivo das categorias processuais civis, conforme autoriza o art. 3º do CPP.²⁶

Cintra, Dinamarco e Grinover observam que a inércia é uma das características da jurisdição. Segundo os autores, “assim como os direitos subjetivos são em princípio *disponíveis*, podendo ser exercidos ou não, também o acesso aos órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2015, p. 169). Da inércia da jurisdição decorrem os limites da atividade decisória quando da análise do pedido da petição inicial.

Braga, Didier Jr. e Oliveira assinalam que, segundo a regra da congruência, “o juiz, ao decidir, deve ater-se aos pedidos das partes e somente a eles, não podendo ir além, para conceder mais ou coisa diversa, nem podendo deixar de analisar qualquer um deles” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016, p. 366). Explicam que “se o magistrado vai *além* desses limites, a sua decisão é *ultra petita*; se fica *fora* deles, é *extra petita*; se fica *aquém*, é *citra petita*” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016, p. 367).

Ante tais categorias processuais civis, pode-se depreender que, sendo concessão de ofício em HC exceção ao princípio dispositivo, esta teria finalidade protetiva, autorizando intervenção judicial para além do pedido da parte “quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” – é este o mandamento disposto no art. 654, §2º do CPP. Como compreender, então, esta atuação decisória do STF de conceder de ofício aquilo que o próprio impetrante havia pedido?

No lugar de se afirmar de maneira generalizante que todas as concessões de ofício²⁷ analisadas seriam derivadas de uso heterodoxo deste dispositivo processual, optou-se por

²⁶ O art. 3º do CPP determina que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

²⁷ Esta amostra diz respeito apenas às concessões de ofício nas quais havia registro de restrições jurisprudenciais ao cabimento do *habeas corpus*.

investigar em que medida tais concessões coincidiam com o pleito defensivo. Para tanto, comparou-se o pedido registrado no relatório da decisão com o teor do dispositivo, à luz das categorias de decisão judicial acima mencionadas, quais sejam, *extra petita*, *ultra petita* e *infra petita*.²⁸

Adaptando-as à lógica procedimental da ação de *habeas corpus* e ao objetivo normativo da concessão de ofício, optou-se por limitar o exame a três classificações. As decisões nas quais, em virtude dos óbices à admissibilidade do HC, não se analisou os pedidos defensivos, mas por se ter detectado ilegalidade distinta, concedeu-se a ordem de ofício, foram classificadas como “não congruentes”. Já as decisões nas quais a concessão de ofício era utilizada para superação do óbice processual, concedendo a ordem em maior ou menor extensão, nos termos do pedido do impetrante, mesmo que se omitisse em relação à parte do pleito defensivo, foram consideradas como “congruentes”. Ainda, as decisões nas quais não havia informação clara sobre o pedido do impetrante foram consideradas como “prejudicadas”.

Submetendo os julgados da amostra a tais categorias, constatou-se que apenas 7% das concessões de ofício não tinham qualquer congruência com o pedido defensivo, ao passo que 92% delas dialogava diretamente com este. 1% delas foram enquadradas como “prejudicadas”. Esses dados revelam que, na esmagadora maioria das vezes, a concessão de ofício não foi aplicada em sua acepção originária, de sanar eventuais ilegalidades no curso do processo, mas sim como escusa para manutenção das indevidas restrições à admissibilidade que a Corte criou.

Assim sendo, não se pode admitir que a possibilidade de derrogação do princípio dispositivo nas ações de *habeas corpus* seja reduzida a mecanismo retórico de gestão processual diante do excesso de litigiosidade. É desidratar dispositivo legal destinado a maior proteção jurisdicional para justificar a manutenção de óbices ilegítimos. Do ponto de vista teleológico, então, constata-se a deturpação na aplicação do art. 654, §2º do CPP.

²⁸ De forma didática, Braga, Didier Jr. e Oliveira elucidam que “se na decisão *ultra petita* o juiz *exagera* e, na *extra petita*, ele *inventa*, na decisão *citra petita* o magistrado *se esquece* de analisar algo que tenha sido pedido pela parte ou tenha sido trazido como fundamento do seu pedido ou da sua defesa” (2016, p. 376).

CONCLUSÕES

A partir das análises acima explicitadas, conclui-se que o comportamento decisório da Corte de sujeitar a superação dos óbices ao “conhecimento” do *habeas corpus* à atuação de ofício dos ministros é nocivo à tutela adequada da liberdade de locomoção, bem como subverte a função das normas processuais. Embora se tenha percebido quantitativamente que inexistente seletividade no mérito desses HCs concedidos de ofício pelo STF no ano de 2019, visto que os crimes, temas e fundamentos nelas predominantes coincidem com aqueles também registrados no total de ordens de HCs concedidas pela Corte no ano anterior (DUARTE *et al.*, 2019), evidenciou-se qualitativamente que este *modus operandi* do Tribunal não pode ser conciliado com o alcance e com a efetividade das garantias constitucionais do art. 5º, incisos XXXV e LXVIII da CF. Falta-lhe transparência, legitimidade e segurança jurídica.

Prevendo a constituição que “sempre” que alguém sofrer ou está na iminência de sofrer coação ilegal na sua liberdade de ir e vir será concedido *habeas corpus* e havendo dispositivo de lei federal afirmando que nessa hipótese os tribunais têm competência para expedir de ofício a ordem de HC, é evidente que nosso ordenamento jurídico prevê controle judicial amplo de ilegalidades – quer por iniciativa das partes, quer por iniciativa jurisdicional. No entanto, ao atribuir à concessão de ofício o papel de sustentáculo desta jurisprudência defensiva, o Supremo Tribunal dá ao remédio constitucional e à concessão de ofício uma aplicabilidade que não se coaduna com suas finalidades normativas.

A Corte incorre em conduta duplamente ilógica: não conhece do que analisou o mérito e concede de ofício nos termos do que foi pedido pela parte. Ao fim e ao cabo, cria um atalho tortuoso no caminho para concessão do *habeas corpus*, contrariando a essência da ação mandamental de ser um instrumento ágil e desburocratizado na proteção da liberdade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, G. Habeas corpus. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Manual dos recursos penais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 529-555.

BARBOSA, Eduardo Ubaldio; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o habeas corpus. In: Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal. Organização de PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda *et al.* São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 15-44.

BOTTINO, Thiago. Pesquisando habeas corpus nos tribunais superiores. In: REI – Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 64-79, maio 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/357/325>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17508/Habeas%20corpus%20nos%20tribunais%20superiores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____; HARTMANN, Ivar A. M. Radiografia do habeas corpus no STJ. IN: Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 253, p. 2, dez. 2013. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=102513>. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Posidvm, 2016.

BUENO, Matheus de Andrade. Habeas corpus de ofício: possibilidades e limites. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda *et al.* (org.). Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 103-122.

CANÁRIO, Pedro. “Exagero na racionalização dos trabalhos dos tribunais prejudica a cidadania”. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-21/entrevista-marco-aurelio-ministro-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 12 de jun. 2020.

CARDOSO, Maurício; CHAER, Márcio; VITAL, Danilo. “Quando o Direito Penal chegou ao andar de cima, todos ficaram garantistas. In: Consultor Jurídico, 2020.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CRUZ, Rogerio Schietti. Por uma Lei do Habeas Corpus. Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro: Editora JC, ed. 222, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus>>. Acesso em: 05 jun. 2020

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Tribunais Superiores cometem um atentado à democracia. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 243, p. 16-17., fev. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=99246. Acesso em: 3 mar. 2020.

DIDIER, F. Jurisdição. In: DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, pp. 189-237.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

DOTTI, René Ariel. O projeto do Novo Código de Processo Penal e as garantias essenciais do Habeas corpus. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 221, p. 2-3, abr. 2011.

DUARTE, Áquila Magalhães *et al.* Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda *et al.* (org.). Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 153-181.

FEFERBAUM, M.; PALMA, J. B. de; PINHEIRO; V. M. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: FEFERBAUM, Mariana; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses, 2. ed. São Paulo: Saraiva, pp. 118-137.

FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, GRINOVER, Ada Pellegrini. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. Medida liminar em “habeas corpus”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 0, Esp. lançamento, p. 70-74., dez. 1992.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O *habeas corpus* como instrumento de proteção do direito à liberdade de locomoção. In: JUSTIÇA penal 5: tortura, crime militar, habeas corpus. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 480 p., 19 cm. ISBN 85-203-1569-0. p. 62.

KOERNER, Andrei. Habeas-corpus na prática judicial brasileira: 1841-1920. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 269-285., out./dez. 1998.

LOPES JR., Aury. A moda agora é dar Habeas Corpus “de ofício, mas só quando eu quiser”. In: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corpus-oficio-quando-eu-quiser>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

NUNES, Mariana Madera. O cabimento do habeas corpus e a jurisprudência defensiva do Supremo. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda *et al.* (org.). Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, pp. 63-82.

OLIVEIRA, Adriana Almeida de; OLIVEIRA, Paula Lima Hyppolito. A matemática humana do habeas corpus. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 247, p. 10-12, jun. 2013.

RECONDO, Felipe. Tanques e togas: O STF e a ditadura militar. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

SOUZA, José Barcelos de. Habeas-corpus processual. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 50, p. 3, jan. 1997.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 45, n. 177, jan-mar. 2008, pp. 75-82. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina_habbeas_corpus_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em: 06 jun. 2020.

SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985. Curitiba: Edição do Autor, 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13745/Advocacia%20>

em%20tempos%20dif%3%adceis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mai. 2020.

TORON, Alberto Zacharias. Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Apresentação oral

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO DO
IMPUTADO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA**

*THE NON-PERSECUTION AGREEMENT AS A GUARANTEE OF THE
DEFENDANT: A COMPARED PERSPECTIVE*

Jamilla Monteiro Sarkis

Mestre em Direito pela UFMG. Coordenadora Adjunta do IBCCRIM.

Advogada Penalista.

E-mail: jamilla.sarkis@gmail.com

Rafael Barros Bernardes da Silveira

Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG.

Professor de Direito Penal.

E-mail: rafaelbarrosbs@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise crítica do acordo de não persecução penal, introduzido no Código de Processo Penal pela recente microreforma promovida pela Lei 13.964/2019. Para tanto, parte da hipótese de que, da forma como previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal – segundo o qual o oferecimento do acordo é uma faculdade do Ministério Público e não um direito do imputado – há claro privilégio da atuação acusatória e mitigação da participação defensiva na esfera negocial, circunstância que viola o princípio do contraditório, compreendido pela influência de ambas as partes no provimento judicial e na garantia da não-surpresa. Como metodologia, utiliza da revisão bibliográfica e, em especial, do direito comparado, buscando cotejar a realidade nacional com o modelo processual penal chileno, que recentemente passou por reformas processuais, as quais foram bem-sucedidas na introdução de uma modalidade de justiça penal negocial por meio do chamado *procedimiento abreviado*. Ao final, espera evidenciar que a adequação do acordo de não persecução penal ao sistema acusatório, que gravita sob a órbita do contraditório, depende de sua garantia como um direito dos

imputados, afastando do órgão de acusação a faculdade de selecionar, autoritariamente, aqueles que merecem ou não integrar espaços de soluções consensuais.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Faculdade do Ministério Público. Direito do imputado. Perspectiva comparada.

Abstract: The present study aims to carry out a critical analysis of the non-criminal persecution agreement, introduced in the Criminal Procedure Code by the recent micro-reform promoted by Law 13.964/2019. Therefore, it starts from the hypothesis that, as provided for in article 28-A of the Criminal Procedure Code – according to which the offer of the agreement is a faculty of the Public Prosecutor's Office and not a right of the defendant – there is a clear privilege of accusatory action and mitigation of defensive participation in the negotiation sphere, a circumstance that violates the adversarial principle, understood as the influence of both parties in the judicial decision and in the guarantee of non-surprise. About the methodology, there will be use of the bibliographic review and, in particular, compared law, seeking to compare the national reality with the Chilean criminal procedure model, which has recently undergone macro-reforms, which were successful in introducing a form of criminal negotiated justice through the so-called *procedimiento abreviado*. In the end, the study expects to show that the adequacy of the non-criminal prosecution agreement to the adversarial system, which gravitates under the orbit of the adversarial principle, depends on its guarantee as a right of the accused, removing from the prosecution the power to select, authoritatively, the one who deserve or not to integrate spaces of consensual solutions.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement. Faculty of the Public Ministry. Defendant's right. Comparative perspective.

Sumário: Introdução. 1. Expansão dos espaços negociais no processo penal. 2. O acordo de não persecução penal e a violação ao princípio do contraditório. 3. Um necessário olhar comparado: o procedimento abreviado no processo penal chileno. 4. Perspectiva constitucional do acordo de não persecução penal: faculdade da acusação ou direito do imputado? Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Inserido no ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da Lei 13.964/19, o acordo de não persecução penal reafirma a tendência internacional e a aderência do processo penal brasileiro às soluções negociais.

Nos termos de sua previsão legal, trata-se de benefício que poderá ser proposto pelo Ministério Público para a pessoa imputada que confessar a prática, sem violência ou grave ameaça, de crime cuja pena mínima é inferior a quatro anos.¹ Dessa forma, independente de fazer ou não jus ao benefício, sua concessão é tão-somente uma faculdade conferida pela Lei ao órgão de acusação, a quem cabe oferecê-lo ou negá-lo discricionariamente.

Diante de tal característica, que claramente privilegia a atuação acusatória e diminui a participação defensiva na esfera negocial, o presente trabalho pretende questionar a adequação do acordo de não persecução penal, na forma prevista pela Lei brasileira, com a garantia ao contraditório, que compreende a participação e influência conferida a ambas as partes (acuação e defesa) sobre o provimento final do processo.

Para tanto, será aplicada a metodologia do direito comparado, que buscará cotejar a realidade nacional com o modelo de implementação das reformas processuais penais no Chile, bem-sucedido no processo de introdução do chamado *procedimiento abreviado*.

O método comparado, por sua vez, será desenvolvido na forma proposta por Michele Taruffo (2001, p. 27), para quem as análises comparativas implicam na necessidade de se considerar o efetivo funcionamento dos sistemas jurídicos e institutos em comparação, bem como suas orientações práticas e os princípios gerais que fundam a validade e a efetividade dos ordenamentos confrontados.

Ao final deste estudo, espera-se evidenciar que a adequação do acordo de não persecução penal ao sistema acusatório depende de sua garantia como um direito dos

¹ Veja-se, nesse sentido, o caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente” (com grifo dos autores).

investigados, afastando do órgão de acusação a faculdade de selecionar, autoritária e discricionariamente, aqueles que merecem ou não gozar de soluções consensuais.

1. EXPANSÃO DOS ESPAÇOS NEGOCIAIS NO PROCESSO PENAL

A justiça criminal negocial, na definição precisa de Vinícius Vasconcellos (2020, p.145), compreende um “modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência”.

Observa o autor que, como regra, o aceite pelas partes de soluções negociais tem como possíveis consequências “encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo” (2020, p.145), tudo isso com “o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução” (2020, p.145). A lógica por trás do instituto é oferecer um benefício ao imputado “em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes” (2020, p.145).

A origem desses métodos remonta à primeira metade do século XIX quando, nos Estados Unidos, em decorrência do pós-Guerra Civil e do êxodo rural, a população aumentou em aproximadamente quinze milhões de pessoas, sua maioria concentrada nos centros industriais (FISHER, 2003, p. 40), fator que refletiu diretamente no aumento da criminalidade.²

Diante da sobrecarga de casos criminais, os interesses dos três principais atores do processo penal – Juiz, Promotor e Defensor – passaram a convergir para a adoção de métodos negociais (SARKIS, 2019, p 26). Para os Magistrados, o método consensual tornou-se uma importante ferramenta tanto para diminuir a carga de trabalho, quando para reduzir as chances de erros e, conseqüentemente, de decisões reformadas pelas Cortes Superiores, fatos de impacto direto nas carreiras dos juízes. Aos membros do Ministério Público, as soluções negociais eram especialmente relevantes, porque permitiram a resolução de casos com maior eficiência (taxas de condenação elevadas) e menor tempo, possibilitando aos

² George Fisher ilustra essa situação a partir do exemplo concreto do Condado de Middlesex, em Massachusetts. De acordo com o autor, enquanto, em 1839, um Promotor de Justiça daquele local cuidava de 42 casos criminais, em 1843 passou a atuar em 101 processos, chegando a 443 casos no ano de 1849.

Promotores maior dedicação aos casos cíveis, pelos quais eram melhor remunerados.³ Já para os advogados de defesa, a esfera negocial interessava porque diminuía, efetivamente, as chances de que seus clientes fossem alvo de acusações excessivas e permitia a deliberação por melhores condições e redução temporal do cumprimento das penas, além de evitar, no contexto estadunidense de legalização da pena de morte em determinados Estados, a execução dos condenados.

No Brasil, a introdução dos espaços de consenso no processo penal é bem mais recente, com início na década de 1990, a partir da promulgação da Lei 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e introduziu no ordenamento jurídico pátrio os institutos da transação penal⁴ e da suspensão condicional do processo.⁵

Nos anos seguintes, em razão da promulgação das convenções internacionais de combate ao crime organizado transnacional e à corrupção das quais o Brasil é signatário, notadamente as de Palermo (2004) e Mérida (2005), o país se viu comprometido, a nível mundial, a buscar maneiras para viabilizar a mitigação de pena ou mesmo a concessão de imunidade a quem prestasse cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos.

A partir dessa perspectiva, a legislação brasileira passou a abranger, em matéria processual penal, uma nova modalidade negocial, que entrou em vigor no ano de 2013 com a Lei 12.850 (Lei das Organizações Criminosas): a colaboração premiada.

³ “Nos Estados Unidos do século XIX, esses profissionais prestavam serviços ao Estado em meio horário, na maioria das vezes cumulados com outros empregos. A atuação era comum nas esferas cível e criminal, sendo que a remuneração da atuação em casos cíveis era superior. Entretanto, o regimento das Cortes previa a apresentação dos casos cíveis e criminais na mesma sessão, estes com preferência no julgamento. Eis, portanto, o cenário de atuação do promotor público: a remuneração dependia da quantidade de casos nos quais representasse o Estado, sendo que os processos cíveis eram mais remunerados, mas precisavam submeter a julgamento prévio os casos criminais, mais trabalhosos e com menor retorno pecuniário” (SARKIS, 2019, p. 26).

⁴ Nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/1990: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

⁵ Nos termos do artigo 89 da Lei 9.000/1990: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

Apesar de haver sido prevista em Leis anteriores,⁶ a possibilidade de concessão de substanciais benefícios aos indivíduos que venham a colaborar, efetiva e voluntariamente, com investigações e processos penais – como perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritivas de direitos – somente se viu alçada a um papel de relevância depois da Lei 12.850 e, principalmente, diante da deflagração da Operação Lava Jato. Prova disso é que, somente no período entre 2014 e 2017, 159 acordos de colaboração foram homologados pelo Supremo Tribunal Federal e 158 foram homologados em primeira instância (BRASIL, 2017b).

Com efeito, no ano de 2019, partiu do ex-Juiz Federal responsável pela Operação Lava Jato e então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, a proposta de alteração das legislações penais, entre elas o Código de Processo Penal, que ficou conhecida como “Pacote Anticrime” e previa, entre outras medidas, a introdução de uma nova forma de solução negociada, batizada de acordo de não persecução penal.⁷

Em sua exposição de motivos, assim justificou o à época Ministro da Justiça a proposta de inclusão do acordo de não persecução penal na legislação brasileira (BRASIL 2019a):

O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei no 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei n. 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei no 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

⁶ Como exemplo, cita-se o artigo 159 da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), o artigo 6º da Lei 9.034/1995 (Lei de Combate ao Crime Organizado), o artigo 1º da Lei 9.613/1998 (Lei de Crimes de Lavagem de Capitais), o artigo 13 da Lei 9.806/1999 (Lei de Proteção às Testemunhas) e o artigo 41 da Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos).

⁷ É necessário registrar que, antes mesmo do Pacote Anticrime, o acordo de não persecução penal já estava previsto na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, em termos bastante semelhantes (BRASIL, 2017a).

Veja-se que, objetivamente, o acordo de não persecução penal parte de um modelo de justificação e legitimação utilitarista, construído sob a ótica da máxima eficiência e otimização do sistema de justiça criminal (SARKIS, 2019, p. 172), atualmente congestionado com uma grande quantidade de processos penais, muitos deles envolvendo condutas delituosas de reduzida gravidade.

A corroborar com esse argumento, tem-se os mais recentes dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça na 15ª edição do Relatório Justiça em Números, publicado em 2019. A pesquisa demonstrou que, após queda registrada no ano 2017, o acervo da Justiça Criminal voltou a crescer, com aumento de 0,7% em relação ao ano anterior, diante da tramitação de 2,7 milhões de casos novos. No total, somando os processos pendentes e baixados, 9,1 milhões de ações criminais tramitaram em 2018, excluídos desses números os processos de execução penal (BRASIL, 2019b).

A realidade, obviamente, não pode ser ignorada. A justiça criminal brasileira enfrenta uma crise sem precedentes, demandando medidas urgentes por parte do legislador. Resta saber se essas medidas, principalmente quando realizadas mediante pequenas reformas aqui e acolá, se compatibilizam com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República de 1988.

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Com a promulgação, ainda em 2019, da Lei 13.964, o acordo de não persecução penal foi, definitivamente, inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Assim, nos casos em que não for possível o arquivamento – diante da existência de elementos de materialidade e autoria – e nos quais haja confissão formal e circunstanciada pelo imputado da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o órgão de acusação poderá, *se quiser e de acordo com a sua discricionariedade*, propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Além de escolher a quem oferecer o acordo, o Ministério Público também tem, por Lei, a faculdade de impor, cumulativa ou alternativamente, as condições para o seu

cumprimento, sendo elas: (i) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (ii) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (iii) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; (iv) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (v) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ao juiz, a Lei incumbe o papel, meramente protocolar, de homologar o acordo, ato a ser realizado em audiência e com a finalidade específica de confirmar a voluntariedade do imputado e a legalidade formal do negócio jurídico. Na hipótese de o Magistrado considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Sobre a recusa, por parte do Ministério Público, em oferecer o acordo de não persecução penal, a Lei apenas dispõe que o imputado poderá requerer a remessa dos autos à instância de revisão ministerial, a exemplo daquilo que ocorre quando há discordância sobre o arquivamento de inquérito policial – nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal.

A análise do dispositivo legal evidencia, para o objeto do presente artigo, uma importante realidade: o órgão de acusação, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, tem a discricionariedade de oferecer o acordo de não persecução penal *quando quiser, para quem quiser e mediante as condições que quiser*. Caso o imputado fique insatisfeito com essa situação, sua única alternativa seria recorrer à instância superior do próprio órgão de acusação.

O *superpoder* dado pela Lei ao Ministério Público faz parte do fenômeno identificado por Máximo Langer (2020, p. 113) como a “administratização” da justiça, perceptível em diversos países que adotam as práticas negociais. Para o autor, é problemático o fato de que os acordos são integralmente adjudicados pelo órgão de acusação, a quem incumbe

oferece-los, estipulá-los, aplicá-los e controlá-los, circunstância que dificulta – senão impede – o exercício do direito de defesa e da paridade de armas.

Ademais, a própria redação legislativa torna a atividade acusatória, para além de discricionária, absolutamente arbitrária, na medida em que os fundamentos para oferecimento ou recusa do acordo de não persecução penal – *necessidade e suficiência* para reprovação e prevenção do crime – são demasiadamente abstratos e podem, a depender do contexto, significar tudo e qualquer coisa, consoante a vontade soberana do acusador.

Exemplo disso é que, apesar de recente, o instituto do acordo de não persecução penal já tem sido objeto de discussões nos Tribunais superiores – notadamente quanto ao atributo em questão –, debates que deram origem a importantes posicionamentos jurisprudenciais. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já definiu que a recusa, por parte do Ministério Público, em oferecer o acordo deve ser fundamentada, a fim de possibilitar o controle pela instância superior (BRASIL, 2020a). Além disso, também já consignou a Corte que a gravidade do delito, por si só, é circunstância suficiente para a negativa do acordo (BRASIL, 2020b).

O que se percebe, com isso, é que a imprecisão dos conceitos previstos na lei – como o procedimento para a recusa de oferecimento do acordo pelo Ministério Público e a necessidade e a suficiência do acordo para a prevenção e reprovação do crime – deixam nas mãos dos Tribunais Superiores a criação de diretrizes que passam a reger o instituto da não persecução penal.

Concentrados os poderes no âmbito dos órgãos de acusação e dos Tribunais, pouco – na verdade, quase nenhum – lugar sobra para o imputado no espaço negocial. E, se ao imputado é restringido o direito de influenciar, na mesma medida do Ministério Público, a decisão final, isto é, a celebração do acordo, há violação ao princípio do contraditório e, por consequência, incompatibilidade entre o instituto e o modelo constitucional de processo.⁸

⁸ Modernamente, o princípio do contraditório recebeu uma nova significação, passando a ser compreendido como um direito de participação das partes na construção do provimento final, na forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões. Conforme assinalam NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 318, esse novo conceito representa uma transformação daquele que ainda persiste em parte da doutrina nacional, que continua reduzindo o contraditório ao mero direito à bilateralidade de audiência, ou seja, de dizer e contradizer.

Isto porque, o referido modelo é dotado de uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões), que é indispensável a todo e qualquer processo que se pretende democrático. Suas principais características são a expansividade da norma processual que permaneça em conformidade com o esquema geral de processo para um determinado microssistema, a variabilidade das normas processuais de acordo com cada microssistema, bem como a sua perfectibilidade, que permite a definição de novos institutos em decorrência do processo legislativo com a finalidade de aprimorar cada microssistema. Nesse sentido, são as lições de Flaviane Barros (2009, p. 335):

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo.

Efetivamente, como escreve Barros, (2009, p. 336), a própria Constituição da República de 1988, ao prever garantias específicas para o processo penal (por exemplo, os incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII e LXVIII do artigo 5º), o reconhece como um microssistema específico, sendo certo que os direitos fundamentais que o compõe asseguram a concepção do processo como garantia do imputado. Por isso, qualquer reforma no Código de Processo Penal deve ser orientada a partir do modelo constitucional de processo, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Em especial, deve superar o modelo de Estado Social, construído a partir do ativismo das instituições na busca desenfreada por justiça (BARROS, 2009, p. 338).

Sob a ótica da processualidade democrática, escrevem Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, em obra direcionada ao processo civil, mas cujos fundamentos democráticos repercutem sobre a disciplina processual penal, que o processualismo constitucional democrático demonstra que o modelo de socialização processual, centrado em um dogma de *protagonismo do Estado*, não conseguiu resolver os problemas de eficiência e de legitimidade dos complexos sistemas normativos da contemporaneidade. Por isso, pontuam os autores que:

O Processualismo Constitucional Democrático defende a interpretação e a implementação do processo a partir de uma visão da constituição como processo de aprendizado social e a partir de um policentrismo processual (com

importância e divisão de papel entre todos os envolvidos), de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 123).

Nesses termos, verifica-se que a recente reforma do Código de Processo Penal, que introduziu na legislação brasileira o acordo de não persecução penal, é incompatível com o modelo constitucional porquanto há, no dito instituto, clara violação ao contraditório.

Mais que isso: se a definição de como o instituto deve operar na prática vem, em concreto, de manifestações jurisprudenciais construídas casuisticamente – na esteira do que se destacou, relativamente ao protagonismo judicial –, a perspectiva do processo como modelo de garantias também se vê severamente ameaçada. Ainda que tais manifestações sejam pensadas como medidas para barrar a arbitrariedade do acusador, é como se as regras do jogo estivessem sendo construídas no desenrolar da partida. Para além da evidente ofensa ao contraditório, a formatação dada pelo modelo brasileiro de justiça penal negocial não traz previsibilidade nem segurança jurídica para o imputado.

Outrossim, se as partes não têm idêntica possibilidade de influenciar no provimento final, se o imputado não tem direito ao acordo e se o órgão de acusação é que escolhe, discricionariamente, a quem oferecer o benefício de redução da pena, o modelo constitucional de processo deixa de se sustentar, considerando maculada sua base principiológica uníssona e sua finalidade de consagração das garantias.

3. UM NECESSÁRIO OLHAR COMPARADO: O PROCEDIMENTO ABREVIADO NO PROCESSO PENAL CHILENO

Uma análise comparativa, como a que se pretende realizar nesse estudo, deve considerar o funcionamento amplo e efetivo dos institutos em análise, bem como os sistemas jurídicos nos quais estão incluídos, conforme esclarece Michele Taruffo (2001, p. 27). Por isso, o desenvolvimento deste trabalho demanda uma exposição – ainda que breve – sobre a situação jurídica do País cujo ordenamento se escolheu para comparar com a legislação brasileira.

O atual modelo de processo penal vigente no Chile advém da ampla reforma pela qual o Código de Processo Penal daquele País passou até o início dos anos 2000 e cujo principal objetivo foi a ruptura absoluta em relação às estruturas inquisitórias.

É necessário, nesse ponto, diferenciar a reforma macroestrutural chilena das diversas reformas microestruturais pelas quais o Código de Processo Penal brasileiro já transitou. Como bem apontam Flaviane Barros e Dierle Nunes (2010, p. 21), os movimentos de reforma no espectro macro refletem um processo político de democratização e construção de um novo “projeto cultural”, enquanto as reformas pontuais surgem a princípio, para adaptar os pontos emergentes de maior divergência das regras processuais à nova ordem constitucional.

Os autores, ainda, diferenciam o movimento de reformas macroestruturais ao elencarem suas etapas de implementação e monitoramento, que se dividem em seis momentos (BARROS;NUNES, 2010, p. 30/36), que podem ser sintetizados da seguinte maneira: (i) diagnóstico anterior: necessidade de definir os problemas e as diferenças na implementação dos institutos processuais, bem como de promover uma pesquisa preliminar para coletar informações sobre o funcionamento dos elementos do processo e o que os prejudica, a fim de garantir a manutenção de técnicas processuais que funcionem bem e sugerir novas – inclusive através da análise do direito comparado – permitindo melhores práticas e instituições no sistema, tudo isso em diálogo com diversos setores da sociedade; (ii) definição dos parâmetros da reforma e o estabelecimento de uma comissão de juristas a fim de assessorar o processo legislativo; (iii) estabelecimento de um tempo razoável para discussão e apresentação do projeto de lei para atender à necessidade de discussão democrática do texto legal; (iv) consolidação e desenvolvimento do processo legislativo, de acordo com os trâmites previstos na Constituição e nas leis federais; (v) decurso do período *vacatio legis*, de no mínimo um ano, no qual todos os operadores do direito devem passar por cursos de atualização para que realizem redefinição de cultura, pensamento e prática; (vi) nomeação de um comitê para monitorar a reforma institucional, a fim de verificar o impacto prático das mudanças e, a médio prazo, propor ajustes em face das evidências, como a sugestão de inconstitucionalidades ainda não encontradas ou qualquer falta de funcionalidade do novo sistema.

Responsável por grande parte dessas etapas no âmbito da reforma macroestrutural chilena, Cristián Riego Ramírez descreve como principal característica do processo inquisitivo chileno a concentração do poder na figura do juiz, que centralizava em si as atividades de investigação, acusação e julgamento (2004, p. 376). Além disso, o autor assinala como principal fator que ensejou a reforma processual o verdadeiro colapso enfrentado pelo sistema de justiça criminal, alvo de denúncias nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos diante das altíssimas taxas de encarceramento, principalmente preventivo, e dos recorrentes casos de tortura (2004, p. 380):

Dentro de los distintos factores que, además de la crítica al modelo inquisitivo, sirvieron como sustento a este proceso de reforma, se pueden encontrar, em primer lugar, el proceso mediante el cual em conjunto de normas internacionales de Derechos Humanos se incorporaron al procedimiento jurídico chileno y se hicieron obligatorias para el Estado. Entre ellas se contienen estándares de debido proceso que resultan claramente incompatibles em el sistema procesal vigente, a partir de lo cual surgió la necesidad de adecuar las leyes para dar cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos por Chile. Además, los abusos de Derechos Humanos cometidos contra enemigos políticos durante el Gobierno Militar, pusieron em el tapete problemas como el uso de la tortura, la prisión sin juicio, los abusos policiales y otros que hasta em momento no eran considerados como prioridades políticas. Después de la ocurrencia de estos hechos existió mucha sensibilidad acerca de em tipo de procedimientos y se generalizó la percepción de que em tipo de situaciones eran comunes em el funciona- miento procedimental(?) de la justicia criminal.

Foi a partir desse cenário que a reforma processual penal chilena se estruturou em três principais etapas, a saber: (i) fase de investigação; (ii) fase de preparação para o juízo oral (etapa intermediária) e; (iii) juízo oral. Em todas elas, cuidou o legislador de incluir uma série de mecanismos para colocar fim ao processo sem que fosse necessário chegar até a etapa do juízo oral (julgamento), trazendo ao sistema a capacidade de racionalizar o uso de recursos e administrar soluções político-criminais mais adequadas.

Riego Ramírez esclarece, ainda, que esses mecanismos se concentram em três estratégias principais: (i) a discricionariedade do Ministério Público, que é guiada pelo princípio da oportunidade, e não da obrigatoriedade; (ii) as saídas alternativas, como a suspensão condicional do processo e os acordos de reparação de danos e; (iii) os mecanismos de simplificação processual, como o juízo imediato e o *procedimiento abreviado*.

Veja-se, com isso, que a utilização dos mecanismos de simplificação processual é independente da atividade autônoma e discricionária do Ministério Público, na medida

em que servem ao processo e ao sistema de política-criminal como um todo, e não aos interesses do órgão de acusação.

Naquilo que se refere ao *procedimiento abreviado*, dispõe os artigos 406 e seguintes do *Código Procesal Penal* sobre seu cabimento sempre (leia-se, novamente, sempre!) que a pena do crime imputado pelo Ministério Público seja inferior a cinco anos, cabendo ao acusado aceitar os resultados das investigações expressamente e abrir mão do direito de ser submetido ao julgamento:

Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo; no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.

Perceba-se que, no modelo chileno do *procedimiento abreviado*, o requisito para cabimento do acordo é pontual, relacionado exclusivamente com a pena *in abstracto* cominada ao delito imputado. O objetivo da legislação, nessa toada, não é reprovare nem prevenir a criminalidade, não sendo esta a finalidade do processo penal; trata-se, tão somente, de medida político-criminal que busca aumentar a eficiência do sistema de justiça penal.

Além disso, naquele sistema jurídico, o acordo é celebrado em audiência, com o privilégio da oralidade,⁹ tendo a defesa o direito de discutir suas cláusulas e buscar a melhor configuração possível para o imputado, isto é, de influenciar – igualmente – no provimento final do processo, em respeito ao princípio do contraditório. Assim explica Riego Ramírez (2017, p. 833):

[...] la fórmula que se utilizó estuvo destinada a permitir que el imputado que no tuviera una discrepancia substantiva con los cargos formulados en su contra pudiera optar por una forma de juzgamiento más sencilla obteniendo algunas ventajas limitadas, las que en ningún caso deberían constituirse en un incentivo

⁹ Sobre a importância da oralidade para o exercício do contraditório a partir de uma perspectiva democrática do processo penal, remete-se o leitor ao substancial trabalho de MINAGÉ (2017, p. 929).

o una presión tan fuerte como para que quienes realmente se opongan sustantivamente a la acusación se vieran motivados a renunciar al juicio y a las garantías que el ofrece.

O juiz, por sua vez, tem papéis igualmente importantes: além de aferir a voluntariedade do imputado e seu pleno conhecimento acerca dos direitos que lhe são garantidos, entre eles o de ser levado à julgamento, cabe também ao Magistrado verificar se os resultados das investigações evidenciam, suficientemente, a autoria e materialidade necessárias para justificar a celebração do acordo.

Esse é outro diferencial positivo da legislação chilena: enquanto, no Brasil, o juiz desempenha uma função coadjuvante, limitando-se a homologar o acordo e analisar a voluntariedade do imputado e a legalidade do negócio jurídico – ou seja, se não foge dos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal – o Magistrado do Chile controla ativamente a atividade acusatória, fazendo verdadeiro juízo de admissibilidade sobre o cabimento e a viabilidade do acordo no caso concreto.

É importante registrar que todas essas colocações sobre o *procedimiento abreviado* chileno não significam dizer que a solução negocial implantada naquele País é perfeita ou ideal. Pelo contrário, a doutrina chilena costuma ser bastante crítica em relação ao instituto, especialmente por vislumbrar nele, a exemplo do que ocorre em outras tradições jurídicas, a possibilidade de aumento das taxas de condenações equivocadas.

Exemplo disso foi o artigo publicado recentemente por Mauricio Duce Julio (2019), no qual realiza uma robusta análise de dados para avaliar a relação entre o *procedimiento abreviado* e a possibilidade de condenações errôneas. O autor demonstra que, entre os anos de 2015 e 2016, foram proferidas muito mais sentenças de condenação (88,15%) que de absolvição, sendo que cerca de 88% das condenações decorreram de procedimentos *abreviados e simplificados*.

Com base nos dados disponíveis sobre os recursos de revisão, verificou ainda que dos 48 (quarenta e oito) recursos de revisão de condenações gerados no contexto de funcionamento do sistema acusatório,¹⁰ entre os anos de 2005 e 2017, 35 (trinta e

¹⁰ O sistema recursal foi um dos grandes alvos da reforma processual penal no Chile. Como escreve Leonel González Postigo (2018, p. 125): “Em relação ao sistema de controle das decisões judiciais, o novo processo penal provocou uma transformação radical no modelo que estava vigente”. O autor identifica

cinco) se referiam a casos de condenações equivocadas obtidas por meio de *procedimientos abreviados*, todos eles relacionados com erros na identificação criminal. Ao final, concluiu:

La suma de los resultados expuestos sugiere que en nuestro país se presentarían factores y dinámicas similares a las descritas en la experiencia comparada que aumentan el riesgo de condenas erróneas por el uso de procedimientos como el abreviado y simplificado con reconocimiento de responsabilidad. Por lo tanto, no sería de extrañar que tengamos un problema más profundo que el que hasta el momento conocemos. Más allá de esto, también mostrarían que hay algunos problemas graves para el cumplimiento de uno de los supuestos básicos que legitima a estos procedimientos como lo es la existencia de una voluntariedad real en la aceptación de su procedencia de parte del imputado. Ambas cuestiones son muy preocupantes. [...] En este escenario, si me parece esperable y razonable desarrollar algunas medidas que nos permitan lidiar de mejor forma con los riesgos de condenas erróneas y aceptaciones no voluntarias que genera el uso de estos procedimientos. Más que eliminar del todo, pareciera razonable prevenir y reducir su producción. Se trata de un tema complejo y que no es posible de ser desarrollado en forma extensiva en un trabajo como este cuyo propósito principal ha sido aportar en la construcción de un primer diagnóstico de la realidad nacional. Espero, no obstante lo anterior, que los resultados expuestos motiven una reflexión sobre la materia y el desarrollo de nuevos estudios empíricos que nos permitan profundizar en los hallazgos.

O que se percebe, a partir de uma visão comparada, é que as reformas no processo penal, a exemplo daquela ocorrida no Chile, impõem vários desafios e pressupõem diversas etapas de transição, consolidação e monitoramento que não podem e nem devem ser atropeladas, sob pena de se incorrer apego ao que Alberto Binder chama de “fetichismo normativo” (2002), percebido quando há o condicionamento das reformas somente a alterações normativas, sem que seja desenhado um plano de implementação e garantida uma profunda alteração sistêmica e cultural.

É neste sentido que a experiência estrangeira se apresenta como inspiração – dela podemos extrair uma série de diretrizes a serem seguidas, que se constroem com base na constatação de que uma efetiva, e mesmo democraticamente adequada, reforma processual penal não se perfaz com a mera alteração legislativa.

três eixos representativos sobre os quais se baseou a mudança: (i) diminuição da intensidade do regime de recursos; (ii) eliminação do sistema de dupla instância; (iii) necessidade de que se produza uma dupla conformidade judicial com a finalidade de operativizar uma sentença condenatória.

4. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: FACULDADE DA ACUSAÇÃO OU DIREITO DO IMPUTADO?

No caso da reforma conduzida no Chile, como se destacou, o *procedimento abreviado* foi instituído de acordo com a realidade e as bases daquele sistema jurídico, a partir de um modelo de processo penal adversarial e compatibilizado com os direitos e garantias fundamentais, entre eles o contraditório.

Lá, o instituto foi idealizado para servir, efetivamente, como um direito do imputado, uma ferramenta à sua disposição no bojo do processo penal – e não uma prerrogativa arbitrariamente exercida pela acusação.

Esse cuidado, por óbvio, não eliminou os problemas do instituto, com destaque para as chances de condenações equivocadas, mesmo problema enfrentado pelos Estados Unidos há séculos, de onde o modelo se origina, para o qual ainda não se desenvolveu uma solução satisfatória.

Contudo, a despeito de existirem objeções a serem levantadas quanto ao instituto em comento, a experiência chilena traz lições valiosíssimas, quais sejam: a) a constatação de que, num modelo processual penal que se pretenda democrático, a justiça negocial tem que funcionar sob a lógica da “paridade de armas”. Neste sentido, os instrumentos criados na esteira de viabilizar a realização de tal modelo devem ser pensados como garantias do imputado. Daí que a definição de poderes completos ao órgão de acusação quanto ao uso do instrumento – quando oferecê-lo, para quem, e em que termos se dará o acordo – é medida completamente inaceitável; b) A percepção de que a legitimidade de uma reforma legislativa em matéria de procedimento criminal – em vista da assentada afirmação quanto a natureza de garantia das regras processuais penais – não se esgota com a edição de uma nova lei. Ao contrário, demanda a adoção de uma série de medidas a fim de que a reforma implementada se faça compatível com o modelo jurídico adotado no país, se faça capaz de enfrentar a realidade concretamente enfrentada na localidade, e conte com a participação da sociedade na definição de seus termos.

A análise do exemplo mostra relevante porquanto demonstra, como se destacou acima, que não basta a substituição de uma Lei por outra ou o a vigência de um novo instituto jurídico para alterar a realidade jurídica de um País.

Outrossim, é com base nestas reflexões que o presente estudo se conduz para seus apontamentos finais – com o objetivo de avaliar se o modelo brasileiro seguiu tais diretrizes, e, diante da constatação da negativa para a indagação levantada, com o levantamento do que pode ser feito para equalizar os problemas aqui detectados.

CONCLUSÕES

No caso do acordo de não persecução penal, o que se operou no Brasil foi uma reforma que se esgotou com a mera inclusão legislativa do instituto.

Em concreto, de nada serve a sua positivação, ainda que justificada pela necessidade político-criminal de conferir maior eficiência à justiça penal, sem que haja uma verdadeira mudança de mentalidade por parte dos legisladores e dos aplicadores da lei.

Do mesmo modo, a criação de um novo instituto precisa estar em harmonia com a base principiológica definida pela Constituição, cabendo aos intérpretes do sistema processual buscarem, para além da eficiência e da geração de resultados úteis, uma implementação da percepção dinâmica das normas constitucionais, como forma de permitir a participação e a legitimidade das decisões (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 249).

No modelo brasileiro, a base principiológica constitucional, conforme exposto nos tópicos anteriores, perpassa necessariamente pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da imparcialidade dos julgadores e da imprescindibilidade de fundamentação das decisões.

É possível, a partir de ambas estas perspectivas, afirmar que o acordo de não persecução, da forma como está previsto no Código de Processo Penal, não está em equilíbrio com a base principiológica constitucional, na medida em que: (i) viola o contraditório ao impedir que ambas as partes influenciem, igualmente, no provimento

final e; (ii) foi introduzido no ordenamento jurídico sem a observância de um processo de implementação e monitoramento adequado às reformas legislativas.

As medidas negociais, influenciadas por sua origem estadunidense, não podem ser simplesmente “transplantadas” para a Lei brasileira, isto é, a transferidas de um corpo jurídico para outro, com base na noção de que existe total compatibilidade e identidade entre os dois sistemas. Como dispõe Maximo Langer (2004, p. 44), a estratégia mais adequada para a introdução de novos institutos na legislação nacional deveria prezar pela “tradução” jurídica, ou seja, por uma distinção entre o instituto como concebido nos sistemas jurídicos de origem e destino, adequando a ideia traduzida ao contexto no qual deve ser inserida.

Por sua vez, a reforma promovida pela Lei 13.964/2019 no ordenamento jurídico brasileiro, além de se subordinar aos idênticos riscos de erro nas condenações, ainda sofre com a incompatibilidade em face do texto constitucional.

Interessante perceber que, apesar de ter feito constar no corpo do Código de Processo Penal a vigência do princípio acusatório (artigo 3º-A), a inclusão do acordo de não persecução como faculdade do Ministério Público pelo legislador apenas reafirma o autoritarismo, que insiste em assombrar o processo penal brasileiro, e confere ao órgão de acusação poderes superiores aos da defesa, consolidando a desigualdade entre as partes.

Nesse sentido, a partir de uma orientação constitucional, o acordo de não persecução penal positivado no artigo 28-A do Código de Processo Penal representa verdadeiro obstáculo ao exercício do contraditório. Sua vigência, em harmonia com a Constituição, dependeria de reformulação do instituto naquilo que se refere ao *superpoder* do Ministério Público para oferecer o acordo somente quando entender ser o consenso medida necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Assim como se verifica no texto legal chileno, o oferecimento do acordo de não persecução penal deveria basear-se em requisitos meramente objetivos, notadamente aqueles relacionados com o *quantum* de pena previsto no tipo penal para o crime imputado. Quaisquer elementos que excedam essa análise, em especial aqueles de cunho subjetivo, que dependam da análise e compreensão pessoal do órgão acusatório, deveriam ser extirpados da legislação.

Medidas como essa são necessárias não apenas para que haja efetivo comprometimento da legislação com o Estado Democrático de Direito, mas também para viabilizar o sistema de justiça criminal. Afinal, se o instituto foi desenvolvido com a finalidade de descongestionar a justiça criminal, qual o sentido em dificultar sua aplicação?

Talvez, a partir de um horizonte em que o processo penal tem por finalidade precípua a aplicação da pena e a prevenção de crimes, possa se justificar essa opção discricionária e inobservante ao contraditório. Todavia considerando o modelo constitucional de processo e a função de garantia dos direitos fundamentais incumbida ao processo penal, o autoritarismo jamais deve ser opção.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 331-362.

BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAES, José Luis. *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15-53.

BINDER, Alberto. La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo. *Sistemas Judiciales*, v. 2, n. 3, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 10.372/2018*. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. [Transformada na Lei Ordinária n. 13.964/2019^a].

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. 15. Ed. Ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019b.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução no 181/2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017^a.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Procurador-Geral da República: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade: 2015-2017*. Brasília: MPF, 2017b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso *Habeas Corpus* 128.220/SP, Relator(a): Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 18/08/2020, publicado em 24/08/2020, 5^a Turma. 2020^a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 612.449/SP, Relator(a): Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/09/2020, publicado em 28/09/2020, 5^a Turma. 2020b.

DUCE JULIO, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas uma Chile: resultados de uma investigación empírica. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* [online]. 2019, vol.26, 12.

FISHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

LANGER, Maximo, Plea Bargaining, Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions (September 14, 2019). *Annual Review of Criminology*. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255 (2019), UCLA School of Law, Public Law Research Paper No. 19-35.

MINAGÉ, Thiago Miranda. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, 2017, p. 929-964.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

POSTIGO, Leonel González. *Pensar na reforma judicial no Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

RIEGO, Cristián. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno. *In: Anuario de Derecho Penal* 2004, p. 373-400. 2005.

RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por mérito del procedimiento abreviado en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 825-847, set./dez. 2017.

SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: Limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 36, 2001, p. 27-48.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, 2020. p. 153-173.

Apresentação oral

**A AMPLIAÇÃO DO MAPEAMENTO GENÉTICO INDUZIDA PELA
LEI N. 13.964/2019: OS IMPACTOS NO PROCESSO PENAL E O
AVANÇO DA POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL NO BRASIL**

*THE EXPANSION OF GENETIC MAPPING INDUCED BY LAW N.
13.964/2019: THE IMPACTS ON THE CRIMINAL PROCEDURE AND THE
ADVANCE OF ACTUARIAL CRIMINAL POLICY IN BRAZIL*

Lucas de Souza Gonçalves

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Graduando em Direito
Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Goiás,
sob o n. 49.184.

Endereço Eletrônico: lucas.souza@carceraria.org.br

Resumo: Esta dissertação procurou analisar os impactos no processo penal decorrentes do prospectivo avanço da política criminal atuarial no Brasil a partir de determinados dispositivos normativos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 13.964/2019: o art. 4º, que incluiu os parágrafos 4º e 8º no art. 9º-A da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal); e o art. 5º, que alterou o art. 1º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). Para delimitar o objeto da pesquisa e demonstrar os efeitos do fenômeno, este estudo buscou analisar os prospectivos impactos da alteração legislativa nos três fragmentos recortados metodologicamente do processo penal: na abordagem policial, na instrução sentencial e no procedimento administrativo disciplinar que apura o cometimento de falta grave no âmbito da execução penal. Em vigor desde o dia 23 de janeiro de 2020, a Lei n. 13.964/2019 ampliou o rol dos crimes considerados hediondos pelo ordenamento jurídico. Além disso, a lei tipificou como falta grave uma nova conduta: a recusa do (a) condenado (a) em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético. Nesse sentido, a coleta de material genético e o consequente mapeamento do perfil de criminosos (as) considerados (as) de alta periculosidade terão como alvos imediatos uma

parcela ampliada da população encarcerada, além de ter um novo instrumento de coerção devidamente institucionalizado, considerado como punição eterna durante a execução da pena. Esse discurso de ampliação do número de pessoas que merecem ser selecionadas pelo Estado para se submeterem à identificação do perfil genético conduziu o debate do processo legislativo que circundou a aprovação da lei. Segundo esse contexto normativo e político, o número de pessoas condenadas que deverão se submeter à coleta de material genético tende a ser maior. Partindo dessas premissas, o que se percebe como horizonte é o próprio avanço dessa ferramenta atuarial de classificação, sistematização e rotulação de pessoas consideradas perigosas, ocultando o escopo de neutralização e eliminação da parcela marginalizada do tecido social. Fixadas essas arestas, o estudo avançou na análise sobre os impactos dessas alterações normativas no processo penal. Diante dessa tecnologia de controle social e da identificação discriminante e sistemática de pessoas consideradas inimigas e perigosas – e que, portanto, segundo o discurso punitivista, devem ser neutralizadas e eliminadas do espaço social –, o processo penal passará por uma espécie de refinamento procedimental que camuflará, ainda mais, a seletividade sistêmica e contaminará partes específicas do processo penal. Este se alimentará dessa fonte genética de discriminação, de exclusão e de produção de reincidência para contaminar provas e produzir reiterados condenados. Com isso, concluiu-se que as alterações provocadas pela Lei n. 13.964/2019 sobre o mapeamento de criminosos (as) considerados (as) de alto risco fortaleceu a estigmatização do processo penal, ampliando a reincidência e a seletividade penal e servindo de sustentáculo para o avanço da política criminal atuarial.

Palavras-chave: Processo penal. Identificação do perfil genético. Política criminal atuarial. Reincidência. Lei n. 13.964/2019.

Abstract: This dissertation sought to analyze the impacts on the criminal procedure resulting from the prospective advance of the actuarial criminal policy in Brazil based on certain normative provisions introduced in the Brazilian legal system by Law n. 13.964/2019. In order to delimit the object of the research and demonstrate the effects of the phenomenon, this study sought to analyze the prospective impacts of the legislative change on the three methodologically cuts fragments of the criminal procedure: in the police approach, in the procedure instruction and in the disciplinary administrative procedure that investigates the fault serious in the context of criminal enforcement. In

force since January 23, 2020, Law n.. 13,964/2019 expanded the list of crimes considered heinous by law. In addition, the law characterized a new conduct as a serious fault: the refusal to submit to the procedure for identifying the genetic profile. In this sense, the collection of genetic material and the consequent mapping of the profile of criminals considered to be highly dangerous will have as immediate targets an enlarged portion of the incarcerated population, in addition to having a new instrument of coercion properly institutionalized, considered as eternal punishment during the criminal execution. This speech to expand the number of people who deserve to be selected by the State to submit to the identification of the genetic profile led to the debate on the legislative process that surrounded the approval of the law. According to this legal and political context, the number of convicted persons to submit to the collection of genetic material tends to be higher. Based on these premises, what is perceived as a horizon is the very advance of this actuarial tool for the classification, systematization and labeling of people considered dangerous, concealing the scope of neutralization and elimination of the marginalized portion of the social segment. Set these edges, the study advanced the analysis of the impact of these regulatory changes in criminal procedure. Faced with this technology of social control and discriminating and systematic identification of people considered enemies and dangerous – and which, therefore, according to the punitive discourse, must be neutralized and eliminated from the social space – the criminal procedure will undergo a kind of procedural refinement that it will further camouflage systemic selectivity and contaminate specific parts of the criminal procedure. This will feed this genetic source of discrimination, exclusion and recidivism production to contaminate evidence and produce repeated convicted. As a result, it was concluded that the changes brought about by Law No. 13.964/2019 on the mapping of criminals considered to be at high risk strengthened the stigmatization of the criminal process, expanding the recidivism and criminal selectivity and serving as a support for the advancement of actuarial criminal policy.

Keywords: Criminal procedure. Identification of the genetic profile. Actuarial criminal policy. Recurrence. Law n. 13,964/2019.

Sumário: Introdução. 1. Discussão metodológica. 2. A ampliação da identificação do perfil genético de condenados induzida pela Lei n. 13.964/2019. 3. A relação entre o

mapeamento genético de condenados e a política criminal atuarial. 4. Os impactos do mapeamento genético no processo penal. Conclusões. Referências.

ABREVIATURAS:

BNPG – Banco Nacional de Perfis Genéticos

DNA – Ácido desoxirribonucleico

LEP – Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/1984.

RIBPG – Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos

INTRODUÇÃO

A identificação do perfil genético de pessoas que foram selecionadas pelo sistema de justiça criminal está baseada em três sustentáculos argumentativos: em primeiro lugar, no baixo número de desvendamento da autoria delitiva em determinados crimes; em segundo lugar, na busca por procedimentos investigatórios mais baratos e eficientes; em terceiro lugar, na possível ampliação da prova de inocência que ela poderá provocar. Se parássemos, especificamente, nesses três fundamentos e nos dispositivos normativos que foram produzidos a partir dessas premissas, certamente haveria consenso quanto à ampliação desses métodos de identificação criminal.

E foi assim que o debate político restou permeado durante o processo legislativo de aprovação da Lei n. 13.964/2019. Grande parte das sessões de plenário e das audiências públicas foram uníssonas quanto à necessidade de melhoramento dos métodos procedimentais de identificação de supostas autoras e autores delitivos. A resolução subjetiva de fenômenos criminógenos pareceu ser, no plano legislativo, um consenso que atravessou distintas e antagônicas bandeiras partidárias.

Eis, portanto, o motivo da digressão que se pretende fazer sobre o assunto nesta dissertação: lançar luz sobre o outro lado, sobre o olhar crítico da identificação criminal genética, para que alcancemos a totalidade do fenômeno e encontremos a raiz dos laços dialéticos que ela possui com a organização social em que vivemos. Para chegar até esse

objetivo teórico, é necessário partir das premissas fáticas e dogmáticas que sustentam a identificação genética. É preciso mostrar o seu uso no processo penal, os motivos que fundamentam o seu avanço e os resultados que ela promove em toda cadeia fenomenológica atingida.

Depois da fixação de suas balizas, fácil será visualizar que o mapeamento genético de pessoas selecionadas pelas agências de controle é, principalmente, um instrumento que refina e aprimora, ainda mais, as técnicas de classificação dos próprios seres selecionáveis pelo sistema penal. Utilizando as ferramentas teóricas conquistadas pelo saber da criminologia radical e da crítica à política criminal atuarial, o estudo buscou mostrar que a identificação do perfil genético é um capítulo importante na história da perseguição ao inimigo social. Com tecnologia e novas técnicas de classificação do predador, o mapeamento genético permitirá ao Estado e a todas as agências de controle do sistema penal novos meios de alcançar a vitória contra o inimigo de guerra.

O contexto penal que o Brasil vive nos últimos anos tem mostrado que a lógica da guerra e do direito penal do inimigo atravessa grande parte das instâncias de repressão do crime. No processo penal não será diferente, pois suas fontes normativas e doutrinárias se alimentarão desse discurso eficientista e permitirá o avanço de novas tecnologias atuariais. Isso percorrerá desde o inquérito policial, com manipulação inquisitorial de autorias reincidentes, passando pela instrução processual, com laudos condenatórios sem preocupação com a cadeia de custódia e atos jurisdicionais administrativos e homologatórios, alcançando ainda a execução penal, diante da coação institucional violenta que torna a coleta obrigatória. A gravidade da situação fez Mariana Silva denominar a alteração legislativa uma “perversa coação” (SILVA, 2020).

Diante de todas essas especificidades que a ampliação da coleta de material genético de condenados perigosos¹ reverbera no processo penal, a exposição de suas relações dialéticas com a política criminal atuarial surge fluidamente aos olhos do observador que busca a totalidade do objeto. Analisar o fenômeno da identificação criminal simplesmente como instrumento para reconhecer autores passa a ser discurso superficial e pouco

¹ Trata-se de termo bastante utilizado por Maurício Dieter em sua obra, ao estabelecer que a Política Criminal Atuarial tem como escopo o “controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros” (DIETER, 2012, p. 8).

contributivo para avançar no âmago da realidade. Mais do que isso, mapeamento genético é técnica prognóstica que tenta mirar, refinadamente, a arma do direito penal para os reiterados alvos pertencentes a determinadas classes sociais.

1. DISCUSSÃO METODOLÓGICA

O norte da pesquisa buscou desvendar, no plano da essência, as relações dialéticas que se materializam entre a política criminal atuarial e a proposta de ampliação da coleta de material genético. Destaque importante que precisa ser feito, logo de início, diz respeito ao uso do termo “proposta” de ampliação da identificação genética.

Isso porque o fenômeno que ora se analisa está, transitoriamente, se desenvolvendo. Apesar do corpo normativo do banco de dados de perfil genético ter ganhado força em meados de 2012, com a promulgação da Lei n. 12.654/2012, o recorte metodológico objetivo desta dissertação não analisa a chegada da identificação genética em solo brasileiro, mas se atém aos prospectivos impactos trazidos pela vigência da Lei n. 13.964/2019. Ocorre que, desde a promulgação e vigência desta, referido diploma normativo ainda é jovem e com poucos resultados factuais, o que dificulta a compreensão inteiramente materialista do fenômeno.

Por isso, a ampliação da coleta de material genético e seus efeitos no processo penal são ainda tímidos e pouco captáveis. A ampliação, portanto, é ainda uma proposta, que tenderá a ganhar corpo de objeto de estudo nos próximos anos. Mesmo assim, é de máxima relevância tentar lançar luz sobre o fenômeno incipiente, diante da contundência de seus desenhados resultados.

Para iniciar o estudo dos impactos da alteração legislativa na política criminal brasileira, faz-se necessário, em um primeiro momento, perceber brevemente e sinteticamente as formas institucionais que o material genético é colhido no país. Segundo a Lei n. 12.654/2012, os “condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor” (BRASIL, 2012).

Depois da inserção da necessidade de coleta de material genético de pessoas condenadas no ordenamento jurídico, o Decreto n. 7.950/2013 instituiu o sistema responsável pelo armazenamento de dados de perfis genéticos coletados e pelo compartilhamento e comparação de perfis genéticos presentes nos bancos de dados. Foram instituídos, assim, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Diante dessa estrutura mapeada, o Decreto delineou também as atribuições sistêmicas do Banco Nacional e da Rede Integrada, ao estabelecer que os dados de perfis genéticos coletados servem para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes, contribuindo na apuração criminal e na instrução processual. Além disso, restou designada também a necessidade de compartilhamento e comparação de perfis genéticos presentes nos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal, para fins de supostamente facilitar a identificação autoral de delitos (BRASIL, 2013).

Mobilizando o próprio relatório produzido pela Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, publicado em maio de 2020:

“Regularmente, os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados são confrontados em busca de coincidências que permitam relacionar suspeitos a locais de crime ou diferentes locais de crime entre si. Os perfis genéticos gerados pelos laboratórios da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) e que atendem aos critérios de admissibilidade previstos no Manual de Procedimentos Operacionais são enviados rotineiramente ao Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), onde são feitos os confrontos a nível interestadual com perfis gerados pelos 20 laboratórios de genética forense que compõem a RIBPG, bem como perfis encaminhados de outros países por meio da Interpol. No contexto de apuração criminal, perfis genéticos oriundos de vestígios de locais de crimes são confrontados entre si, assim como com perfis genéticos de indivíduos cadastrados criminalmente (...). O efetivo cadastramento é fundamental para que os vestígios sejam identificados e a RIBPG possa auxiliar na elucidação de crimes, verificação de reincidências, diminuição do sentimento de impunidade e ainda evitar condenações equivocadas”. (REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS, 2020).

Percebe-se, assim, que o material genético poderá ser colhido tanto na fase de perícia da cena do crime, através da coleta do vestígio – que deverá ser protegido pelos procedimentos da cadeia de custódia – quanto na fase de condenação penal, quando a pessoa condenada aos crimes mencionados no art. 9-A da Lei de Execução Penal deverá se submeter à identificação genética.

Além da hipotética contribuição na apuração criminal e na elucidação instrutória de crimes, a coleta de material genético tem como atribuição também facilitar a identificação de pessoas desaparecidas, com base no art. 8º do Decreto n. 7.950/2013. Segundo o relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos:

“Neste contexto, perfis oriundos de restos mortais não identificados, bem como de pessoas de identidade desconhecida, são confrontados com perfis de familiares ou de referência direta do desaparecido, tais como escova de dente ou roupa íntima. É garantido pela legislação vigente que a comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes de pessoas desaparecidas será utilizada exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades” (REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS, 2020).

Entretanto, para fins de recorte metodológico, essa função jurídica do banco de dados de perfil genético para elucidação de pessoas desaparecidas não será objeto de nosso estudo.

Diante dessa estrutura criada e consolidada para monitorar a coleta de material genético, será de extrema relevância tentar analisar o quantitativo de pessoas que estão, perenemente, se submetendo à coleta de material genético, buscando avaliar a própria proposta de avanço do procedimento. Segundo o XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG),² publicado em novembro de 2019, cerca de 66.242 perfis genéticos estavam cadastrados no banco genético brasileiro relacionados à apuração instrutória criminal (tanto mapeamento de vestígios encontrados em cenas de crime quanto identificação genética de condenados), sem levar em conta os materiais coletados para fins de descoberta de pessoas desaparecidas.

Quase 6 meses depois, em maio de 2020, após a vigência da Lei n. 13.964/2019, o XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)³ anunciou que 77.685 perfis genéticos estão cadastrados geneticamente no banco genético para fins criminais. Esses números mostram que, em pouco menos de 4 meses desde a vigência da Lei n. 13.964/2019, cerca de 11.443 perfis foram identificadas geneticamente, o que representa um aumento de 17,27% no período destacado.

² Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/relatorio-ribpg-nov-2019.pdf/view> Acesso em: 10/11/2020.

³ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view> Acesso em: 12/11/2020.

Observa-se que a análise feita através dos dados apresentados pelo Relatório da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos tem como recorte temporal o período ínfimo de 4 meses. Trata-se de curto período para aprofundamento da totalidade do objeto analisado. Por esse motivo, a metodologia da pesquisa está voltada para a proposta de ampliação do recolhimento de material genético das pessoas selecionadas pelo Estado para serem vítimas do sistema penal. Apenas para mostrar a concretude da direção ampliativa que se aponta nesta dissertação e o percurso exponencial desse novo método de identificação e classificação de criminosos, ainda segundo o XII Relatório, entre novembro de 2014 e maio de 2020, houve um aumento de 4.840,19%, saltando de 1.605 pessoas identificadas para 77.685, todas envolvendo a questão criminal.

Ressalta-se que, apesar do tímido crescimento no comparativo adotado entre novembro de 2019 e maio de 2020, cumpre ressaltar que o maior incremento no número de perfis genéticos cadastrados no banco de dados se deu entre maio de 2019 e novembro do mesmo, pois o quantitativo saltou de 27.184 para 66.242, o que representa um aumento de 143,68% no número de perfis cadastrados. Apesar da singela fuga temporal ao recorte objetivo proposto nesta dissertação, é notório que a ampliação exponencial desse método de identificação criminal, no ano de 2019, é resultado de uma alteração na própria política criminal brasileira, que passou a se alimentar ainda mais do populismo penal, do direito penal do inimigo e da narrativa em prol da defesa da ordem social.

Depois de feito este adendo, questiona-se: porque há proposta de ampliação da identificação do perfil genético após o advento da Lei n. 13.964/2019? A resposta está sutilmente traçada. A lei em comento trouxe três mudanças: o art. 4º, que incluiu os parágrafos 4º e 8º no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, além de adicionar o inciso VIII no art. 50 do mesmo diploma; e o art. 5º, que alterou o art. 1º da Lei de Crimes Hediondos. Serão essas mudanças que nortearão a proposta de ampliação dos métodos de identificação de condenados, produzindo impactos na política criminal atuarial.

2. A AMPLIAÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DE CONDENADOS INDUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019

Como salientado, a Lei n. 13.964/2019 inaugurou três dispositivos normativos de prospectivo impacto na identificação de perfis genéticos. Necessário, portanto, realizar

uma apresentação dogmática sobre suas estruturas normativas e sobre os seus potenciais efeitos no processo penal. Além disso, é importante também transcender essa perspectiva para o plano dos efeitos políticos que ela legitimará.

Logo de início, o parágrafo 4º do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal apresenta-se normativamente como:

“§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena”. (BRASIL, 1984).

A hermenêutica desse dispositivo nos mostra que foi inaugurado no ordenamento jurídico pátrio uma hipótese de identificação do perfil genético retroativa, que volta no tempo para determinar a coleta do material. Visualiza-se isso quando se percebe que a pessoa condenada que não passou pela coleta do material, antes da Lei n. 13.964/2019 – estando, portanto, com seu direito adquirido de não se submeter à agressivo e inconstitucional constrangimento – terá que passar pelo procedimento agora, após a vigência da lei.

O argumento de que a pessoa condenada está com processo de execução em curso – e que, portanto, haveria incidência imediata dos efeitos da lei processual – não pode legitimar a incidência de lei mais gravosa ao encarcerado. Paulo Queiroz se manifestou nos seguintes termos:

“Para nós, direito penal, direito processual penal e lei de execução penal são apenas nomes para designar um mesmo fenômeno: o poder punitivo estatal em seus vários momentos de incidência, isto é, o processo penal e a execução penal são o próprio direito penal em ação, implicando uma unidade essencial. Logo, os princípios que valem para o direito penal material não de valer para todo o resto. Por isso, no particular é irrelevante a distinção entre normas penais, processuais ou normas mistas etc. O que de fato importa é saber se a lei é favorável ou prejudicial ao investigado, réu, condenado ou apenado. Se favorável, retroage; se prejudicial, não retroage. Em resumo, quer se trate de lei penal, quer de lei processual etc., o princípio é o mesmo: a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Em resumo, a retroatividade da lei penal (em sentido amplo) há de ser pensada a partir de uma perspectiva garantista”. (QUEIROZ, 2020).

Nesse sentido, partindo dessa premissa sistematizadora e integradora entre as esferas do poder punitivo estatal, em seus vários momentos de incidência, o princípio da irretroatividade da lei prejudicial ao investigado, acusado ou condenado deve ser garantido, sob pena de afronta à Constituição Federal. O artigo em comento, portanto,

produz efeitos retroativos prejudiciais ao condenado, sendo portanto inconstitucional e ilegal, ao determinar o alcance pretérito da Lei n. 13.964/2019 para pessoas que não foram submetidas à identificação do perfil genético. Assim também entendeu Leonardo Machado:

“Em segundo lugar, prevê uma forma de ‘extração compulsória retroativa de DNA’, alcançando todos os condenados do país que se encontrem em cumprimento de pena”. (MACHADO, 2019).

Sobre os impactos desse dispositivo, é perceptível que seus efeitos navegam na direção da ampliação do número de pessoas que deverão se submeter à identificação do perfil genético. Se todos os condenados aos crimes previstos no *caput* do art. 9-A da Lei n. 13.964/2019, estão obrigados a se submeter ao procedimento, antes e depois da lei, então um número expressivo de pessoas passaram a ser alvos dessa ferramenta seletiva de criminalização.

Caminhando no mesmo sentido, o parágrafo 8º do art. 9-A da Lei n. 13.964/2019 estabeleceu uma sanção eterna ao condenado que recusar se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético. Observe:

“§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético” (BRASIL, 2019).

Para fazer adequação sistêmica no ordenamento, a Lei n. 13.964/2019 também reiterou a sanção no art. 50 da Lei n. 7.210/1984, ao incluí-lo no rol de faltas graves:

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
(...)

VIII – recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”. (BRASIL, 1984).

Desse modo, uma sanção processual foi instaurada na execução penal em caso de recusa à identificação do perfil genético. Se o (a) condenado (a) negar a coleta de seu material genético será instaurado procedimento disciplinar de apuração de falta grave sofrerá os efeitos materiais e processuais decorrentes dessa falta, a saber: interrupção do prazo para progressão de regime (§6º do art. 112 da Lei n. 7.210/1984), regressão de regime (art.118, I da Lei n. 7.210/1984), revogação do benefício da saída temporária (art. 125 da Lei n. 7.210/1984), revogação de até 1/3 do tempo de pena remido, com fixação de nova data-base a partir da infração (art. 127 da Lei n. 7.210/1984), dentre outras sanções.

Além disso, a pessoa condenada que se recusar ao procedimento poderá sofrer as sanções previstas no art. 53 da Lei n. 7.210/1984, como isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 da mesma lei, e/ou suspensão ou restrição dos seguintes direitos: proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Percebe-se, assim, que foi criada uma ameaça institucional e violenta contra a pessoa condenada alvo do procedimento de identificação do perfil genético. Em caso de recusa, os efeitos são agressivos e cruéis. Desse modo, a ampliação da coleta do material genético de pessoas condenadas ganhou uma estrutura sólida, guiada pela obrigatoriedade e pela sanção. Capturar material genético das pessoas condenadas deixou de ser uma exceção esporádica, ganhando corpo de regra. Ana Frazão e Maria Cristine Lindos destacaram:

“Vê-se, portanto, que, pelo projeto, a coleta compulsória de DNA deixa de ser exceção e torna-se a regra, como se tal procedimento fosse algo absolutamente corriqueiro e não suscitasse complexas discussões sobre os direitos dos condenados, tanto sob o prisma criminal, como sob o prisma da proteção de dados.” (FRAZÃO; LINDOSO, 2019).

Essa estrutura já foi questionada pela Mariana Silva, ao lecionar:

“A previsão de que a recusa em se submeter à coleta de material genético implica falta grave demonstra total descaso e irresponsabilidade com as consequências que essa imputação gera no cumprimento da pena de prisão. Conforme Maíra Machado e Patrícia Pinto (2018), o regime disciplinar prisional constitui um verdadeiro programa jurídico sancionatório, estruturado a partir da multiplicidade de punições. Se no interior das unidades prisionais a direção tem poder para imediatamente aplicar sanções, como ir para cela de castigo, ficar dias ou semanas sem banho de sol, visita e “jumbo”, o juízo da execução ainda poderá determinar a perda de dias remidos, a regressão de regime e o reinício da contagem do prazo para progressão de regime e livramento condicional. Essa previsão consiste em uma perversa coação, que visa forçar a cessão de mapa de informações orgânicas únicas, projetando uma futura reincidência e impondo a colaboração com uma suposta investigação de um crime que a pessoa ainda não cometeu”. (SILVA, 2020)

Nesse sentido, a falta grave aplicada à pessoa condenada que se recusa a ser identificada pelo perfil genético ganha contornos de direito penal máximo contra o

inimigo e de recrudescimento abusivo contra as pessoas selecionadas pelo Estado, que sofrerão seus efeitos desumanos em prol de uma biopolítica disciplinadora e eugênica.

Além disso, é notório que a sanção produz efeito temporal eterno, já que a recusa pode ser vista como um ato individual permanente. No primeiro dia, a pessoa recusa. No segundo dia, a pessoa continua recusando, e assim sucessivamente, se colocando em um estado de total submissão ao poder punitivo do Estado, que poderá puni-la para todo sempre.

E não é difícil perceber que a instalação de uma sanção permanente contra o condenado produz impactos significativos na proposta de ampliação da identificação do perfil genético. Com uma ameaça institucional presente na vivência dos condenados, a tendência é que eles se submetam cada vez mais à coleta e à invasão corporal, sem vontade, diante da coação física e moral.

Por fim, o importante alicerce da proposta de ampliação da coleta de material genético dos condenados está no art. 5º da Lei n. 13.964/2019, que alterou o art. 1º da Lei n. 8.072/1990, ao categorizar novos tipos penais como hediondos. Houve, assim, uma ampliação do número de delitos considerados hediondos e equiparados a hediondo, como o roubo com restrição da liberdade da vítima, o roubo com emprego de arma de fogo, o roubo com resultado lesão corporal grave ou morte, a extorsão qualificada, o furto qualificado pelo emprego de explosivo, dentre outros.

Aparentemente, essa ampliação no rol dos crimes hediondos não afetaria diretamente a designação das pessoas a serem submetidas pela identificação do perfil genético, já que o art. 4º do Projeto de Lei n. 882/2019 não fazia referência à identificação do perfil genético de condenados pela Lei de Crimes Hediondos. Entretanto, o veto presidencial manteve a necessidade de se colher material genético de autores de crimes hediondos e equiparados. Desse modo, a ampliação dogmática do art. 1º da Lei 8.072/90 permitiu a ampliação da própria hipótese de incidência da identificação criminal por meio da coleta de material genético.

Debate importante que permeia essa ampliação da coleta retorna ao ponto da retroatividade, já que anteriores condenados pelos crimes que não eram considerados hediondos, mas que atualmente são, poderão se submeter à identificação do perfil

genético, a depender do norte jurisprudencial que se seguirá. Trata-se de mais uma forma de direcionar os efeitos da lei penal para o pretérito, agravando a vivência das pessoas condenadas.

O cometimento de novos crimes, portanto, poderão obrigar condenados à identificação do material genético. Ampliou-se o número de condutas que provocarão a submissão de pessoas ao procedimento invasivo. É visível, assim, que novas pessoas serão alvos do procedimento de coleta do material genético, provocando um impacto significativo no ampliado quantitativo de perfis genéticos a serem identificados.

Outro destaque merece nossa atenção. A Lei n. 13.964/2019 previu, ainda, alteração no art. 7º-A da Lei n. 12.037/2019, aumentando o tempo necessário para a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, após decorridos vinte anos do cumprimento da pena do acusado condenado. Isso significa que os dados genéticos serão mantidos no banco de dados por mais tempo, ampliando a disponibilidade das ferramentas classificatórias e identificatórias dos selecionados pelo Estado penal.

Um último ponto que menção diz respeito à proposta de ampliação executiva e sistêmica da coleta de material genético. Segundo o XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), tem-se como projeto em desenvolvimento o Sistema Integrado de DNA – SInDNA. Segundo o próprio relatório:

“Tal sistema tem a proposta de ser uma solução completa para o desenvolvimento da genética forense e para a promoção dos bancos de perfis genéticos no país. A partir dele será possível obter informações e relatórios consolidados sobre coletas de materiais biológicos e análises de genética forense de maneira fácil e prática. O SInDNA terá integração automática com o Inteligeo, uma poderosa ferramenta de **geolocalização** desenvolvida na Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal. Propõe-se assim a ser uma solução inovadora modelada para a realidade brasileira, auxiliando desde peritos criminais a gestores de segurança pública”. (Destaca-se).

Observa-se que a proposta de desenvolvimento dessa ferramenta tem como norte também a geolocalização das pessoas cadastradas. O grau de perseguição que se pretende fazer com a coleta do material genético é agressivo e invasivo, violador de direitos fundamentais. A identificação das pessoas tenderá a ser, também, um complexo controle de corpos e movimentos (GARLAND, 2008).

Esse cenário mostra que a ampliação da identificação do perfil genético de pessoas condenadas e do cadastro dos vestígios criminais é uma proposta já em materialização, com contornos desenhados e passos dados. Mais do que isso, trata-se de uma política criminal em execução, sustentada em um discurso eficientista de melhoramento e aprimoramento dos métodos de apuração criminal. No mesmo sentido, vê-se também que as raízes desse projeto dialoga com a lógica atuarial que atravessa, paulatinamente, a política criminal brasileira.

3. A RELAÇÃO ENTRE O MAPEAMENTO GENÉTICO DE CONDENADOS E A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

O avanço do mapeamento genético no âmbito penal mostra que o sistema de justiça criminal não está satisfeito com sua operacionalidade e sua estrutura. A pena não possui capacidade funcional de ressocialização, cura moral ou intimidação. A defesa da ordem social não passa mais pelo crivo da ampliação máxima do direito penal e do encarceramento em massa. O que rege a decisão política do sistema de justiça criminal passa a ser a eficiência e a administração racional. O que a pena busca e alcança, agora, não é punir todos, mas punir melhor.

A exposição dessa nova penalogia foi muito elucidada por Nils Christie, Massimo Pavarini e Maurício Dieter. Em Nils Christie, percebe-se a penetração da ideologia empresarial e administrativa no Estado penal. A eficiência penal – baixo custo e reduzida criminalidade – passa a ser centro do debate político, contaminando o Estado penal com as arestas da produtividade e da eficiência racional (CHRISTIE, 1998, p. 51).

Em Pavarini, a lógica eficientista da execução penal também ganha contornos políticos, ao mostrar que a administração da criminalidade passou a ser pauta central no governo do modo de produção. Além disso, Pavarini lança luz a importante contribuição sobre os laços de tratamento entre o prisioneiro de guerra e o condenado à prisão capitalista. O direito penal do inimigo é atravessado pela racionalidade administrativa de controle e neutralização da pessoa selecionada. (PAVARINI, 2012). Nesse sentido:

“Desde logo não há como não reconhecer que o poder punitivo estatal, mais que em qualquer outra época nos últimos 60 anos, se apresenta estreitamente coligado ao sistema político (a ponto de já se falar em governança por meio

da gestão da criminalidade). Governa-se de acordo com os referenciais emergentes da política criminal que consistem na manipulação das emoções mais primitivas do ser humano (medo e rancor, ou seja, medo e vingança).[...] Se a política criminal cuida da questão criminal e se esta agora está integralmente politizada, não há como deixar de reconhecer que a questão criminal está inserida onde se jogam as relações de governo, ocupando uma posição cada vez mais preponderante”. (PAVARINI, 2012, p. 112).

Maurício Dieter é nevrálgico ao fornecer importante contribuição sobre o tema:

“Em rápida síntese, entende-se por Política Criminal Atuarial o uso preferencial da lógica atuarial na fundamentação teórica e prática dos processos de criminalização secundária para fins de controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros. O objetivo do novo modelo é gerenciar grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é combater o crime – embora saiba se valer dos rótulos populistas, quando necessário – mas identificar, classificar e administrar segmentos sociais indesejáveis na ordem social da maneira mais fluída possível” (DIETER, 2012, p. 8).

A política criminal atuarial, portanto, é construída nas mesmas bases fundacionais do gerencialismo. A pena passa a ter uma função de gerir e administrar a criminalidade, ao propor a neutralização e a incapacitação seletiva de determinados grupos sociais, taxados e etiquetados de perigosos. Mas para que isso se concretize de maneira eficiente, é preciso adotar técnicas e ferramentas que apurem a mira para o alvo certo. Não se pode punir qualquer um, tem que punir certo e efetivo. (GARCÍA, 2015).

Para isso, seria necessário ter técnicas de seleção, identificação e classificação dos criminosos. O refinamento da seletividade do direito penal precisava, para retomar a credibilidade sistêmica, passar pelo sustentáculo de uma ciência minimamente legítima aos olhos da organização social (BATISTA, 2000). A lógica atuarial serviu de instrumento finalístico para dar base à política criminal eficiente. Maurício Dieter nos explica:

“A expressão lógica atuarial remete à adoção sistemática do cálculo atuarial como critério de racionalidade de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados – normalmente inferidos a partir de amostragens – para determinar a probabilidade de fatos futuros concretos”. (DIETER, 2012, p. 5).

Firmada as bases para o seu desenvolvimento, a política criminal passou a se solidificar no contexto mundial, permitindo a vitória de projetos políticos cada vez mais seletivos, mistificados pela ciência atuarial. O avanço dessa política no processo penal

demonstrava que a teleologia da investigação, da condenação e da pena abandonava os discursos retóricos de prevenção geral, de ortopedia moral e de ressocialização. Nas palavras de Dieter:

“A prisão desistia oficialmente de fabricar sujeitos dóceis e úteis, dedicando-se àquilo que faz melhor: conter e destruir os muito indóceis e inúteis, subtraindo-os da vida livre em sociedade pelo maior tempo possível” (DIETER, 2012, p. 86).

Nesse mesmo sentido, Franz von Liszt nos mostrou que a pena possui um efeito neutralizador no seu âmago, ao afirmar que a execução penal tem como sustentáculo a correção dos delinquentes capazes de se recuperar, a intimidação dos delinquentes que não precisam de correção e a neutralização dos delinquentes incapazes de se corrigirem (LISZT, 1994, p. 115). Isso porque o autor parte da premissa de que, analisando dados de reincidência da Prússia no sex. XIX, há criminosos que são habituais e irrecuperáveis (LISZT, 1994, p. 119).

Depois disso, segundo Dieter, “uma vez definido com precisão o perfil destes criminosos, bastaria capacitar os agentes da repressão para identificá-los e classificá-los e habilitar o sistema prisional para neutralizá-los por um longo período de tempo” (DIETER, 2012, p. 88). Diante dessa política criminal estruturada teoricamente, o liame dialético existente entre ela e a ampliação da coleta de material genético parece ser cada vez mais notório.

Como visto acima, o resultado da Lei n. 13.964/2019 apresenta uma proposta de ampliação sistêmica e subjetiva da coleta de material genético para fins penais. Mas mais do que isso, ao longo do debate do processo legislativo que resultou na aprovação da Lei n. 13.964/2019, grande parte dos fundamentos levantados para a aquiescência da ampliação da identificação do perfil genético estava contaminado pela lógica da eficiência e da administração da criminalidade. Isso porque a coleta de material genético servirá, em tese, para elucidar a autoria de eventuais crimes que deixam vestígios genotípicos.

No dia 19 de fevereiro de 2019, o ex-Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Moro, apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 882/2019, anexado ao PL n. 10.372/2019, contendo a ampliação normativa do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, com previsão de identificação do perfil genético de pessoa acusada

ou condenada pelo cometimento de crime doloso, mesmo antes do trânsito em julgado, mediante extração do DNA.

O dispositivo normativo também previu a sanção disciplinar de falta grave ao condenado que se recusasse a submeter ao procedimento de identificação do perfil genético. Em resumo, a Exposição de Motivos explicitou:

“O art. 9º-A da lei de execuções penais tem alterada a redação do “caput” e dos seus dois parágrafos, com o objetivo de melhorar o Banco Nacional de Perfis Genéticos e ampliar o rol dos sujeitos a tal procedimento. Não será mais necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória para identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico. Os que já estiverem cumprindo pena serão submetidos a tal exame da mesma forma e a recusa poderá ser considerada falta grave, gerando reflexos na progressão da pena”. (BRASIL, 2020).

No dia 14 de maio de 2019 foi realizada audiência pública para tratar especificamente sobre o Tema 07 – Identificação genética; Banco Nacional de Perfis Balísticos (implementação, inclusão e exclusão de registros). Durante a sessão, o Sr. Leandro Cerqueira Lima, Presidente da Associação Brasileira de Criminalística e convidado para participar da audiência, sintetizou um fundamento presente no projeto de alteração legislativa:

“Nesse caso, o resultado do trabalho dela foi que, para evitar um crime grave utilizando o banco de dados de DNA, são necessários 555 dólares. Para alcançar o mesmo resultado de um crime grave utilizando a estratégia de aumento de pena, são necessários 7.600 dólares. Para a contratação de mais policiais, há um gasto de 62.500 dólares para cada crime evitado. Então, essa é uma solução **barata e eficiente** para a prevenção de outros crimes, principalmente quando você foca nos já condenados”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2019). (Destacou-se).

Diante desse discurso, revela-se que um dos escopos existentes na proposta de ampliação da coleta de material genético é, supostamente, baratear a investigação e a consequente condenação de eventuais autores delitivos, em especial aqueles que já foram classificados, selecionados e condenados pelo Estado Penal. A adoção da identificação do perfil genético como regra, portanto, está diretamente associada à busca pela eficiência do sistema de justiça criminal. Está-se buscando meios baratos e eficientes para selecionar os inimigos certos.

Como visto na análise dogmática dos dispositivos e nos discursos políticos proclamados durante o processo legislativo da aprovação da Lei n. 13.964/2019, elevar o número de *personas* classificáveis e selecionáveis pelo DNA faz parte de um projeto que busca maior instrução condenatória contra pessoas que já foram selecionadas anteriormente pelo Estado penal. Nesse sentido, identificação do perfil genético nada mais é do que uma espécie de tecnologia capaz de manipular um prognóstico de risco da reincidência e de selecionar condenados rotulados como irrecuperáveis. Parte de seu arsenal teórico ganha forças na própria sociedade de risco em que se vive, pois merece atenção e controle pleno (BECK, 2010).

Mariana Silva assim nos ensina:

“A aplicação desse tipo de banco aos dados de identificação de pessoas processadas criminalmente e para fins de futuras investigações criminais opera nos marcos da intrínseca seletividade do sistema penal, em que apenas uma parcela específica é capturada pelas agências de controle estatal”. (MARIANA SILVA).

Dieter segue o mesmo percurso argumentativo:

“Como antecipado, embora a aplicação da lógica atuarial para racionalização do sistema de justiça criminal tenha começado nas etapas posteriores à sentença condenatória, há um dramático aumento no uso de prognósticos de risco antes e durante a instrução dos processos criminais, o que reduz significativamente a possibilidade de interferência subjetiva dos agentes da repressão (...) A seletividade operada pelos filtros – vistos como gargalos – da criminalização é formal e objetivamente racionalizada para encontrar e incapacitar apenas os criminosos de alto risco e perigosos, preconceitos e idiosincrasias à parte.” (DIETER, 2012, p. 170).

Diante dessa tecnologia de controle social e de identificação discriminante e sistemática de pessoas consideradas inimigas e perigosas – e que, portanto, segundo o discurso punitivista, devem ser neutralizadas e eliminadas do espaço social –, o processo penal passará por uma espécie de refinamento procedimental que camuflará, ainda mais, a seletividade sistêmica e atravessará a abordagem policial, a instrução processual e o procedimento administrativo disciplinar de apuração de falta grave na execução penal.

Isso porque todas essas fases se alimentarão dessa fonte genética de discriminação, de exclusão e de produção de reincidência para contaminar provas e produzir reiterados condenados. Com isso, estigmatiza-se ainda mais o que já era estigmatizado: o processo penal. Além disso, é perceptível que a adoção da lógica atuarial e da ampliação da identificação

do perfil genético provocarão a maximização da reincidência e da seletividade penal. Na própria audiência pública do dia 14 de maio de 2019 isso foi debatido, tangencialmente. Para exemplificar a força e a importância da coleta de material genético no rastreamento de pessoas selecionáveis pelo Estado, Maria José Menezes, bióloga e Coordenadora do Núcleo de Consciência Negra da Universidade de São Paulo, relatou:

“A implicação social é enorme. Por quê? Você não está acessando somente os dados dessa pessoa, desse indivíduo. Você está acessando informações genéticas e você pode acessar informações genéticas dos ancestrais dessa pessoa. Você pode acessar informações genéticas dos descendentes dessa pessoa e do grau de parentesco dela. Você pode ter informações genéticas dos irmãos, dos primos, dos tios dessa pessoa, ou seja, de toda uma rede, de todo um grupo familiar. Você tem uma informação de extrema importância e de extrema vulnerabilidade para esse conjunto de familiares. (...) Mesmo que você utilize o sequenciamento em algumas regiões, se houver algum furto ou se esse DNA passar por algum procedimento não legal, essas informações genéticas do indivíduo podem incorrer em grave risco para determinado grupo familiar ou inclusive para todo um segmento”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2019).

Visualiza-se, com isso, que o inquérito policial e o processo penal tenderão a sofrer profundas modificações, em especial sobre os procedimentos de designação da autoria.

É o caso, por exemplo, da atuação policial. Com informações genéticas à disposição da polícia e da perícia judiciária, novas formas de manipulação da autoria poderão ser utilizadas no momento da conclusão: este (a) é o (a) criminoso (a), com base na congruência genética entre o banco de dados e o vestígio. A realidade, transvestida de ciência, poderá ser falseada e manipulada a favor da produção de novos reiterados criminosos detectáveis, se não for limitada – quiçá extinta.

No plano do inquérito, a polícia judiciária terá meios suficientes para racionalizar a criminalização de seres já punidos, anteriormente, pelo Estado. Com as informações disponíveis, a perícia policial poderá confrontar informações genéticas para reproduzir a seletividade do sistema penal. Autorias serão produzidas em prol da criminalização secundária de seres previamente selecionados e classificados pela administração atuarial.

O mesmo cenário poderá ser visualizado na questão da instrução judiciária. O laudo que concluir haver identidade entre as informações genotípicas do banco de dados e o vestígio genético encontrado na cena do crime terá força probatória que se aproxima do incontestável e do indestrutível, enfraquecendo qualquer discussão sobre a preservação

da cadeia de custódia da prova. Afinal a identidade genética é científica e a aquiescência jurisdicional é administrativa, protocolar e homologatória.

No plano do processo penal, a prova material coletada através do material genético ganhará maior força de convencimento do poder judiciário, pois se deparará com declarações e laudos constatando a existência de material genético do acusado na cena do crime, independentemente da fiscalização do procedimento de coleta do material. A observância da cadeia de custódia poderá perder relevância diante da presença de laudo declarando a coincidência entre vestígio e material genético do condenado. O judiciário, nesse sentido, perderá cada vez mais livre convencimento. (BARATTA, 2002).

Em outro estágio, durante a execução penal, criou-se uma suposta falta grave eterna. O condenado a determinados crimes é obrigado a ser identificado geneticamente, sob pena de receber a imputação de cometimento de falta grave, o que pode ensejar interrupção do prazo para progressão de regime (§6º do art. 112 da Lei n. 7.210/1984), regressão de regime (art.118, I da Lei n. 7.210/1984), revogação do benefício da saída temporária (art. 125 da Lei n. 7.210/1984), revogação de até 1/3 do tempo de pena remido, com fixação de nova data-base a partir da infração (art. 127 da Lei n. 7.210/1984), dentre outras sanções.

A eternidade da sanção, extremamente violadora de princípios constitucionais e penais, pode ser visualizada na própria natureza da falta: trata-se de um non facere permanente. Negar a identificação genética resulta em falta. Tempos depois, continua-se negando a identificação genética, resultando em nova falta grave, pelo mesmo substrato fático.

Ao longo da execução penal, o condenado terá que conviver com uma coação institucional violenta e eterna, pois caso recuse ser identificado pelo perfil genético, a sanção da falta grave será aplicada. Se mantida a recusa, a sanção continuará a ser aplicada, permanentemente. Não bastasse, após a sobrevivência no sistema penal, o condenado terá que conviver com o controle genético sobre o seu corpo e com outra coação institucional violenta e eterna: a reincidência produzida e o retorno ao cárcere.

A truculência e a abusividade da proposta legislativa de ampliação da identificação do perfil genético e do avanço da política criminal atuarial merecem críticas. Mobilizando os próprios ensinamentos de Dieter, é perceptível que a coleta de DNA afronta determinados

princípios do ordenamento, dentre eles a intimidade, a proporcionalidade e a legalidade. Essa sistemática violação de direitos fundamentais apresenta os contornos da violência institucional que o Estado perpetua, principalmente para manutenção de desigualdade e reprodução do modo de produção. (BARATTA, 1993).

De início, a ampliação da identificação do perfil genético – e o correspondente avanço da política criminal atuarial – viola o princípio da legalidade. Primeiro porque a coleta do material genético estaria sendo utilizada e deturpada para produzir e forçar reincidências, criminalizando sem lei. A pessoa identificada no banco de dados genéticos estaria ainda mais propensa para ser selecionada, mais uma vez, pelo Estado penal.

Segundo porque o aumento da pena (reincidência e falta grave pela recusa) e da incapacitação seletiva estaria baseada em critérios não legais, derivados de registros previstos em banco de dados. Terceiro porque o uso da identificação do perfil genético servirá para a realização de prognósticos de risco, e isso estaria associado à regularidade estatística de características físicas e sociais associadas à criminalidade. Por fim, a norma é violadora por se tratar de uma política que serve apenas para construir e selecionar inimigos sociais, os quais serão reiteradamente escolhidos para ocupar o espaço carcerário de neutralização e incapacitação seletiva. (DIETER, 2012, p. 192 – 195).

Além disso, a invasão ao corpo e à intimidade do condenado é notória. A coleta do material genético servirá para fins de controle social e neutralização perene das mesmas pessoas selecionadas pelo sistema de justiça criminal. Não se dará nenhuma outra oportunidade de sobrevivência ao condenado com perfil genético cadastrado e classificado, que será reiteradamente levado ao espaço carcerário para neutralizá-lo e incapacitá-lo. Nas palavras de Leonardo Machado:

Segundo Machado de Carvalho, a utilização do corpo do imputado como forma de aplacar uma vontade de verdade em torno do caso penal remonta à metodologia inquisitiva e sua racionalidade efficientista. Nesse viés, a “intervenção corporal obrigatória” aos condenados, despida de um concreto fim processual probatório, efetivada sob a declaração oficial de servir a uma situação futura, incerta e hipotética, não estaria em consonância com um juízo de proporcionalidade apto a sustentar a compulsoriedade de tamanha intromissão. (MACHADO, 2019).

A ampliação do procedimento de coleta do material genético catalisada pela vigência da Lei n. 13.964/2019 dialoga profundamente com as raízes da política criminal

atuarial. Não se pode abandonar, portanto, todos os efeitos que a ampliação da coleta de material genético poderá provocar no sistema de justiça criminal.

As fraquezas procedimentais na identificação autoral delitiva não pode legitimar a adoção de tecnologias e ferramentas que possuem como função facilitar a identificação, a classificação e a neutralização de pessoas selecionadas pelo Estado penal. A análise prospectiva do fenômeno nos leva a crer que haverá ampliação dialética da reincidência seletiva, sendo esta a grande válvula de escape do sistema de justiça criminal para incapacitar e neutralizar inimigos sociais certos e definidos.

CONCLUSÕES

Este estudo procurou analisar o prospectivo avanço da política criminal atuarial no Brasil e os impactos dessa lógica no processo penal a partir da introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, de determinados dispositivos normativos da Lei n. 13.964/2019. Com a retroatividade do procedimento de coleta de material genético, a instauração de falta grave eterna e coativa e a ampliação dos conceitos dogmáticos de crimes hediondos e equiparados, o número de pessoas condenadas que deverão se submeter à coleta de material genético tende a ser maior, como tentou mostrar este trabalho.

Nesse sentido, a coleta de material genético e o consequente mapeamento do perfil de criminosos (as) considerados (as) de alto risco terão como alvos imediatos uma parcela ampliada da população encarcerada, e agora com um novo instrumento de coerção devidamente institucionalizado.

A grande saída para essa política criminal se encontra na reincidência, que permitirá a devolução perene de pessoas já identificadas, controladas e classificadas ao encarceramento seletivo. Houve, portanto, uma proposta de refinamento da mira do direito penal para escolher o alvo inimigo de maneira eficiente e certa. A ampliação da identificação do perfil genético servirá de base para essa reformulação do processo penal.

Este trabalho, portanto, tentou lançar luz sobre o outro lado do discurso, buscando consolidar e fortalecer uma narrativa que dispute com o discurso da eficiência e da melhora na identificação de autores delitivos. Não se pode compreender o fenômeno da coleta e

identificação do perfil genético das pessoas sem antes ir a fundo nas raízes da organização social que sustenta o objeto de estudo. E foi isso que a dissertação buscou trazer.

REFERÊNCIAS:

BARATTA, Alessandro. *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*. Fascículos de Ciências Penais. Tutela penal dos direitos humanos. Porto Alegre, ano 6, n. 2. p. 44-61, abr./maio/jun, 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas*. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 103-110, 1º. e 2º, 2000.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: ed. 34, 2010.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm; Acesso em: 10/11/2020.

BRASIL. *Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm; Acesso em: 10/11/2020.

BRASIL. *Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm#art3; Acesso em: 10/11/2020.

BRASIL. Poder Executivo. *Razões do Veto Poder Executivo*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31865723/publicacao/31865898>; Acesso em: 22 de setembro de 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art4; Acesso em: 10/11/2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL *Audiência Pública na Câmara dos Deputados realizada no dia 16 de maio de 2019*. Acesso em: 21 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=55426&hrInicio=10:04&dtReuniao=14/05/2019&dtHorarioQuarto=10:04&dtHoraQuarto=10:04&Data=14/05/2019>

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Ata da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura – 400ª Sessão (Sessão Deliberativa Extraordinária)*. Acesso em: 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/59026>

CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do Controle do Crime: A caminho dos GULAGS em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

CHRISTIE, Nils. *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito do Estado. Curitiba, 2012.

FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. *O projeto anticrime de Moro e o problema do tratamento de dados genéticos*. São Paulo. JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019>; Acesso em: 13/11/2020.

GARCÍA, José Ángel Brandariz. *Gerencialismo y políticas penales*. Revista Eletrônica de Direito e Sociedade – REDES. v. 03, n. 1, p. 109-138. Maio. 2015.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2008.

MACHADO, Leonardo. *Projeto “anticrime” e Banco Nacional de Perfil Genético: nem tudo que reluz é ouro*. Consultor Jurídico – Conjur. -5 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>; Acesso em: 10/11/2020.

MACHADO, Maíra Rocha; PINTO, Patrícia Bocado Batista. *A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP*. Revista

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, v. 15, ano 27, p. 117-143. Fevereiro. 2019.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos – criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC Edições e Cursos Ltda., 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Retroatividade da lei anticrime*. 28 de março de 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>; Acesso em: 10/11/2020.

REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. *XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos – RIBPG*. Brasília. Maio de 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>; Acesso em: 10/11/2020.

REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. *XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos – RIBPG*. Brasília. Novembro de 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/relatorio_ribpg_nov_2019.pdf/view; Acesso em: 10/11/2020.

SILVA, Mariana Lins de Carli. *Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético*. São Paulo. IBCCRIM. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/noticias/exibir/215>; Acesso em: 04 de novembro de. 2020.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Apresentação oral

**A (IN)APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA NA FASE DE PRONÚNCIA NOS JULGAMENTOS
PELO TRIBUNAL DO JÚRI**

*THE (IN)APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION
OF INNOCENCE IN THE PRONOUNCE PHASE IN JUDGMENTS BY THE
COURT OF THE JURY*

Marcus Vinicius Berno Nunes de Oliveira

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub/DF). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciência e Tecnologia de Unaí (Factu/MG). Servidor Público Federal. Atualmente oficial de gabinete de juiz federal na Justiça Federal de Primeiro Grau em Unaí/MG.
E-mail:marcusberno@hotmail.com

Letícia Barros de Oliveira

Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciência e Tecnologia de Unaí (Factu/MG).
E-mail: leticiabarro0114@gmail.com

Resumo: Pode-se dizer que o processo penal funciona como um instrumento de que se vale o Estado para a efetivação do controle penal, limitado constitucionalmente, funcionando no todo como uma garantia e uma forma de assegurar os direitos fundamentais do acusado. O presente trabalho tem como premissa normativa a vigência do princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, e a inexistência de positivação do postulado *in dubio pro societate*. O objetivo é lançar luz sobre a aplicação desses institutos nas decisões judiciais proferidas ao final da primeira fase do procedimento especial do tribunal do júri. Por isso, a pesquisa norteou-se pela seguinte problemática: os argumentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nas decisões de pronúncia, ou confirmação da pronúncia, proferidas

no segundo semestre de 2019, são suficientes para superar a presunção de inocência do acusado? Como fonte de coleta de dados, utilizou-se do site do TJMG, realizando uma busca de jurisprudência com a palavra-chave “pronúncia” e a delimitação temporal de 01 de julho de 2019 a 31 de dezembro de 2019. Dessa busca, surgiram 885 espelhos processuais, porém 114 espelhos foram excluídos por não fazerem parte da pesquisa, limitando ao final em 771 acórdãos, que foram analisados em seu inteiro teor. A partir daí foi elaborado um formulário na plataforma *google drive* e para cada espelho processual foi preenchido um formulário. Da análise dos dados, observou-se que na maioria dos casos analisados o TJMG apresentou argumentos suficientes para superar a presunção de inocência, pois em 574 casos a pronúncia ou confirmação da pronúncia se deu em razão de o órgão julgador estar convencido da presença de indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, conforme dispõe o art. 413 do CPP. Por outro lado, verificou-se que em 197 casos os argumentos expostos nos acórdãos analisados não foram capazes de superar a presunção de inocência, já que nesses casos o órgão julgador não demonstrou estar convencido da suficiência dos elementos de prova, utilizando-se do postulado *in dubio pro societate* como reforço argumentativo para justificar ou confirmar a pronúncia. Dessa forma, conclui-se que, não obstante o grande número de casos decididos conforme o disposto no art. 413 do CPP, identificou-se um relevante percentual de acórdãos que se afastaram da previsão legal desse dispositivo, apoiando-se no postulado *in dubio pro societate*, o que, à luz de alguns autores estudados no referencial teórico da pesquisa (LOPES JR., 2006, 2019, 2020), pode ser entendido como uma violação aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Palavras-chave: Tribunal do júri. Pronúncia. Presunção de inocência. *In dubio pro societate*.

Abstract: It can be said that the criminal process works as an instrument that the State uses to carry out criminal control, which is constitutionally limited, functioning as a guarantee and as a way of guaranteeing the fundamental rights of the accused. The present work has as normative premise the validity of the principle of the presumption of innocence, foreseen in the Federal Constitution, and the absence of positivization of the postulate *in dubio pro societate*. The objective is to shed light on the application of these institutes in the judicial decisions rendered at the end of the first phase of the special procedure of the jury court. Therefore, the research was guided by the following problem: are the

arguments of the Court of Justice of Minas Gerais in the pronouncement decisions, or confirmation of the pronouncement, made in the second half of 2019, sufficient to overcome the presumption of innocence of the accused? As a source of data collection, the TJMG website was used, conducting a search of jurisprudence with the keyword “pronunciation” and the temporal delimitation from July 1, 2019 to December 31, 2019. From this search, 885 emerged procedural mirrors, however 114 mirrors were excluded because they were not part of the research, limiting 771 judgments to the end, which were analyzed in their entirety. From there, a form was created on the google drive platform and for each procedural mirror a form was filled out. From the data analysis, it was observed that in most of the cases analyzed, the TJMG presented sufficient arguments to overcome the presumption of innocence, since in 574 cases the pronouncement or confirmation of the pronouncement occurred because the judging body was convinced of the presence of evidence sufficient authorship and materiality of the crime, as provided in art. 413 of the CPP. On the other hand, it was found that in 197 cases the arguments presented in the analyzed judgments were not able to overcome the presumption of innocence, since in these cases the judging body did not demonstrate to be convinced of the sufficiency of the evidence, using the postulate in dubio pro societate as an argumentative reinforcement to justify or confirm the pronouncement. Thus, it is concluded that, despite the large number of cases decided according to the provisions of art. 413 of the CPP, a relevant percentage of judgments were identified that departed from the legal provision of this provision, based on the postulate in dubio pro societate, which, in the light of some authors studied in the theoretical framework of the research (LOPES JR., 2006, 2019, 2020), can be understood as a violation of the principles of the presumption of innocence and due process.

Keywords: Jury. Pronunciation. Presumption of innocence. In dubio pro societate.

Sumário: Introdução. 1. A instrumentalidade constitucional do processo penal: o princípio constitucional da presunção de inocência como norteador da fase de pronúncia. 2. Visão geral dos casos analisados na pesquisa. 3. O depoimento da vítima e o testemunho como principais elementos de prova a fundamentar a decisão de pronúncia. 4. O *in dubio pro societate* como reforço argumentativo para superar a dúvida na decisão de pronúncia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral mapear os elementos de prova utilizados pelos desembargadores para fundamentar seus votos nos julgamentos de recursos em casos de crimes dolosos contra a vida, e orienta-se pelo seguinte questionamento: “Os elementos de prova utilizados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais como fundamento das decisões de pronúncia, ou confirmação da pronúncia, proferidas no segundo semestre de 2019, são suficientes para superar a presunção de inocência do acusado?”.

Essa problemática surge a partir do intenso debate doutrinário acerca dos fins do processo penal no Estado Democrático de Direito, do alcance dos princípios processuais constitucionais (notadamente a presunção de inocência), e da aplicação do postulado *in dubio pro societate* na fase de pronúncia do procedimento especial do Tribunal do Júri.

Em linhas gerais, pelo postulado *in dubio pro societate*, em caso de dúvida do magistrado sobre a ocorrência de fato relevante ao julgamento, isto é, sobre elementos de prova da autoria e/ou materialidade do crime, essa dúvida deve ser interpretada em favor da “sociedade” (ou contra o réu). Nesse sentido, a “sociedade” seria beneficiada com o prosseguimento da persecução penal duvidosa, evitando-se um juízo de inadmissibilidade da acusação ou até absolutório, e prestigiando-se o *jus puniendi* em detrimento do *jus libertatis* (CASARA; MELCHIOR, 2013; DIAS, 2016).

Assim, de imediato se observa a contrariedade entre o postulado acima mencionado e o princípio *in dubio pro reo*, decorrente do princípio da presunção de inocência, por sua vez expresso no art. 5, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB.¹ De acordo com o *in dubio pro reo*, o provimento jurisdicional deve se basear na certeza da autoria e materialidade do crime, preservando-se a liberdade do acusado em caso de dúvida acerca dos elementos de prova produzidos processualmente (KARAM; 2009; LIMA, 2020; LOPES JR., 2006, 2020; TOURINHO FILHO, 2013).

¹ 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: (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Comumente, não se observa divergência doutrinária quanto à aplicação do princípio *in dubio pro reo* no momento da fase decisória do processo. Por outro lado, quando se trata do rito especial do Tribunal do Júri, alguns autores defendem a não aplicação do *in dubio pro reo* na fase de pronúncia. Esse entendimento se baseia na ideia de que o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é de competência do Tribunal do Júri, cuja decisão é regida pelo princípio da soberania dos vereditos, não sendo lícito ao juiz togado subtrair a demanda da apreciação do corpo de jurados, salvo em caso de inequívoca e absoluta inviabilidade da acusação. Além do mais, também costuma-se argumentar que o art. 413 do Código de Processo Penal – CPP² exige certeza apenas da existência do crime, bastando a presença de meros indícios de autoria para possibilitar a pronúncia do acusado. (CAPEZ, 2015; GRECO FILHO, 2015; MARQUES, 2009; PACELLI, 2017; TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Vale ressaltar que, tradicionalmente, esse posicionamento doutrinário tem sido encampado majoritariamente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que geralmente emprega a expressão “*in dubio pro societate*” em suas fundamentações (BRASIL, 2020a, 2020b, 2020c).

Igualmente, também se observa o emprego dessa expressão em relação ao Supremo Tribunal Federal, conforme se lê no trecho que segue: “O acórdão recorrido se encontra consentâneo com o entendimento desta Corte, no sentido de que na sentença de pronúncia deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate*, não existindo nesse ato qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência” (BRASIL, 2017).

Nada obstante, outra parcela da doutrina vem defendendo a inexistência do postulado *in dubio pro societate* no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual não seria possível afastar a aplicação do princípio da presunção de inocência em fase alguma da tramitação do processo penal, inclusive na pronúncia do rito especial do Tribunal do Júri. Dessa forma, havendo dúvida acerca da presença dos pressupostos legais da pronúncia, esta deveria ser interpretada em favor do acusado, interrompendo-se a persecução penal em juízo (CASARA; MELCHIOR, 2013; CHOUKR, 2017; JARDIM; AMORIM, 2016; LIMA, 2020; LOPES JR., 2020).

² Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (BRASIL, 1941).

Não se ignora o fato de que recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm sinalizado a adoção dessa segunda corrente (BRASIL, 2020d, 2020e). Contudo, as referências acima citadas sugerem que ainda há indefinição quanto a essa questão, o que justifica a eleição do tema objeto da presente pesquisa.

Para responder à problemática proposta, realizou-se a coleta de dados no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, introduzindo-se a palavra “pronúncia” no campo de busca de jurisprudência. A busca foi limitada ao período de 01/07/2019 a 31/12/2019, e trouxe como resultados 885 espelhos de acórdãos. Desse total, foram excluídos os casos que não se enquadravam no objeto da pesquisa, restando o total de 771 acórdãos que compõem o *corpus* de pesquisa.

Esses acórdãos foram analisados com base em questionário elaborado na plataforma *google drive*, com quesitos que permitiram obter informações a respeito do número do processo; da comarca de origem onde cada processo foi julgado; se o recurso apresentado é da defesa ou acusação; se o recurso foi acolhido ou negado; qual o objetivo do recurso (impronúncia, desclassificação, absolvição sumária, pronúncia, nulidades, ou o decote de qualificadoras); qual a principal tese argumentativa do recorrente; qual é o tipo de crime doloso contra a vida (homicídio, aborto, infanticídio ou auxílio a suicídio); se o crime é consumado ou tentado; se o acusado foi preso em flagrante; qual o gênero do acusado e da vítima; qual foi a arma do crime; se houve confissão qualificada; e por último, quais elementos de prova o TJMG utilizou em sua fundamentação (depoimento testemunhal, o depoimento da vítima, a confissão do acusado, exame pericial e outros).

Na primeira seção deste trabalho abordou-se os fins do processo penal, discorrendo-se sobre os fundamentos teóricos que nortearam a análise dos dados da pesquisa. Assim, numa perspectiva garantista, estabeleceu-se a proteção dos direitos fundamentais como um dos mais relevantes objetivos do processo penal no contexto do Estado Democrático de Direito. Também, analisou-se a fase de pronúncia do rito especial do Tribunal do Júri, fixando-se o princípio da presunção de inocência como premissa normativa para o provimento jurisdicional, conforme decorre do art. 5º, LVII, da CRFB e do art. 413 do CPP.

Em seguida, no tópico “2” foram descritas as características gerais dos casos analisados, o que permitiu ter um panorama dos processos submetidos ao TJMG no período pesquisado.

No item “3” descreveram-se alguns achados da pesquisa, tal como o fato de o depoimento da vítima e o testemunho serem os principais elementos de prova a fundamentar as decisões do TJMG na pronúncia ou confirmação da pronúncia em sede recursal.

Por fim, na última parte desde artigo o foco foi voltado para as decisões em que se verificou a menção expressa ao postulado *in dubio pro societate*, observando-se que, em geral, o TJMG se utilizou deste postulado como espécie de “reforço argumentativo”, principalmente nos casos em que os elementos de prova dos autos não se mostraram suficientes para superar a dúvida acerca da autoria e/ou materialidade do crime.

Infere-se, portanto, que tanto a parte teórica deste trabalho quanto a parte empírica possibilitaram alcance dos resultados apresentados na conclusão, somando-se para responder ao problema de pesquisa proposto inicialmente.

1. A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL: O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORTEADOR DA FASE DE PRONÚNCIA

O Estado Democrático de Direito passou a desempenhar uma função fundamental a partir do momento em que é suprimida a vingança privada, proibindo outrossim, os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. A consequência dessa ruptura é o enfraquecimento da natureza privada do processo e a ascensão do modelo processual moderno, consolidando-se o interesse público na acusação penal. Nas palavras de Luigi Ferrajoli (2014, p. 496), supera-se a justiça privada quando “a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão ‘judiciário’, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir”. (FERRAJOLI, 2014; JARDIM; AMORIM, 2016; MAIER, 1996; OLIVEIRA, 2018)

Dessa forma, ante à violação de um bem jurídico, não há outra atividade senão a devida tutela jurisdicional e, para isso, impõe-se o processo judicial conduzido por um terceiro imparcial, que vai conhecer o delito e sancionar seu autor (MAIER, 1996). O processo penal público “passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio *nulla poena sine judicio*” (JARDIM; AMORIM, 2016, p. 120).

No plano teórico, para que o Estado não exerça essa função de maneira autoritária, a imposição de uma pena somente será legítima se respeitados os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Conforme pontua Gabriel Ignacio Anitua (2018, p. 116), “o fundamento garantista e pacificador da jurisdição relaciona-se com sua necessidade de reduzir todo tipo de violência, a dos indivíduos e grupos em conflito e, especialmente, a dos próprios Estados no exercício daquele poder punitivo, que nunca pode ser sua razão de ser”. (ANITUA, 2018; BINDER, 2003; CASARA; MELCHIOR, 2013; CHOUKR, 2017; JARDIM; AMORIM, 2016; LOPES JR., 2006, 2019; TIEDEMANN, 2007).

Nesse viés, constata-se que o processo penal nada mais é do que um instrumento para a eficácia das garantias constitucionais, ou seja, é por meio do processo que se opõe garantias frente a atuação punitiva estatal, cuja fonte última é a Constituição. É o que Aury Lopes Jr. denomina de “instrumentalidade constitucional”, pela qual se cria condições para a existência de um processo penal democrático (CASARA; MELCHIOR, 2013; LOPES JR., 2006, 2019, 2020).

Com isso, percebe-se que o processo penal tem como principal objetivo a proteção do indivíduo frente ao Estado, limitando o poder punitivo e impedindo, ao mesmo tempo, julgamentos arbitrários. Não há outra dimensão para o processo, senão garantir a paz jurídico-social. E se o processo surge como instrumento de pacificação jurídica dos conflitos intersubjetivos, logo, não se pode julgar de imediato, tampouco acusar, para posteriormente investigar (JARDIM; AMORIM, 2016; MAIER, 1996; TOURINHO FILHO, 2013).

Em suma, o processo penal visa a um julgamento livre de arbitrariedades e com respeito à dignidade humana. O processo penal pauta-se pelo valor da dignidade humana, em conformidade com a Constituição, não podendo ser entendido como um simples

instrumento a serviço do poder punitivo, mas sim como limitador de poder e garantidor daquele que a ele é submetido (BINDER, 2003; KARAM, 2009; PRADO, 2006; SILVA JÚNIOR, 2015).

Assim, na concepção democrática do processo penal, a liberdade do acusado, a sua dignidade e os direitos e garantias fundamentais são valores que estão acima de qualquer pretensão estatal, uma vez que a diminuição das garantias não pode estar atrelada a intervenção penal. Assegurar tais garantias é uma exigência constitucional, que se coaduna com o Estado Democrático de Direito (CASARA; MELCHIOR, 2013; CHOUKR, 2017; FERRAJOLI, 2014; KARAM, 2009; PRADO, 2006; TIEDEMANN, 2007).

Os princípios constitucionais, então, são a base de todo o sistema normativo, pois adquirem papel fundamental para a atual compreensão do processo penal. No sistema processual penal acusatório, o processo penal é norteado pela consagração do princípio da presunção de inocência, fundamento sistemático e estrutural de todo o sistema, que tem como objetivo respeitar a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana (CASARA; MELCHIOR, 2013; CHOUKR, 2017; KARAM, 2009; LOPES JR., 2006; NERY JUNIOR, 2016; TIEDEMANN, 2007).

Dessa forma, tendo em vista que a Carta Magna é a lei suprema e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (BRITTO, 2006), é possível concluir que no Brasil a presunção de inocência, expressa no art. 5º, LVII da CRFB, é um dos princípios basilares do Direito Processual Penal. Portanto, toda a legislação infraconstitucional deverá ser compatível com o referido princípio, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, uma vez que o princípio é garantia processual penal e visa à tutela da liberdade individual (CHOUKR, 2017; KARAM, 2009; LOPES JR., 2006, 2019; NERY JUNIOR, 2016; TIEDEMANN, 2007).

Enquanto princípio constitucional, a presunção de inocência demanda a delimitação de seu conteúdo. Num primeiro momento, pode ser entendida como decorrência lógica da submissão do poder punitivo ao juízo, na medida que a ausência de produção judicial de prova da autoria e materialidade do crime impossibilita o reconhecimento da culpa e a imposição de pena ao acusado (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*). Logo, segundo Luigi Ferrajoli (2014, p. 506), “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início, que forma o objeto do juízo”.

(BINDER, 2003; CASARA; MELCHIOR, 2013; FERRAJOLI, 2014; KARAM, 2009; MAIER, 1996; NERY JUNIOR, 2016; TIEDEMANN, 2007).

É comum a doutrina pátria se referir ao princípio como “presunção de não culpabilidade”, uma vez que no texto constitucional consta os dizeres “ninguém será considerado *culpado*” (CHOUKR, 2017; LIMA, 2020; NERY JUNIOR, 2016). Contudo, isso não obsta a análise do princípio em seus dois sentidos fundamentais: como “regra de tratamento”, que preconiza a preservação da liberdade do acusado, e como “regra de juízo”, que estabelece parâmetros para a atribuição da carga probatória à acusação e o aproveitamento da dúvida em favor do réu (BINDER, 2003; CASARA; MELCHIOR, 2013; CHOUKR, 2017; FERNANDES, 2012; FERRAJOLI, 2014; LOPES JR., 2006; NERY JUNIOR, 2016).

Dado o objetivo do presente trabalho, o foco é direcionado ao segundo sentido. A partir dele, é possível afirmar que a carga probatória é atribuída à acusação, a quem compete demonstrar mediante provas lícitas a existência do crime e a responsabilidade do imputado. Além disso, também se infere da presunção de inocência a necessidade de que o conjunto probatório produzido tenha suficiência para superar a incerteza do julgador, funcionando, pois, como verdadeiro *standard* probatório (BINDER, 2003; DAMASKA, 2017; KARAM, 2009; LIMA, 2020; LOPES JR., 2006; NERY JUNIOR, 2016).

Daí, não atingida a certeza necessária, torna-se impossível a prolação de juízo condenatório, razão pela qual impõe-se inevitavelmente a absolvição do acusado. Nas palavras de Alberto M. Binder (2003, p. 88), “construir com certeza a culpabilidade significa destruir, sem deixar dúvidas, a situação fundamental de liberdade da pessoa acusada. Se não houver este grau de certeza, não se poderá chegar à decisão da culpabilidade”. Do princípio da presunção de inocência decorre, então, que a dúvida milita em favor da liberdade individual, o que é consagrado no princípio *in dubio pro reo* (BINDER, 2003; KARAM, 2009; LIMA, 2020; LOPES JR., 2006; MAIER, 1996; NERY JUNIOR, 2016).

Nessa linha argumentativa, ao se debruçar sobre a redação do art. 413, *caput*, do CPP, é possível observar que, não obstante o dispositivo se refira à “existência de *indícios* suficientes de autoria ou de participação” como um dos requisitos da pronúncia, isso não pode ser interpretado como a possibilidade de um provimento jurisdicional sem firme base

em elementos de prova colhidos na instrução processual (CHOUKR, 2014; JARDIM; AMORIM, 2016; LIMA, 2020; LOPES JR., 2020).

Vale dizer, ao final da primeira fase do rito especial do Tribunal do Júri, cabe ao juiz penal avaliar os fundamentos da pretensão manifestada pela acusação e decidir pela sua admissibilidade, hipótese em que será proferida decisão de pronúncia do acusado e se iniciará a preparação da sessão planária de julgamento perante os jurados, ou pela sua inadmissibilidade, quando poderá ser proferida decisão de impronúncia ou absolvição sumária (artigos 414 e 415 do CPP,³⁻⁴ respectivamente). Também é possível a desclassificação do crime, quando a acusação não versar sobre crime doloso contra a vida (art. 419 do CPP⁵). (CHOUKR, 2017; FERNANDES, 2012; LIMA, 2020; LOPES JR., 2020; NUCCI, 2015).

Logo, embora os crimes dolosos contra a vida sejam de competência do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVII, “d”, da CRFB⁶), composto por corpo de jurados leigos (não profissionais e não necessariamente dotados de formação jurídica), é possível inferir que, ao menos no plano teórico, a previsão de um procedimento bifásico, com uma primeira fase que se encerra com uma decisão do juiz singular (togado e com conhecimento jurídico), tem o escopo de submeter a pretensão da acusação a uma verificação da suficiência das

³ Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado. Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova. (BRASIL, 1941).

⁴ Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva. (BRASIL, 1941).

⁵ Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja. Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

⁶ 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: (...) XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

provas produzidas para minimizar o risco proveniente da falta de conhecimento técnico e da ausência de fundamentação dos jurados (LIMA, 2020; NUCCI, 2015).

Assim, para que o processo avance até a fase de julgamento pelos jurados, é preciso que a acusação apresente elementos de prova suficientes para edificar a certeza da materialidade do crime e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado. Se faz necessário que os elementos de prova permitam um juízo seguro quanto aos requisitos da pronúncia (prova da materialidade e indícios *suficientes* de autoria), de modo que, de acordo com Jardim e Amorim (2016, p. 586), “havendo dúvidas se os requisitos do art. 408 [sic]⁷ estão presentes, o réu não deve ser pronunciado”, pois “não é ônus da defesa [...] provar que o processo não é admissível. É da acusação o ônus de provar que a acusação deve ser admitida”. Aplica-se integralmente o princípio *in dubio pro reo* em caso de insuficiência dos elementos probatórios, o que leva o juiz a proferir a decisão de impronúncia, nos termos do art. 414 do CPP, ou a absolvição sumária, no caso do art. 415 do CPP (CHOUKR, 2014; JARDIM; AMORIM, 2016; LIMA, 2020; LOPES JR., 2020).

Desse ponto de vista teórico, portanto, não cabe falar em aplicação do postulado *in dubio pro societate* nessa fase do rito do Tribunal do Júri, uma vez que o art. 413 do CPP só autoriza a pronúncia do acusado caso haja o convencimento do juiz acerca da presença da materialidade e dos indícios suficientes de autoria. Conforme expõe Fauzi Hassan Choukr (2014, p. 838), “o mencionado princípio *in dubio pro societate* não parece resistir à própria cognição que deve efetuar o magistrado togado acerca da autoria, vez que lhe cabe, diante da inexistência de provas sobre a autoria, absolver a pessoa acusada de plano”. E continua o autor, concluindo que “no confronto entre provas da não autoria e indícios da sua ocorrência, não cabe a invocação da dúvida, com a submissão do caso ao Conselho de Sentença”. (CHOUKR, 2014)

Ademais, admitir a aplicação do postulado *in dubio pro societate* seria o mesmo que presumir a culpa do acusado, privilegiando-se o poder de persecução e punição do Estado, e invertendo-se a lógica probatória que, em razão da previsão constitucional da

⁷ Até 2008, o art. 408 do CPP vigorou com redação semelhante ao que hoje se encontra no art. 413, nos seguintes termos: “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento”. (BRASIL, 1941).

presunção de inocência, deve nortear todas as fases do processo penal, inclusive a pronúncia (CASARA, MELCHIOR, 2013).

Em conclusão, tal qual se disse antes, o convencimento se forma a partir de elementos de prova suficientes para superar o *standard* probatório imposto pela presunção de inocência, de modo que a incerteza do julgador deverá conduzir à tomada de uma decisão favorável ao réu, em qualquer fase do processo penal. Logo, infere-se de todo o arcabouço teórico revisitado que, acerca da autoria, o art. 413 prevê para a pronúncia um nível de exigência probatória mais baixo do que para a condenação, mas ainda assim exige-se superação da incerteza para a formação do convencimento do juiz quanto à suficiência dos indícios de autoria contidos no processo (LOPES JR., 2020).

2. VISÃO GERAL DOS CASOS ANALISADOS NA PESQUISA

Diante dessa análise teórica e, partindo-se para a análise dos dados empíricos, o gráfico a seguir revela o tipo de recurso interposto pela parte recorrente, sendo eles o Recurso em sentido estrito (RESE) e a Apelação. É mister dizer que por se tratar a pesquisa da primeira fase do rito do Tribunal do júri, a decisão proferida pelo juiz *a quo* nesta fase pode ser a pronúncia, impronúncia, desclassificação e absolvição sumária (CHOUKR, 2017; FERNANDES, 2012; LIMA, 2020; LOPES JR., 2020; NUCCI, 2015).

Com isso, para cada tipo de decisão proferida haverá um recurso cabível. Logo, limitou-se na pesquisa aos recursos descritos no gráfico, visto que quando o magistrado de primeira instância pronunciar o acusado ou desclassificar o crime, o recurso correto a ser interposto será o RESE e, por outro lado, quando houver impronúncia ou absolvição sumária, o recurso cabível será o de apelação (LIMA, 2020; LOPES JR., 2020; NUCCI, 2015).

Assim, conforme os dados abaixo, revela-se que o RESE obteve um percentual de 96% do total de casos, o que corresponde a um total de 738 processos, por outro lado, o recurso de apelação obteve um percentual ínfimo em relação ao primeiro, totalizando apenas 4% dos acórdãos, o caracteriza o total de 33 processos.

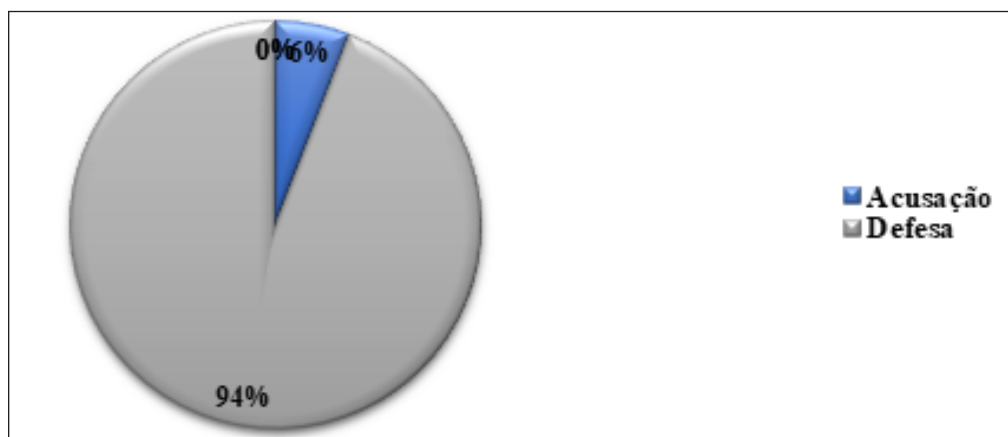
Gráfico 1 – Tipos de recurso



Fonte: Autores do trabalho, 2020

Em seguida, tem-se no gráfico abaixo a parte recorrente do recurso e, de acordo com as informações obtidas na coleta de dados, percebe-se que 94% da parte recorrente é a defesa, o que totaliza um número de 726 processos, restando apenas 6% para a acusação, o que caracteriza em 45 processos.

Gráfico 2 – Parte recorrente



Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Com relação ao tipo de crime, sabe-se que o Tribunal do Júri abarca somente os crimes dolosos contra a vida, sendo eles o homicídio, o infanticídio, o auxílio ao suicídio e o aborto. Logo, o gráfico abaixo revela um predomínio do crime de homicídio, totalizando 766 casos julgados pelo Tribunal, em seguida o aborto com 3 casos e o infanticídio com 2 casos e, por último, não houve nenhum caso em relação ao auxílio ao suicídio.

Gráfico 3 – Tipos de crimes

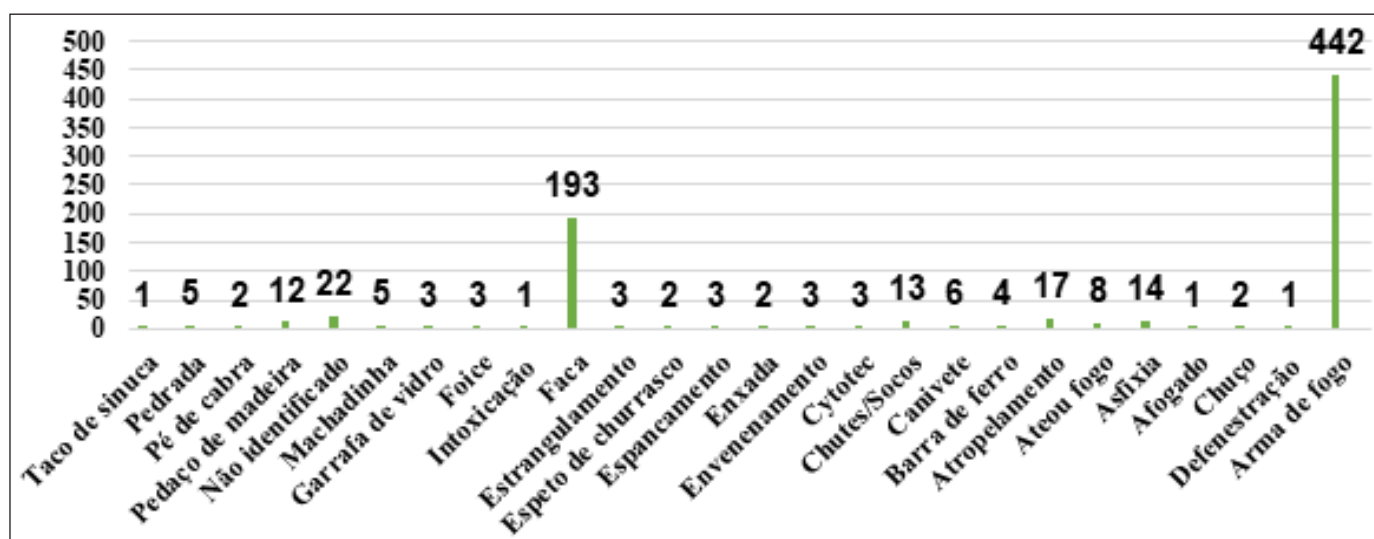


Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Em relação a arma do crime, o gráfico abaixo revela a diversidade de instrumentos utilizado por cada autor para o cometimento de sua empreitada criminoso. Assim, de acordo com a narrativa de cada processo os pesquisadores puderam obter informações sobre o tipo de instrumento.

Dentre os casos analisados, embora haja grande diversidade de instrumentos de crime, somente dois tipos tiveram recorrência acima de 100 casos: arma de fogo e faca. A arma de fogo apareceu em maior número, com 442 casos. O segundo instrumento mais comum foi a faca, totalizando 193 casos. Apenas em 22 casos não foi possível identificar o instrumento do crime.

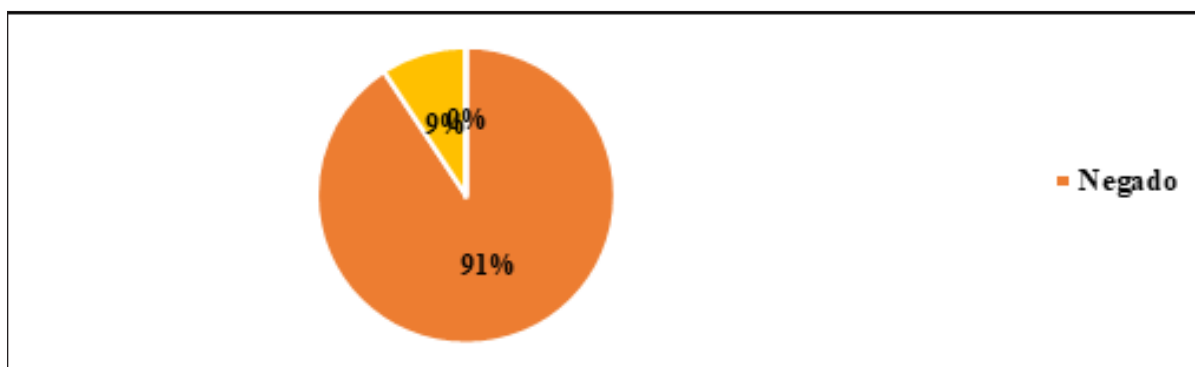
Gráfico 4 – Arma do crime



Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Em relação ao resultado do recurso julgado pelo Tribunal, nota-se que 91% dos recursos foram negados, correspondendo a um total de 637 casos. Apenas 9% dos recursos foram acolhidos pelo Tribunal, o que em números corresponde a 65 casos. Tendo em vista que 94% dos recursos analisados são da defesa (conforme gráfico 2), observa-se que há grande tendência à rejeição das teses defensivas em se tratando de crime doloso contra a vida pelo Tribunal.

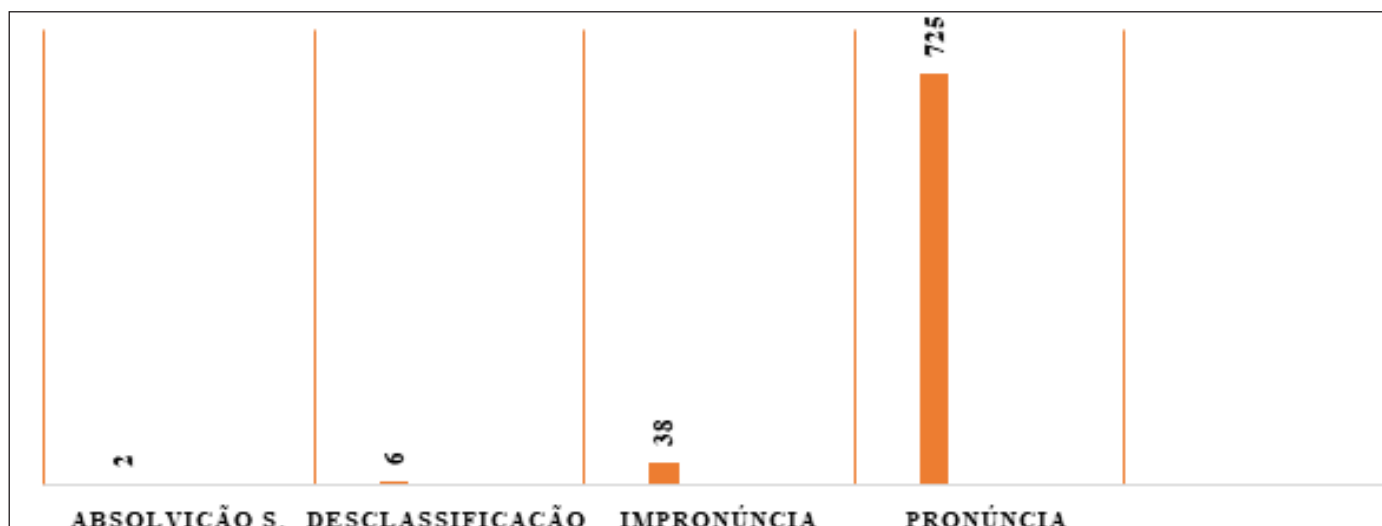
Gráfico 5 – Resultado do Julgamento do recurso pelo Tribunal



Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Igualmente, também é possível fazer um cruzamento das informações expostas no gráfico acima com o alto número de casos em que o tribunal pronunciou o acusado, o que se verificou em 725 casos, dentro do total 771 casos analisados. Logo, tem-se um número bastante reduzido de impronúncias (38 casos), desclassificações (6 casos) e absolvições sumárias (apenas 2 casos).

Gráfico 6 – Tipo de decisão do Tribunal



Fonte: Autores do trabalho, 2020.

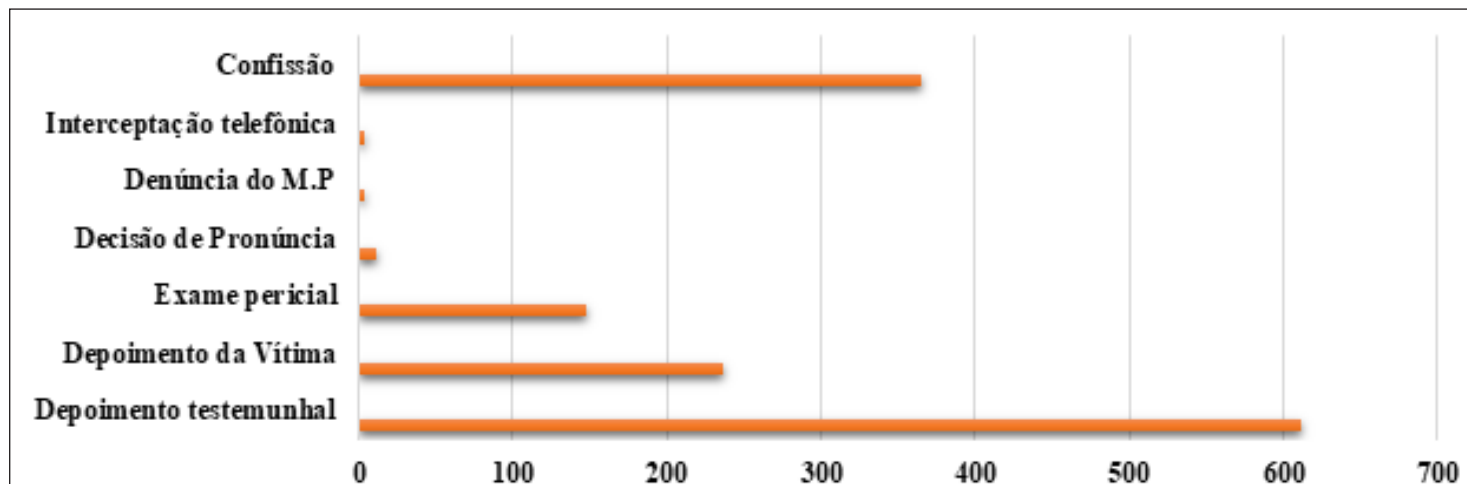
A partir desse panorama, nos próximos tópicos pretende-se abordar os principais meios de prova encontrados à luz do referencial teórico já descrito no item 1 acima, o que permitirá chegar a algumas conclusões acerca da atuação do TJMG nos casos pesquisados.

3. O DEPOIMENTO DA VÍTIMA E O TESTEMUNHO COMO PRINCIPAIS ELEMENTOS DE PROVA A FUNDAMENTAR A DECISÃO DE PRONÚNCIA

Das observações realizadas, percebeu-se que um dos pontos de maior interesse da pesquisa foi a identificação dos elementos de prova com que o Tribunal fundamentou suas decisões, o que pôde ser percebido da leitura do inteiro teor dos votos que compõem os acórdãos pesquisados.

No gráfico abaixo destaca-se o depoimento testemunhal como principal elemento de prova utilizado nas fundamentações, tendo sido observado em 612 casos. Também foi observado grande número de casos em que houve confissão (365 casos), seguida do depoimento da vítima, que foi utilizado na fundamentação em 236 julgados.

Gráfico 7 – Elementos de prova observados nas decisões do TJMG

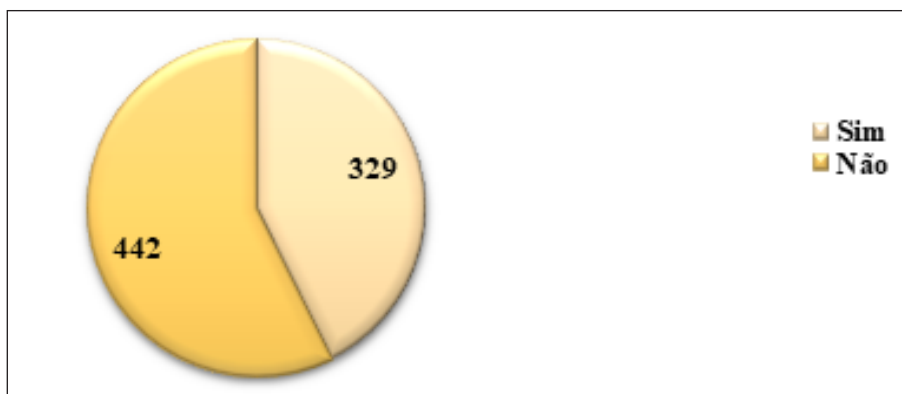


Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Com relação à confissão, é importante pontuar que foi observado um grande número de casos em que a ela era utilizada como forma de defesa, isto é, tratava-se de confissão qualificada, em que o acusado confessava a prática da conduta no intuito de afirmar a ausência de dolo, excludente da ilicitude, excludente da culpabilidade etc. (LIMA,2020).

Conforme se observa do gráfico abaixo, dos 365 casos em que houve confissão, 329 se trata de confissão qualificada. Dessa forma, do total de confissões pode-se dizer que em apenas 36 casos a confissão representou propriamente a aceitação da imputação da infração penal pelo acusado.

Gráfico 8 – Confissão como argumento de defesa (confissão qualificada)



Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Logo, excluída a confissão qualificada, verifica-se um predomínio da testemunha e da vítima como fontes de prova nos processos penais de crimes dolosos contra a vida julgados no período pesquisado.

Por conta disso, para melhor compreensão do objeto estudado, foi necessário realizar uma análise qualitativa dos dados pesquisados, buscando verificar a forma como esses depoimentos contribuíram para a formação do convencimento do julgador quanto aos requisitos para a pronúncia. Para tanto, foi elaborado o quadro 1 abaixo, com trechos retirados dos acórdãos pesquisados.

Quadro 1- Depoimento testemunhal e da vítima

CATEGORIA	QUAIS OS ELEMENTOS DE PROVA QUE DEMOSTRAM A EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA AUTORIA E MATERIALIDADE
Depoimento testemunhal	Aduz que o depoimento da testemunha Ana Flávia Costa é a única prova dos autos, sendo certo que a aludida testemunha sequer confirma a participação de Marcelo. Argumenta que referida testemunha apenas ouviu comentários sobre a participação do recorrente, não havendo nenhuma prova nesse sentido. Acrescenta que as testemunhas ouvidas nos autos apontaram a participação de Neri e Lourival no delito ora apurado, não havendo sequer indícios de que Marcelo foi mandante do crime.
Depoimento da vítima	Não há que se cogitar, na espécie, em aceitação incontestada dos supostos alibis apresentados pela defesa, uma vez que temos, no caso concreto, duas versões, cabendo ao Júri apreciar as provas. A vítima antes de morrer falou o nome do acusado ao policial que o levou para o hospital. Uma vizinha não quis ser identificada por medo, alegou que viu o acusado.
Depoimento testemunhal	Corroborando que o testemunho do policial, registro o importante depoimento, prestado sob o crivo do contraditório, de Dayse Silva Medeiros, irmã do ofendido, no sentido de que, quando os fatos ocorreram, havia boatos que citavam os nomes dos acusados como autores do crime. Em juízo, quase todos os depoentes alteraram sua versão dos fatos.
Depoimento da vítima	No depoimento da vítima houve duas versões, na primeira, ele reconhece quem lhe deu o tiro, mas nada fala que o mandante foi o acusado (recorrente); na segunda, ele fala de uma suposta desavença com o acusado e, que ele poderia ser o mandante do crime tentado contra ele. O tribunal alega que embora haja dúvida quanto aos relatos, pois, existem duas versões para os fatos: a primeira, declinada pelo recorrente, no sentido de não ser ele o mandante do crime; e outra, declinada pela vítima e com suporte nas investigações policiais procedidas, apontando ao recorrente a ordem de execução do homicídio praticado contra o ofendido, que não teria se consumado por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, deve nessa fase, operar o <i>in dubio pro societate</i> , cabendo ao júri entender se o agente deve ou não ser condenado pelo fato que lhe é imputado, pois estão presentes uma vertente de prova, que aponta como o mandante.

CATEGORIA	QUAIS OS ELEMENTOS DE PROVA QUE DEMOSTRAM A EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA AUTORIA E MATERIALIDADE
Depoimento testemunhal	Sob o crivo do contraditório, a testemunha Marlene, irmã do acusado, afirmou “que as pessoas na rua comentaram que Marcos foi o autor do fato”. Lado outro, em seu depoimento prestado na fase pré-processual, a testemunha Luciana informou que “viu Antônio Marcos agredindo Josias”.
Depoimento da vítima	A vítima R.P. de S. afirmou que trabalha no “Supermercado Sinhá” e que estava sentado na calçada aguardando o horário para iniciar seu turno de trabalho quando uma caminhonete passou por ele e, logo em seguida, retornou de ré. Salientou que os acusados desceram do referido veículo e já iniciaram as agressões contra ele. Relatou que levou chutes, socos, coronhadas e dois tiros (um no ombro direito e outro na coxa esquerda), tendo sofrido traumatismo crânio encefálico em decorrência das agressões. Salientou que teve sequelas em razão dos fatos e, até o dia da audiência, ainda não havia retornado ao trabalho. Por fim, reconheceu os acusados Denis e Everaldo, presentes na audiência, como autores do delito ora em análise.
Depoimento testemunhal	Também o policial militar Jessé de Souza Silva, subscritor do Boletim de Ocorrência de fls. 12/16, informou que as pessoas ouvidas no local do crime teriam apontado “Nego” como o autor dos disparos.
Depoimento da vítima	A vítima sobrevivente Diego Rodrigues dos Santos, conquanto não tenha sido capaz de reconhecer os atiradores, individualizou a conduta de cada um, asseverando que eles já teriam chegado atirando contra Mateus e, logo depois, também o atingiram nas costas. Também o policial militar Jessé de Souza Silva, subscritor do Boletim de Ocorrência de fls. 12/16, informou que as pessoas ouvidas no local do crime teriam apontado “Nego” como o autor dos disparos.
Depoimento testemunhal	A única testemunha presencial do homicídio, Célio Manoel Marques, asseverou na audiência de instrução e julgamento que presenciou o ofendido Cairo correndo enquanto era alvejado nas costas. Disse não conhecer nenhum dos envolvidos e que não viu quem atirou em Cairo, mas que tem certeza que foi apenas uma pessoa (mídia audiovisual de fl. 215)
Depoimento testemunhal	A testemunha Rogério Soares, em juízo (f. 224), asseverou que ouviu comentários de que Vanderlei teria atirado na vítima e que quem comentou viu o acusado atirando.

Fonte: Autores do trabalho, 2020.

De acordo com os trechos apresentados, de maneira geral foi possível verificar que alguns testemunhos são vagos, isto é, deles não se pode extrair a certeza do fato a ser provado. São recorrentes os casos em que a testemunha apenas ouviu comentários, e casos em que a própria vítima não foi capaz de reconhecer seu agressor.

Nessas situações, embora o art. 413 do CPP estabeleça que a pronúncia só deverá ser realizada quando houver convencimento da materialidade e dos indícios de autoria, é possível perceber que a fundamentação do julgado não reflete a certeza do magistrado acerca da suficiência dos elementos de prova.

Ao contrário, os trechos que compõem o quadro acima deixam transparecer a fragilidade dos elementos de prova e a dúvida do juiz em relação à ocorrência dos fatos sobre os quais lhe é dado decidir.

Frequentemente, reconhece-se no corpo da decisão a existência de duas versões contraditórias sobre o mesmo fato, sem que seja apontado qualquer fundamento para o acolhimento de uma e o afastamento da outra.

Portanto, a observação dos dados pesquisados sugere que em alguns julgados não foi exigida a superação do *standard* probatório decorrente do princípio da presunção de inocência, ou seja, não se exigiu que o conjunto probatório produzido tivesse suficiência para superar a incerteza do julgador.

De maneira oposta, os dados apontam que nesses casos a simples presença de um elemento de prova indicativo da versão sustentada pela acusação foi tomada como suficiente para ensejar a pronúncia, ainda que não tenha superado a incerteza do magistrado. É justamente nesses casos que se observou a incidência do postulado *in dubio pro societate*, produzindo a inversão do critério de valoração da dúvida decorrente do *in dubio pro reo*, conforme será detalhado no próximo tópico deste trabalho.

4. O IN DUBIO PRO SOCIETATE COMO REFORÇO ARGUMENTATIVO PARA SUPERAR A DÚVIDA NA DECISÃO DE PRONÚNCIA.

Conforme já se disse anteriormente, na visão de alguns autores o postulado *in dubio pro societate* é bastante problemático, pois, aplicado ao momento decisório da primeira fase do rito do Tribunal do Júri, ele atribui ao juiz o dever de guiar-se pelo “interesse da sociedade”, submetendo o acusado ao corpo de jurados mesmo em caso de dúvida sobre a ocorrência dos fatos que pressupõem sua responsabilidade penal (CASARA; MELCHIOR, 2013; DIAS, 2016; LOPES JR., 2020).

Assim, o objetivo deste tópico é mapear nos dados colhidos os casos em que a argumentação do julgado aplica o postulado *in dubio pro societate* em detrimento da presunção de inocência, mesmo quando as provas se mostram insuficientes, ou até mesmo quando não se reconhece a existência de indícios de autoria.

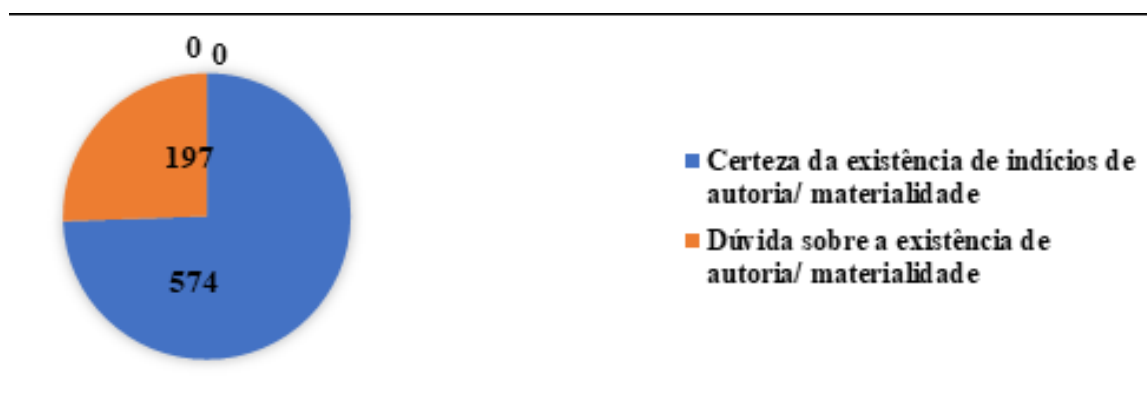
Para tanto, foi elaborado um gráfico mostrando o número de casos em que o Tribunal demonstrou na fundamentação a certeza do seu convencimento quanto aos elementos de prova de materialidade e autoria existentes no processo, e o número de casos em que a fundamentação deixou transparecer a fragilidade do conjunto probatório e a dúvida no convencimento do julgador.

Vale dizer que na construção do gráfico foram analisados os relatórios e as fundamentações apresentadas no inteiro teor dos acórdãos, sendo possível identificar a certeza ou dúvida no convencimento a depender do teor argumentativo apresentado pelo próprio julgador, com base nos elementos de prova mencionados no acórdão.

Em geral, identifica-se a dúvida no convencimento a partir de expressões empregadas na fundamentação, tais como “há nos autos duas versões dos fatos”, “pode levar a alguma dúvida”, “não permite conclusão segura”, “há muito que ser apurado”, “verifica-se duas versões indiciárias” etc.

Desta forma, verificou-se que em 574 decisões proferidas pelo TJMG a pronúncia foi fundamentada na certeza do magistrado quanto aos elementos de prova de materialidade e autoria. Por outro lado, em 197 casos a fundamentação da decisão revelou dúvida do órgão julgador na apreciação das provas, não obstante ainda assim concluiu-se pela pronúncia do acusado.

Gráfico 9 – Casos em que há certeza ou dúvida na fundamentação do julgado



Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Com o fim de possibilitar a análise mais aprofundada do objeto pesquisado, foi elaborado o quadro 2 com alguns trechos retirados dos acórdãos, destacando-se expressões que exemplificam os casos em que a pesquisa considerou que a fundamentação da decisão revelou dúvida do órgão julgador.

Quadro 2– Argumentos que refletem dúvida na fundamentação

ARGUMENTOS QUE REFLETEM DÚVIDA NA FUNDAMENTAÇÃO

“Enfim, é certo que **há nos autos duas versões**: a negativa dos recorrentes e os demais elementos da prova oral indicando serem ele o autor do crime descrito na denúncia. Entretanto, tratando-se de crime doloso contra a vida e, havendo nos autos mais de uma versão, a decisão compete ao Conselho de Sentença”.

“Nesse ponto cumpre destacar que apesar de depoimentos de “ouvir dizer” não serem considerados como prova plena e incontroversa, não há como negar constituírem-se indícios de autoria suficientes para alicerçar a decisão de pronúncia, pois, em muitos delitos somente é possível obter informações de autoria através de testemunhos indiretos. É certo que a testemunha Flávia Júnia Dias Coutinho afirma ter avistado o recorrente em horário próximo aos fatos em local distinto do cenário dos fatos, estando ele com seu cachorro. Entretanto, ainda que referido depoimento possa **levar a alguma dúvida** quanto ao envolvimento do recorrente nos fatos, na fase de pronúncia, eventuais dúvidas probatórias devem ser redimidas pelo Tribunal do Júri, juiz natural e constitucional dos crimes dolosos contra vida”.

“Não se olvida que **ainda há muito que ser apurado** acerca dos fatos em apreço; contudo, isso deverá ocorrer durante a Sessão Plenária. Há versões diferentes entre os policiais e as testemunhas que alegaram uma coisa na delegacia e outra em juízo”.

“Além disso, a ausência de testemunhas presenciais **não permite chegar a uma conclusão segura** acerca da dinâmica dos acontecimentos. É até possível, em plenário, que a Defesa se desincumba do ônus de comprovar a excludente, convencendo os jurados sobre o cumprimento das condições da mencionada excludente, porém, como cediço, nesta etapa, deve o Julgador contentar-se com a verificação da materialidade e indícios de autoria, eximindo-se de acolher uma ou outra versão apresentada nos autos, para evitar o prejuízo da causa, em detrimento da soberania do Tribunal do Júri, salvo, obviamente, se houver prova segura e incontroversa de uma das hipóteses previstas no artigo 415 Código de Processo Penal, capazes de ensejar a absolvição sumária”.

“Assim, sustentando eventual dúvida acerca da participação do agente no delito, ou até mesmo da intenção, deve a tese defensiva ser examinada de forma pormenorizada pelo Tribunal do Júri, haja vista que o juízo meritório final acerca da imputação assiste exclusivamente ao Tribunal Popular, sob pena de usurpação de competência constitucional. [...]. Com efeito, considerando-se as provas carreadas aos autos, **não é possível concluir, de forma inconteste**, qual teria sido, de fato, o dolo do Recorrente, se de matar ou apenas de lesionar a Vítima”.

“A única testemunha presencial do homicídio, Célio Manoel Marques Nascimento, asseverou na audiência de instrução e julgamento que presenciou o ofendido Cairo correndo enquanto era alvejado nas costas. Disse não conhecer nenhum dos envolvidos e que **não viu quem atirou** em Cairo, mas que tem certeza que foi apenas uma pessoa”.

“Em assim sendo, **havendo dúvida**, por menor que seja, deve o réu ser pronunciado e a tese defensiva, examinada, de forma plena pelo Tribunal do Júri, juízo constitucional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sejam eles tentados ou consumados”.

“Outrossim, mesmo que se entenda pela **existência de dúvida** quanto à real intenção do agente, é necessário que se submeta o caso ao exame do órgão competente para sua conclusão, qual seja, o Tribunal do Júri”

“O só fato de haver **mais de uma versão** dos acontecimentos também **levanta a dúvida** acerca da futilidade da motivação do crime devendo a questão ser levada à apreciação do Conselho de Sentença”.

ARGUMENTOS QUE REFLETEM DÚVIDA NA FUNDAMENTAÇÃO

"Ademais, os policiais militares envolvidos na prisão do réu aduziram tanto na fase inquisitorial (fls. 02/05), quanto em Juízo (mídia de fls. 139), que receberam delações anônimas no sentido de que o réu seria o autor dos disparos, sendo que, ao acessarem o celular do acusado, ocasião em que ele desbloqueou o aparelho, visualizaram mensagens com fotos de arma e, **possivelmente**, tratando do crime supostamente cometido no dia".

"É prevalente nos crimes afetos ao Tribunal do Júri a incidência do brocardo *in dubio pro societate*, jamais podendo a **incerteza** beneficiar o réu. Por outro lado, também não há que se falar em nulidade da sentença de pronúncia, por se mostrar "ilegítimo" o apontado princípio "*in dubio pro societate*".

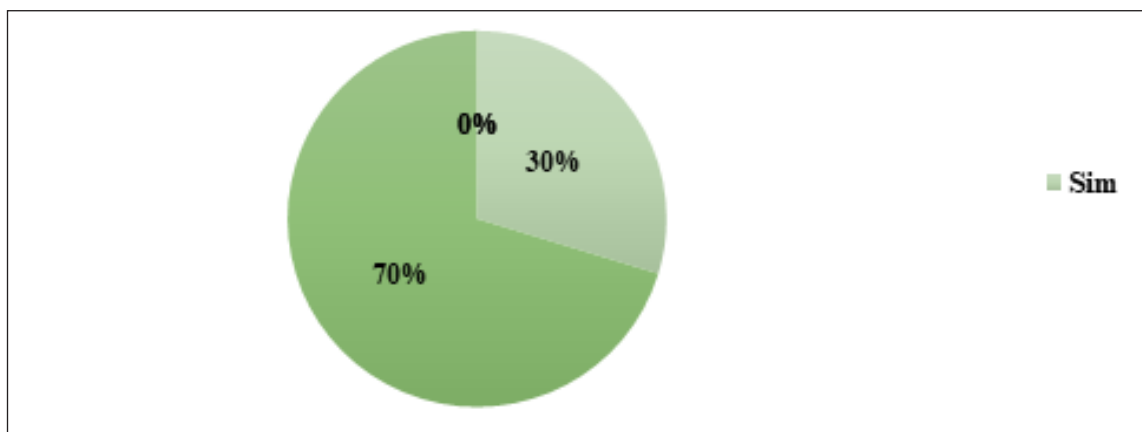
"Ocorre que, ao contrário do que alega a Defesa, sabe-se que, na fase da pronúncia, vigora o princípio "*in dubio pro societate*", de modo que, mesmo que haja **duas versões indiciárias**, sendo uma favorável ao réu e a outra desfavorável, se esta for amparada por indícios suficientes, a pronúncia é medida que se impõe".

"Ressalte-se que, justamente em razão de o Tribunal do Júri ser o Juiz natural dos crimes dolosos contra a vida é que se diz, nesta fase, que a **dúvida** beneficia a sociedade".

Fonte: Autores do trabalho, 2020.

Igualmente, também se elaborou um gráfico apresentando o número de casos em que na fundamentação do julgado o magistrado mencionou expressamente o postulado *in dubio pro societate*, independentemente de se tratar de um caso enquadrado como certeza ou dúvida do julgador.

Gráfico 10- Casos em que o Tribunal mencionou o postulado *in dubio pro societate*



Fonte: Autores do trabalho, 2020.

De acordo com a análise, em 30% das decisões de pronúncia pesquisadas houve menção ao postulado do *in dubio pro societate*, o que corresponde a 229 casos do total de 725 pronúncias. No restante, não houve menção ao referido postulado.

Logo, sobrepondo os números dos gráficos 9 e 10, verifica-se que os casos em que houve menção ao postulado *in dubio pro societate* (229 casos) correspondem aproximadamente aos casos em que a fundamentação da decisão revelou dúvida do órgão julgador (197 casos).

Isso sugere que o postulado *in dubio pro societate* pode ter sido utilizado como um “trampolim”, um “arrimo” ou reforço argumentativo para os casos em que os elementos de prova constantes do processo não foram suficientes para superar o *standard* probatório que decorre da presunção de inocência.

Conforme já se estudou na primeira parte deste trabalho, o artigo 413 do CPP impõe que o juiz deve fundamentadamente pronunciar se *convencido* da autoria e materialidade. Assim, esta palavra remete ao sentido de adquirir certeza, o que se adequa ao princípio da presunção de inocência em seu sentido de “regra de juízo” (BINDER, 2003; CASARA; MELCHIOR, 2013; CHOUKR, 2014; FERNANDES, 2012; FERRAJOLI, 2014; LIMA, 2020; LOPES JR., 2020; NERY JUNIOR, 2016).

Não obstante, nos casos em que a certeza não é atingida com os elementos de prova constantes dos autos, recorre-se ao postulado *in dubio pro societate* para que, com esse reforço argumentativo, seja possível integrar o convencimento faltante para a pronúncia do acusado, afastando-se a presunção de inocência.

As explicações para esse uso do postulado *in dubio pro societate* variam, e a sua investigação extrapola os limites da presente pesquisa. Contudo, alguns autores sugerem que a consolidação desse postulado na prática jurisprudencial pode estar ligada a uma “tradição autoritária” que acompanha o Código de Processo Penal vigente desde a sua elaboração, ainda sob o regime ditatorial que governava o país em 1941 (CASARA; MELCHIOR, 2013; GLOECKNER, 2018; LOPES JR., 2020).

Em todo caso, a partir do referencial teórico trabalhado, parece equivocado utilizar o postulado *in dubio pro societate* para superar a dúvida quanto aos pressupostos da pronúncia, quando em verdade a lógica do tratamento da dúvida é oposta, pois o arcabouço normativo aponta para o *in dubio pro reo*, decorrente da presunção de inocência (BINDER, 2003; KARAM, 2009; LIMA, 2020; LOPES JR., 2006; NERY JUNIOR, 2016).

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs ao estudo da aplicação do postulado *in dubio pro societate* em detrimento do princípio da presunção de inocência na fase de pronúncia do rito do Tribunal do Júri, a partir dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no segundo semestre de 2019.

Do ponto de vista teórico, estudado em profundidade no primeiro tópico deste artigo, firmou-se a ideia inicial de que o princípio da presunção de inocência é a premissa normativa que deve nortear o provimento jurisdicional da primeira fase do Tribunal do Júri, pois tal premissa melhor se adequa aos fins do processo penal no contexto do Estado Democrático de Direito (instrumentalidade constitucional), e decorre do próprio art. 5º, LVII, da CRFB e do art. 413 do CPP (LOPES JR., 2006, 2019, 2020).

Assim, a questão que se colocou como problema de pesquisa foi se os elementos de prova utilizados pelo Tribunal como fundamento para as decisões de pronúncia ou confirmação da pronúncia foram suficientes para superar a presunção de inocência, enquanto *standard* probatório que milita em favor do acusado.

Em resposta a essa problemática, no período pesquisado verificou-se que, do total de 725 decisões de pronúncia analisadas, 574 decisões (ou aproximadamente 79%) foram fundamentadas na certeza do magistrado quanto aos elementos de prova de materialidade e autoria, o que indica a observância do art. 413 do CPP.

Contudo, em 197 casos de pronúncia (ou aproximadamente 21% do total) a fundamentação da decisão revelou dúvida do órgão julgador na apreciação das provas, o que parece ir ao contrário do que dispõe o mesmo art. 413 do CPP.

Por fim, conclui-se que é justamente nessas situações de dúvida que se verifica em maior grau o recurso ao postulado *in dubio pro societate*, observando-se que, em geral, o Tribunal se utilizou deste postulado como espécie de “reforço argumentativo” para integrar o convencimento faltante para a pronúncia do acusado, afastando-se a presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Introdução à criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar*. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Planalto*, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 1452839/GO. Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio. Pronúncia. Não impugnação específica aos fundamentos da decisão de admissibilidade. Súmula 182/STJ. Agravo regimental desprovido. Excesso de linguagem na sentença de pronúncia. Flagrante ilegalidade. Concessão de habeas corpus de ofício. [...]. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 02 de junho de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 15 jun. 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 1695513/TO. Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ofensa ao art. 25 do CPP. Legítima defesa. Necessidade de reexame do acervo fático e probatório. Súmula 7/STJ. Competência do conselho de sentença. Acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta Corte. Negativa de vigência a dispositivo da CF/88. Competência do STF. Agravo regimental não provido. [...]. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 25 de agosto de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 03 set. 2020b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus 583.439/PR. Habeas corpus substituto de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Homicídio simples. Decisão de pronúncia. Desclassificação. Necessidade de revolvimento de fatos e provas.

Habeas corpus não conhecido. [...]. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 05 de setembro de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 14 set. 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 986566/SE. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Criminal. Art. 5º, LVII, da CF. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Reapreciação de norma infraconstitucional e do conjunto fático-probatório. Súmula 279/STF. Sentença de pronúncia. Princípio in dubio pro societate. Violação do princípio da presunção de inocência. Não ocorrência. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 21 de agosto de 2017. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, n. 193, 30 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 180144/GO. “Habeas corpus” – tribunal do júri – decisão de pronúncia – impossibilidade de referido ato decisório ter como único suporte probatório elementos de informação produzidos, unilateralmente, no âmbito de inquérito policial ou de procedimento de investigação criminal instaurado pelo próprio ministério público – transgressão aos princípios do contraditório e da plenitude de defesa, violando-se, ainda, a bilateralidade do juízo – o processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal – magistério da doutrina – precedentes – inadmissibilidade de invocação da fórmula “in dubio pro societate”, para justificar a decisão de pronúncia – absoluta incompatibilidade de tal critério com a presunção constitucional de inocência – doutrina – jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – pedido de “habeas corpus” deferido – extensão, de ofício, para o litisconsorte passivo, do processo penal de conhecimento. [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 10 de outubro de 2020. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, n. 255, 22 out. 2020d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário com Agravo 1067392/CE. Penal e Processual Penal. [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, n. 167, 02 jul. 2020e.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

DAMASKA, Mirjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In: GOLECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, pp. 231-306.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. *A adoção do adágio do **in dubio pro societate** na decisão de pronúncia: (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996. Tomo I.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Millennium, 2009. V. 3.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Marcus Berno de. *O Princípio da Obrigatoriedade da ação penal pública na teoria organizacional sistêmica*: fluxo do sistema de justiça criminal federal no Noroeste de Minas Gerais. 2018. 172 f. Dissertação- (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília- Instituto CEUB de pesquisa e desenvolvimento-ICPD, Brasília, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. 2 ed. Natal: Owl, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. O direito processual penal. In: ROXIM, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 145-230.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Apresentação oral

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A PESCARIA PROBATÓRIA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

*DEFENSIVE INVESTIGATION AND PROBATORY FISHERIES IN THE
BRAZILLIAN CRIMINAL PROCESS*

Monalisa Muriel Rabelo Freire

Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, especializando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UNINTER, ex- integrante do Laboratório de Ciências Criminais – (IBCCRIM/PA), ex- integrante do Grupo de Estudos Avançados – Criminologias Críticas – (IBCCRIM/PA).

E-mail: monalisafreire.direito@gmail.com

Resumo: O direito de defesa na fase preliminar da persecução penal é objeto e objetivo da presente pesquisa, que se debruçará sobre o instituto da investigação defensiva, especificamente, na prática da pescaria probatória nos mandados de busca e de apreensão. Tema de suma importância, uma vez que a investigação defensiva constitui instrumento garantidor de isonomia no processo criminal, com vistas à efetivação da paridade de armas no curso da persecução criminal, e possui como escopo o desenvolvimento de atividades de natureza investigatória pelo causídico que, atuará ativamente no curso do processo penal, colhendo elementos probatórios lícitos para a tutela de direitos de seu constituinte. Atividade recentemente regulada no Brasil por meio do Provimento 188/18 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, e que possui manifesta relação com os preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Investigação defensiva. Paridade de armas. Pescaria probatória. Mandados de busca e apreensão genéricos.

Abstract: The right of defense in the preliminary phase of criminal proceedings is the object and objective of this research, which will focus on the institute of defensive investigation, specifically, in the practice of provisional fishing in search and seizure warrants. A topic

of paramount importance, since defensive investigation is an instrument that guarantees equality in criminal proceedings, with a view to enforcing the parity of weapons in the course of criminal proceedings, and aims at the development of investigative activities by those responsible will actively act in the course of the criminal proceedings, gathering legal evidence to protect the rights of its constituent. Activity recently regulated in Brazil through the provision 188/18 of the Federal Council of the Brazilian Bar Association – CFOAB, and which has a clear relationship with the constitutional precepts.

Keyword: Defensive research. Weapon parity. Fishing expedition Generic search and seizure orders.

Sumário: 1. Introdução – 2. Breves considerações acerca do inquérito policial; 2.1 Direito de defesa no inquérito policial. 3. Investigação defensiva no direito estrangeiro; 3.1. Investigação defensiva e sua regulamentação no ordenamento jurídico. 4. Especificidades da Busca e da Apreensão. 4.1. Pescaria probatória ou *Fishing Expedition* – Investigação defensiva nos mandados de busca e apreensão genéricos. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Tema pouco explorado na discussão das questões que envolvem a investigação estatal, o direito de defesa já foi analisado sob os mais variados prismas e planos normativos. O constituinte originário assegurou aos acusados em geral direito ao contraditório e ampla defesa e concebeu ao advogado caráter indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Contudo, no Brasil, o grande desafio é constituir, efetivamente, o devido processo legal. Nesse sentido, a investigação defensiva, surge tão somente como garantia do direito de defesa, mas, sobretudo, como instrumento de consagração dos direitos e garantias fundamentais do imputado.

A prova advinda de encontro fortuito, isto é, diversa daquela pretendida inicialmente, traz à baila a veracidade e licitude das provas na persecução criminal. Nessa esteira, pretendemos responder ao seguinte questionamento: qual a necessidade da investigação defensiva nos mandados de busca e de apreensão genéricos? Teremos como objetivo principal, adentrar no estudo da investigação defensiva, apresentando, primeiramente,

como a atividade se desenvolve em outros países, bem como analisar a sua regulamentação em âmbito nacional. Como objetivo específico, apontaremos a necessidade do referido instituto nos mandados de busca e de apreensão genéricos. Estudo eminentemente teórico, sustentado em análise bibliográfica e jurisprudencial.

No item a seguir, faremos algumas considerações acerca do modelo de investigação criminal mais utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o inquérito policial. No segundo item, cuidaremos especificamente do direito de defesa nesta fase pré-processual. No terceiro item, já adentrando no estudo da investigação defensiva, verificaremos como este modelo de investigação é adotado em outros países, assim como sua regulação no ordenamento jurídico brasileiro (Provimento 188/18 CFOAB).

No quarto item, demonstraremos as especificidades dos institutos da busca e da apreensão, a corriqueira prática da pescaria probatória nestes institutos e se o instituto da investigação defensiva pode ser considerado como instrumento para frear os excessos existentes. No quinto item, apresentaremos nossas considerações finais a respeito do estudo.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL.

Reconstruir a realidade histórica de um suposto fato delituoso é algo irrenunciável no qual a jurisdição jamais deve se furtar. Toda investigação está diretamente ligada à fase pré-processual, o inquérito policial cujas atividades são desenvolvidas por órgãos do Estado é espécie do gênero investigação. Entretanto, como veremos mais adiante, o inquérito não se trata de ato estritamente policial. A notícia-crime é a mola propulsora desse conjunto de atos de natureza preparatória em relação ao processo penal, e que tem como objetivo principal colher elementos suficientes que comprovem a respectiva autoria e materialidade do fato supostamente delituoso. O deslinde da investigação precisa atingir seu fim próprio, isto é, reunir lastro probatório para fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja ela pública ou privada, ou justificar seu arquivamento.

Do ponto de vista da sociedade, a investigação contribui simbolicamente para seu restabelecimento e, assim, rechaça a sensação de impunidade advinda daquele crime. Trata-se de um filtro processual para evitar acusações infundadas, seja pela ausência do *quantum*

probatório, seja porque um dado comportamento não é aparentemente criminoso. Por não ser considerado procedimento judicial e nem sequer processual não há de se falar em dialeticidade processual. Cuida-se, portanto, de procedimento administrativo realizado, em regra, pela polícia judiciária (LOPES JUNIOR, 2017, p. 120-121).

Em que pese o artigo 4º¹ do Código de Processo Penal atribuir competência à autoridade policial para apurar infrações penais, o inquérito não se trata de ato estritamente policial. Nesse sentido, o parágrafo único² do mesmo artigo traz a possibilidade de outras autoridades administrativas atuarem de modo investigativo, é o caso, por exemplo, das sindicâncias e dos processos administrativos contra funcionários públicos; ou ainda, as chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), criadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal que, igualmente possuem poderes investigatórios para colheita de provas e remeter ao responsável para propositura da ação penal.

O Ministério Público como titular da ação penal pública nem sempre se valerá do inquérito policial para intentar a ação penal, isso porque, para o *parquet*, basta obter elementos probatórios que viabilizem a propositura da ação, a exemplo, das peças de informações advindas de procedimento alheio ao inquérito (RANGEL, 2016).

Durante muito tempo a doutrina majoritária brasileira sustentou o caráter misto do sistema processual penal, vigorando na primeira fase o sistema inquisitório,³ enquanto na segunda, o acusatório. Ocorre que, o controle efetivo da investigação criminal sofreu profundas alterações após a edição da Lei 13. 964/19, a qual introduziu a figura do juiz das garantias e, desse modo, redimensionando a estrutura do sistema processual penal brasileiro.

Sendo assim, o art. 3º-A⁴ do CPP apenas ratificou a previsão constitucional que, em 1988 optou por um sistema processual penal de cariz acusatório.⁵ Todavia, os artigos

¹ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

² Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

³ De acordo com Lopes Jr (2017) *É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditório. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.*

⁴ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁵ O sistema acusatório é caracterizado pela imparcialidade do juiz, onde a iniciativa probatória pela fica a

relacionados à figura do juiz das garantias encontram-se suspensos, em razão de Liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, em decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, de relatoria do Ministro Luiz Fux, houve por bem, suspender a vigência dos artigos 3ºB a 3ºF.

A inserção do Juiz das Garantias na fase de investigação criminal, diverso da atuação do juiz do mérito da causa, implica consequências processuais, isto é, na forma como se prepara o julgamento, impactando processos que estão em andamento ou não. É que, os juízes que atuarem na fase pré-processual ficam impedidos⁶ de atuar no processo, visto que o juiz do julgamento não tem acesso aos autos de investigação, recebendo, apenas, o sumário da primeira fase (ROSA, 2020, p. 345).

Em relação à nova figura do Juiz das Garantias, Rosa (2020, p. 346) sustenta que:

[...] na fase de investigação e recebimento da acusação, atuará o Juiz das Garantias, enquanto que na fase de julgamento, o Juiz de Julgamento não receberá, nem se contaminará pelo produzido na fase anterior, já que somente as provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas serão encaminhadas. O restante permanece no Juiz das Garantias para acesso aos jogadores, mas sem a possibilidade de serem requestradas, a saber, juntadas e/ou referidas na fase de julgamento, sob pena de manifesta má-fé, até porque inservíveis para qualquer fim”.

Para prosseguir na discussão que tomaremos adiante, merece destaque, ainda que superficialmente, os limites do exercício da advocacia nesta fase preliminar. Como é sabido, o direito de defesa é constitucionalmente garantido a todo indivíduo submetido à persecução penal e, de fato, é o que vemos, mais explicitamente, apenas, quando do nascimento da ação penal.

Nesse sentido, a novel e equivocada redação do art. 14-A⁷ do CPP, fruto da Lei 13. 964/19 indica a necessidade de citação, antes mesmo da fase de julgamento, ou seja,

cargo das partes, cabendo ao julgador um papel de garante das regras do jogo, tutelando direitos e liberdades fundamentais. Trata-se de um sistema em que há a nítida separação das funções processuais de acusar, defender e julgar, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos e, dessa forma, fortalecendo a dialeticidade processual (LIMA, 2011, p. 40).

⁶ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

⁷ Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais

sem que haja processo, pois, nos termos do artigo, a autoridade policial deve garantir que o investigado participe nos atos investigativos (ROSA, 2020).

É que, em regra, é permitido ao advogado ter acesso amplo ao inquérito policial; paradoxalmente, o exercício é obstado quando os atos possuírem natureza cautelar e, diante de urgência, não há de se falar em autorização para acessar o inquérito (OLIVEIRA, 2016, p. 74). Nesse contexto se, de um lado a nova realidade jurídica trazida pela Lei 13. 964/19 na primeira etapa da persecução penal, em tese, atende aos requisitos de um sistema acusatório, por outro lado, os sinais destas mudanças apontam um avanço pendular dada a redação do artigo anteriormente citado. Discussão esta que retomaremos adiante.

No próximo item, analisaremos o direito de defesa na fase de investigação preliminar e sua compatibilidade com o modelo acusatório constitucionalmente expreso.

2.1 Direito de defesa no inquérito policial

O deslinde da investigação preliminar quando presente justa causa, enseja o ajuizamento da ação penal. Contudo, neste cenário investigativo, as provas pré-constituídas devem advir unicamente do inquérito policial? A posição claramente favorável da acusação, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, mostra que a não participação da defesa no processo de investigação, apenas amplia e reforça as armas e a tese acusatória. Haja vista que, “na realidade, o inquérito policial possui nítido perfil acusatório, preocupado mais em formar o acervo probatório da acusação, dando a falsa impressão de que a eficácia da investigação está atrelada à comprovação do crime” (RASCOVSKI, 2012, p.120).

procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. § 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação § 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado § 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem

Não raro, observamos a presença do advogado no ordenamento jurídico brasileiro, apenas quando já houve restrição do direito de liberdade, a fim de venha pleitear relaxamento da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança.

Saad (2004, p. 199) nos fala que com a instauração do inquérito policial, inúmeros atos restritivos de direitos constitucionalmente expressos podem incidir sobre o acusado, tais como: as prisões cautelares decretação de prisão preventiva (Art. 311 a 316 do CPP) e de prisão temporária (Art. 1º da Lei. 7960/89), isso se o inquérito já não tiver iniciado por meio de flagrante (Art. 301 a 310 do CPP), o que representa violação ao direito de liberdade disposto no Art. 5º, XLI da Carta Maior.

Uma defesa exercita tardiamente, apenas na segunda fase da persecução penal, compromete a ampla defesa do indiciado, logo, a atuação do advogado neste momento preliminar é algo imprescindível para o exercício pleno deste direito.

O art. 14 do CPP traz a possibilidade de o indiciado solto ou preso requisitar diligências à autoridade policial, que poderão ser realizadas ou não, pois o pedido, conforme o dispositivo legal está vinculado ao o que a autoridade considerar pertinente. O dispositivo, de per si, já limita a participação do investigado e, na prática, as defesas pouco se valem das diligências diante da subordinação existente em relação à autoridade policial (SAAD, 2004, p. 200-201).

É que, a regra da política estatal, desconsidera toda e qualquer hipótese defensiva “sendo tais proposições vistas com maus olhos, e taxadas quase sempre de irrelevantes, impertinentes e/ou protelatórias” (DIAS, 2019)

Oportuno destacar a controvérsia existente em relação aos direitos que nascem com o indiciado; ou seja: é possível exercer o direito ao contraditório e a ampla defesa desde a fase de inquérito policial?

O ponto nevrálgico da celeuma está na própria definição do art. 5º, LV da CF que prevê aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em que pese o legislador utilizar a expressão: processo administrativo, quando em verdade o mais adequado seria procedimento, não retira revestimento garantista existente

no preceito fundamental. Do mesmo modo, a terminologia “*acusados*” e não indiciados não restringem o exercício pleno dos direitos em questão (LOPES JR, 2001, p. 282, grifo meu).

Para Lopes Jr (2001, p. 283), nada obsta o exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito “tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados e não indiciados não é um impedimento para a sua aplicação na investigação preliminar”.

A expressão utilizada foi acusados em geral, devendo ser compreendido também ao investigado, haja vista que não deixa de ser imputação em sentido amplo. O legislador empregou a expressão *acusados em geral* justamente para abranger todas as situações de forma ampla, com o objetivo de proteger o indiciado (LOPES JR, 2001, p. 284, destaque do autor).

A doutrina comumente afirma que durante nos procedimentos investigatórios e instrutórios o sujeito não passa de mero objeto de investigação; o próprio termo utilizado é empregado não no sentido de meio de prova, mas sim no sentido de ser o acusado objetificado e desprovido de qualquer direito, cabendo ao indivíduo exercer seus direitos apenas na segunda fase da persecução penal (SAAD, 2004, p. 205).

Desse modo, cabe afirmarmos que no Brasil, em sede de persecução penal há o sobrestamento das garantias fundamentais do indivíduo.

O contraditório e o direito de defesa são teoricamente antagônicos, “defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório que brota o direito de defesa; mas é esta com poder correlato de ação que garante o contraditório.” A defesa além de assegurar o contraditório, é garantia; logo, há estreita relação entre defesa e contraditório indissociáveis (LOPES JR, 2006, p.231).

O contraditório não se resume em “dizer” ou “contradizer” a matéria controvertida, fosse assim, o debate ficaria estrito, exclusivamente, ao direito material. O momento deverá de fato proporcionar igualdade de oportunidade no processo, tendo sempre como norma fundante a liberdade e a simetria na paridade de armas (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Nesse sentido concordamos com Aury Lopes Júnior, que sustenta a necessidade do art. 52, LV, da CF/88 ser interpretado amplamente, de modo a garantir contraditório

mínimo e defesa efetiva no inquérito policial, estendendo o manto protetor constitucional sobre o indivíduo, desde o início da persecução penal.

Diante de notória desarmonia faz-se necessário um reexame do modelo investigatório adotado no Brasil, que efetive e tutele as garantias máximas do ordenamento, proporcionando, verdadeiramente, paridade de armas em consonância com o modelo acusatório adotado pela nossa Carta Magna de 1988 (RASCOVSKI, 2012, p.111-122).

No item a seguir, veremos como o instituto da investigação defensiva se desenvolve em outros países.

3. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

A persecução penal no modelo estadunidense é constituída por três fases: investigatória, adjudicatória e judicial, respectivamente. Na fase de investigação não há um rito formal propriamente dito, pois depende da especificidade de cada caso, a qual se subdivide em dois momentos: o primeiro consiste em identificar o suspeito e reunir os elementos determinantes do fato; o segundo, já assume a forma de persecução penal (MACHADO, 2009, p. 98).

A fase adjudicatória, por sua vez, é caracterizada pela judicialização da ação, onde o promotor deduz a causa e o juiz decide a admissibilidade das provas produzidas pelas partes. Constitui-se basicamente pelas audiências de fianças, pelas audiências anteriores ao julgamento e pela formalização da acusação. A instrução da causa ocorre na chamada fase de judicialização, momento em que as partes sustentam suas teses e o julgamento prossegue (MACHADO, 2009).

Pelo fato de inexistir na fase preliminar oficialmente um suspeito, não se fala em direito de defesa neste momento e não existe prazo para o encerramento das diligências, possuindo caráter imprescritível e seus atos são sigilosos (MACHADO, 2009, p. 98).

A persecução penal nasce de fato quando há suspeito determinado, o que geralmente ocorre com a prisão ou com a decretação de alguma medida cautelar. Momento em que decorrem inúmeras garantias para o imputado, como: “direito de defesa, direito à integridade, à intimidade; a jurisdicionalização de medidas restritivas de direitos

fundamentais (busca domiciliar e quebra de sigilo das comunicações e de dados) dentre outras.

Em que pese a investigação ser realizada pela polícia judiciária, todavia, não se trata de ato privativo dos órgãos policiais, visto que promotores também dominam a persecução prévia, sendo mais comum de serem realizados atos investigativos por promotores federais, especialmente nos casos de crimes econômicos, tráfico de entorpecentes, etc. (MACHADO, 2009, p. 99).

Igualmente no Brasil, por força da Resolução 181⁸ do Conselho Nacional do Ministério Público, os promotores também possuem autorização para realizar procedimento investigatório criminal, sendo instaurado e presidido pelo próprio órgão para subsidiar a ação penal cabível (CNMP, 2017).

No modelo processual americano a defesa, que também possui poderes investigatórios, geralmente colhe elementos necessários para elaborar suas alegações, devendo sempre observar os mesmos requisitos processuais obtidos em Juízo. Diante da onerosidade do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos as partes preferem produzir provas fora do juízo e juntar posteriormente ao processo.

A fase adjudicatória é caracterizada pela judicialização da ação, onde o promotor deduz a causa e o juiz decide a admissibilidade das provas produzidas pelas partes. Constitui-se basicamente pelas audiências de fianças, pelas audiências anteriores ao julgamento e pela formalização da acusação. Na fase de judicialização, onde já há a instrução da causa, as partes sustentam suas teses e o julgamento prossegue; nos casos de crimes de competência do tribunal do júri, o conselho de sentença apenas determina se o réu é culpado ou inocente. Decidindo pela condenação, passa-se à etapa de sentenciamento cujo juiz determinará a pena.

Prelecione Dias (2019) que o instituto da investigação defensiva é amplamente reconhecido no cenário advocatício estadunidense, concebido como instrumento inerente

⁸ Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal

à atuação do advogado, para além da esfera criminal, sendo operado, inclusive, no âmbito cível *lato sensu*.

Há um arcabouço normativo onde o tema recebe tratamento especial pela *American Bar Association* (ABA), órgão semelhante à Ordem dos Advogados do Brasil. A título exemplificativo, destacam-se: a) O *Criminal Justice Standards for the Defense Function* (Padrões para a atuação do Advogado de Defesa para a Justiça Criminal, em tradução livre; b) *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty cases* (Diretrizes para a Nomeação e Desempenho do Advogado de Defesa nos casos de Pena de Morte, em tradução livre).

Percebe-se que no modelo americano a investigação defensiva é perfeitamente admissível, atribuindo atividade investigatória e probatória às partes, de modo que os meios de provas colhidos podem ser utilizados na fase judicial, desde que respeitados os requisitos e passe pelo juízo de admissibilidade.

No modelo italiano, grandes mudanças ocorreram após a Operação Mãos Limpas, vez que a advocacia italiana exercia um papel meramente simbólico.

Dias (2019), sintetiza o contexto no qual se encontrava a advocacia italiana, pois:

[...] inúmeras denúncias de irregularidades cometidas nas investigações, de táticas acusatórias que não respeitavam o *fair play* (como *overcharging*), por exemplo, vários casos comprovados de erros judiciais, condenações injustas, as quais resultaram em suicídios (fala-se que ao total, **doze** [12] acusados *lato sensu* ceifaram suas próprias vidas). Estima-se que quase 3.000 (três mil) mandados de prisão foram expedidos contando com mais de 6.000 (seis mil) pessoas sob investigação. Diante desse contexto, se encontrava a advocacia criminal italiana, com a hercúlea missão de fazer valer os direitos e garantias das pessoas “sob a mira” das investigações, face ainda ao notório sentimento da população de insatisfação com a corrupção e com a forma então “tradicional” de se fazer política na Itália.

Surge, então, a necessidade de atuação proativa em matéria investigativa por parte da advocacia no Processo Penal italiano. O procedimento investigatório na Itália é denominado *indagini preliminar ou indagini difensive* e encontra amparo constitucional nos artigos 2, 24 e 111 da Constituição da República. O Ministério Público e Polícia Judiciária possuem poderes amplos para conduzir diretamente a investigação criminal, inclusive favoráveis ao sujeito passivo, de acordo com art. 358 do CPPi (DIAS, 2019).

A persecução penal era caracterizada basicamente por duas fases: uma de instrução preliminar, com características inquisitoriais, voltada a reunir elementos de prova; e outra de debates, inspirada no sistema acusatório (MACHADO apud RAMOS, 2006).

O atual sistema processual penal italiano possui características predominantemente acusatórias. Os juristas quando da elaborarem o novo Código de Processo Penal, buscaram suprimir todo ranço inquisitório que existiu anteriormente, e tiveram como parâmetro três aspectos: a) extinguir o autoritarismo do Código Rocco; b) garantir o cumprimento de princípios constitucionais que tutelam os direitos de liberdade e de defesa no processo penal; c) construir um sistema normativo sem herança inquisitória estruturado essencialmente pelo autoritarismo que concedia garantias de maneira superficial.

Superado os aspectos inquisitoriais do Processo Penal anterior, a figura do juiz passa a ter novas funções, quais sejam: fiscalizadora, cujas provas passam por um juízo de admissibilidade pela autoridade judiciária e decisória, onde o magistrado aprecia a matéria suscitada (MACHADO, 2009, p. 101)

As investigações e os elementos probatórios passam a ser atribuições das partes, conforme preceitua o artigo 190 do Código de Processo Penal vigente, adotando-se o princípio do contraditório na produção da prova, cujo magistrado se manifesta apenas na fase de debates, denominada *dibattimento*. A iniciativa probatória do juiz apenas se faz necessária em casos de absoluta necessidade, como preceitua o artigo 507 do CPPi. (MACHADO, 2009, p. 103 apud AMODIO, 1999).

O Ministério Público possui poderes amplos para conduzir diretamente a investigação criminal; trata-se de procedimento denominado *indagini preliminar*, modelo de investigação de caráter preparatório, e que visa obter elementos suficientes para oferecimento de denúncia. Em que pese o *parquet* integrar o Poder Judiciário e possuir garantias iguais a da magistratura, as atividades desenvolvidas durante as investigações não possuem caráter jurisdicional, dada a finalidade preparatória dos atos para ensejar a ação penal cabível.

Não raro, a persecução possui procedimentos específicos para cada caso, dependendo de certas condições. A *querela* e a *istanza di procedimento* são específicas de delitos de iniciativa privada, onde a vítima ou representante deve se manifestar no sentido

da apuração de conduta delituosa; com a diferença de que a última se aplica aos crimes praticados no exterior e que são passíveis que investigação de ofício.

A *richiesta di procediment* trata-se de um requerimento do Ministro da Justiça para apurar determinados delitos que possuem previsão legal. A *autorizzazione a procedere*, por sua vez, é própria para aquelas pessoas que possuem cargos específicos, e que só podem ser investigadas com autorização da autoridade competente (MACHADO, 2009, p. 105 apud SIRACUSANO, 2007).

As atribuições do Ministério Público para investigar estão previstas nos artigos 358 a 378 da Lei Adjetiva Penal que, por meio das *indagini preliminari*, realiza todas as atividades necessárias para propor a ação penal, entre as quais: recebe a *notitia criminis* decidindo pela instauração ou não procedimento investigatório; interroga o sujeito passivo que sempre deve estar na presença de um defensor (dativo ou particular); nomeia assistentes técnicos para realização de perícias; requisita o comparecimento do sujeito passivo, do ofendido e das testemunhas, a atos onde a presença do *parquet* é indispensável, sob pena de serem conduzidos coercitivamente; pede arquivamento ou solicita a abertura de audiência preliminar; oferece acusação formalizada; etc.

Como a Polícia Judiciária possui função complementar, sempre que necessário, o Ministério Público pode requerer ao órgão policial ou Força Pública que auxiliem na realização segura e ordenada do ato investigatório, isto é, poderá se valer de condução coercitiva, conforme preceitua o 131 do CPP italiano (MACHADO, 2009, p. 106 apud TONINI, 2007). Destarte, obtendo informações que serão utilizadas na fase de *dibattimento*.

O procedimento investigatório e o processo judicial são protagonizados por juízes distintos, o Magistrado que resguarda os direitos e garantias fundamentais do indivíduo investigado na fase preliminar é o denominado *giudice per le indagini preliminari* (GIP).

Todo e qualquer medida restritiva de direitos deve ser analisada por este juiz que deferirá ou não os pedidos realizados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária nos casos de urgência (MACHADO, 2009, p. 105 apud SIRACUSANO, 2007, p. 167).

Na Itália o termo designado para o indivíduo na fase de investigação é *persona sottoposta alle indagini preliminari*, popularmente conhecida como *indagato*. A condição

de *indagato* se encerra com o arquivamento da investigação ou início da ação penal. Nesta última hipótese, o sujeito passivo é denominado *imputado*. O termo concebido resguarda o investigado para momento oportuno, isto é, a abertura do processo penal, evitando, desse modo, estigmatizar o indivíduo, sem que exista em contrapartida a redução dos direitos e garantias fundamentais. O artigo 61 do Código de Processo Penal italiano traz expressamente que os direitos do imputado se estendem as pessoas submetidas às investigações Policiais e/ou do Ministério Público.

Cumprir destacar, algumas garantias do sujeito passivo na investigação preliminar, previstas no código de processo penal italiano, dentre as quais, apontamos: i) a vedação a métodos ou técnicas idôneas para influenciar na liberdade de autodeterminação que alterem a capacidade de lembrar os fatos, nos termos do art. 64.2; ii) o sujeito passivo deve sempre ser informado do seu direito em permanecer calado (art. 64.3); iii) o procedimento interrogatório deve sempre ser de forma clara e precisa informando ao sujeito passivo os elementos de provas que existem contra ele, e, se não ocasionar prejuízo para o êxito das investigações, será informado fontes destas provas (art. 65.1); iv) tudo que considerar útil a sua defesa poderá ser apresentado em tal momento (art. 65.2); v) possibilidade de nomear dois defensores de confiança, em casos que não nomear defensor ou que este não esteja presente, será assistido por um defensor dativo; vi) nos casos de prisão cautelar, terá o direito de ser entrevistado na presença de seu defensor desde o momento da execução da medida (LOPES JR, 2001, p. 332-333).

É de suma importância a comunicação quando do encerramento das investigações ao sujeito passivo e ao seu defensor, nos autos da persecução preliminar deve constar o resumo dos atos praticados e a imputação do agente, sendo estes depositados no cartório do MP e que poderão ser consultados e fotocopiados pela defesa.

Ademais, deve os autos informar ao sujeito passivo que, no prazo de (20) vinte dias, poderá apresentar memoriais, produzir documentos, depositar, depositar a documentação relativa à investigação defensiva, requerer ao Ministério Público a realização de atos de investigação e prestar depoimento ao interrogado. Destarte, garantindo o direito de defesa e a amplitude das investigações preliminares, evitando o exercício de ação penal infundada (MACHADO, 2009, p. 112 apud STEFANI, 2005, p. 351).

A investigação defensiva é direito previsto na Constituição da República italiana nos artigos, 24, 2 e 111, denominada *investigazioni difensive* ou *indagini difensive*. O direito de defesa está previsto de forma genérica no art. 24 do texto constitucional; ao passo que artigo 2º estabelece claramente que o sujeito passivo dispõe de tempo e de condições necessárias para formular defesa, podendo, ainda, se valer de qualquer meio de prova a seu favor. O direito à prova constitui pressuposto básico da investigação defensiva por força do art. 190 do CPPi (MACHADO, 2009, p. 112 apud TONINI, 2007, p. 493).

Em que pese a investigação defensiva estar regulada no processo penal italiano, há divergências no que se refere à eficácia da paridade de armas no curso das investigações, vez que a defesa sempre ocupa posição de desvantagem em relação à acusação, haja vista que o próprio desenvolvimento autônomo dos atos investigatórios pela defesa são, na prática, dificultosos para viabilizar fontes de provas a favor do investigado. O instituto da investigação defensiva é tema frequentemente estudado pela doutrina italiana, e vem sendo bastante exercida pelos defensores em face de seus assistidos. Alguns atos são exclusivos do defensor, como é o caso, por exemplo, das declarações escritas formuladas pelas pessoas entrevistadas, ou indivíduos que prestam informações as quais serão documentadas na forma do artigo 391-ter do CPP. Tal medida diz respeito à estratégia da defesa, de responsabilidade unicamente do causídico, sendo vedada a participação do investigado, da vítima, bem como de outras partes privadas.

Como dito acima, os documentos obtidos pela na investigação defensiva devem ser acostados aos autos do processo no prazo máximo de vinte dias a contar da data de encerramento das investigações pelo Ministério Público. (art. 391-decis). Momento em que a documentação é analisada pelo GIP na audiência preliminar, em tese, as provas contém o mesmo peso probatório dos elementos colhidos pelo MP e pela Polícia.

O Tribunal de Cassação Penal já se manifestou no sentido de que os elementos probatórios acostados pela de investigação defensiva são equiparados em força probatória e em utilização comparado aos da investigação pública (MACHADO, 2009, p. 124-126 apud TRIGGIANI, 2002, p. 119-122).

O modelo italiano nos mostra a atuação ativa das partes no processo penal onde a defesa não configura com parte inerte na persecução penal, desenvolvendo atividade investigatória independentemente da investigação pública.

No subitem a seguir, analisaremos a investigação defensiva no Brasil materializada por meio do Provimento 188/18 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

3.1 Investigação defensiva e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de adentrarmos, propriamente, no modelo de investigação defensiva adotado no Brasil – (Provimento 188/18 do CFOAB) –, oportuno destacar as normas justificadoras e legitimadoras desta prática.

Bobbio (1996) nos fala que a igualdade dos direitos é algo mais relevante do que a igualdade perante a lei, a qual proclama “igual gozo por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados”, obstando todo e qualquer tipo de discriminação. Exemplifica dois instrumentos no plano internacional que garantem a igualdade no sentido formal: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Decerto o preceito fundamental do direito à igualdade expresso no texto constitucional, preconizado no *caput* do art. 5º, inciso I, dispõe, respectivamente: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...] I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Novelino (2017) sustenta que “a igualdade não deve ser confundida com homogeneidade”. Ou seja, a lei deve, necessariamente, estabelecer distinções no tratamento, considerando que a própria sociedade é desigual, devendo os iguais ser tratados com equidade e os desiguais desigualmente, desse modo, buscando sempre sanar a falta de isonomia existente na comunidade.

Nos termos dos preceitos fundamentais da Carta Magna todos são iguais perante a lei, devendo a igualdade ser estabelecida proporcionalmente, possibilitando que os indivíduos alcancem seus direitos mais ínsitos no seio social. Diante das diversas situações, ninguém deve ser tratado com excepcionalidade. Com efeito, verificada a desigualdade entre as pessoas, sejam físicas, jurídicas ou formais, “deverão ser consideradas as *situações desiguais*, para que se possa haver igualdade” (TUCCI, 2004, p. 140 grifo do autor).

Ferrajoli (2002, p. 490) adentrando no aspecto da perfeita igualdade que deve existir entre as partes no processo penal, leciona que:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditório seja admitido em todo estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Se analisarmos as vantagens do representante do Ministério Público previstas no art. 47 do CPPB frente à defesa, verificamos verdadeira disparidade de armas processual, haja vista a ampla possibilidade do *parquet* em realizar diligências complementares para formação de sua livre convicção.

Dentre os preceitos constitucionais que justificam a regulamentação da investigação defensiva no Brasil, temos, acima de tudo, a consolidação de uma verdadeira paridade de armas no deslinde processual penal, o respeito ao devido processo legal,⁹ contraditório, ampla defesa e o livre exercício da profissão, sempre respeitando às normas constitucionais e administrativas, mormente o Código de Ética e Disciplina da OAB.

Para além da ampliação do exercício da advocacia, a atividade garante aos cidadãos maior possibilidade de exercer seus direitos por meio de seus advogados, “pois, se oferecem mais condições materiais para o advogado instrumentalizar, do ponto de vista probatório, as suas teses e pleitos” (DIAS, 2018, p. 7).

Nesse sentido dispõe o art. 1º do Provimento n. 188/18 do CFOAB:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obten-

⁹ 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:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

ção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Certamente, a nova forma de atuação do causídico exigirá mais esforço diante da energia que reclama a própria atividade face aos interesses de seu constituinte. A investigação defensiva contribuirá para a legalidade na atuação dos agentes estatais que, constatado os excessos praticados, acarretará a responsabilização de eventuais desvios cometidos por estes.

Em relação aos limites da realização desta atividade, o advogado somente estará proibido de realizar atos que possuem vedações expressas no texto constitucional, em leis esparsas, ou mesmo em atos normativos, a exemplo: o sigilo telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência ou a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF). Ademais, as únicas limitações que poderão insurgir são: a *criatividade* e o *orçamento*.

Isso porque, há um enorme peso financeiro proveniente da atividade investigatória, haja vista que as diligências a serem desenvolvidas, a depender de cada caso específico demandarão certa onerosidade. Obviamente, há ferramentas de baixo custo, contudo, outras demasiadamente custosas, a exemplo, os serviços de detetive particular ou consulta a bancos de informações. Já em relação à limitação criativa, esta restrição está relacionada à própria complexidade do caso concreto; embora no futuro possa existir até mesmo manuais de investigação defensiva, mas, inicialmente, o advogado terá de encontrar mecanismos que viabilizem sua atuação (DIAS, 2018, p. 8 grifo do autor).

O art. 2º¹⁰ do Provimento apresenta os momentos de realização dos atos investigatórios que, para além da investigação preliminar,¹¹ poderão ser utilizados,¹² ainda, como medida preparatória de revisão criminal (OAB, 2018).

¹⁰ Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

¹¹ Dias (2018) nos fala que a atividade poderá ser desenvolvida “tanto na fase processual, quando se fala propriamente do instituto da Assistência de Acusação, incluído no CPP desde 1941, quanto na fase pré-processual, *inclusive no sentido de angariar elementos de prova para subsidiar o início* (através da provocação) *e o próprio desenvolvimento da persecução penal* (por meio da continuidade das medidas e diligências).

¹² Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em: I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito; II – re-

Dias (2018, p. 8) aponta que, em razão da especificidade de cada caso concreto a atividade investigatória poderá ser subcontratada por outro advogado, que sempre deverá informar tal decisão ao seu constituinte. Devendo sempre, de acordo com o art. 5º “preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas”.

Cumprir destacar que, a investigação defensiva poderá ser realizada em favor da vítima, o que destaca o papel do próprio advogado criminalista na defesa dos interesses da parte lesada. Diante disso, a atuação investigativa do advogado jamais poderá ser confundida com a função da polícia judiciária, uma vez que a primeira tem por escopo obter provas necessárias visando os interesses da defesa, e a última busca colher elementos que comprovem a prática penal, todavia, nada impede que eventualmente o advogado possa contribuir na apuração policial e/ou ministerial.

Zanotti e Santos (2014, p.70), se manifestam nesse sentido, sintetizam que a omissão da lei não obsta a atividade investigatória a ser realizada pelo advogado particular, e os atos praticados pelo defensor irão variar conforme a natureza da ação penal – na ação privada: a investigação realizada pelo particular irá auxiliá-lo, servindo de base para queixa-crime, sem a necessidade da participação direta ou indiretamente da polícia judiciária ou do Ministério Público; – já na ação penal pública: há de se considerar a “teoria da canalização” adotada no Direito italiano, haja vista que toda investigação realizada pelo defensor particular deve ser apresentada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público para, em caso de necessidade de novos elementos, seja requerido diligências a fim de constituir elementos suficientes para a propositura da ação.

jeição ou recebimento de denúncia ou queixa;III – resposta a acusação;IV – pedido de medidas cautelares;V – defesa em ação penal pública ou privada;VI – razões de recurso;VII – revisão criminal;VIII – habeas corpus;IX – proposta de acordo de colaboração premiada;X – proposta de acordo de leniência;XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

4. ESPECIFICIDADES DA BUSCA E DA APREENSÃO

A busca pode ser conceituada como uma medida instrumental, um meio de obtenção de prova através da localização de coisas ou pessoas e procura de elemento que interesse à persecução penal, consistindo em ato restritivo de direito individual, realizado por revista ou varejamento de pessoas, coisas ou vestígios, que tenham relação direta ou indireta com o fato perquirido.

Bastos Pitombo (2005, p. 118), enfatiza a distinção relevante entre finalidade e fim. De acordo com a autora, finalidade consiste no objetivo que move o agente a atuar e guiar seu comportamento, enquanto fim trata-se do resultado da busca, que pode ser positiva ou negativa. Em suma, a finalidade da busca é encontrar elementos que efetivamente importem e sirvam ao processo penal, seja como subsídio da acusação ou da defesa. A busca, possui diversas finalidades, tais como: citação real, notificação, custódia, prisão e condução coercitiva. O art. 240 do CPPB subdivide a busca em: domiciliar e pessoal; entretanto, a divisão clássica não abrange todas as hipóteses de busca existentes; pois, atualmente é possível até a busca de dados.

O CPP usualmente abarca o conceito de casa como: *a)* habitação definitiva (própria ou não), *b)* moradia ou ocupação provisória, *c)* compartimentos da casa, *d)* estabelecimentos comerciais, industriais, locais de exercício de atividade profissional e condomínios de acesso restrito ao público, *e)* meios de transporte providos ou transformados em habitação. A busca domiciliar tem como premissa “estar previamente legitimada pela prova colhida e não ser o primeiro instrumento utilizado” e fundamentada em elementos concretos (LOPES JR, 2017, p, 528).

A busca depende de autorização judicial, exceto em caso de livre e expresse consentimento do morador e em caso de flagrante delito;¹³ em ambos os casos pode ser executada de dia ou de noite. A busca pessoal é limitada pela vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, garantindo sempre a integridade física e moral do preso. A luz do art. 244 do CPPB, a busca pessoal pode ser realizada com base na

¹³ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

“fundada suspeita”, ¹⁴entretanto, não poderá fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo, necessariamente, elementos concretos que indiquem a necessidade da revista face ao constrangimento que causa; devendo ser decorrente da ação ou omissão do indivíduo, e não baseado em conjecturas, estigmas e conclusões subjetivas do agente público (BASTOS PITOMBO, 2005, p. 119).

Nessa esteira, o entendimento da busca ou revista deverá respeitar o gênero da pessoa, de modo que a previsão do artigo 249 do CPPB se estenda aos transgêneros, considerando sua identidade masculina ou feminina e o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). A busca e a apreensão podem ocorrer na fase de inquérito policial, durante o processo e até mesmo durante a execução da pena, podendo ser requerida pela autoridade policial, Ministério Público, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), vítima e ainda pelo suspeito, indiciado, acusado ou condenado. O art. 242 CPP prevê, ainda, que a busca pode ser determinada de ofício, contudo, para ser válida, deve respeitar os requisitos do art. 243¹⁵ do CPPB, e, “a inobservância, ausência ou deficiência no atendimento aos requisitos legais torna ineficaz o ato procedimental. Daí ser inadmissível mandado de busca coletivo” (BASTOS PITOMBO, 2005, p. 68).

Independentemente do resultado (positivo ou negativo) toda pessoa que foi objeto da busca deve ser informada dos motivos e finalidades pela qual foi ensejada. Já a apreensão pode ser definida como um ato processual complexo que pode servir como meio coercitivo de prova, ferramenta probatória ou medida cautelar. Abrange a remoção, apossamento ou guarda de coisas ou pessoas, tornando indisponíveis ou mantendo sob custódia enquanto forem pertinentes ao processo. Em se tratando de apreensão de pessoa, a retenção deve perdurar somente pelo tempo necessário à realização do exame de corpo de delito. Em

¹⁴ Art. 244 A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

¹⁵ Art. 243. O mandado de busca deverá: I – indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrer-lá ou os sinais que a identifiquem; II – mencionar o motivo e os fins da diligência; III – ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. § 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

relação à apreensão de coisas dependerá de sua natureza, nem sempre sendo necessário o encaminhamento à perícia (BASTOS PITOMBO, 2005, 209).

Apreensão sempre implica em retenção, mas ela pode ser coercitiva, quando derivada da busca; ou espontânea decorrente da livre apresentação ou exibição. É insuscetível de apreensão a correspondência, salvaguardada pelo artigo 5º, inciso LVI da CF/88, bem como seu correlato, o artigo 157 do CPPB. Incompatível, também com apreensão o sigilo profissional, (art. 5º, inciso XIV CF/88); (art. 154 do CPB e artigo 7º, inciso II, parágrafos 6º e 7º da Lei 8.906/94, ou seja, os documentos em poder do defensor do acusado, desde que estes não constituam elementos do corpo de delito.¹⁶

As garantias constitucionais – proteção a casa, à intimidade, à vida privada, à integridade física e moral do indivíduo – são de suma importância, haja vista que limitam sua legalidade. A violação de tais direitos demonstra a deficiência da medida realizada e a ineficiência da prova obtida, e, conseqüentemente, “da ilicitude constitucional não pode advir à licitude processual” (BASTOS PITOMBO, 2005, p. 89).

4.1 Pescaria probatória ou *Fishing Expedition* – Investigação defensiva nos mandados de busca e apreensão genéricos

Fishing Expedition, pescaria probatória ou expediente de pesca é um procedimento jurídico do direito norte americano, com o propósito de inquirir um adversário ou examinar sua propriedade e documentos a fim de obter informação útil. Pode ser definida como a apropriação de meios legais para, sem objetivo traçado, “pescar” qualquer espécie de evidência (prova fortuita), para subsidiar uma acusação ou tentar justificar uma ação previamente iniciada. Apesar de não ser um instituto amplamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, possui inegável correspondência quanto a seus fundamentos e vedações em nossa legislação e jurisprudência.

Em nosso País, a pescaria probatória aproveita-se das brechas jurídicas para violar os direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal de 1988. Identificamos o uso da *fishing expedition* em mandados de busca e apreensão genéricos ou coletivos,

¹⁶ Art. 243 [...] § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

subvertendo a lógica das garantias constitucionais. Se o primeiro passo da pescaria probatória é mascarar a ilegalidade dos procedimentos de investigação, o próximo passo é a tentativa de legitimar o ato; através da exibição para o público das “provas” que foram obtidas; antes que a defesa realize vista dos autos os “peixes” já foram exibidos nos jornais e redes sociais. Assim, pretendem manipular a mentalidade do julgador para que, através de uma prova ilícita, aja em nome do povo, e condenando sob um argumento de justiça moral da decisão (SILVA; SILVA; ROSA, 2019).

O judiciário brasileiro não age em nome do povo, mas do Direito, embora algumas vezes isso não agrade à população (nem aos órgãos de investigação/acusação). Tudo indica que o direito penal brasileiro padece da Síndrome de Jakobs, na tentativa de buscar resolver a tensão entre “o direito penal dos cidadãos” e o “direito penal do inimigo”.

Quatro correntes são indicadas quanto à validade das provas: a que amplamente admite provas ilícitas (não utilizada no Brasil), a que propõe a inadmissibilidade absoluta dessas provas, a que pondera a admissibilidade a partir da proporcionalidade e a que prevê a admissibilidade *pro reo*. O art. 5º, LXVI da Constituição Federal diz que “são inadmissíveis no processo provas obtidas por meios ilícitos”. Entretanto a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que poderia prescindir da ponderação exigida pela complexidade que exige cada caso na sua especificidade. (LOPES JR, 2001).

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, a proibição é atenuada quando, em casos excepcionalmente graves, a obtenção e admissão daquela prova for considerada a única forma possível e razoável de protegerem-se outros preceitos fundamentais e evitarem-se resultados flagrantemente injustos. A admissibilidade ou proporcionalidade *pro reo* defende que a prova ilícita somente poderia ser admitida e valorada para que o direito de liberdade de um inocente prevalecesse sobre eventual direito restringido na obtenção dessa prova.

O encontro fortuito de provas, desvio causal de prova ou conhecimento fortuito guarda relação com o princípio da serendipidade e pode ser classificado como de primeiro ou segundo grau, respectivamente, quando a prova obtida guardar relação com o objeto inicial da investigação ou com pessoa envolvida ou não houver esse vínculo (*notitia criminis*). Trata, portanto de entendimento contrário à lógica da vinculação causal que

opera a busca, a apreensão e a interceptação telefônica. Mesmo assim, o Superior Tribunal de Justiça utilizou o conceito como base principiológica para justificar a aceitação da prova fortuitamente obtida, mesmo nos casos onde não há qualquer vínculo entre os crimes. (SILVA; SILVA; ROSA, 2019).

Melo e Silva (2017), destaca que a *fishing expedition* constitui:

[...] uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que “lança” suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional.

Sob a orientação do art. 76 do CPP é possível a utilização da prova, desde que ela seja referente a um crime conexo ao que motivou a medida cautelar aplicada, já que crimes conexos são reunidos para julgamento e as provas passam a ser comuns. Por isso a interpretação deve ser restritiva, limitando-se a casos em que a conexão seja evidente, para que a discricionariedade judicial não possibilite a violação das garantias constitucionais do acusado. O respeito à vinculação causal da prova serve para afastar o traço inquisitório e evitar as buscas ou interceptações telefônicas genéricas, que não mantêm vínculo algum com a motivação original. Mesmo assim, a Lei 9.296/96 que regulamenta as interceptações telefônicas, dá amparo judicial à quebra, tanto do sigilo telefônico, quanto de dados. Até mesmo a Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – abre espaço para a captura judicial de dados, em sua Seção IV, art. 22, haja vista a evolução dos sistemas de comunicações e a Lei 12.737/2012, que tipificou os delitos informáticos (SILVA; SILVA; ROSA, 2019).

O instituto da investigação defensiva (Provimento 188/18 do CFOAB) torna-se indispensável ao combate da prática da pescaria probatória ou *fishing expedition*, visto que os atos realizados pelo advogado poderão ser realizados a qualquer momento da persecução penal, ao passo que poderá verificar a fonte daquela prova advinda de encontro fortuito,¹⁷ ou mesmo desconstituir suas ilegalidades, contribuindo, paulatinamente, para o

¹⁷ Melo e Silva (2017), exemplifica que o que ocorre, por exemplo, com mandados judiciais de busca e apreensão que são expedidos de forma genérica. O inciso I, do art. 243, do Código de Processo Penal determina que o mandado deve indicar “o mais precisamente possível” a casa que será realizada a diligência. Ora, como a busca e apreensão configura verdadeira violência estatal legitimada, esta deve seguir rigorosamente os mandamentos constitucionais e legais, desde a postulação até o seu deferimento e o

fim do ambiente de violações constitucionais corriqueiramente existentes nos mandados judiciais de busca e de apreensão imprecisos.

Nessa esteira Rosa; Lopes Jr.; Bulhões (2019) afirmam que:

[...] o papel que a investigação defensiva pode vir a desempenhar, como mais uma ferramenta de garantia dos direitos do cidadão e do próprio advogado. Não se quer com isso retirar a competência natural da polícia judiciária para proceder as devidas investigações em geral; mas, no particular, não se pode negar o direito daquele que quer se defender provando, ou até mesmo daquele que busca responsabilizar o seu algoz, sob a ilusão de que “o Estado proverá”.

É notória a disparidade de armas existente no processo penal brasileiro, além disso, os excessos existentes nos mandados de busca de apreensão demonstram o quão imprescindível é, portanto, a investigação defensiva para o não avanço destas práticas no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸ que clama pela eliminação de tais práticas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos que investigação criminal está a cargo dos órgãos judiciais, sob fiscalização do Ministério Público e do Magistrado, e, em regra, o indiciado na fase preliminar não exerce direito de defesa, salvo, pela nova redação do art. 14-A do CPP, estando à mercê de inúmeros atos restritivos de direitos constitucionalmente expressos, como: restrição de liberdade e até mesmo a expedição de mandados de busca e de apreensão não individualizados.

posterior cumprimento da medida. Primeiramente, não se justifica que os órgãos de investigação, antes de tudo, postulem a busca e apreensão para, a partir daí, se investigar a empreitada criminosa (deve-se investigar antes e, se necessário, requisitar a busca e apreensão ao Poder Judiciário). Posteriormente, o deferimento pelo juiz deve ser certo e determinado, indicando *o mais precisamente possível* o objeto, o motivo e os fins da medida.

¹⁸ Nesse sentido a transcrição parcial do voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 106.566 [...] “A busca e apreensão domiciliar dependem, imprescindivelmente, de ordem judicial devidamente fundamentada, indicando, da forma mais precisa possível, o local em que serão realizadas, assim como motivos e fins da diligência. Assim, a busca e apreensão de documentos e objetos realizados por autoridade pública em “casa” de alguém, sem autorização judicial fundamentada, revelam-se ilegítimas e o material eventualmente apreendido configura prova ilicitamente obtida.

A partir do estudo dos preceitos constitucionais que norteiam a investigação defensiva, verificamos que o procedimento materializado por meio do Provimento 188/18 do CFOAB, também adotado em outros países (Estados Unidos e Itália), garante a verdadeira igualdade no curso do processo penal, seja ele na fase preliminar ou em forma de ação penal propriamente dita.

O instrumento é caracterizado pela instrumentalização de forma democrática no deslinde processual, onde o imputado, de fato, exerce uma ampla defesa, contraditório, amoldando verdadeiramente um devido processo legal constitucional.

Na certeza de que os institutos de busca e da apreensão são vitais para o efetivo exercício da jurisdição, é que as normas constitucionais e processuais devem ser respeitadas, para que não decorram invalidações das provas eventualmente apreendidas. A partir do conceito de *fishing expedition* verificamos o potencial danoso desta modalidade extralegal de busca na persecução penal. E, erroneamente, a jurisprudência pátria passou a aceitar provas oriundas de encontro fortuito, indo de encontro ao entendimento trazido pela Lei 11.690/2008. Além disso, demonstramos que o uso do expediente de pesca, representa um abismo existente entre a jurisprudência e a Constituição brasileira, que acaba por legitimar tais arbitrariedades no cotidiano da persecução penal e a atuação proativa da defesa no curso da persecução criminal pode ser considerada uma arma contra tais arbítrios.

REFERÊNCIAS

BRASIL: Provimento n. 188/18 de 31 de dezembro de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19> Acesso: 10.05.19.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano. 26, n. 305, p. 7-9, abril. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Pinho. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 6. ed. Florianópolis, Emais, 2020.

LOPES JR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Introdução crítica ao processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; BULHÕES Gabriel. *Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania*.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso: 10.04. 2019

MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. 2009. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. Disponível em: <http://jota.info/artigos/fishing-expedition-> Acesso: 10.04. 2019

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos, *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Resolução 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF: Ministério Público, 2017. Disponível: em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf> Acesso: 20.06.2019

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação*. Salvador: JusPodivm, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da, *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da, *Fishingexpedition e encontro fortuito na busca e apreensão: um dilema oculto do processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

Apresentação oral

**PROCESSO PENAL IMEDIATO: OS LINCHAMENTOS COMO
RESOLUÇÃO DE CONFLITO SOCIAL**

*IMMEDIATE CRIMINAL PROCESS: LYNCHING AS A RESOLUTION OF
SOCIAL CONFLICT*

Solon Pessoa Godinho Neto

Mestrando em Sociologia pela UFAM. Especialista em Direito Penal e Criminologia
pela UNINTER. Bacharel em Direito pela UFOPA.
E-mail: solongodinho@gmail.com

Resumo: O presente trabalho destina-se à análise da prática do linchamento pela perspectiva dos princípios do Estado Democrático de Direito e as possíveis ofensas das garantias processuais dos indivíduos que são vítimas desta forma de autotutela. O linchamento deve ser compreendido enquanto um ato de um grande grupo de pessoas, os quais se juntam para punir um ou mais indivíduos que foram considerados culpados, podendo este levar à morte ou não. Neste sentido, o estabelecimento desta prática é um patente conflito ao processo constitucional penal, uma vez que os indivíduos que a desenvolvem têm a intenção de “fazer justiça” e contrariam um dos preceitos do Estado moderno, qual seja o monopólio legítimo da violência. O estudo foi realizado através de revisão bibliográfica com o objetivo de analisar quais possíveis princípios do Direito Penal e Constitucional o linchamento viola; analisar os conceitos de linchamento, bem como como estes violam as garantias processuais dos indivíduos.

Palavras-chave: Linchamento. Punição. Justiça.

Abstract: This work aims to analyze the practice of lynching from the perspective of the principles of the Democratic State of Law and the possible offenses of procedural guarantees of individuals who are victims of this form of “self-defence”. Lynching should be understood as an act of a large group of people, who come together to punish one or more individuals who were found guilty that can lead to death or not. In this sense, the establishment of this practice is a clear conflict with the criminal constitutional process,

since the individuals who develop it intend to “do justice” and contradict one of the precepts of the modern State, which is the legitimate monopoly of violence. The study was carried out through a bibliographic review with the aim of analyzing which possible principles of Criminal and Constitutional Law does the lynching violate; analyze lynching concepts, as well as how they violate the procedural guarantees of individuals.

Keywords: Lynching. Punishment. Justice

Sumário: 1. Introdução. 2. Ausência do Estado em áreas periféricas de grandes cidades. 2.1. Violência e segregação. 3. Os estudos sobre linchamento no Brasil. 3.1 Linchamento na América Latina Hispânica. 3.2. Linchamento virtual. 4. Do Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais. 4.1. Presunção de inocência. 4.2. Princípio da ampla defesa e contraditório. 4.3. Vedação de penas desumanas e degradantes. 4.4. A proibição da autotutela. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O número de casos de linchamento ocorridos nas cidades e no campo tem crescido a cada ano. Para se demonstrar o alargamento desses números, de 1980 a 2006 foram registados 1.179 linchamentos no Brasil, dados coletados pelo Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo (NEVUSP, 2016).

Em 2018, a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas (SSP/AM) divulgou dados respectivos a linchamentos resultantes em morte, dos quais 60 ocorreram na capital e 1 no interior do estado. Em um dos casos, foram mais de quarenta pessoas linchando com paus e pedras e muitas filmando todo o ocorrido, encerrando o grotesco ao incendiar o corpo da vítima.

Os linchamentos, mais do que o infligir dor em um ou mais indivíduos, perpetrado por uma turba que surge de forma espontânea em determinada situação, são manifestações estruturantes dentro de determinados espaços da urbe. Como prática de “fazer justiça”, que em certa medida cria coesão social na catarse da violência, os linchamentos revelam aspectos significativos da violência urbana contemporânea.

O linchamento indica que além de uma “justiça de mãos próprias” diante de um suposto criminoso, é uma prática que também se contrapõe às instituições do Estado, seja por não confiança na política criminal do Estado, seja por desconfiança na instituição policial, ou ainda por achar que deve deter o direito de punir para si.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito e seus princípios e garantias processuais, bem como o monopólio legítimo da violência são apenas conceitos quanto postos em realidades onde o poder público não chega e apenas a criminalidade se faz presente. Neste interim, o trabalho se desenvolverá no debate às violações aos preceitos do Estado Democrático de Direito perpetrado pela prática do linchamento e como se desenvolve o jogo de poderes entre os atores envolvidos.

Essa prática ignora completamente a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, além da proibição da autotutela, dado que apenas o Estado é o detentor legítimo do poder punitivo. Teve como objetivos a análise das maneiras as quais a prática do linchamento fere os princípios basilares da Constituição, analisar os conceitos de linchamento, bem como, analisar as violações perpetradas em decorrência da prática do linchamento.

De 1585 até os dias atuais muita coisa mudou nas situações envolvendo linchamento no Brasil. O aumento do número de casos ocorridos no dia a dia das cidades e no campo, como também o conjunto de motivos principais que levam os cidadãos comuns a cometer tal ato.

Pierre Bourdieu (1980), sociólogo francês, cunhou o conceito de *Habitus* que pode ser entendido como um sistema de disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturadas e estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do grupo de práticas de um conjunto de agentes (agentes aqui entendidos como os indivíduos socializados neste meio). O *habitus* inclui as representações sobre si e sobre a realidade, incluindo o sistema em que a pessoa se inclui, os valores e crenças que veicula, suas vontades e desejos, em suma, sua identidade.

O *habitus* opera na incorporação de disposições que levam um indivíduo a agir de forma harmoniosa ao histórico do ambiente onde vive, seu grupo social. A incorporação progressiva das práticas faz com que as ações percam a condição de práticas orquestradas

pelo meio e tornam-se práticas naturais, como o resultado de uma aprendizagem do qual o indivíduo perde a consciência da ação, tornando-se uma atitude corriqueira neste determinado meio. O conceito contempla, ainda, a maneira de perceber, julgar e valorar o mundo e conforma a forma com a qual os agentes agem, corporal e materialmente.

Segundo (HORKHEIMER et al ADORNO, 1978) “Só existe constituição social na medida em que a convivência é mediada, objetivada e institucionalizada. Inversamente as instituições não são em si mesmas, senão epifenômenos do trabalho vivo dos homens” (p. 268). Dessa forma, a dinâmica social é composta por leis formais e normas extralegis que regem o agir em comunidade. Estas normas extralegis se enraízam e assumem a força de leis, e na medida que as relações sociais se tornam mais complexas, maiores também se tornam os desafios para conciliar os diferentes interesses nesta dinâmica.

Na sociedade brasileira, nota-se uma intensa recepção de informações de violência física. A mídia carrega consigo uma variedade de conteúdo que mostra a supressão de direitos sociais. Imagens, vídeos, reportagens com conteúdo violento, a enorme quantidade de informações violentas gera nesta sociedade, uma cultura de medo, a qual vai moldando um novo tipo de cidadão, um sujeito que não percebe com clareza seus direitos individuais e tampouco luta pelos direitos sociais de forma coletiva.

A socialização nesta cultura do medo tem fixado os seus alicerces na dinâmica de uma sociedade desigual, marcada pelo individualismo e pela segregação. Na cultura do medo, teme-se o outro, pelo risco de ser vítima de crime. Ao invés de promover a integração e o diálogo, o que permitiria entender e aceitar as diferenças, constroem-se barreiras entre as pessoas, não apenas sob o ponto de vista metafórico, mas também físico. Os laços comunitários são, muitas vezes, deixados de lado por conta da preocupação com a segurança individual.

Para Simmel, o individualismo nas grandes cidades está associado a possibilidade de transitar entre diferentes grupos sociais. VELHO (2000) afirma que a possibilidade de circular em diversos espaços e meios sociais molda a personalidade do indivíduo, tornando-o relativamente individualista, usa-se o termo “relativamente” uma vez que a presença de laços sociais como parentesco, vizinhança, compadrio, dentre outros, se apresentam como limites para essa liberdade individual.

Segundo o mesmo autor, a mobilidade espacial e social é uma manifestação desse individualismo relativo presente nas grandes cidades, pois a migração traz consigo novas realidades e *habitus*. Assim, a convivência destes com a população local vai produzir categorias de classificação dessas pessoas, seja pela cor da pele, origem étnica, forma de falar ou qualquer marcador de diferença entre o “nós” e “eles” dentro desse conglomerado urbano heterogêneo. (VELHO, 2000, p. 20).

A sociedade do medo, estudada pelo sociólogo Zygmunt Bauman (2009), trouxe o conceito de mixofobia, que é o medo do estranho. Nesse caso, em cada grupo, existe uma forma de chamar a atenção de seus iguais contra o diferente, contra o indesejado, e neste caso, contra o que rompe com a norma legal. O estranho, nesta situação de violência, é o criminoso, que perde a imagem de cidadão, e passa a ser uma doença a qual precisa ser erradicada, pelo bem da saúde da sociedade.

O crime da lei formal ou o “crime do rompimento com a norma informal, pode gerar consequências graves para, como chamado por Howard Becker (2008), o desviante. A definição de desvio é tida pela infração de qualquer regra que é aceita pelo grupo. Entretanto, as pessoas que infringem uma determinada regra perfazem uma categoria homogênea, ou seja, um grupo de pessoas que cometeram o mesmo desvio.

Assim sendo, as regras que são postas por uma sociedade dominante, por quem as dita. Da mesma forma, o grau de importância que um ato será tratado como desviante do sistema depende muito de quem o comete e quem se sente prejudicado por tal ato.

Os tempos de solidariedade humana e de construção de uma argamassa social formada pelos valores da alteridade e cidadania não passam de utopia em frente ao cenário do amplo mercado e da estigmatização dos outsiders.

2. A AUSÊNCIA DO ESTADO EM ÁREAS PERIFÉRICAS DE GRANDES CIDADES

Gilberto Velho (2000) ao analisar a tríade: indivíduo, sociedade e violência, no contexto social brasileiro, revelaram que a tardia abolição da escravidão, produziu um efeito social que tende para a desigualdade racial. Isto associado aos processos migração Europeia e migrações internas (decorrentes das desigualdades regionais), durante o

processo de urbanização, culminou na construção de invasões e favelas, onde a população historicamente desfavorecida sofre com a segregação e violência. Segundo o mesmo autor:

No Brasil pós-abolição há uma numerosa população de origem africana, pouco qualificada em geral, a que se junta a corrente de nortistas e/ou nordestinos, vítimas da seca e da falta de oportunidades. Esses grupos vão compor a maioria da população pobre, de baixa renda, que vai morar nas favelas, nos subúrbios e na periferia das grandes cidades. Habitação, saúde, educação e trabalho são as demandas básicas que, embora sempre precariamente atendidas, vão se deteriorando ainda mais com o crescimento urbano e com as sucessivas crises econômicas. (VELHO, 2000, p. 22)

Durantes os movimentos de formação das grandes cidades e políticas de ocupação da Amazônia, houve grande deslocamento populacional para essas áreas, e teve como consequência a formação de áreas periféricas, onde o “poder público não consegue atender minimamente as necessidades básicas dessa população, por ineficiência, falta ou má administração de recursos”. (VELHO, 2000, p. 23) Isto culmina em um povoamento desordenado no bairro, crescimento da criminalidade, em especial gangues, facções e tráfico de drogas, o que cria uma atmosfera de medo e indignação na população local.

Segundo VELHO (2000), a criminalidade nacional chegou a índices alarmantes, havendo comparações com a Colômbia e Venezuela. A violência se dá em vários níveis, entre as camadas populares, das camadas populares contra as classes mais abastardas, e partindo da força policial contra as camadas mais pobres.

Para o mesmo autor, na ausência da proteção do Estado e lentidão da justiça, poderes extrajudiciais como gangues e facções ganham espaço e se apresentam como “protetores” de suas “comunidades” contra a violência da polícia e atendendo as suas carências mais imediatas. O fato é que encontram apoios nessas localidades, confirmando, por exemplo, que laços de parentesco” (VELHO, 2000, p.24)

Um indivíduo possui mais do que um papel social, por exemplo, o rapaz que pertence a uma facção criminosa pode também ser um bom pai, frequentar a missa e ser uma pessoa agradável com os moradores do bairro. Assim, diversos papéis sociais e características socioeconômicas se sobrepõem, fazendo com que o esse indivíduo, receba determinada “aprovação” local apesar do seu comportamento desviante. Claro que tais fatores variam de acordo com o contexto e trajetórias.

Partindo dessa perspectiva, é necessário analisar a organização local e toda a complexidade das relações sociais vigentes no bairro, para compreender as questões que regem o senso de moralidade dos indivíduos, fazendo com que eles considerem justiça atos de unidade extralegal embora tais atos sejam considerados crimes.

2.1 Violência e segregação

Além da violência provocada por criminosos, a população pobre ainda convive com a violência e abusos policiais, que sob a justificativa de manter “a paz e a ordem” muitas vezes usam de truculência para com a população, sem mencionar, ainda, o caso das milícias que se associam aos poderes paralelos dentro das periferias.

Assim, na sociedade do medo, as instituições Estatais criadas para controlar o medo, produzem exatamente o seu descontrole. O medo de perder bens materiais e de sofrer violência é muito grande. Isso gera um sistema impregnado pela penalização do ser, a pena acima de tudo, deve ser medida e efetivada pelo direito.

A fala do crime aparece então como instrumento que, através de casos de práticas violentas, poderia ordenar a normalidade social abalada pela violência. Como levanta MULLER (2002), a parte da sociedade excluída, pobre e marginalizada, são aqueles que têm as maiores barreiras para acessar a proteção jurídica, mas continuam a perceber impunidades sistemáticas dos agentes Estatais corruptos ou das grandes corporações.

Essa configuração, segundo o autor, nos leva a um estado de violência na cidade, no campo, contra grupos e minorias de todo tipo, como uma resposta aos conflitos em torno dos Direitos Humanos vividos por estes em base diária. O *Habitus* do agente metropolitano em seu desnorte de justiça e empatia se tornou cruel, punitivo.

Neste sentido, CALDEIRA (2000), estudando os fenômenos da criminalidade e da segregação urbana aponta para a integração coloquial sobre a vivência da violência. Uma espécie de estratégia da população e das autoridades que, através de conversas, narrativas, comentários, debates ou mesmo brincadeiras – que têm como temática central o crime e o medo – repetem fragmentariamente relatos sobre a violência cotidiana, buscando assim uma possibilidade do entendimento deste fenômeno.

A divisão de classes e a segregação torna certos grupos sociais mais vulneráveis a violência. Uma vez que as instituições Estatais não chegam às áreas periféricas, rapidamente instaura-se um poder local que adquire força de lei extrajudicial, como é o caso das gangues e facções.

3. OS ESTUDOS SOBRE LINCHAMENTO NO BRASIL

Os estudos sobre linchamento no Brasil começam a surgir apenas ao final dos anos 1970, período de declínio da ditadura militar e transição para a democracia. Momentos de transição política e econômica são apontados por estudiosos dos linchamentos como cenários que favorecem o acontecimento destas manifestações.

Benevides (1982) foi pioneira nos estudos sobre linchamento no Brasil. A autora compreende o linchamento como “ação violenta coletiva para a punição sumária de indivíduos suposta ou efetivamente acusados de um crime” (BENEVIDES, 1982, p.96). Em sua pesquisa, é levantado que o linchamento, ademais de uma pretensa “justiça”, este tem um caráter de vingança que geralmente acompanha métodos de tortura, a despeito de qualquer norma legal.

Em seu trabalho, propõe uma tipologia na qual divide o fenômeno em dois tipos distintos: anônimos e comunitários. Os de tipo anônimo contariam com a participação de terceiros que não aqueles atingidos pelas ações do suposto delinquente, sendo este tipo de maior ocorrência em ruas centrais de bairros de classe média.

Os linchamentos comunitários seriam característicos de cidades menores e áreas periféricas das grandes cidades, onde existe um grupo identificável por trás do acontecimento e que se sente diretamente afetada pelas ações do suposto criminoso, sendo este já conhecido naquela região.

Benevides e Ferreira (1984) relacionam os casos de linchamento ao funcionamento das instituições estatais, ligando as experiências sociais com estas instâncias às desigualdades, opressões e limitações civis impostas pelo regime militar, além do sentimento intermitente de insegurança e vulnerabilidade ante a violência. “o linchamento é considerado um fenômeno explosivo e esponeísta, associado à ‘patologia das multidões’”. Na linguagem

popular o linchamento é o ‘ato de fazer justiça com as próprias mãos’”. (BENEVIDES E FERREIRA, 1984, p. 230)

Meandro e Souza (1991) propõe que os linchamentos podem ser pensados como eventos de protesto, como situações de rompimento com as regras estabelecidas e confronto com as autoridades. Partindo de 533 casos coletados por meio de levantamento de jornais, os autores fornecem dados como perfil das vítimas, local de ocorrência, motivação, nível de organização e o ano do fato. Ainda que o estudo cubra uma faixa de 100 anos, os pesquisadores não fizeram considerações a respeito de mudanças entre diferentes localidades e contextos ao longo do tempo.

José de Souza Martins (1996) apresentou o fenômeno do linchamento como um tipo de comportamento coletivo que poderia classificado como expressão de indignação popular. Entretanto, ainda que esta forma de manifestação, no Brasil, tenha surgido concomitante a outras formas de manifestações de movimentos sociais organizados nas décadas de 1970 e 1980, para este autor, o linchamento não tinha uma orientação politizada e um objetivo racional, pelo contrário, estes aconteciam de maneira irracional, emocional, de orientação egoísta e antissocial.

Ainda que praticados em nome de valores sociais de manutenção da ordem, os linchamentos estariam em conflito com as próprias conquistas da civilização e as concepções iluministas e positivistas a respeito da constituição do homem, quais sejam, direito à vida, direito à liberdade, direito aos procedimentos legais modernos, racionalização da pena etc., na medida em que são oriundos de processos de decisão súbitos, baseados em julgamentos carregados de emoção como ódio, medo etc.

“Os linchamentos expressam uma crise de desagregação social. São, nesse sentido, muito mais do que um ato a mais de violência dentre tantos e cada vez mais frequentes episódios de violência entre nós. Expressam o tumultuado empenho da sociedade em “restabelecer” a ordem onde ela foi rompida por modalidades socialmente corrosivas de conduta social.” (SOUZA, 2015, p.11)

Para Jacqueline Sinhoretto (2001), para uma alternativa do pensamento de que os linchamentos são orientados por impulsos irracionais, esta afirma que o desafio do trabalho sociológico é justamente o de compreender sua prática como resultado de ações

coletivas que fazem parte de um universo cultural, os quais são resultado de operações de sentido, de uma racionalidade, intensão e mensagem.

A autora retoma Benevides ao propor que os linchamentos são o estalar de uma indignação aguda com determinada situação de opressão, estando associada ao descrédito e frustração da população com as instituições públicas e policiais. Sinhoretto levanta a hipótese de que a ocorrência de linchamentos ganha legitimidade no seio dos grupos sociais, à medida em que a justiça constituída não se mostra eficiente para solucionar e propor resoluções satisfatórias para os conflitos que surgem no dia a dia desta população que está em constante tensão.

Sinhoretto (2009) explicita que os linchamentos se tornaram uma forma de resolução de conflitos que se dá por meio da violência coletiva. A prática do linchamento, então, surge como uma alternativa para o sistema estatal de justiça e segurança, os quais a população não vê como confiáveis. Por meio de uma ação coletiva, as responsabilidades penais são diluídas na medida que o cidadão toma para si a tarefa de praticar a justiça com as próprias mãos.

“[...] para além de uma reação instintiva de vingança imediata diante do crime, o linchamento é uma maneira de punição que se contrapõe às instituições do Estado, seja porque existe uma desconfiança com relação a eficiência da polícia e da justiça em conter a criminalidade, seja pela reivindicação de outras formas de fazer justiça.” (SINHORETTO, 2009, p.79)

Para Adorno e Pasinato (2010), os linchamentos são classificados como uma grave violação dos Direitos Humanos, na medida em que por parte do Estado ocorre a omissão nas tarefas de proteção dos direitos e garantias individuais, inclusive o direito à segurança, sem a qual todo o ciclo de aplicação de justiça imediata, isto é, sem mediação do Estado, acontece.

Partindo da interpretação dos conceitos dos autores supra mencionados, os linchamentos serão compreendidos, neste trabalho, como uma ação coletiva de caráter privado, e, portanto, ilegal, sendo o grupo linchador sobrepujando em grande escala o número de linchados, e a violência física sendo aplicada ao indivíduo ou aos indivíduos por práticas a eles imputadas, podendo ou não provocar a morte dos mesmos.

Ao analisar detidamente o conceito de linchamento, pode-se aduzir:

- A) Ação coletiva: Compreende um ato realizado por uma turba que se distancia de suas identidades individuais. A prática do linchamento adere a uma diluição da face do perpetrador através da multidão, que de modo geral tem uma organização no momento do ato e que depois se dissipa. A intensão da turba é que, em si mantendo em grupo, além de ser mais difícil identificar quem chega às vias de fato, o senso de ato de comunidade permanece.
- B) De caráter privado: O ato é realizado por indivíduos que não detém autorização de nenhum órgão estatal para realizar qualquer tipo de incursão punitiva, logo, sua prática é contra a legalidade estabelecida pelo Estado, dado que apenas do Estado é o monopólio legítimo da coação física.
- C) Violência sendo aplicada em resposta a práticas imputadas à vítima: Os linchamentos aparecem como uma reação punitiva a uma ação que ofendeu a uma comunidade ou ao grupo. Como uma resposta, em sua maioria, espontânea, não existe para estes atos ofensivos uma outra forma de reparação, dado que o lapso temporal entre o cometimento do suposto delito e a aplicação da pena é tão curto que não há espaço para uma mediação do conflito que não acabe por ser coação física.
- D) Podendo ou não provocar a morte: A prática de linchar nem sempre se destina a matar, sendo muitas vezes utilizada como uma forma de “lição” ao indivíduo que sofre a penalidade. Os linchamentos podem ser interrompidos por diversas razões, por exemplo, pela polícia, pela fuga do indivíduo, por outras pessoas que intervêm na situação, entre outras situações. Entretanto, o linchamento tem como característica fundamental a aflição de um castigo físico severo à vítima.

3.1 Linchamento na América Latina Hispânica

Com um trabalho referenciado em muitos outros artigos em toda a América Latina, Carlos Vilas (2001) compreende linchamento como uma ação coletiva de caráter privado e ilegal, que pode levar à morte da vítima, em resposta a seus atos ou condutas, que se encontra em inferioridade numérica esmagadora frente aos linchadores.

A ação coletiva se daria como uma prática do todo, onde se dissipa a individualidade dos praticantes. Neste sentido, a proposta de Vilas é que o linchamento, ademais de uma multidão em sentido numérico, é um grupo enquanto entidade simbólica que toma a ação, como “a vila” ou “a comunidade”.

O autor pontua o caráter privado e ilegal, dado que não existe outorga do Estado para que os participantes do linchamento pratiquem os atos ali desenvolvidos, cabendo a aplicação de outras categorias caso houvesse o envolvimento direto de agentes estatais.

Os linchamentos podem ou não resultar na morte da vítima, podendo ser interrompidos pela própria turba, pela polícia, por familiares etc. Entretanto, o castigo físico severo sempre é uma característica. Por conseguinte, as ações contra o indivíduo se dão em resposta a práticas imputadas a ele, trazendo o caráter de espontaneidade dos linchamentos, sendo o lapso entre a ofensa da vítima e a resposta dos agressores muito curta, não cabendo a premeditação, segundo o autor.

Guillén (2002) e Díaz (2004), em seus trabalhos, coadunam com Vilas (2001) em suas definições gerais sobre o linchamento, adicionando que ademais dos elementos constitutivos da espontaneidade, do anonimato, do caráter altamente violento e passional, gerando um sentimento compartilhado de dever cumprido, o linchamento tem diferentes níveis de ritualização e cria um forte laço de solidariedade entre os participantes.

Por ritualização pode-se compreender, também, o grau de coordenação que o fenômeno tem. Neste sentido, linchamentos não são apenas práticas súbitas e espontaneístas, todavia, podendo haver ações com maior grau de coordenação, que podem levar horas, incluindo o acionamento das redes de vizinhança, determinação de local, desenvolvimento dos flagelos e, algumas vezes, exposição do corpo, queima do corpo etc.

Para Chávez (2008), os linchamentos são punições públicas, sem julgamento prévio, que um grupo de pessoas realiza sobre um suposto infrator. Estas punições têm uma ordem em sua forma, uma racionalidade em seus motivos e um discurso sobre o (in)justo na sua manifestação. Por conseguinte, os linchamentos não são manifestações desordenadas e imprevisíveis, e com a recorrência dos acontecimentos acabam por gerar um aprendizado.

Alvarado (2008) propõe que os linchamentos são revoltas espontâneas que expressam ira e mal-estar acumulados, devido a uma larga história de reclamações. Os linchamentos, então, se convertem em um “ritual de frustração cidadã”, que não é simplesmente emocional, mas que tem um caráter político.

Aqui, Alvarado, ao pensar os linchamentos na Guatemala, propõe que ademais de uma revolta pela infração de uma norma jurídica, as raízes deste fenômeno podem ser mais profundas, como o próprio questionamento da legitimidade do Estado para exercer sua autoridade sobre o território (cabendo lembrar o recente fim da guerra civil na Guatemala).

Gamallo (2015) também pensa o linchamento como uma prática coletiva civil (não estatal) de caráter público, espontânea ou organizada, que reivindica para si mesma a legitimidade. Nesta esteira, os linchamentos expressariam uma difusão do poder de coação física do Estado, que, formalmente, deveria ter seu monopólio.

3.2 Linchamento virtual

Um dos primeiros desafios a aparecer nos estudos sobre o linchamento é a própria definição da manifestação. A conceituação que vem sendo estudada há mais tempo pelas ciências sociais é a do linchamento que implica em um castigo corporal, onde os participantes podem ser de grupos de vizinhos ou conhecidos e a polícia não é admitida, ou pelo menos não até o final, e não há possibilidade de mitigação sobre a culpabilidade do linchado.

Entretanto, a categoria linchamento tem sido apropriada na internet para práticas que não se encaixam no ponto convergente das definições sobre esta manifestação, qual seja, a punição física do indivíduo. O exercício da violência punitiva, neste contexto, se dá também de maneira coletiva, privada, e os ataques ocorrem de maneira massiva contra um ou mais indivíduos acusados do cometimento de uma prática que ofende o grupo.

No linchamento realiza-se um julgamento público sobre a presumida transgressão e, ao anúncio-denúncia do transgressor, segue-se uma avalanche de novas publicações que reforçam, reiteram, complementam a primeira e podem culminar em ameaças, insultos e exposição de privacidade. Tudo isso pode ter consequências graves, no desenrolar dos acontecimentos, no período que se segue, o que pode incluir, como já vimos, ostracismo social, demissão, depressão, dentre outras. (FREITAS, 2017, p. 157)

A utilização da denominação “linchamento virtual” não é exclusividade do Brasil, estando presente em publicações das mídias de outros países latino-americanos também.¹

¹ SEPÚLVEDA, Paulina G. Libro retrata cómo las redes sociales hoy son un tribunal de linchamientos virtuales. Disponível em < <https://www.latercera.com/noticia/libro-retrata-como-las-redes-sociales->

Como aborda Freitas (2017), os linchamentos virtuais podem se compor de zombaria e de escárnio, entretanto, seu principal objetivo é gerar o medo através das ameaças e gerar efeitos sociais através dos julgamentos negativos sobre o indivíduo.

Ademais, os linchamentos virtuais podem ter um processo próprio, que ocorre e acaba nas próprias redes sociais; isto é, muitas vezes as vítimas têm suas vidas afetadas pelas práticas das redes, como a perda de emprego, afastamento de contatos etc.

Entretanto, o conceito “linchamento virtual” também é utilizado para os casos onde um processo de boatos surge na internet e acaba por gerar processos punitivos na sociedade, como no linchamento de dois homens no México por causa de um boato de Whatsapp² ou o linchamento de uma mulher no Rio de Janeiro em 2014, acusada de fazer magia e sequestrar crianças depois de ser confundida com um retrato falado que circulada nas redes sociais.³ Para estes últimos casos, entretanto, os fatos se consolidam dentro da própria conceituação de linchamento, e não de linchamento virtual.

4. DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O Estado moderno, constitucional, é fruto da evolução do exercício do poder popular e das liberdades individuais ao longo de todo o processo de existência das formas de Estado. O Estado Constitucional pode ser compreendido pela união de duas partes fundamentais, quais sejam: O Estado de Direito e o Estado Democrático.

O Estado Democrático é a defesa de um Estado que tem o compromisso de afastar as tentativas concentração de poder através da participação popular nas decisões. Neste sentido, “o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país e fim de garantir o respeito à soberania popular.” (Moraes, 2013, p.15)

-hoy-son-un-tribunal-de-linchamientos-virtuales/> Acesso em: 25 de out. de 2019.

² MARTÍNEZ, Marcos. ‘Fake news’ en México: cómo un mensaje de WhatsApp llevó a un pequeño pueblo a quemar vivos a dos hombres inocentes. Disponível em <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46178633>> Acesso em: 25 de out. de 2019.

³ LOURENÇO, Ana. O que motiva os linchamentos virtuais. Disponível em <<https://super.abril.com.br/tecnologia/o-que-motiva-os-linchamentos-virtuais/>> Acesso em: 25 de out. 2019.

O Estado de Direito, como assevera Moraes (2013), tem como características a primazia das leis; a segurança jurídica; legalidade dos atos da administração pública; separação dos poderes; reconhecimento da personalidade jurídica do Estado; controle de constitucionalidade das leis; e o reconhecimento e composição das garantias dos direitos fundamentais estabelecidas na constituição.

Neste sentido, podemos compreender que:

“O Estado de direito democrático resulta da confluência do Estado de Direito e da democracia política, econômica, social e cultural. Envolve a supremacia da Constituição, assente não apenas na legalidade, mas sobretudo na legitimidade democrática; exige respeito aos direitos, liberdades e garantias do cidadão e dos trabalhadores [...]” (DOTTI, 1998, p. 137)

O Brasil tem, em sua Constituição Federal de 1988, um texto normativo que visa proteger um amplo rol de direitos e garantias. O constituinte estabeleceu já no artigo 1º como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CRFB/88), bem como traz em seu capítulo I, estabelece dos direitos e deveres individuais e coletivos. No art.5º, LIV, da Constituição Federal tem-se que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988)

Nesta seara, o Direito e o Processo Penal têm sua parte neste processo de equidade, no tocante a salvaguarda da aplicação das normas. A regulação dos conflitos sociais, por mais severos que sejam, dependem do respeito aos vários direitos e garantias essenciais, que em equilíbrio favorecem uma reposta penal justa diante dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

O devido processo legal traz em seu cerne a primazia de que o indivíduo apenas poderá ser processado e punido se houver lei penal anterior que defina determinada conduta como crime, bem como, na modernidade do processo penal, os princípios constitucionais entrelaçados com o direito penal tornam um processo criminal mais regular.

Os Princípios Constitucionais que são explícitos no Processo Penal e que notoriamente são feridos em casos de linchamento:

4.1 Princípio da presunção de inocência

Também conhecido como princípio do estado de inocência, significa que o indivíduo é presumidamente inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado, como conta no art.5º, LVII da Constituição Federal do Brasil. “somos presumidamente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração” (TAVORA, 2014, p.61) e “As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão penal qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.” (NUCCI, 2013, p.90)

Nos linchamentos, por contrário deste princípio, a vítima de antemão é culpada, partindo da decisão sumária dos participantes da turba que não verificaram a situação e refletiram sobre a veracidade dos fatos. Nestes casos, o preconceito social contribui para a rotulação dos indivíduos que “parecem” bandidos.

Pobres, negros, pessoas em situação de rua, ex presidiários e usuários de drogas aparecem na literatura especializada sobre violência como tendo o estigma de indesejáveis. Quando uma situação de linchamento surge, são estes os indivíduos com uma maior chance de serem apontados como possíveis infratores e sofrerem as sanções ilegais.

4.2 Princípio da ampla defesa e contraditório

Encontra fundamento no art.5º, LV da Constituição Brasileira. A ampla defesa versa sobre o direito de o réu se valer de uma ampla gama de métodos de defesa sobre a imputação feita a ele pela acusação. O Estado é sempre a parte mais forte das relações, dado que possui todo o seu aparato para obter dados e informações. Nesse sentido, para trazer possibilidades ao réu, a ele é defeso o direito de exercer suas faculdades e poderes processuais e ao Estado o dever de ser correto no exercício da jurisdição.

Quanto ao contraditório, “toda alegação tática ou apresentação de prova, feita no processo põe uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida [...]”. (NUCCI, 2013, p.94)

O contraditório deve ser exercitado quando houver uma alegação de direito, neste sentido, avaliando a demanda, e deve provocar a oitiva das partes contrárias e podendo

até findar o processo, com a extinção do processo ou da punibilidade, assim “O objetivo principal do devido processo legal e do contraditório é propiciar ao cidadão a ampla defesa, ensejando a possibilidade de exaurimento de todos os meios de prova nos momentos processuais que foram colocados a sua disposição (AGRA, 2014, p. 221).

Nos casos de linchamento, a turba não se importa com a veracidade dos fatos, não ouve ou argumenta, apenas julga o delito que julgou ter sido cometido e que merece uma retribuição imediata. “O julgamento da vítima de linchamento é definitivo e sem apelo. É produto da emoção e não da razão” (MARTINS, 2015, p. 50).

4.3 Vedação das penas desumanas ou degradantes

De acordo com o art.5º, III da Constituição Federal: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). Seguindo o caminho dos tratados internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, o Brasil se comprometeu a seguir o fundamento da dignidade da pessoa humana na pedra angular do seu sistema de governo, o que protege os indivíduos desta forma de ofensa.

O termo “tortura”, para a Assembleia Geral das Nações Unidas, significa qualquer ato pelo qual sofrimentos físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa, a fim de castigá-la por ato que ela ou outrem tenha cometido ou seja suspeita. Entram nesse rol ainda para intimidar ou coagir, por discriminação, para obter confissão.

Ainda que não exista qualquer legitimidade no ato dos linchadores em suas práticas, o modo como é desenvolvido o ato e a conduta policial e judicial após o ocorrido tem deixado uma imagem de “justiça popular”. Não existe nenhum comunicado por parte do Estado corroborando as condutas, no entanto, poucos são os casos em que os linchadores são investigados e punidos.

A utilização de paus, pedras, objetos perfurantes, água, fogo, e quaisquer outros meios que possam ser usados como forma de gerar dor e que sejam degradantes à vítima do linchamento são usados. São práticas de tortura realizados nas cidades brasileiras diariamente, sem o devido tratamento por parte do Estado.

4.4 A proibição da autotutela

A punição de crimes realizada por particulares, é conhecida como vingança privada, dado que ao invés de ter em mediação um terceiro imparcial, quem seja, o Estado, as partes tomam para si o exercício de resolução conflitiva. Neste sentido, a base para as decisões destes conflitos não garante parcialidade ou desinteresse. Esta forma de findar conflitos denomina-se autotutela, pois um indivíduo ou um coletivo impõe sobre o opositor a solução que lhe é mais aprazível por intermédio da força.

Destarte, sobre resolução do conflito era essencialmente privada:

“a ausência de um juiz, distinto das partes litigantes, e a imposição da decisão de uma das partes a outra. A esse tempo, não havia nenhum critério a nortear a resolução dos conflitos; se algum critério existia, era a ‘razão do sujeito mais forte’ (ALVIM, 2007, p. 13)

No Estado moderno, a resolução de conflitos cabe ao Estado, sendo ele o único detentor do monopólio legítimo da coação física, como disserta Cintra, Grinover e Dinamarca:

“Hoje, se entre duas pessoas há um conflito, [...] em princípio o direito impõe que, se se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução).” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p.28)

Portanto, no Estado Democrático de Direito, o cidadão cede ao Estado parte de sua liberdade, inclusive a de resolução privada de litígios, em troca da construção do bem comum, democrático, e de um Estado que supra as necessidades deste indivíduo, como proteção, saúde, emprego, lazer etc.

Quando o Estado chama para si aplicar o Direito aos casos concretos que tem a necessidade de punição, mas que a resposta penal não corresponde à medida de satisfação punitiva dos indivíduos que se sentiram vitimados pelas lesões ocorridas, o sentimento de impunidade é escalonado. Como disserta o autor os linchamentos “[...] são a proclamação da vontade de justiça, de não ser vítima inerte do roubo, do estupro, do assassinato e do pouco caso”. (MARTINS, 2015, p. 51)

Neste sentido, este sentimento de violência generalizado e impunidade, somado com contextos de pobreza e descontentamento com o tratamento dado pela justiça aos conflitos surgidos em ambientes em constante tensão, propiciam que ocorra a objetificação destes problemas no indivíduo que supostamente cometeu o delito. Vingar-se contra o suposto infrator é um ato de catarse, revertido pela vingança em favor do indivíduo que sofreu o dano de imediato.

O linchamento é composto por uma turba que se forma no momento, por pessoas que estão perto do ocorrido, e que podem ou não conhecer o fato. A literatura sobre linchamentos relata casos em que a própria vítima do furto ou roubo pediu para que o grupo linchador parasse de espancar o indivíduo, mas não foi ouvida.

O Estado moderno não pode tolerar a justiça privada, onde a vontade dos mais fortes se sobressai sobre o mais fraco. O estabelecimento do Estado e a retenção do monopólio legítimo da coação física, da resolução de conflitos como terceiro imparcial, este Estado chamou para si a responsabilidade de findar com este tipo de prática. O linchamento absorve o papel de juiz, de acusador e jure, de sistema punitivo sem nenhuma forma de justiça.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta estabelecido que a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, fixou os pontos necessários para que a sociedade brasileira viva e consiga ter seus direitos assegurados. Ela é a pedra angular da organizando o Estado, criando e modificando os direitos e garantias, estabelecendo as leis infraconstitucionais que servem como instrumentos para o funcionamento do Estado. Tudo para o bom funcionamento de uma sociedade em um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, os princípios conquistados pelo moderno Estado Democrático de Direito e seu devido processo legal são dissolvidos nestes contextos de multidões enfurecidas, onde ocorre o cumprimento da autotutela, vingança privada, reação imediata ao delito que se crê cometido. Neste sentido, a vítima do linchamento está completamente desamparada dos mecanismos jurídicos, dado que os princípios se mostram apenas de maneira formal, mas não no contexto material.

A garantia processual de ampla defesa, contraditório, pena não degradante ou desumana também são violados, no sentido em que o caráter de retribuição imediata do linchamento violenta diretamente o corpo do indivíduo, e a muito as penas que infligiam dor no corpo do indivíduo deixaram de ser utilizadas como compensação penal. A legislação brasileira possui instrumentos para proteger seus cidadãos, entretanto não tem sido efetiva em aplicar essa proteção.

Conclui-se que, quanto mais se lincha, maior a violência, maior é o discurso punitivista e mais são violados os direitos individuais. Tal fenômeno sem demonstra completamente incompatível com o Estado democrático de Direito e fere a toda a sociedade em seus mais basilares fundamentos, de liberdade, igualdade e fraternidade.

6. REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. "Linchamentos e poder". In: BARREIRA, César (org.) *Violência e Conflitos Sociais: Trajetórias de pesquisa*. Campinas: Pontes Editores, 2010.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BAUMAN, Sygmunt. *Confiança e medo na cidade*. 1º ed. Zahar, 2009.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges; Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENEVIDES, Maria Victoria. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

BENEVIDES, Maria Victoria; FERREIRA, Rosa Maria Fischer. *Respostas populares e violência urbana: o caso de linchamento no Brasil (1979-1982)*. in PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Crime, Violência e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BOURDIEU, Pierre. Gostos de classe e estilos de vida. In: ORTIZ, Renato (org.). São Paulo: Ática, 1983. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34; Edusp, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DOTTI, Rene Ariel. Bases alternativas para o sistema de penas. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 7. ed. – 4. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2011.

MALINOWSKI, Bronislaw. Introdução: o assunto, o método e o objetivo desta investigação. São Paulo: Ática, p. 24-48, 1986.

MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil. – 1º – ed. – São Paulo: Contexto, 2015.

MARTINS, José de Souza. Linchamento, o lado sombrio da mente conservadora. Tempo Social, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 11-26, dec. 1996. ISSN 1809- 4554. Disponível em: [doi:http://dx.doi.org/10.1590/ts.v8i2.86293](http://dx.doi.org/10.1590/ts.v8i2.86293). Acesso em: 2 jul. 2019.

MENANDRO, Paulo Rogério; SOUZA, Lídio de Souza. (1991) Linchamentos no Brasil: a justiça que não tarda, mas falha. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida.

MORAES, Alexandre de. Constituição Interpretada e legislação constitucional. – 9. ed. Atualizada até a EC n. 71/12 – São Paulo: Atlas, 2013.

MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. in Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional/coordenação de Flávia Piovesan – São Paulo: Max Limonad, 2002.

NONATO, Claudia. Sérgio Adorno: reflexões sobre a violência e a intolerância na sociedade brasileira. Comunicação & Educação, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 93-100, oct. 2015. ISSN 2316-9125. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/102026>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

NOVAIS, Túlio Chaves. Memória estética da injustiça: análise histórica e jurídica. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 10º ed. rev., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRITCHARD, E. E. “Evans. Os Nuer.” *Uma descrição do modo de subsistência e das instituições políticas de um povo nilota. São Paulo: Perspectiva* (1976).

RODRIGUES, Danielle. O círculo da punição: O linchamento como cena de acusação e denúncia criminal. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. Rio de Janeiro, vol 6, n. 4. pp. 625 – 643, out/nov/dez. 2013.

SANTOS, Valéria Oliveira. Mortes, Trajetórias e Reputações: Um estudo antropológico das repercussões de um linchamento. Curitiba, 2004. Disponível em <http://acervo.digitallupr.br/bitstream/handle/1884/2405/dissertacao_valeria_oliveira_santos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 de mar.2017.

SANTOS, Jaqueline do Espírito Santo Soares et al. Uma análise geográfica do perfil urbano do bairro do Coroadó (Manaus-AM). Anais Programa Ciência na Escola, v. 2, n. 1, 2014.

SIMMEL, G., A natureza Sociológica do Conflito, in Moraes Filho, Evaristo (org), Simmel, São Paulo, Ática, 1983

SIMMEL, Georg. Metrópole e vida mental: Velho, Otávio (Org.) O fenômeno urbano. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SINHORETTO, Jacqueline. Os justiçadores e sua justiça: linchamentos, costume e conflito. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

TAVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

VELHO, Gilberto. Individualismo, anonimato e violência na metrópole. Horizontes antropológicos, v. 6, n. 13, p. 15-29, 2000.

WHYTE, William Foote. Sociedade de esquina. Zahar, 2005.

Apresentação oral

**PUNINDO A DESINFORMAÇÃO: UM ESTUDO CRÍTICO-
COMPARATIVO ACERCA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS FAKE NEWS**

*PUNISHING DISINFORMATION: A CRITICAL-COMPARATIVE STUDY
ABOUT FAKE NEWS CRIMINALIZATION*

Talysson Teodoro Travassos Sanchez Rojas

Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (PT). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS (BR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNDB (BR).
Advogado n. 20.013 OAB/MA.
E-mail: teodorosanchezadv@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma investigação centrada em três aspectos que, inter cruzando-se, somam-se ao escopo do grupo de trabalho, uma vez que se a tipificação de uma nova conduta sempre corre o risco de suprimir garantias, a situação é ligeiramente mais problemática quando se trata do fenômeno das fake news. Assim, o primeiro objeto de investigação é analisar o paradigma da pós-verdade, realizando um paralelo entre a *post-truth* e a *truthiness*, posto que o fenômeno se põe de determinada forma a partir de uma crise da veracidade. É neste ponto que se trata da evolução da comunicação moderna, pela mídias digitais, pautadas em um aspecto rizomático, em detrimento da clássica formulação emissor-receptor. No segundo momento, faz-se uma análise comparada acerca da criminalização de condutas que envolvem aspectos das fake news, em países como França, Brasil e Malásia. A última parte do trabalho, a partir do conceito material de delito, reflete a necessidade jurídica em punir ou não a desinformação, a partir das experiências legislativas já concretizadas pelos países em questão. A hipótese da presente pesquisa é a da validade da construção de uma moldura jurídico-penal para as *fake news* alternativa, centrada não no ato da (re)produção da notícia falsa, mas no seu financiamento.

Palavras-chave: Desinformação. Pós-verdade. Pena.

Abstract: The present research aims to lead an investigation centered on three aspects that, intercrossing, are related to the scope of the working group, since if the criminal classification of a new conduct always runs the risk of removing guarantees, the situation is slightly more problematic when it comes to the fake news phenomenon. Thus, the first object of investigation is the analysis of the post-truth paradigm, making a parallel between a post-truth and a truthiness, since the phenomenon arises in a specified way from a crisis of veracity. It is at this point that the evolution of modern communication, through digital media, is based on a rhizomatic aspect, to the detriment of the classic emitter-receiver formulation. In the second moment, a comparative analysis is made about the criminalization of conducts that involve aspects of fake news, in countries such as France, Brazil and Malaysia. The last part of the work, based on the material concept of crime, reflects the legal need to punish or not disinformation, based on the legislative experiences already implemented by the countries in question. The hypothesis of this research is the validity of the construction of an alternative legal-penal framework, centered not on the act of (re)producing fake news, but on its financing.

Keywords: Disinformation. Post-truth. Punishing.

Sumário: Introdução. 1. A crise da verdade e as desordens da informação. 1.1. O paradigma da pós-verdade. 1.1.1.. A crise da veracidade: as raízes da pós-verdade. 1.1.2. *Information Disorder*: âmbito problemático da pesquisa. 1.1.3. Opiniões ou fatos? 1.1.4. Humor e paródias. 1.2. A sociedade da (des)informação e as redes sociais digitais: ouvindo a *Castells*. 1.2.1. O paradigma rizomático da comunicação: ouvindo a *Deleuze*. 1.3. Informação, Consenso e Democracia: prelúdios do bem-jurídico criminal. 2. Tendências, propostas e análise legislativa comparada: um olhar para a criminalização da desinformação. 2.1. A proposta da França e a lei de combate às manipulações de informações. 2.2. A proposta à brasileira: a tipificação da denúncia e divulgação caluniosa com finalidade eleitoral. 2.3. Singapura e a lei de proteção contra manipulação de informações *online*. 3. Concepção de delito, riscos, excessos e bem-jurídico penal. 3.1. O bem-jurídico penal no centro de gravidade da teoria do delito: o substrato dogmático-material para controle da política criminal. 3.2 Riscos do excesso, necessidade, dignidade e proporcionalidade: liberdade de comunicação, direito à informação, integridade do sufrágio universal. 3.3. Uma moldura

penal alternativa: da criminalização “ampla” das *fake news* à punição do financiamento da desinformação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É muito provável que a disseminação de notícias falsas ocorra desde a invenção da imprensa no século XV. Já a produção de notícias falsas pode ser algo que sempre acompanhou as sociedades de modo geral. Isto não trouxe, por si só, uma crise da verdade, mas apenas reforçou a necessidade de controle dos critérios acerca da produção da verdade científica. Mas é apenas muito recentemente¹ que se fala em pós-verdade, um fenômeno abrangente e interdisciplinar.

A questão de se falar em um paradigma da pós-verdade está ligada à nossa realidade atual de um grande fluxo de *fake news*, impulsionado pelas redes sociais digitais, pela mídia e pela maior adesão de usuários às novas tecnologias da informação. Mas o ponto que causa a maior interferência com o Direito Penal está na manipulação deliberada das informações com propósitos político-eleitorais. É em decorrência desta associação que se tornou famoso o termo *fake news* diante da campanha eleitoral de Donald Trump e da votação do Brexit.²

Assim, a justificativa em sentido amplo deste trabalho respalda-se na investigação de um fenômeno atual, que possui características ímpares em decorrência da era em que vivemos atualmente, nomeadamente de um momento em que a informação parece atuar de maneira central nas tomadas de decisão a nível global. Não só a informação por si só, mas sobretudo a relação entre veracidade, informação e política, que tem sofrido mudanças nos últimos anos.

Mas a justificativa estritamente jurídica respalda-se em, pelo menos, três fatores. O primeiro ponto a justificar nossa delimitação temática é a importância que ganha a teoria do delito perante o caso em questão. Isto porque o que interessa aqui não é a dimensão formal ou analítica do delito, mas sobretudo o conceito material de crime.

¹ Prova disso é que em 2016 o dicionário Oxford escolheu o termo *post-truth* como a palavra do ano, após um aumento de 2000% no seu uso em relação ao ano anterior. Ver em: MCINTYRE, 2018, p.4.

² *Idem*. p. 5.

Com isso, pensamos tratar do aspecto principal que diferencia o crime de qualquer outra manifestação jurídica: o bem jurídico criminal. Com isto vamos ao segundo fator, que é a análise entre a dogmática penal e a legislação. Isto será importante para refletirmos, no caso em concreto, em como a criminalização primária não precede a dogmática penal, posto que é a dogmática que fundamenta, quer legitimando, quer limitando, a criação do tipo penal pelo legislador. Assim, isto é relevante para pensarmos em como o Direito Penal não se restringe, ao contrário do que se estipula, ao princípio da legalidade. Mas antes, há algo que precede a legalidade. Por fim, o terceiro fator será de evidenciar em como a dogmática penal não está presa em uma teoria fechada para outras áreas do saber, de forma que deve haver uma comunicabilidade entre a dogmática e as análises outras que não estritamente jurídicas. Por fim, imprescindível destacar que nossas justificativas não estão limitadas à parte geral do direito penal. Do contrário, pensamos tratar-se de um casamento entre a parte geral e especial do direito penal. É por isso que iremos elencar nossos objetivos primários e secundários para que fique mais claro o que tentaremos abordar.

Se a perspectiva material do delito nos alerta para a importância de um substrato que fundamente a construção do delito, isto faz-nos pensar o pólo oposto em que se deve haver motivos suficientes para acreditar que tal substrato realmente existe. Esta maneira de legitimar a existência *geral* do Direito Penal será pensada neste trabalho por meio da proposta de um tratamento jurídico-penal às notícias falsas «*fake news*». Assim, surge imediatamente como objetivo global do trabalho analisar os fundamentos para a criminalização das *fake news* à luz do conceito material de crime. Para isso, será necessário alguns passos ou objetivos secundários.

Um primeiro objetivo é entender o fenômeno das notícias falsas, a sua relação com a ideia de pós-verdade, as desordens da informação, apreender na sua totalidade a questão. Um segundo objetivo será delimitar qual ou quais desses fenômenos que se apresentam enquanto *fake news* realmente é importante para fins penais. É somente em seguida que nosso objetivo será traçar, descritivamente, um panorama global de como os legisladores ao redor do mundo estão lidando penalmente com a situação. Por fim, entraremos na discussão do bem jurídico entre punir ou não punir, abordando argumentos jurídicos entre necessidade, dignidade penal e proporcionalidade. Ao final do trabalho, apresentaremos uma proposta alternativa às que estão sendo feitas pelos legisladores.

1. A CRISE DA VERDADE E AS DESORDENS DA INFORMAÇÃO

1.1 O paradigma da pós-verdade

Dois questionamentos são cruciais e servem de base para podermos compreender esse complexo fenômeno da pós-verdade. Uma primeira indagação é tentar entender se estamos vivendo em um paradigma da pós-verdade, se esta tornou-se a base da produção de informações em nossa sociedade. Mas a segunda indagação é verificar se acaso não é ela mesma, a pós-verdade, uma notícia falsa.

Para tentar responder quaisquer dos questionamentos acima, precisamos de antemão refletir acerca do conceito em si. É nestes termos que Dunker³ refere-se à pós-verdade como uma reação negativa à pós-modernidade. Assim, a produção filosófica de desconstrução da verdade como modelo universalmente alcançado por meio da razão teria gerado graus de instabilidade sobre a verdade. E a pós-modernidade é responsável por isso: que por debaixo do uso do conceito de verdade existe uma complexa relação de poder. E é em nome dela que se promove estratégias políticas, ao fim e ao cabo.

Mas a reação à esta nova perspectiva traz alguns elementos de manipulação acerca das informações. Contra o descortinamento da ideia de verdade, erige-se um movimento reacionário de cooptação política pelas informações. Assim, a pós-verdade não sustenta a ideia de inexistência da verdade, mas de subordinação dos fatos à perspectivas políticas.⁴

1.1.1 *A crise da veracidade: as raízes da pós-verdade*

Já em 1967 um ensaio⁵ é publicado e cujas motivações nos parecem reveladoras, já que envolvem o problema da crise da verdade e a profusão gigantesca de mentiras.

³ Assim, se a pós-modernidade trouxe um relativismo cultural contra a busca pelas verdades universais, a pós-verdade é necessariamente algo distinto do mero relativismo cultural. Ela não se confunde com o a multiplicidade de pontos de vista, da mesma forma que não é um cinismo no poder, no qual verdade é aquilo que se quer que seja. Do contrário, a pós-verdade é um conjunto de negações e reações. Negação do outro e reação às diferenças. Neste sentido, ver em DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. In: DUNKER, 2017, p. 5-30.

⁴ Sentimentos, interesses e estratégias interessam mais que fatos. É uma ideologia em que os praticantes querem impôr uma crença à um conjunto de pessoas, havendo ou não boas evidências para tal. Assim, pensemos que a crítica ao monopólio da verdade pela ciência têm levado ao descrédito da ciência, não passando de teorias, por mais rigoroso que seja o método científico. Ver em MCINTYRE, 2018, p. 13-14.

⁵ Verdade e Política foi publicado pela primeira vez no *The New Yorker* em 1967 por Hannah Arendt, após polêmicas surgidas em torno da publicação de *«Eichmann em Jerusalém»*.

Ele nos revela como nossa época «moderna» não acredita que a verdade seja dada ou revelada ao espírito humano, mas sim que seja por este produzido. Isto nos conduz à uma ideia de verdade diferente da verdade de fato, sendo assim uma verdade «racional». É que a história e a filosofia moderna nos mostraram a impossibilidade de dissociar três elementos que sempre foram analiticamente separados: fato, opinião e interpretação. Ou acaso existirá algum fato independente? De forma alguma existe um fato no qual não haja uma interpretação dada pelo sujeito. Porém, isto não incorre na impossibilidade de demarcação de fronteiras entre os três elementos acima. Assim, há uma diferença notável entre verdade e fato: o caráter despótico da primeira. A verdade possui uma força coerciva,⁶ enquanto que a opinião faz parte da arena política, posto que é construída pela discussão, é discursiva.

Mas a opinião não é o oposto da verdade de fato, mas sim a mentira. A falsidade deliberada é uma ação, é uma mentira organizada⁷ que difere da simples narração dos fatos. E não se trata da mentira individual, uma vez que essa é dirigida ao inimigo, com propósito de enganá-lo. De outra forma, a falsidade deliberada e organizada faz parte das mentiras políticas modernas que são dirigidas à toda a gente, requerendo um rearranjo da textura factual.

1.1.2 Information Disorder: *âmbito problemático da pesquisa*

A abrangência da terminologia «*fake news*» ou notícias falsas é tamanha, de forma a gerar inúmeras controversas. Pensemos, por exemplo, se se trata de uma notícia falsa dizer que a terra é plana. Ou, ainda, na formulação de uma organização em que acredita fortemente no terraplanismo. Ou, ainda, na produção massiva de notícias tendenciosas com intuito de desacreditar o terraglobismo. Alguém poderia dizer que em quaisquer dos casos estamos lidando com o mesmo fenômeno. Contudo, além de não se tratarem do mesmo fenômeno, tampouco são casos que mereçam tutela penal, conforme veremos na última seção deste capítulo.

⁶ ARENDT, 1967, p.12-15, exemplifica que «a terra gira em torno do sol» e «em agosto de 1914 a Alemanha invadiu a Bélgica» são verdades que estão para além da opinião e da discussão. O conteúdo de sua afirmação não é de caráter persuasivo, mas coercivo.

⁷ *Idem.* p. 21.

No primeiro caso ter-se-ia o primeiro problema de tentar distinguir o que é exatamente o «dizer da notícia», pois notícia não é opinião. Assim, sustentar uma opinião está fora do âmbito problemático daquilo que se quer denominar como *fake news*. No segundo e terceiro casos, parece haver algo mais complexo, pois temos uma mentira organizada: resta saber se há intenção de prejudicar alguém difusa ou especificamente e se a notícia é deliberadamente falsificada. Estas são as três principais formas de desordem das informações ou *information disorder*:⁸ *dis-information*, *mis-information*, *mal-information*.

Desta forma, quando uma informação falsa é compartilhada mas sem a intenção de causar prejuízo, está-se diante da *mis-information*.⁹ Diametralmente oposto, tem-se o fenômeno do compartilhamento de notícias sabidamente falsas com a intenção de causar prejuízos. Esta última forma é exatamente o que designa-se como o âmbito problemático da presente pesquisa: *dis-information*.¹⁰ Mas há, entretanto, a situação em que uma informação verdadeira ou genuína é compartilhada com intenção de causar prejuízo, como o caso do discurso de ódio: trata-se da *mal-information*.¹¹

⁸ Assim, o discurso das *fake news* acaba geralmente englobando as três desordens de informação. O papel da análise científica será, portanto, diferenciar os três fenômenos. Isto demonstra como a terminologia «*fake news*» é pobre e dificulta a investigação, devendo ser evitada. Ver mais em: WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein, 2017.

⁹ Este conceito está bastante associado à *information pollution*, o qual descreve a disseminação de notícias de baixo grau de veracidade, redundantes e irrelevantes. A *mis-information* é um grande entrave para o enfrentamento de doenças, pois informações inverídicas são amplamente compartilhadas pelas plataformas *online*. Alguns exemplos podem ser lembrados para melhor compreensão, como as teorias conspiratórias acerca das mudanças climáticas, teorias terraplanistas e, mais recentemente, uma gama de inverdades acerca do tratamento do novo COVID-19. Um recente artigo dedicou-se exclusivamente a esclarecer as diferenças, sobretudo em razão da pandemia. *Mis-information* seria «Dettol é comprovado contra o coronavírus», altamente disseminado pelo *facebook*, o que está longe de ser verídico, mas não foi compartilhado para prejudicar os cidadãos. Por outro lado, a *dis-information* seria «COVID-19 é causado pela utilização da rede 5G» também foi amplamente circulado pelas redes sociais, mas desta vez há uma intenção por trás: era um médico praticante de medicina alternativa quem publicava tal informação falsa. A análise dos autores é no sentido de que havia o propósito de desmerecer a medicina convencional. E, por fim, a *mal-information* «apesar da falta de comida em decorrência da pandemia, ninguém quer comprar comida vegana». A questão é que, em decorrência da quarentena, faltava comida nos supermercados dos Estados Unidos. Contudo, a foto em que mostrava o excesso de comida vegana era de 2017, por ocasião do furacão Harvey. Há uma verdade neste caso, embora os fatos foram parcialmente modificados. Por todos ver em: BAINES, Darrin; ELLIOT, Robert J. R., 2020, p. 13-14.

¹⁰ É por entender que esta terminologia é a mais adequada que passaremos a preferir esta, em detrimento das formas alternativas como *mis-information*, *mal-information* ou a genérica e contra-epistêmica *fake news*.

¹¹ WARDLE & DERAKHSHAN 2017, p. 5.

Assim, a problemática relevante para fins penais é a notícia falsa intencionalmente fabricada, com propósito de causar prejuízo (doravante, desinformação), posto que é a partir daí que se extrairá o bem jurídico penal. A intencionalidade é relevante para verificar o peso da lesão causada pela disseminação de notícias falsas. Assim, *mis-information* pode ser amplamente divulgada para causar humor, ainda que se trate de algo grave.

1.1.3 Opiniões ou fatos?

Assim, um dos primeiros pontos é pensar o que é exatamente a informação. A informação, antes de ser falsa ou verdadeira, deve ser apartada de outras categorias, como a opinião. Deste modo temos que a informação,¹² requer os critérios de verificação e independência, o que a separa da publicidade, propaganda e entretenimento. A informação requer a afirmação sobre circunstâncias, baseadas em evidências, por meio de um procedimento de *fact-check*, realizada por múltiplas fontes e por agentes autorizados. De outro modo, a opinião é baseada em julgamentos pessoais, suportada também por evidências e circunstâncias, mas aberta à interpretação e discussão na comunidade.

É deste modo que a desinformação é a fabricação ou propagação de afirmações falsas sobre fatos, não sobre opiniões. É por isso que não entra no âmbito problemático deste trabalho a afirmação de que a terra é plana, pois apesar de isto ser genericamente uma «*fake news*», será no máximo uma *mal-information*, ou quando muito uma opinião pessoal de algum grupo.

1.1.4 Humor e paródias

Enquanto a desinformação tende a enganar, prejudicar o leitor/receptor, a paródia e a sátira, por outro lado, podem ser até mesmo ferramentas de combate¹³ à poluição de informações. O exagero, enquanto técnica, tem uma função precípua de reflexão sobre o estado de coisas sobre as quais destinam-se o humor utilizado. O que não significa que deva haver outras formas de controle jurídico em torno do humor.

¹² *Idem.*

¹³ Em defesa desta posição, ver SINCLAIR, Christine, 2020, p. 61-77. Disponível em: «<https://link.springer.com/article/10.1007/s42438-019-00054-x>» Acesso em: 5 set. 2020.

Pense-se, por exemplo, em um programa de sátira que despeje informações intencionalmente falsas para prejudicar a imagem de um agente público ou um candidato à presidência. Neste caso, ter-se-ia outros mecanismos jurídicos de tutela, tais como os crimes contra a honra. São esses casos em que, por mais que se tratem de desinformação, a intervenção penal para a tipificação de um delito autônomo é totalmente dispensável.

Portanto, a relação que houver entre humor e desinformação deve ser tutelada por outros mecanismos. O propósito do trabalho será, então, encontrar que situação é a mais indicada para uma correta interferência do legislador, o qual deve ser guiado pela dogmática crítica.

1.2 A sociedade da (des)informação e as redes sociais digitais: ouvindo a *Castells*

Se o industrialismo esteve ligado à própria constituição do modo de produção capitalista no século XIX, a tecnologia da informação está ligada à expansão do capitalismo, de forma que sem essa base material não teria sido possível entrarmos na era do informacionalismo. Assim, a tese de Castells¹⁴ é que no final do século XX entramos em uma Revolução da Tecnologia da Informação, situação perante a qual irá moldar toda nossa cultura material pelas próximas décadas do século XXI.

Mas o que caracteriza este novo momento não é o aparato técnico produzido pela ciência, como a computação, *hardware* e *software*,¹⁵ mas a criação do ciclo de retroalimentação, em que o conhecimento técnico é criado para ser aplicado em novas ferramentas de comunicação. Assim, usuários da rede de informação tornam-se também seus criadores, pois do seu uso faz-se também seu desenvolvimento. Deste modo, tem-se as características principais do paradigma da revolução: uso da tecnologia com fins à informação; complexidade da interação e modelos imprevisíveis derivados dessa interação; convergência das tecnologias para um sistema integrado, já que todas as tecnologias, sejam programas de computador, *internet*, ou *softwares*, tencionam o mesmo caminho em direção à comunicação.

¹⁴ Para Castells a história é a sucessão de momentos estáveis intercalados por momentos de picos de mudanças. O final do século XX e com o advento da internet é um desses picos. Ver mais em: CASTELLS, 1999, p.67

¹⁵ *Idem.* p. 69, 108-111.

Mas se vivemos em uma sociedade da informação ou de desinformações é algo que vale a pena refletir sobre. Uma sociedade cujos laços são constituídos por algoritmos tende a fortalecer ou fragilizar a democracia? Para Eli Pariser¹⁶ o diálogo e a comunicação é o conceito chave da democracia, de forma que tornar algo comum é dotado de um potencial democrático, mas que não necessariamente as redes sociais digitais fornecem. O diálogo é o meio pelo qual os cidadãos criam democraticamente sua cultura. Sem o diálogo, não há democracia. O problema do nosso acesso à informação está relacionado ao filtro-bolha, que apenas nos faz enxergar a realidade a partir de um estreito interesse próprio. Entretanto, ultimamente a democracia apenas funciona se os cidadãos são capazes de entrar em contato com informações para além de seu interesse próprio, o que é dificultado pelos algoritmos que regem o funcionamento da *internet*.

1.2.1 O paradigma rizomático da comunicação: ouvindo a Deleuze

Um olhar mais atento ao fenômeno da desinformação pode nos revelar algumas mudanças cruciais pelas quais passou a teoria da informação.¹⁷ Dentro da tipologia da comunicação humana temos que não é necessário que haja uma resposta do receptor à mensagem veiculada pelo emissor: é uma comunicação tão somente unidirecional, como quando envia-se um correio eletrônico para alguém. Havendo a participação do receptor, a comunicação será bidirecional, como em uma reunião ou debate.

Mas a novidade do rizoma consiste exatamente em dissolver a visão dicotômica do mundo, abrindo portas para a multiplicidade. Ao abrir mão da árvore-raiz, Deleuze & Guattari¹⁸ imaginam uma raiz fasciculada, dentro da qual há uma multiplicidade imediata de raízes secundárias. A relação com a comunicação é exatamente perceber como as informações transformaram-se num rizoma, no qual não se sabe de onde vêm e para onde vão, inexistindo um caule principal. Deste mesmo modo operam as redes sociais digitais, nas quais os usuários dão sequência ao fluxo de informações, diferentemente do que ocorre na televisão, rádio, jornal, etc., (mídia tradicional). Ou seja, se a comunicação de

¹⁶ PARISER, Eli, 2011. p. 48-50.

¹⁷ REZA, Fazlollah M, 1994, p.20-25.

¹⁸ O propósito filosófico de Deleuze e psicanalítico de Guattari é combater a tripartição que construímos no conhecimento: o campo da realidade, o campo da representação pela linguagem e o campo da subjetividade pelo autor. Ver em: DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix, 1995.

massa é regida por uma pluralidade de receptores, de forma unidirecional, as redes digitais são regidas pela bidirecionalidade,¹⁹ em que receptores tornam-se emissores, construindo um processo comunicativo mais complexo. Assim, altera-se a divulgação das informações, que passaram de um modelo unidirecional a outro multidirecional, como quando um receptor torna-se emissor ao realizar um compartilhamento em uma rede social *on-line*.

Os fluxos de informações gerados nesse modelo de divulgação dependem de um suporte material, como a Internet, mas acabam por dominar nossa vida econômica, política e simbólica. Assim, nas comunidades virtuais, a partir dessa base material, usuários trocam informações cujos resultados não podem ser previstos. É nestes termos que Lévy²⁰ anuncia que as comunidades virtuais são a virtualização das comunidades físicas, sobretudo porque tais redes sociais não possuem um centralizador como a mídia tradicional, de forma que o usuário tem uma certa autonomia para decidir o que ver, com quem interagir e quais temas lhe interessam.

1.3 Informação, Consenso e Democracia: prelúdios do bem jurídico-criminal

Um último ponto sobre Castells ainda merece ser citado. Trata-se da relação entre a realidade e a comunicação. Deixada a questão ontológica de lado, apenas se vê a realidade mediada pela linguagem,²¹ não sendo possível acessar imediatamente a realidade. Mas a nossa linguagem é também influenciada pelos nossos meios de comunicação. Assim, eles criam e determinam nossa cultura, de forma que o sistema tecnológico que criamos acaba por ser uma ferramenta de molde da realidade que tentamos enxergar.

Mas os fluxos de informação constituem e fazem parte da economia global, que por sua vez é organizada com base em centros de controle: cidades globais que coordenam o fluxo de informação para áreas metropolitanas menores e depois para cidades regionais.

¹⁹ AMARAL, 2012. p. 5.

²⁰ Há uma oposição entre virtualização e atualização. A virtualização não é a passagem da realidade para algo «virtual», mas sim a passagem do atual (a solução) para o virtual (o problema). O virtual deve ser entendido aqui não como a antítese do real ou físico, mas sim como potência. Assim, na atualização, a solução está contida antecipadamente, ao passo que na virtualização não está, de forma que não se pode prever exatamente o resultado do processo de virtualização. Ver em LÉVY, 1998. p. 13-20.

²¹ Castells, 1999, p. 413-415.

Do ponto de vista da comunicação, temos a grande mídia e a luta pelo monopólio da verdade, de um lado, e os desertos de informações,²² como pequenas cidades, de outro lado.

Mais que isso, trata-se agora de um verdadeiro *tecnopopulismo*,²³ o qual opera por meio de algoritmos para controlar narrativas sobre fatos. É com base nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal autorizou a abertura do polêmico, porém questionável, inquérito 4.781²⁴ que trata, inclusive, da investigação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com intuito de lesar a independência do Judiciário e do Estado de Direito.

Portanto, o bem jurídico criminal hábil a reivindicar a intervenção penal em matéria de desinformação deve morar em uma dada relação entre a informação, a democracia e as instituições do Estado de Direito. Este caminho é que será trilhado pelo legislador, embora de diferentes formas, como se verá a seguir.

2. TENDÊNCIAS, PROPOSTAS E ANÁLISE LEGISLATIVA COMPARADA: UM OLHAR PARA A CRIMINALIZAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO

2.1 A proposta inovadora da França e a lei de combate às manipulações de informações

Em meados de maio de 2018 a Assembleia Nacional²⁵ da França reúne-se para debater o projeto de lei relativo à luta contra a manipulação da informação. A Comissão de Assuntos Culturais e de Educação passa a abordar não mais as falsas informações como objeto de análise, mas a manipulação das informações.

²² *News desert* é um problema em relação à comunicação, em que não há cobertura significativa da imprensa. Segundo o Atlas da Notícia 3.0, aproximadamente 62,2% das cidades brasileiras são desertos de notícias. Apesar de parecer um fenômeno

²³ É a terminologia utilizada em MELLO, 2020.

²⁴ Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>». Acesso em: 05 set. 2020.

²⁵ O Relatório sobre o Projeto de Lei n. 799 pode ser encontrado em: «http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/l15b0990_rapport-fond#_Toc256000001».

Dois pontos relevantes que foram analisados pela Assembleia diz respeito à associação das falsas notícias com fins políticos e a questão de não se tratar de um fenômeno novo. Assim, encararam a desinformação como um «histórico fenômeno».²⁶ A novidade não está na falsidade, mas no meio pelo qual ela circula. A tecnologia digital dá uma dimensão nova a esse fenômeno. O monopólio da informação é negado aos jornalistas, de forma que todo usuário sente-se engajado em cumprir o papel da comunicação. O resultado disto é que as redes sociais digitais possuem uma forma suplementar que amplifica a desinformação ou de ataque às informações críveis, pois milhares de usuários repetem histórias, compartilham notícias, revelam, acusam ou recriminam pessoas de forma viral, sem que se proceda à checagem, sejam poucos usuários, sejam muitos usuários, com ou sem ajuda de *bots*,²⁷ publicidade, ou organizações de difusão de falsas informações.

Assim, tem-se a lei 1202 de 22 de dezembro de 2018, a qual realiza alterações no Código Eleitoral francês e na lei da Liberdade de Comunicação. Para fins penais, interessa analisar somente a primeira alteração, já que a segunda diz respeito à abertura de um procedimento administrativo relativo à suspensão do fornecimento de algum serviço audiovisual em que está transmitindo falsas informações dentro do período eleitoral, de forma a perturbar a *sinceridade da votação*.²⁸

Penalmente relevante é a modificação do L112 do *Code électoral*, o qual passa a prever uma pena de um ano de prisão e 75 mil euros de multa, no caso de cometimento da infração do artigo L 163-1²⁹ do mesmo diploma. Este último artigo regula a propaganda eleitoral, criando um dever dirigido às operadoras de plataforma *online*, de fornecer

²⁶ HUYGHE, 2016, p.63-72. «Homo Sapiens savait déjà mentir, Ulysse ruser et Sun Tzu inventait des stratagèmes il y a vingt-quatre siècles».

²⁷ *Idem*.

²⁸ O artigo 6º da lei 1202/2018 insere o artigo 33-1-1 na lei 86-1067/1986 conhecida como *Loi Léotard*. Dispõe o artigo que durante três meses do primeiro dia do mês de eleição presidencial ou de deputados e senadores ou até de referendun, o Conselho Superior de Audiovisual poderá ordenar a suspensão imediata de qualquer serviço que por meio da *fausses nouvelles* possam *altérer la sincérité du scrutin*. O CSA notifica as *personnes morales* para que apresentem defesa prévia em 48 horas. FRANCE, Loi 1202-2018. Disponível em: «<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037847559&dateTexte=20200905>». Acesso em: 10 mar. 2020.

²⁹ Ver o artigo L163-1 em: «https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=4185503E5C-3430F5287C6CE438D7BE2E.tplgfr38s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006148468&cidTexte=LEGITEXT000006070239&dateTexte=20200905».

informação leal, clara e transparente sobre a pessoa física ou jurídica que financia a plataforma em troca da disseminação de conteúdo que verse sobre o debate eleitoral.

Cria também o artigo seguinte, L163-2, o qual usa uma técnica legislativa similar ao do procedimento administrativo (ver nota 26). A ideia aqui é frear do mesmo modo a disseminação de alegações inexatas, enganosas que possam alterar a sinceridade do escrutínio, contanto que sejam divulgadas de maneira massiva, automatizada, deliberada e de modo *online*.

Interessante notar, contudo, que o Código Eleitoral francês já continha previsão para esta conduta, apenas que com uma pena de 15 mil euros.³⁰ Há, portanto, pelo menos dois problemas na proposta francesa. A primeira é a de que já havia uma forma de tutela penal em relação à divulgação de notícias adulteradas em período eleitoral. A segunda, é a de que esta proposta pretende punir todo aquele que divulga notícia falsa, mas é evidente que somente consegue punir aquele quem primeiro produziu a notícia fraudulenta. Pior que isso, não há uma cláusula de exceção³¹ para quem, de boa fé, compartilhou notícia falsa, posto não ter checado a fonte. Isso demonstra como nestes casos a educação mediática é muito mais relevante que a utilização do direito penal.

2.2 A proposta à brasileira: a tipificação da denúncia e divulgação caluniosa com finalidade eleitoral

Seguindo uma proposta similar, o legislador brasileiro optou também por realizar uma modificação no Código Eleitoral com intuito de combater as *fake news*. A modificação realizada foi sobre o artigo 326-A,³² o qual trata do delito de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral, com pena de 2 a 8 anos. Ocorre que o § 3º foi adicionado, de forma

³⁰ *Ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manoeuvres frauduleuses, auront surpris ou détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter, seront punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 euros.* Disponível em: « https://www.legifrance.gouv.fr/af-fichCode.do;jsessionid=4185503E5C3430F5287C6CE438D7BE2E.tplgfr38s_2?idSectionTA=LE-GISCTA000006148461&cidTexte=LEGITEXT000006070239&dateTexte=20200905 ». Acesso em: 10 mar. 2020.

³¹ Ver nota anterior.

³² BRASIL, Lei n. 4.737 de 1965. Disponível em: « http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm ». Acesso em: 10 mar. 2020.

que incorrerá nas mesmas penas aquele que divulgar ou propalar aqueles fatos sabidamente falsos e que já foram objeto da denúncia caluniosa.

Há uma clara violação à proporcionalidade neste caso, uma vez que não é adequado aplicar uma pena de 2 a 8 anos contra quem propala falsamente fatos típicos que ensejaram a instauração de investigação ou processo, ao passo que a pena para quem divulga fatos típicos (calúnia eleitoral³³ do art. 324, *caput* e §1º) é de seis meses a dois anos. Assim, ocorreu uma atecnia legislativa, em que a mesma técnica foi utilizada, porém sem observância da proporcionalidade: a calúnia eleitoral e a propalação de calúnia eleitoral são punidas de forma muito mais leve que a denúncia caluniosa eleitoral e propalação caluniosa eleitoral. A distância entre o *quantum* da pena nestes casos é irrazoável. O que não significa que as penas devam ser iguais, posto que a denúncia é sempre mais grave por ter como consequência a movimentação da máquina pública, embora isto não justifique o legislador aja à flor da pele.

Aqui, tem-se, em realidade, a incriminação de uma conduta vinculada, visto que somente se pune a divulgação daqueles fatos caluniosos que já foram qualificados anteriormente por outro delito: o da denúncia caluniosa. Em outras palavras, é necessário que primeiro haja uma primeira conduta de um agente A, que seja a de dar causa à instauração de investigação policial ou processo contra uma vítima por ocasião de fatos caluniosos, para que depois haja a conduta de um outro agente B, que passe a divulgar estes mesmos fatos caluniosos que já culminaram na instauração daquele processo ou investigação. É uma técnica legislativa interessante como forma de limitar o âmbito de aplicação da norma.

Assim, temos aqui, enquanto bem jurídico tutelado, o «prestígio e a regularidade da administração pública³⁴», posto que a legitimidade do pleito é afetada quando uma notícia falsa sobre um candidato gera uma investigação ou processo e passa a ser veiculada. Questão que permanece contraditória é saber quando ocorre a consumação do delito derivado – propagação caluniosa – uma vez que será necessário primeiramente a instauração do processo de investigação. É neste sentido que a doutrina majoritária³⁵

³³ *Idem.*

³⁴ GONÇALVES, 2019, p.6.

³⁵ *Idem.* p.8

afirma que é necessário o término da investigação ou do processo instaurado, para que se proceda à autorização da persecução criminal contra a denúncia caluniosa, pois somente assim é que se saberá que o imputado era originariamente inocente. É somente a partir de então que se poderá pensar na punição da denúncia caluniosa e do seu tipo derivado – a divulgação caluniosa com finalidade eleitoral. Situação perante a qual afirma-se, com incredulidade, qual a eficácia deste tipo penal se o bem protegido é o pleito eleitoral que requer investigações céleres.

Por outro lado, imprescindível comentar o projeto de lei 2.630/2020³⁶ que pretende instituir um novo marco para a discussão da desinformação no Brasil: a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O art. 4º traz exatamente aquilo que falta aos legisladores, que é a conceituação de categorias próprias da desinformação. Assim, enquanto o legislador francês fala em «atividade que ultrapasse um determinado número de conexões sobre o território francês», no já mencionado artigo L-163-1, o legislador brasileiro pretende delimitar o «alcance significativo» o conteúdo que supere 5 mil pessoas. Da mesma forma, desinformação será o conteúdo enganoso e forjado com interesse ou em obter ganhos³⁷ econômicos ou em causar fraude eleitoral.

2.3 Singapura e a lei de proteção contra manipulação de informações online

A razão de trazer este ordenamento é muito mais no sentido de evidenciar em que países que não possuem uma tradição democrática,³⁸ a intervenção do direito penal é

³⁶ Disponível em: « https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cod-teor=1872575&filename=PL+1429/2020». Acesso em: 05 set. 2020.

³⁷ O que nos faz lembrar do art. 217º do Código Penal Português, já que o crime de burla é exatamente a intenção de obter enriquecimento ilícito mediante fatos que astuciosamente foram falsificados, de modo que a vítima pratique ato que lhe cause prejuízo patrimonial. A diferença, é claro, é que na desinformação não se quer provocar uma prática específica da vítima, bem como a finalidade pode ser não só financeira, mas também eleitoral. Disponível em: « http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0217&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&sso_miolo=&nversao=». Acesso em: 05 set. 2020.

³⁸ O país está ranqueado na posição 151 de 180 pelo Índice de Liberdade de Imprensa. É neste sentido que a comunidade internacional ficou preocupada com a aprovação dessa lei, pois a lei é extremamente ampla e limita de forma demasiada a liberdade de expressão. Ver em: REUTERS, 2019. Disponível em: «<https://www.reuters.com/article/us-singapore-politics-fakenews/facebook-rights-groups-hit-out-at-singapores-fake-news-bill-idUSKCN1RD279>». Acesso em: 05 set. 2020.

mais contundente. Isto será perceptível ao analisar o tipo penal que sustenta a punição da desinformação: quanto mais amplo, maior o risco que corre a democracia.

Entretanto, a técnica legislativa de Singapura³⁹ é elogiável no sentido em que promove uma verdadeira analítica do tipo penal antes mesmo de apresentá-lo, trazendo inclusive exemplos para orientar a aplicação da lei penal. Assim, ela define previamente o que é comunicação, interesse público, *bot*, servidor de internet e o propósito da lei em questão, que é precisamente impedir a comunicação de declarações falsas e de suprimir o financiamento de comunicações falsas.

Assim, uma pessoa em Singapura não deve comunicar declarações que saiba ou acredite ser falsa, se o conteúdo for prejudicial à saúde pública, à segurança do país, às eleições nacionais, ou se incite inimizade entre diferentes grupos sociais, ou ainda se diminua a confiança da população ao governo. Caso cometa a conduta proibida, a pena será de até 5 anos de prisão ou de 10 anos, caso haja utilização de *bots* para acelerar a comunicação. Em quaisquer dos casos haverá pena de multa, variável entre 50 mil a 500 mil dólares.⁴⁰

A mencionada legislação, contudo, além de não prevê nenhuma cláusula de exceção para o humor, trata apenas da comunicação, de maneira a não distinguir *disinformation* da *malinformation*. Mas, talvez, pior que isso é a ampliação exacerbada do contexto sobre o qual incide a norma penal. Contrariamente ao Brasil e à França, as finalidades passam a ser não só eleitorais, mas também a «tranquilidade pública». Seguir por esses caminhos não parece ser a melhor opção. Isto porque a dogmática penal realiza um filtro em torno da política criminal, de forma que é necessário a estipulação de um bem jurídico bem específico e a delimitação de uma conduta que seja penalmente relevante, sem penalizar as garantias fundamentais.

³⁹ Disponível em: « <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019/Published/20190625?DocDate=20190625>». Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁰ *Idem*. Parte 2, número 7 da supramencionada lei.

3. CONCEPÇÃO DE DELITO, RISCOS E EXCESSOS E BEM JURÍDICO-PENAL

3.1 O bem jurídico penal no centro de gravidade da teoria do delito: o substrato dogmático-material para controle da política criminal

Após analisarmos as propostas legislativas em torno da desinformação, no capítulo anterior, devemos refletir sobre a questão concreta a partir da concepção abstrata de delito. Como anunciado na introdução, nosso propósito é proceder à uma análise crítica, de forma que a dogmática possa ser utilizada como controle de uma política criminal. Afinal, o delito não é uma construção meramente formal do legislador, de forma que sua existência precisa passar previamente por um filtro que somente cabe à dogmática realizar.

Inicia-se a reflexão pensando a função da dogmática penal. Não limitando-se à comentários e análises sobre o papel do legislador, cabe à dogmática o exercício de um padrão crítico e limitativo da intervenção legislativa.⁴¹ De outro modo, o direito penal tenderia a limitar-se a confirmar a vigência da norma. Esta última posição é defendida por Jakobs⁴² à quem a função do direito penal é tão somente atuar de tal forma que faça relembrar a existência e eficácia da norma penal, atuando de forma *a posteriori*. Mas se quisermos pensar que há um substrato anterior apto a legitimar a intervenção legislativa, teremos que caracterizá-lo e fundamentá-lo.

Em Müssig,⁴³ por exemplo, tem-se que a legitimação do direito penal é sempre idêntica à questão da determinação da configuração de uma sociedade. Assim, a identidade da sociedade é um padrão de referência que fundamenta a intervenção penal. Neste sentido, os princípios constitucionais são um exemplo dessa autodescrição juridificada da sociedade. De toda forma, a determinação do conteúdo das normas penais devem refletir

⁴¹ Pensando em uma provocação metafísica acerca da dogmática penal, proponho a indagação «quem vem primeiro, a dogmática ou a norma penal?». Nosso propósito aqui, contudo, não é seguir pelos caminhos da Filosofia do Direito. A pergunta, por outro lado, nos faz pensar que a dogmática deve preceder a norma, posto que é a própria dogmática que consubstancia o princípio da legalidade. O papel legislativo, portanto, deve obedecer aos ditames dogmáticos. Para um melhor aprofundamento ver: ROXIN, 2013, p. 8.

⁴² *Idem*. Assim, uma forma de entender os dois pontos de vistas é refletir se cabe ao direito penal proteger o bem jurídico ou a norma penal.

⁴³ MÜSSIG, 2002, 195-199.

a identidade da sociedade. O ponto interessante da sua análise, entretanto, é que não será por meio de um bem jurídico concreto que haverá de legitimar a norma, mas sim é partindo da própria norma juridificada que se encontrará o fundamento.

É neste ponto que indaga Roxin⁴⁴ se acaso seria demasiado indeterminado o conceito de bem jurídico para cumprir a função de fundamento e limitação da intervenção penal. Defensor da teoria do bem jurídico, o autor enumera alguns argumentos em defesa de tal perspectiva, das quais estamos de acordo.

O primeiro ponto é a percepção de que o bem jurídico exerceu uma mudança no pensamento político-criminal de modo à descriminalizar uma série de condutas ou a corroborar a permanência de outros delitos.⁴⁵ De um e de outro modo, o que importa é perceber empiricamente em como o bem jurídico é um critério relevante ao tratar-se da tipificação de condutas. Outro ponto suscitado é o de que o bem jurídico não é somente uma figura abstratamente criada, mas que possui critérios bem definidos.⁴⁶ É deste modo que a dogmática consegue realizar uma baliza em torno do equilíbrio entre «punir ou não punir». Sem a realização dessa baliza, tem-se apenas leis arbitrárias que tipificam condutas sob fundamentos ideológicos, dispensando a proteção de um bem superior. Quando isto ocorre, o direito penal é apenas uma arma discursiva que legitima a atuação da política-criminal, que sendo orientada sem o filtro dogmático, ameaça liberdades e garantias individuais, silencia grupos vulneráveis ou constrói inimigos em uma sedutora forma de eliminação. Nesta última forma descrita, não temos um direito penal para proteger bens, mas um direito penal que fundamenta exatamente a aniquilação de direitos.

Por fim, há também a argumentação da subsidiariedade como complemento do bem jurídico. Na linha do parágrafo anterior, em que esboçamos a ideia de uma *baliza*,

⁴⁴ ROXIN, 2013, p.13.

⁴⁵ *Idem.* p. 14-18. Os exemplos que Roxin traz são: descriminalização da homossexualidade, descriminalização da posse de estupefacientes para consumo próprio; ainda, temos a interferência do bem jurídico na questão da doação de órgãos *inter vivos*; a questão do incesto entre irmãos, caso em que o Tribunal Constitucional Alemão utilizou a teoria do bem jurídico, ainda que de maneira controversa, pois acabou por legitimar a vigência da norma penal em face à Constituição Alemã, por entender que a norma penal garantiria a proteção aos bens jurídicos da família e saúde genética. De qualquer forma, estes casos demonstram em como o bem jurídico pode ser utilizado enquanto parâmetro de controle da política criminal.

⁴⁶ *Idem.* p.20. Para que possamos falar em bem jurídico, precisamos de, ao menos, três degraus de proteção, os quais são aquilo que deve ser protegido, quem se quer proteger e contra o quê deve ser protegido.

temos exatamente dois pólos antagônicos que interagem em uma dialética: a necessidade de proteção do bem jurídico fundamenta a tipificação, ao passo que a subsidiariedade limita o poder punitivo ao delegar à pena o exercício da última proteção possível ao bem jurídico. Portanto, estamos de acordo com Roxin⁴⁷ ao pensar o direito penal como uma «ciência da subsidiariedade».

É por estas vias que culminamos também na perspectiva teleológico-funcional e racional traçada por Figueiredo Dias,⁴⁸ em que o direito penal precisa fundamentar a dignidade penal do bem jurídico. É assim que a dogmática realiza um padrão crítico em que o critério (des)penalizador não resulte do direito positivado, mas que seja prévio à ele, ou como dissemos no início: a dogmática penal precede a norma penal.

É com estes parâmetros que pensamos tratar o caso concreto proposto em nossa delimitação.

3.2 Risco do excesso, necessidade, dignidade e proporcionalidade: liberdade de comunicação, direito à informação, integridade do sufrágio universal

A liberdade de expressão, em sentido mais amplo, é uma questão relevante para a *baliza* do bem jurídico penal em torno da desinformação. Isto porque ela é uma conquista do Estado Democrático de Direito. Assim, ela engloba diversas manifestações, como a comunicação de indivíduos entre si, ou entre a grande mídia e indivíduos, a liberdade de imprensa, a liberdade de opinião. No quadro geral, a liberdade de comunicação é uma das principais responsáveis pela formação da opinião pública e o controle da atividade governativa.⁴⁹

Assim, a informação falsa sobre um candidato pode gerar uma manipulação do procedimento eleitoral, o que acarreta um profundo prejuízo ao próprio Estado Democrático de Direito. A profusão de fatos alternativos pode gerar a percepção errada sobre o estado de coisas,⁵⁰ construindo uma narrativa que favoreça um ou outro contexto

⁴⁷ *Idem.* p.25.

⁴⁸ DIAS, 2011, p.107-120.

⁴⁹ MACHADO, Jónatas E. M.; DE BRITO, Iolanda A. S, 2019, p.44.

⁵⁰ *Idem.* p. 46.

eleitoral. Sendo exatamente este o problema da desinformação, conforme a conceituamos acima, é a própria democracia que está em risco pela disseminação dolosa e articulada de informações que rompem com a estrutura do Estado de Direito.

Com este panorama suscitam-se duas questões que serão abordadas neste e no próximo tópico. O primeiro ponto é o de esboçar⁵¹ o bem jurídico penal, a partir de seus critérios gerais. Por fim, e para concluir a parte argumentativa, a delimitação de uma moldura ampla do tipo penal, ainda que sumariamente.

Temos, assim, no campo da legitimação positiva⁵² o dever de proteção do bem jurídico ou proibição de proteção deficiente e, de outro modo, na legitimação negativa, a proibição de excesso da intervenção penal. Não é demais pensar que naquela dimensão autorizativa da interferência penal tem-se a probidade ou lisura do sufrágio universal, de modo que este bem é, talvez, um dos mais importantes aspectos do Estado Democrático que é regido axiologicamente pela Constituição, a partir da qual deriva o fundamento geral do direito penal. Isto porque a ordem democrática é essencialmente fundada na razão comunicativa,⁵³ de forma que o Estado Constitucional necessita de um acordo discursivamente⁵⁴ estruturado para sua própria sobrevivência.

Estruturada, então, em uma democracia comunicativa, a ordem constitucional necessita de mecanismos hábeis a lhe consolidarem, dentro da esfera pública, na qual o público é verdadeiramente livre. Do contrário, tem-se apenas o espaço público contaminado por interesses individuais, situação da qual origina-se a disseminação deliberada de desinformação. Ou seja, argumentamos que por traz de cada desinformação arquitetada e disseminada no domínio público, há interesses privados que intencionam resultados específicos. Este panorama alinha-se à densidade jurídica⁵⁵ necessária para construção de um bem jurídico pautado na *defesa* das instituições democráticas, na *integridade*

⁵¹ Seguindo as lições de Nuno Brandão. p. 240, tem-se que o direito penal encontra na Constituição seu fundamento material e, ainda, que o conteúdo específico do bem jurídico deve guardar referência à ordem axiológico-constitucional. Nosso propósito não é, entretanto, realizar uma identificação do bem jurídico, mas apenas um esboço, como dito.

⁵² *Idem.* p. 241.

⁵³ Machado (2019, p. 48).

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Nuno Brandão, p.252.

do processo democrático, na *correção* das informações públicas e na *livre* circulação de ideias (grifos nosso). Mas Jónatas Machado parece ter proposto um sentido não menos importante, que é o da igualdade comunicativa,⁵⁶ ou seja, a formação igualitária em termos quanti-qualitativos de informações por operadores de comunicação.

Mas que isto não autoriza um tratamento jurídico-penal excessivo não há dúvidas. Tendo uma noção basilar do bem jurídico criminal, resta ainda racionalizá-lo diante dos critérios negativos. De certo que *necessidade* e *dignidade* penal⁵⁷ são princípios limitadores, de forma que não se pode estipular um bem jurídico sem argumentar pela necessidade de aplicação de uma pena. Mais que isso, a resposta deve ser adequada e proporcional. É, afinal, este o sentido geral dos princípios. Neste sentido, as propostas legislativas que tipificam amplamente a desinformação não passariam pelo filtro da necessidade, posto que resultaria numa radical supressão da liberdade de expressão, sobretudo por não realizarem a diferenciação das desordens da informação, conforme explicado no primeiro capítulo.

Isto para argumentar que nem toda desinformação (sentido amplo) é digna de tutela penal. Nem toda notícia falsa terá a necessidade⁵⁸ de ser combatida pelo direito penal (pensa-se na *misinformation* ou em casos em que outros ramos do direito podem melhor tutelar o caso), nem muito menos por um tipo específico do direito penal (um crime específico de desinformação).

O que nos restará, por fim, argumentar sobre qual desinformação realmente interessa punir.

3.3 Uma moldura penal alternativa: da criminalização das *fake news* à punição do financiamento da desinformação

Ao utilizarmos a expressão «criminalização das *fake news*», temos em mente exatamente aquilo contra o qual os filtros dogmático-criminais balizam de forma negativa.

⁵⁶ Machado (2019, p. 59). Assim, não havendo um monopólio de informações por parte do Estado, deve haver condições ideais para um livre mercado de ideias. Havendo falhas de mercado, ocorre contaminação das informações e prejuízo à opinião pública.

⁵⁷ Nuno Brandão, p. 260-263.

⁵⁸ Em tratando-se do ordenamento jurídico-constitucional português, o artigo 18, n. 2 da Constituição da República Portuguesa fundamenta o princípio limitador da necessidade e, além disso, teria força jurídica para impedir tipificações amplas em matéria de desinformação, posto que a lei penal somente pode restringir direitos sem que prejudique o exercício de outras garantias individuais, de tal forma que ela seja o mais específica possível.

Isto porque, como dissemos, as notícias falsas são um fenômeno amplo demais, complexo, cujas raízes remontam aspectos para além da intervenção penal, que deve ser segura, adequada e proporcional. Há muitas notícias falsas que circulam cotidianamente e não merecem atenção penal. De outro modo, temos a punição da desinformação, um conceito mais fechado e mais específico, posto tratar-se de um fenômeno próprio das desordens da informação. É partir dele que extraímos nosso bem jurídico penal. Contudo, as condutas tipificadas precisam guardar sentido no mais importante valor axiológico-normativo, condição indispensável para a legitimação positiva do delito.

É com isto que pensamos não ser o compartilhamento, a disseminação nem mesmo a produção deliberada de notícias falsas o cerne da questão que, verdadeiramente, merece a dignidade penal. O risco do excesso de intervenção é enorme, pois se o processo eleitoral é a chave da democracia, o mesmo pode-se dizer da liberdade de expressão. Será, assim, dispensável a tutela jurídico-penal às desinformações?

Pensamos mais bem que não. Na linha que postulamos em que há sempre uma infiltração do privado perante o espaço público, a qual motiva a disseminação falsa ou alternativa de fatos, argumentamos que para a concretização desse fenômeno é necessário realmente o **financiamento**⁵⁹ da **desinformação**, através de uma complexa **rede** de agentes, que operando por meio de **plataformas online**, incentivam **usuários** ou **bots**⁶⁰ a **disseminarem falsamente fatos**, com propósitos de **manipulação** da opinião pública, com finalidade de influenciar o percurso **eleitoral** ou a prejudicar **partidos** políticos ou

⁵⁹ Será necessária uma associação criminosa com finalidade de financiamento? Caso advogue-se para esta posição, será preciso a comprovação do caráter estável e permanente. De qualquer forma, não será um delito especial da associação criminosa, pois aqui a intenção não é fundar um grupo para cometer outros tipos penais, mas a associação para financiar a disseminação falsa de informações, que não será um delito propriamente dito, mas apenas o tipo objetivo do delito que estamos a tentar construir. A diferença é relevante, pois pode-se imaginar dois casos diferentes: no primeiro, temos a situação em que uma pessoa física financia sozinha a disseminação de notícias falsas; no segundo caso, temos a situação em que pessoas reúnem-se com o objetivo de juntas financiarem a disseminação de notícia falsa. Se a associação for um requisito objetivo do tipo penal, haverá lacuna de punibilidade no primeiro caso. É por isto que argumentamos que a associação não deve pertencer ao tipo penal. Em outras palavras, o núcleo do tipo penal não deve ser nem divulgar, nem produzir, nem associar-se, mas simplesmente, financiar.

⁶⁰ Segundo o art. 4º do PL 2.630/2020, supramencionado, os *bots* seriam programas criados para substituir os humanos, a fim de que realizam tarefas repetitivas como o compartilhamento automático de notícias. Já os *botnets* seriam o conjunto de *bots* controlados por uma pessoa física ou jurídica, que por sua vez financiam e gerenciam a atividade destes mesmos *bots*.

agentes públicos. Sendo, assim, este o desenho e nossa aposta para o que verdadeiramente merece o despertar da atenção do direito penal.

Construindo, assim, um tipo penal cujo núcleo realmente interfira no *modus operandi* – esquemas de financiamento de falsas notícias virais – do delito, sem abrir mão de garantias fundamentais indispensáveis à saudável sobrevivência do Estado de Direito Democrático, é que se argumenta, por fim, de que deve haver uma intervenção racional do direito penal em matéria de desinformação.

CONCLUSÃO

Notícias falsas corroem democracias, da mesma forma que o seu combate tende a fragilizar elos democráticos. Haverá alguma possibilidade de tratamento penal em relação às desinformações? Se tivéssemos que sustentar um tratamento, seria a punição das redes de financiamento das fake news.

Uma sustentação guiada por uma análise que seja minimamente crítica, que incorre em dizer transdisciplinar. É exatamente seguindo uma dogmática que construa uma teoria do delito e que sirva de controle da atuação do legislativo, que se faz uma *baliza* da incriminação de condutas e de não-incriminação de outras condutas. A escolha do núcleo é crucial para a dogmática, de tal forma que é preciso investigar o fenômeno num procedimento dedutivo (geral-particular), de forma a entendê-lo em sua completude, até encontrar suas minúcias e particularidades. É com base neste proceder que se faz uma correta análise de um fenômeno amplo, e controverso, das *fake news*, até selecionar aquilo que realmente importa para a dogmática penal, ou seja, a *desinformation*.

Mais que isso, verificou-se precisamente a lesão causada pelo fenômeno relevante, de modo a construir aquele substrato necessário perante o qual faz surgir a necessidade de punir em nome da proteção de algo maior.

E, por fim, dentre todas as formas possível de cometimento desse fenômeno, defendeu-se qual é penalmente relevante, tendo como critérios os princípios positivos e negativos da criminalização. O compartilhamento de notícias falsas é, assim, indiferente em termos penais. A produção de falsas notícias pode ser altamente prejudicial, mas só é

realmente digna de ser punida se envolver esquemas de financiamento, pois esta é a base que impulsiona toda a lesão concreta ao bem jurídico-penal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Vítor. «*A proximidade de uma imprensa regional à ideia de cidadania ativa*» In: CORREIA, João Carlos (Org.) «*Ágora, Jornalismo de Proximidade: Limites, Desafios e Oportunidades*». LabCom Books, 2012. p. 5.

ARENDT, Hannah. «*Verdade e Política*». Trad. Manuel Alberto. Relógio d'água: Lisboa, 1995.

BAINES, Darrin; ELLIOT, Robert J. R. «*Defining misinformation, disinformation and malinformation: an urgent need for clarity during the COVID-19 infodemic*». Discussion Papers, Department of Economics, University of Birmingham, 2020, p. 13-14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 4781. «<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>». Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Código Eleitoral. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm». Acesso em: 10 mar. 2020.

BRANDÃO, Nuno. «*Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso*» In. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, 239 – 266. Coimbra: Instituto Jurídico.

CASTELLS, Manuel. «*A sociedade em Rede*». Vol. I. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz & Terra, 1999, p.67

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. «*Mil platôs*». Vol. 1. Trad. Aurélio Guerra Neto. Editora 34: Rio de Janeiro, 1995.

DIAS, Figueiredo «*Direito Penal. Parte Geral*», Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2011, p.107-120.

DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. In: DUNKER, C. [et al]. «*Ética e pós-verdade*». Porto Alegre: Dublinense, 2017. p 5-30.

FRANÇA. «*LOI n. 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*». Disponível em: « <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte>.

do?cidTexte=JORFTEXT000037847559&dateTexte=20200905». Acesso em: 10 mar. 2020.

FRANÇA. «*Code Électoral*». Disponível em: « https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4185503E5C3430F5287C6CE438D7BE2E.tplgfr38s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006148468&cidTexte=LEGITEXT000006070239&dateTexte=20200905». Acesso em: 10 mar. 2020.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. «*O novo crime eleitoral: denúncia caluniosa*». Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político. São Paulo: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, n. 4. jan./jun. 2019, p.6)

HUYGHE, François-Bernard. «*Désinformation: armes du faux, lutte et chaos dans la société de l'information*», Sécurité Globale, 2016/2, n.6, p.63-72.

LÉVY, Pierre. «*Qu'est-ce que le virtuel*». Paris: La Découverte, 1998. p. 13-20.

MCINTYRE, Lee. «*Post-truth*». MIT PRESS: Cambridge, 2018.

MACHADO, Jónatas E. M.; DE BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues. «*Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas*». Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 95, n.1, 2019, p.44.

MÜSSIG, DR. BERND. «*Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*». Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª, n. 9, 2002, 195-199.

PARISER, Eli. «*The Filter Bubble. What The Internet is Hiding From You*» The Penguin Press: New York, 2011. p. 48-50.

REZA, Fazlollah M. «*An introduction to Information Theory*». Dover Publications: New York, 1994, p.20-25.

REUTERS. «*Facebook, rights groups hit out at Singapore's fake news bill*». Disponível em: «<https://www.reuters.com/article/us-singapore-politics-fakenews/facebook-rights-groups-hit-out-at-singapores-fake-news-bill-idUSKCN1RD279>». Acesso em: 05 set. 2020.

ROXIN, Claus. «*O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*». Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 23, n.1, Jan-Mar, Coimbra Editora, 2013, p. 8.

SINGAPURA. «*Protection From Online Falsehoods And Manipulation Act 2019*». Disponível em: «<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019/Published/20190625?DocDate=20190625>». Acesso em: 20 mar. 2020.

SINCLAIR, Christine. «*Parody: Fake News, Regeneration and Education*». Postdigital Science and Education, n. 2, 2020, p. 61-77. Disponível em: «<https://link.springer.com/article/10.1007/s42438-019-00054-x>» Acesso em: 5 set. 2020.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. «*Information Disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*». Council of Europe report (DGI): Oct. 2017.

GT 4

Enfrentamento ao genocídio da população negra

Apresentação oral

**O ABOLICIONISMO PENAL COMO MÉTODO DE
ENFRENTAMENTO AO GENOCÍDIO NEGRO**

*THE PENAL ABOLITIONISM AS A METHOD OF COPING WITH THE
BLACK GENOCIDE*

Bianca Capalbo Gonçalves de Lima

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

E-mail: biancacapalbo@hotmail.com

Alicia Massotti Vilafranca

Estudante de graduação em Direito pela Universidade de Lisboa.

E-mail: massottialicia@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o abolicionismo penal não só como método de enfrentamento ao genocídio da população negra, mas também como uma segunda e, desta vez, efetiva abolição da escravidão, ao entender a “abolição” oitocentista não como extinção da escravidão, mas como substituição do aparato de opressão colonial pelo aparato punitivo do Estado. Por meio de uma revisão bibliográfica da criminologia crítica e de estudos sociológicos, analisa-se como a cientificidade lombrosiana, ao erigir raças inferiores e atribuir-lhes os conceitos de delinquência e de periculosidade, projetando a pessoa negra como inimiga da sociedade e iminente risco à segurança pública, contribuiu para que o aparato punitivo demarcasse o corpo negro no cárcere, selecionando-o como alvo da marginalização e da violência. Enfim, o trabalho busca apontar o abolicionismo penal como resposta ao genocídio negro e a decolonialidade como pressuposto fundamental a tal processo abolicionista, pelo que se faz necessário resgatar o projeto de *Pan-africanismo* como ruptura das hegemonias raciais e étnicas, fundamentadas em um solo eurocentral e que garantiram a formalização do *apartheid* brasileiro e do controle racial, responsáveis pela perpetuação do genocídio da população negra.

Palavras-chave: Abolicionismo penal; Decolonialidade; Encarceramento em massa; Genocídio negro; Necropolítica.

Abstract: This work aims to analyze penal abolitionism not only as a method to face the genocide of the black population, but also as a second and, this time, effective abolition of slavery, regarding the 19th century “abolition” not as an extinction of slavery, but as a replacement of the apparatus of colonial oppression by the punitive apparatus of the State. By means of a bibliographic review of critical criminology and of sociological studies, we analyze how Lombrosian scientificity, by erecting inferior races and attributing to them the concepts of delinquency and dangerousness, projecting black people as enemies of society and as an imminent risk to public safety, contributed to the punitive apparatus identifying the black body in prison as the target of marginalization and of violence. Finally, the work seeks to point out criminal abolitionism as a response to the black genocide and decoloniality as a fundamental presupposition to this abolitionist process, which is why it is necessary to resume the project of Pan-Africanism as a rupture of racial and ethnic hegemonies, based on an Eurocentral ground and which guaranteed the formalization of Brazilian apartheid and racial control, responsible for the perpetuation of the genocide of the black population.

Keywords: Penal abolitionism; Decoloniality; Mass incarceration; Black genocide; Necropolitics.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Os inúmeros dados do genocídio negro no Brasil. 1.2. O genocídio atual e como ele se sustenta. 2. Genocídio institucional do corpo negro. 2.1 Histórico de construção criminal contra a população negra. 2.2. O principal alvo do encarceramento em massa. 3. Abolicionismo penal. 3.1. Decolonialidade como premissa básica do projeto abolicionista. 3.2. Propostas abolicionistas. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar o superencarceramento negro como um dos braços do genocídio da população negra e a apresentar o abolicionismo penal como método de enfrentamento dessa necropolítica em curso no país há bastante tempo. Para tanto, o trabalho divide-se em três partes.

Na primeira, objetiva-se demonstrar o genocídio antinegro – por meio de indicadores estatísticos –, apontando ainda para o uso da expressão “genocídio da população negra” no

Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o assassinato de jovens de 2016, o que se considerou ser a melhor descrição da situação atual ao dirigir-se a atenção para índices de mortalidade que assumem dimensões de países em guerra. Trata-se de como o genocídio contínuo contra os povos não brancos disfarça-se por detrás do mito da democracia racial, falácia ainda utilizada pelo governo por diversas vezes e permanente no imaginário das classes dominantes, explicitando, assim, o racismo institucional vigente no Brasil, o qual se apresenta por meio de políticas públicas que segregam, aprisionam e matam jovens negros de forma sistemática.

A segunda parte busca debater como o encarceramento negro em massa teve sua construção projetada desde o Brasil Colônia, dado o histórico de construção criminal contra essa parcela da população, que se viu estigmatizada, desde sempre, não apenas como o “Outro”, mas também como inimigo – conceito este reforçado pela criminologia racista estruturada por Lombroso e que resultou na conclusão de que, a fim de se criar uma “nação civilizada”, seria necessário passar por um disciplinamento da população, cujo direcionamento se deu a uma parcela específica da sociedade. Permanece assim, no Brasil, um projeto de higienização e de branqueamento social que garante ao branco manter seu lugar de dominância e seus privilégios, conservando, consequentemente, o negro como maior alvo de crimes e do próprio sistema penal.

Na sequência, a terceira parte objetiva apresentar o abolicionismo penal como método de enfrentamento do genocídio da população negra, posicionando-se contra o sistema penal e contra toda a mentalidade punitiva que rege a sociedade de maneira ineficaz em prol de interesses da classe dominante. Com foco no abolicionismo penal libertário, o trabalho propõe superar a lógica punitivista não apenas por questões humanitárias, mas também pela constatação da ineficácia da prisão em educar, propondo, assim, sua abolição sem que se construa nada no lugar e sem oferecer um modelo único e fechado. Propõe-se reconhecer a construção social do conceito de crime e, portanto, superá-lo para que as situações conflituosas possam ser tratadas fora da esfera penal, devolvendo o protagonismo e o poder de decisão aos que estão diretamente envolvidos no evento, garantindo maior probabilidade de se alcançar uma solução de fato satisfatória a todos.

Por fim, trabalha-se com a necessidade de se pensar o problema a partir do viés racial, sendo o cárcere resultado de um processo colonial que objetivou conter a animalidade

negra através da dor e da punição. Desta forma, propõe-se pensar um abolicionismo para o realismo marginal brasileiro, sendo a decolonialidade apresentada como pressuposto fundamental ao processo abolicionista, na medida em que a emancipação somente poderá ser completa e definitiva por meio da transformação radical das estruturas vigentes com a ruptura das hegemonias raciais e étnicas, responsáveis pela perpetuação do genocídio da população negra.

1.1 Os inúmeros dados do genocídio negro no Brasil

De acordo com a última contagem de *Distribuição da população por cor ou raça* de 2018 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o contingente da população negra (soma dos números de indivíduos pretos e pardos) representa 55,8% da população total do Brasil e está sobre-representado nos piores índices socioeconômicos do país. Isso aponta para a existência dos diferenciais expressivos entre o padrão de vida de negros e de brancos no Brasil; os debates raciais, no entanto, veem-se muito suprimidos e mitigados (quando não inexistentes) nos fóruns institucionais de discussão, os quais resistem firmemente a falar sobre o tema e escondem-se atrás do mito da democracia racial.

Nos anos 1940, marcados pela ideologia perpetrada por Gilberto Freyre em *Casa Grande e Senzala*, o Brasil foi erigido como o “paraíso das raças” sob a prerrogativa de um país pacificamente miscigenado. A República foi pintada como um “mosaico racial”, livre de conflitos étnicos e de discriminação. Tal imagem fez-se tão presente na comunidade internacional que atraiu os olhares da Organização das Nações Unidas (ONU), que, 10 anos mais tarde, viria a instaurar o Projeto Unesco a fim de entender como se dá o funcionamento de um país “racialmente pacificado” e, dessa forma, financiou a vinda de estudiosos de diversos países com o objetivo de analisar as relações raciais no Brasil. As conclusões às quais chegou o projeto contrariaram o imaginário que se tinha criado de “democracia racial”, revelando resultados muito próximos aos quais o presente artigo, infelizmente, ainda traz. Em 1950, o Projeto Unesco chegou à conclusão de que a população negra era a parcela submetida às piores condições de vida no país, refutando assim a falácia da democracia racial. Entretanto, na contramão de todas as conclusões desenhadas pelo projeto, o discurso governamental manteve-se alinhado ao mito da democracia racial, o

qual veio a ser ainda mais enfatizado e inflamado nos anos da Ditadura Militar (entre 1964 e 1985). Neste sentido, vemos que, ainda hoje, paira no imaginário coletivo da elite dominante (que está representada nas principais alçadas decisórias do país) a ideia da já refutada democracia racial, que inviabiliza e desola políticas públicas que têm por objetivo minar a apartação racial, e a resposta das instituições continua a ser a da invisibilidade e a da forjada inexistência do racismo no Brasil.

O racismo institucional hoje representa uma das formas mais sorrateiras e sofisticadas do racismo na vida social. As portas que se fecham não o fazem por acaso: a construção de políticas públicas que segregam, aprisionam e matam uns em detrimento de outros é o pilar que sustenta toda uma sociedade pautada na já tão antiga clivagem racial. Os números reiteram isso sistemática e dolorosamente. O encarceramento em massa da população negra e sua alta vitimização retratam uma das várias facetas do projeto genocida que está em curso. Projeto este que se reveste de maneira institucionalizada (falaremos sobre isso mais adiante), mas cujos indicadores o escancaram: os dados do último Atlas da Violência 2020 mostram que, apenas em 2018, os negros representam 75,7% das vítimas de homicídios, o que remonta a uma taxa de 37,8 homicídios por 100 mil habitantes. Em comparação a indivíduos não-negros (soma do número de indivíduos brancos, amarelos e indígenas), a taxa foi de 13,9, o que significa que, para cada indivíduo não-negro morto em 2018, 2,7 negros foram mortos. Da mesma forma, as mulheres negras representam 68% do total das mulheres assassinadas no Brasil. Esse cenário de aprofundamento das desigualdades fica ainda mais evidente quando constatamos que, entre 2008 e 2018, houve um aumento de 11,5% nas taxas de homicídio da população negra, enquanto para os não-negros houve uma diminuição dessa mesma taxa em 12,9% no o mesmo período. Ao lado desses dados, temos também indicadores de encarceramento predominante desses mesmos jovens negros. O relatório do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* (2020) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) comprova a sobrerrepresentação dos jovens negros no encarceramento: os painéis sobre a composição da população por cor/raça no sistema prisional no período de julho a dezembro de 2019 mostram que 66,69% são negros. Aqui fica, mais uma vez, evidente quem é o principal alvo do sistema criminal.

A ONU, em 2014, denunciou o racismo institucional em relatórios sobre a situação da discriminação racial no Brasil, enquanto a militância do Movimento Negro, alertando para o fato de que os índices de mortalidade apresentados assumem dimensões de países

em guerra, apontou a existência de um verdadeiro genocídio negro. O já citado Relatório final da CPI sobre assassinato de jovens assumiu a expressão “genocídio da população negra” e entendeu como sendo esta a que melhor se adequa à descrição atual em relação ao assassinato e à aplicação desigual da justiça e do encarceramento à população negra.

1.2 O genocídio atual e como ele se sustenta

Com o explícito genocídio em curso, se faz necessário entender a resistência do Estado e de seus representantes em assumir a existência de um processo genocida que se dá desde a escravidão até a atualidade. E não nos enganemos: a recusa em reconhecer – inclusive juridicamente – as atuais e reiteradas estratégias públicas de extermínio sistemático da população negra no país tem motivações políticas, uma vez que tenta esconder o papel fundamental dos governos na manutenção dessas violências. Mesmo depois da abolição da escravidão, a sociedade brasileira insiste na invisibilização dos impactos de anos de escravidão nas relações sociais e nas desigualdades raciais, agarrando-se firmemente ao mito da democracia racial. Entretanto, para falarmos sobre o genocídio atual, é importante estabelecer um comparativo entre a forma como ele se apresentava antigamente e como se apresenta hoje, determinando assim os métodos que garantem que o processo genocida possa continuar em vigência até os dias atuais.

Nas últimas décadas do século XIX, dá-se início ao projeto de abolição da escravidão, cujas motivações não eram morais ou éticas: o fim formal do período escravista não passou de um “negócio de brancos”, que não só assim agiram movidos por interesses próprios, mas também sob a certeza de que o *status quo* não se alteraria. Assim, após a abolição, como resultado da falta de políticas de reintegração e de garantia do acesso às condições básicas de subsistência, os negros, sem moradia e sem emprego, passaram de uma população que antes era vista como “coisa” para um “problema social sem perspectiva de solução” (AMARAL, 2011, p. 12).

Todo o processo de embranquecimento da população era baseado em teorias racistas eugenistas que defendiam a melhoria da raça por meio da miscigenação e sob o manto do mito da democracia racial, ideologia utilizada pelo próprio governo como forma de afirmar que não havia discriminação no Brasil, mas que os negros haviam sido assimilados à sociedade e que a mistura de raças aqui era natural, elegendo, assim,

o “mulato” como símbolo da brasilidade e da dita democracia racial, designando o país como o “paraíso” das raças. Vale, aqui, ressaltar que o incentivo à imigração em massa de europeus como política de “branqueamento” não é senão outra forma de genocídio da população negra, baseado na violência sexual de homens brancos contra as mulheres negras, gerando, assim, crianças mestiças e, conseqüentemente, erradicando a “mancha negra” da sociedade (NASCIMENTO, 2017). Entretanto o genocídio antinegro não se limitou à violência física, mas também se manifesta[va] como “morte simbólica”, na medida em que os brancos, para possibilitar e para garantir a dominação completa sobre os negros, utilizaram-se do silenciamento e do apagamento dos referenciais culturais e históricos das populações não brancas, em verdadeiro epistemicídio (CARNEIRO, 2005), reprimindo, assim, não apenas sua história, mas sua cultura.

Enfim abolida a escravidão – ao menos formalmente –, a possível ascensão social e econômica dos negros libertos passou a ser a principal preocupação da elite branca, ao passo em que o Estado empenhou-se em criar obstáculos e em impor barreiras a esse caminho. Basilado na ideologia de Lombroso da inferioridade biológica da população originária das colônias, esse controle social opera até os dias de hoje, porém de forma mais sofisticada, havendo, assim, uma continuidade entre o genocídio do século XIX com o genocídio “em curso operado pelos nossos sistemas penais, por meio da atualização histórica incorporativa” (ZAFFARONI, 1991, p. 118). A atuação estatal no processo genocida em curso apresenta-se tanto em condutas omissivas – diante da ausência de políticas públicas que considerem o viés racial na contenção efetiva da violência – quanto comissivas, haja vista os alarmantes números ilustrados no tópico anterior relativamente à atuação do próprio aparato policial nas mortes de jovens negros, que recebe participação direta das outras instituições estatais pela homologação dessas mortes, conferindo-lhes, assim, roupagem jurídica e judicial.

Do século XIX aos dias de hoje, temos um processo de exclusão legitimado que se encerra no sistema penal – com o hiperencarceramento da população negra, que é ainda agravado pelas condições desumanas do cárcere – e que é socialmente aceito em razão de um ódio avassalador construído culturalmente de tal forma que permite a insensibilidade total ao sofrimento do “Outro” (MOORE, 2007). É nesse contexto que a criminologia racista de nomes como Nina Rodrigues e Clóvis Bevilacqua surgiu e contribuiu para criar um sistema penal fundado em uma política segregacionista que vê no negro a figura do

inimigo, o qual deve ser eliminado a fim de criar uma sociedade boa e justa. Passamos, então, do controle social perpetrado pelo aparato de opressão colonial para o controle social punitivo do aparato estatal, que nunca se desvencilhou do pensamento escravocrata, legitimando, assim, sua atuação genocida contra a população negra (FLAUZINA, 2006).

2. GENOCÍDIO INSTITUCIONAL DO CORPO NEGRO

Tendo em vista a convergência entre os dados apresentados e a definição já proposta, fica, mais uma vez, evidente a existência do genocídio em curso. No entanto, como já ressaltado, o que nos impede de falar sobre isso e de nomear o genocídio como tal não é a dúvida acerca da sua existência, mas a falta da sua explicitação. A dificuldade não está em provar a ocorrência material do genocídio negro – os fatos números e as numerosas estatísticas já o fazem –, mas sim em seu reconhecimento político-jurídico. Assim, como descreve Flauzina, “a censura nunca esteve colocada para as práticas, mas para a explicitação do que está a animá-las” (2008, p. 120). Segundo a autora, tal falta de reconhecimento dá-se por duas principais ordens de razão. Em primeiro lugar, existe uma tolerância histórica em relação às calamidades vivenciadas pelos povos indígenas e africanos. Isso acontece porque o racismo é também hierarquizador de tragédias, moldando o imaginário e a memória social coletiva de forma a enfatizar e a exaltar os episódios brancos e a desprestigiar os relacionados aos demais seguimentos, o que acarreta uma “ambiência internacional extremamente desfavorável para a enunciação de práticas genocidas contra povos negros” (2008, p. 123). Em segundo lugar, o reconhecimento do genocídio em curso vê-se também dificultado pela percepção criada pelo mito da democracia racial de que as tragédias cotidianas vivenciadas pelos negros são frutos de um processo histórico que tem de ser redimido, o que promove e fomenta a naturalização da morte de pessoas negras.

A impermeabilidade do reconhecimento do processo genocida em curso pela nossa sociedade também tem a sua causa no fato de que, diferentemente da ideia que paira sobre a consciência coletiva, ele não acontece numa situação de guerra civil declarada, na qual, geralmente, identificam-se mais facilmente episódios genocidas. O nosso processo genocida acontece numa forjada e aparente realidade de “paz”; de maneira contínua, não pontual e isolada, por meio da ação institucional interna. O genocídio da população negra no Brasil configura um projeto de Estado, que não é episódico ou incidental, mas estrutural,

alicerçador de uma agenda de base genocida do Estado brasileiro, que reconhecemos como genocídio institucional.

Para entender melhor a dinâmica do processo genocida na nossa sociedade, faz-se necessário compreender o conceito de biopolítica. Foucault explica que a biopolítica é a tecnologia de governo que permite ao Estado o controle “biológico” da sociedade a partir das instituições, sendo feito por meio da apreciação da raça a partir de teorias racistas e eugenistas. A biopolítica sustenta, portanto, a soberania sobre a morte (“fazer morrer e deixar viver”) e a regulamentação da vida, o exercício do biopoder (“fazer viver e deixar morrer”). O biopoder, assim, escolherá os que serão deixados para morrer tendo como “critério biológico” a “raça”. Dessa forma, essa tese explicaria, *a priori*, a lógica de organização social que constrói e organiza um determinado grupo em torno das vulnerabilidades: a alocação do contingente populacional negro em uma determinada distribuição espacial, a exposição ao nível de pobreza, a insalubridade à qual está sujeito; o nível de escolaridade percebido e a qualidade desse ensino, que o afasta da construção da identidade negra, uma vez que obsta o ensino da história afro-brasileira.

Entretanto o arquétipo teórico desenvolvido por Foucault (1999) para explicar o funcionamento das instituições na organização social não tinha como casos referenciais a ambiência colonial e o corpo negro. O filósofo francês utiliza para exemplificar a expressão do biopoder o regime nazista na Alemanha, passando rapidamente pelo exemplo colonial em *Em defesa da sociedade*. Essa, inclusive, é uma amostra das interpretações dos eventos históricos que passam pelo recorte de hierarquização racial que já explicamos acima ao ensinar sobre os obstáculos ao reconhecimento do genocídio da população negra: a exponencialidade e visibilidade dada ao holocausto judaico na Segunda Guerra Mundial não são as mesmas projetadas sobre tragédias igualmente genocidas sofridas pelos povos indígenas e africanos. Dessa forma, o filósofo e historiador italiano Domenico Losurdo (2011) critica a ausência de detecção do exercício do biopoder no âmbito colonial na obra de Foucault, afirmando que este autor permanece na esfera eurocêntrica ao ignorar fenômenos que condizem com a prática do biopoder ou do racismo de Estado, que ocorreram no sistema colonial até o século XIX e em eventos no século XX no Sul da África e nas Américas. A falta de um tratamento que incluísse a análise do biopoder no âmbito colonial (nas periferias do capitalismo) por Foucault demonstra mais uma vez a ideologia da supremacia branca.

Achille Mbembe (2016) cunha e traz pela primeira vez o conceito de necropolítica, em obra de mesmo nome, como forma de proceder à análise do exercício do biopoder em países periféricos e de estudar a aplicação desse mecanismo contra as populações negras. O autor pós-foucaultiano, cuja origem remonta justamente à periferia do capitalismo, parte do conceito de biopoder de Foucault, que já se utiliza de um critério racial, para construir uma compreensão da política da morte (“fazer morrer e deixar viver”), mas argumenta que apenas esse conceito não é suficiente para explicar a prática dessa política em larga escala.

A configuração atual da vida (e da morte) nas periferias do capitalismo se dá pela lógica da necropolítica, que se utiliza do biopoder e da biopolítica para organizar a sociedade (usa a morte como forma de gerenciar a política), e que se vale de estratégias coloniais que passam por um Estado de Exceção constante. Este último conceito – trazido por Agamben (2004) e retomado por Mbembe – consiste na ideia de criar uma suspensão do estado de direito (Estado de Exceção) não apenas temporal, mas permanente: “ (...) o estado de exceção deixa de ser uma suspensão temporal do estado de direito. De acordo com Agamben, ele adquire um arranjo espacial permanente, que se mantém continuamente fora do estado normal da lei” (MBEMBE, 2016, p. 124). A vigência do Estado de Exceção, que tem sua espacialidade definida em função da raça, perpassa pela sedimentação de uma estratégia de terror que cria um “estado de emergência”, legitimando o uso de toda e qualquer tecnologia da morte. Dentro do Estado de Exceção constante, a política da morte pode ser executada a qualquer momento, sem constrangimento jurídico.

É nesse sentido que o Direito assume papel fulcral: estabelecendo os lugares de jurisdição da morte, onde o Estado pode matar e prender sem qualquer objeção jurídica. Aqui, a criminologia tem presença crucial, incorporando o racismo nas suas interpretações teóricas que se imiscuem no sistema penal, dando azo ao projeto de Estado que investe no genocídio institucional da população negra.

2.1 Histórico de Construção Criminal

O histórico de construção criminal contra a população negra tem início no Brasil Colônia, com o processo exploratório da mão de obra escrava, com a instrumentalização e com a estigmatização dos negros, que eram tratados e cambiados como se fossem animais. O negro era, portanto, tido como um animal a ser domado e, mesmo após a abolição, não

conseguiu o *status* de humanidade, passando das senzalas para as periferias da cidade, entregue à própria sorte numa continuação da relação “nós” e “eles” estabelecida entre os brancos e os recém-emancipados. E é nessa diferenciação construída em relação ao outro que surge o conceito de inimigo, o qual não era e sequer poderia ser titular de direitos, uma vez que não pertencia à comunidade e, por ser visto como desconhecido, gerava desconfiança por ser potencialmente perigoso, portanto deveria ser aniquilado como forma de manter a sociedade segura.

Foi em 1888, pela edição da Lei Áurea, que a pressão liberal para o fim da monarquia teve sua primeira conquista, consolidando, então, a ideologia do trabalho. E foi nesse contexto que o Código Penal de 1890 foi elaborado, respondendo aos anseios das elites nacionais pela construção de uma nação civilizada em molde europeu. Entretanto, a fim de criar uma “nação civilizada”, fazia-se necessário passar por um disciplinamento da população, disciplina esta que obviamente seria dirigida a uma parcela específica da sociedade e como instrumento para tornar o corpo do indivíduo útil na concepção capitalista da produtividade (NEDER, 1995).

Ademais, a ideologia do trabalho mostrava-se presente no Código Penal no Livro III, dedicado a tratar de mendigos, de ébrios, de vadios e de capoeiras em clara intenção de obstar a ociosidade, obrigar as camadas populares ao trabalho e dar continuidade à ideia eugenista de remover a “mancha negra” da sociedade. Insta salientar, aqui, que a referida Lei foi editada em um contexto de êxodo para as cidades, em decorrência da abolição e um grande contingente de subempregados e de desempregados formado quase que inteiramente pelos recém libertos. Assim, diante do crescimento populacional urbano que assustou a minoria dominante da época, a criação de normas repressoras pareceu a melhor alternativa para controlar esse novo contingente, visto que, para aquela, a construção de um Brasil “moderno” e “civilizado” implicava a eliminação do peso secular da herança africana.

Paralelamente e como cenário de fundo de todo esse processo, a criminologia racista estruturada por Cesare Lombroso contribuía cada vez mais para a criação do estigma de inimigo sobre o negro. Defensor do conceito de Atavismo, Lombroso buscava características que permitissem diferenciar biologicamente o indivíduo delinquente do resto da comunidade, entendendo, assim, que o criminoso já nasce portando estigmas

físicos e psíquicos. Essa crença na possibilidade de tornar uma sociedade justa e segura a partir da identificação de um biótipo do criminoso acarretou políticas criminais racistas ao relacionar as características físicas do povo negro com as de um potencial criminoso. O elemento negro deixou de ser mera característica física pessoal, passando a ser um determinante de delinquência e de periculosidade. Assim, a cultura negra foi criminalizada – literalmente – pela capoeira e pelos rituais religiosos africanos, não porque eram práticas que representavam de fato algum risco à sociedade, mas sim porque seus praticantes eram, em maioria, negros, já que, “na consciência coletiva, estão profundamente arraigadas as associações entre o negro e o ócio, a violência, a permissividade sexual” (FAUSTO, 1984, p. 55).

Desta forma, era nas periferias ocupadas pelos negros na pós-abolição que se perpetrava o estigma social da desumanização, ali outro direito vigia – o do Estado de Exceção permanente, em que todas as tecnologias de destruição são permitidas contra o “inimigo” – e segue assim até os dias de hoje. O sistema penal, como tratado nos tópicos anteriores, atua segundo esse estigma e levado pela concepção ardilosa e errônea de que pretos e periféricos apresentam um maior risco à sociedade, retroalimentada pelo próprio sistema, que pune muito mais severamente os negros, com ações estatais mais frequentes e cruéis nas periferias, e pela divulgação na grande mídia desses casos, que fomenta o mito do negro como grande algoz da sociedade.

Permanece, no Brasil, o projeto de higienização e de branqueamento social que garante que o negro seja não só o maior alvo dos crimes – onde figura como vítima –, mas também como o maior alvo do sistema penal ao ser colocado sempre no papel de criminoso. Não por outra razão essa é a parcela da população que mais ocupa as penitenciárias e os cemitérios.

2.2 O principal alvo do encarceramento em massa

O projeto de encarceramento tem como principal alvo a pele negra, o que os números, mais uma vez, provam: os dados já explanados no primeiro capítulo referentes ao relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do DEPEN de 2020 mostram que negros totalizam 66,69% da população carcerária.

Ademais, somam-se às teorias racistas da criminologia – ainda remanescentes na consciência coletiva e institucional – a construção da figura do negro como um criminoso em potencial, em contraponto à constante afirmação do branco como não criminoso. Essa persistente criminalização dos corpos negros prende-se com a ideia eugenista e racista de higienização social, de “limpeza” da cidade e dos centros urbanos. Para isso, a estereotipização do negro assume papel fundamental na prossecução do projeto genocida do Estado, no qual o encarceramento tem papel ponderoso.

Além disso, corrobora o encarceramento em massa o populismo punitivista: nas sociedades contemporâneas, o discurso da segurança “pública” reina e se faz legitimador do uso das tecnologias policiais a qualquer custo contra a “ameaça pública”. O populismo punitivo escancara, desde logo, a seletividade racial, uma vez que se debruça sobre a criminalização do corpo negro e da miséria. É nesse cenário que a imprensa assume papel determinante: pautada pela ideia norteadora do “*marketing* da pena”, que pinta o Brasil como o país da impunidade, promove a ideia de estado de emergência e de terror, onde se faria necessário um sistema de punição mais violento. A mídia não apenas reforça a retórica punitivista, como também promove o olhar seletivo e racista sobre a configuração social: as mortes que massacram a periferia e que dão corpo ao genocídio negro não são divulgadas; quando são, não chamam atenção, pois são extremamente naturalizadas e associam sempre a vítima à periculosidade, invertendo os papéis, colocando-a como criminoso. Essa mensagem punitivista e seu populismo são profusamente apropriados na política: o discurso da “segurança pública” toma os palanques nas campanhas eleitorais e passa a ter um papel importante e que precisa, mais uma vez, reforçar o estigma que criminaliza a periferia e a suspeita de pessoas negras, tudo em troca da “Segurança Pessoal”, “ampliando ainda mais os êxitos tanto do marketing quanto dos usos políticos do capital do medo” (BAUMAN, 2007, p. 43).

O racismo e a seletividade presentes no encarceramento em massa mostram-se infiltrados em todas as alçadas de poderes e orientados pela teoria do etiquetamento social (*Labelling Approach*), que associa a noção de crime e a figura do criminoso às construções sociais vigentes, ou seja, a criminalização da miséria e a periculosidade inerente ao negro, sempre suspeito e possível criminoso, pautam a estruturação do poder e o sistema punitivo em vigor. A seletividade que perpassa por todas as entranhas do sistema penal tem início com a abordagem policial, muito mais frequente e truculenta para negros, infringindo

a integridade física, desrespeitando qualquer presunção de inocência e transgredindo o princípio de isonomia de tratamento. Escancaram também a seletividade do encarceramento e do genocídio as operações policiais em nome da “Guerra às Drogas”, que determinam como cenário os morros e as periferias dos centros urbanos e perseguem “perfis suspeitos”, ao passo em que as mesmas operações não acontecem em bairros nobres onde reside a elite branca e onde o gerenciamento do grande tráfico acontece. É neste sentido que se pode dizer que o racismo funciona como o grande norteador do sistema penal.

O sistema penal, estruturado a partir de e para o controle do corpo negro, organiza-se e origina-se para a limpeza desse contingente, colocando em prática o projeto genocida por meio da penetração do racismo em todos os níveis das estruturas de poder. Nas palavras de Mbembe, temos aqui um “Estado Securitário” que atua como resposta ao estado de insegurança instaurado na sociedade – geralmente direcionada ao negro inimigo –, combatendo algumas violências enquanto atenua outras, definindo, assim, quem são as vítimas dignas de proteção e quem são os inimigos a quem deve ser direcionada a resposta opressiva em nome da “segurança pública”. Para garantir que um genocídio desta magnitude perpetue-se por tanto tempo, faz-se necessário que todos os braços do Estado atuem nesse sentido. Assim, temos desde o policial militar até o mais alto escalão do Poder Executivo trabalhando de forma a garantir a manutenção do *status quo*. Ao tratar do encarceramento em massa seletivo, devemos começar pela porta de entrada do sistema de justiça criminal – a polícia.

Cada vez mais, vemos o uso da expressão “*envolvido-com*” como forma de rotulação criminal, como “categoria acusatória a serviço da produção de controles estendidos e de vigilâncias difusas” (CECCHETTO, 2017, p. 99), de sorte que aqueles sob quem recai o estigma de potencial criminoso são os alvos preferidos das operações policiais, das abordagens constantes e de todo um sistema de supervigilância. O elemento suspeito que recai sobre a população pobre e negra fundado no racismo institucional supramencionado evidencia a clara seletividade penal que se inicia na abordagem policial, mais frequente e mais letal quando se trata de jovens negros.

Impossível tratar da responsabilidade do Poder Legislativo perante o encarceramento em massa sem mencionar a criação da Lei de Crimes Hediondos, a qual – atendendo aos clamores punitivistas da população – criou novos tipos penais,

elevou as penas em abstrato e enrijeceu as formas de cumprimento dessas penas, além de aumentar as hipóteses de prisões cautelares e de restringir as possibilidades de indultos e de comutação. A Lei tornou mais fácil ingressar no sistema carcerário e, ao mesmo tempo, mais difícil sair dele. Assim também se deu a edição da Lei de Drogas – responsável por significativa parcela dos encarcerados –, que, em razão da indeterminação normativa em relação a quem seria usuário e a quem seria traficante (até mesmo pela ausência de um critério quantitativo nesse sentido), encarcera massivamente consumidores e pequenos traficantes sem, de fato, atingir o verdadeiro “alto escalão” do tráfico. Temos, portanto, um Legislativo compromissado com a agenda punitivista e à disposição dos anseios do populismo punitivo, de modo que as leis são editadas para fomentar o encarceramento de alguns, enquanto “tapa os olhos” para outros.

Ora, se o Legislativo criou tantos espaços de discricionariedade normativa, caberia ao Judiciário conter tais excessos e preencher essas lacunas com liberdade, atuando sob o princípio do *in dubio pro reo*, mas a prática se mostrou diferente. No caso supracitado da Lei de Crimes Hediondos, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal demorou mais de uma década para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Da mesma forma, diante da ausência de critérios práticos e objetivos para diferenciar usuários de traficantes, caberia ao Judiciário definir diretrizes básicas de imputação e criar guias interpretativos para restringir as lacunas e as ambiguidades legislativas que resultam no encarceramento massivo principalmente de jovens negros.

É claro que não há no ordenamento jurídico embasamento para a criminalização seletiva e discriminatória demonstrada ao longo deste trabalho. Entretanto, diante das inúmeras imprecisões, a espécie de imputação e a aplicação das penas acaba sendo definida pelas metarregras que estão nas mentes dos agentes do sistema punitivo (policial, promotor e juiz), hipótese em que a cor da pele e o fator socioeconômico atuam como critério decisório, ainda que não apareça [ao menos não normalmente] como elemento fático de fundamentação da decisão. Nesse sentido, a título de exemplo da seletividade do Judiciário, temos a diferença no tratamento entre os crimes praticados contra o patrimônio público (crimes tributários e previdenciários, por exemplo) e aqueles praticados contra o patrimônio particular (furto, por exemplo), na medida em que o ordenamento jurídico permite que o responsável pelo crime contra o erário público tenha extinta sua punibilidade

em caso de reparação do dano pela devolução do valor devido ou apropriado – daí a razão pela qual tais crimes sequer aparecem nas estatísticas carcerárias. No entanto, tal benesse não é garantida àqueles que atentam contra o patrimônio particular e aí resta a seletividade, afinal quem são os autores dos crimes de furto e receptação e quem são os autores da omissão de tributos e apropriação indébita previdenciária? Enquanto as elites econômicas (brancas) são favorecidas com imunidades punitivas, o cárcere conta com mais de cem mil pessoas presas por delitos sem violência contra o patrimônio privado.

Por fim, mas não menos importante, temos o papel do Executivo no encarceramento [seletivo] em massa. Também motivado pelos anseios populistas punitivos, o Executivo constantemente se faz valer do encarceramento em massa e do punitivismo exacerbado como estratégia política. Cabe mencionar, aqui, o Projeto de Lei Anticrime, que segue a tendência global de atender aos interesses do mercado quanto ao encarceramento, por motivações não só políticas, mas também econômicas, considerando a agenda liberal de possível privatização da gestão penitenciária. Ademais, a responsabilidade do Executivo no genocídio negro está também na omissão de políticas públicas e no total descaso com a situação carcerária, já que a superlotação é o menor dos problemas dentro do cárcere, ao considerarmos as condições desumanas em que os detentos têm de viver. É neste sentido que o encarceramento se apresenta como uma das manifestações do genocídio contra a população negra, como uma verdadeira política de higienização e de extermínio, na medida em que “para morrer não é preciso, necessariamente, deixar de viver. Ao falar em encarceramento em massa, falamos em morte, falamos de resistência a ela. Parafraseando Lázaro Ramos, não pode haver vida em plenitude, numa vida que apenas resiste à morte” (CARVALHO, 2018, p. 12).

3. ABOLICIONISMO PENAL

É humanamente impossível expressar, de forma textual, a barbárie que é o cárcere no Brasil, porque dado nenhum é capaz de nos passar o tamanho da crueldade que acomete as pessoas privadas de liberdade. De acordo com o Infopen, a população carcerária em dezembro de 2019 era de 755.274 detentos para 442.349 vagas. Não bastasse a superlotação, o generalizado desrespeito aos direitos fundamentais e a situação desumana do cárcere motivou a declaração do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 347, em relação ao

sistema carcerário brasileiro como um “Estado de Coisas Inconstitucionais”, evidenciando, ainda mais, a faceta genocida do sistema penal. Celas lotadas, alagadas, tomadas por mofo, ou abafadas sem ventilação. Falta de sistema de esgoto e um buraco na parede como única fonte de água potável. E a maior clientela desse necrossistema são jovens – cada vez mais jovens – e negros. Neste sentido, Luciano Góes leciona que:

(...) o cárcere, única resposta estatal ao cometimento de atos ilícitos (...) foi adotado aqui no pós-abolição da escravatura, explicitando o objetivo de remontar o sistema escravagista sob novos fundamentos, dando início ao encarceramento em massa, ou melhor, da massa negra, pois, a criminalização dos “novos cidadãos” estava estabelecida em crimes definidos especificamente para os “ex-escravos”: vadiagem, capoeira, curandeirismo, “magia negra” exercida por mães e pais de santos que tanto afrontavam a “verdade” científica médica (GÓES, 2017, p. 96).

Assim, os negros passaram de um lugar de escravo preso para o de preso escravo, de modo que, mesmo anos após a abolição escravista, as prisões funcionam como verdadeiros navios negreiros do século XXI, onde pessoas são presas em ambientes superlotados, sem higiene, sem alimentação adequada e sem qualquer sinal de um mínimo existencial. Parece o caos, não? Mas não é. Tudo o que vemos hoje não se trata de crise ou de falência do sistema, sendo as problemáticas em torno do assunto expressões do próprio cárcere e do que ele é e pretende ser (SÁ, 2009).

O cárcere é isso. Um mecanismo projetado para funcionar em prol das classes dominantes na prática de higienização social pelo confinamento daqueles que a sociedade selecionou como seus inimigos. E, para superar o cárcere, é necessário inicialmente que nos desvencilhemos da ideia do condenado como inimigo e que, portanto, seja como inimigo que ele deva ser tratado. É necessário estancar a mentalidade punitiva. A punição é “uma forma de interação humana em diversas práticas sociais: na família, na escola, no trabalho, nos esportes. Nesse sentido, todos conhecemos seus papéis, o passivo do ser punido e o ativo “daquele que pune” (HULSMAN, 2004, p. 35), e, sendo a resposta punitiva tão enraizada na nossa sociedade, pode parecer para alguns utópica a ideia de um mundo sem punição, entretanto a diferença entre o número de casos que são julgados até o final e o número de casos que são apenas registrados nas estatísticas policiais revela a existência de uma sociedade que já não faz uso do sistema de justiça criminal – voltando-se para a esfera cível – para lidar com algumas situações tipificadas como crimes.

É justamente esse o principal pilar e a finalidade do abolicionismo penal: mudar a mentalidade e a linguagem punitiva da sociedade, uma vez que as meras reformas penais não passam de formas alternativas de perpetuar os regimes das penas, como já alertava Foucault ao apontar que as reformas são a própria lógica do gerenciamento das prisões, de forma a garantir sua perpetuação no tempo ao oferecer mais prisão como solução ao fracasso do próprio sistema de justiça penal. Entre os mais conservadores e punitivistas, que clamam por mais presídios e por maior endurecimento das penas, até os progressistas e defensores dos direitos humanos – que exigem melhoria nas condições das penitenciárias, à espera de uma utópica ressocialização – há um ponto de encontro: a continuidade das prisões e das penas. O abolicionismo penal propõe justamente a superação dessa lógica tanto por questões humanitárias quanto pela constatação de que, passado tanto tempo, o sistema de justiça penal e as prisões demonstraram que não apenas não funcionam, mas produzem ainda mais problemas. Visa, portanto, a romper com a cultura punitivista – que mais se aproxima da vingança do que da justiça –, problematizando e contestando a lógica e a seletividade do sistema penal, os efeitos da naturalização do castigo e a ineficácia propriamente dita das prisões, que há mais de dois séculos vêm demonstrando que não funcionam e jamais funcionarão como meio de reeducação e de ressocialização.

A proposta abolicionista é justamente livrar-se da linguagem punitiva e da aplicação geral de penas. E, no sentido de mudar-se a linguagem, Hulsman (2005) traz a noção de situação-problema. O autor acredita que, ao conceituar as situações-problemas como “crimes” ou “delitos”, o sistema de justiça penal afirma que determinadas situações conflituosas possuem natureza intrínseca que as diferenciam qualitativamente de outras situações conflituosas e, portanto, devem receber a imposição do castigo como resposta, limitando a possibilidade das pessoas diretamente envolvidas no caso concreto ao uso do modelo punitivo. Portanto a ideia de “situação-problema” abre espaço para que os envolvidos diretos no caso escolham o marco de interpretação do evento e decidam a melhor maneira de lidar com ele, levando em consideração o ponto de vista de todos os interessados e tornando mais fácil pensar em soluções que sejam satisfatórias a todos.

Insta salientar, aqui, a problematização trazida por Christie a respeito da construção ontológica do crime, apontando que este não é nem nunca foi um conceito fixo. De acordo com o pensador, o crime não existe, ele se torna, por meio de variações históricas, uma vez que se trata de uma construção social. De maneira similar, Hulsman afirmava

que um fato punível é um fato sobre o qual a polícia, o fiscal e o juiz trabalham juntos, transformando-o num delito. As condutas tidas como criminosas não possuem nenhum denominador comum que possa distingui-las das demais situações reprováveis que não estão tipificadas. O crime, assim, não passa de uma criação da lei penal que seleciona as condutas que serão passíveis de sua intervenção, seleção esta feita como decisão política e que irá depender sempre do contexto histórico e social da sociedade naquele momento.

Há também uma crença de que as situações-problemas seriam melhor tratadas pela intervenção do sistema penal punitivo, no entanto, após dois séculos de existência, o sistema penal se mostrou capaz de produzir muito mais dor, violência e criminalidade do que ele pretende e promete combater. Além do mais, o que ocorre na prática do sistema criminal trata-se de uma substituição das vítimas reais por vítimas abstratas – como a lei e a sociedade –, de modo que o Estado passa a ser o representante legal das partes, principalmente da vítima. Nesse sentido, Christie entende que o conflito deve contar com a participação dos envolvidos, não de especialistas, oferecendo, ao longo de sua obra, diversos exemplos para demonstrar que já temos práticas abolicionistas no presente, contrapondo a visão equivocada de que o abolicionismo penal se trata de uma utopia irrealizável.

Apesar das diversas correntes, o abolicionismo está interessado em reparar as vítimas efetivamente e em compreender os infratores envolvidos em situações-problemas, abordando o evento de forma apartada da mentalidade punitiva do sistema penal, partindo de uma resolução que envolva seus interessados diretos – a vítima e o infrator –, criando espaço para o diálogo e para uma reparação de fato pelo princípio da conciliação.

Por fim, pressuposto primordial para qualquer abolicionismo que pretenda colocar-se em curso é pensar a questão a partir do problema racial, sob o risco de apenas “sofisticar” o sistema, todavia mantendo intato o *status quo* e o apartheid brasileiro garantidor de benesses e de privilégios à classe branca dominante às custas do genocídio do povo negro (GÓES, 2017). Dessa forma, a construção teórica abolicionista eurocêntrica, apesar de sua importante contribuição, não é aplicável na nossa margem diante da própria natureza racista do sistema penal e da necropolítica histórica em curso no país, de sorte que, para um abolicionismo penal vigorar, pressupõe-se um abolicionismo racial pleno e decolonizador.

3.1 Decolonialidade como premissa básica do projeto abolicionista

Tendo ficado exposta a realidade carcerária e a sua estruturação como necropolítica voltada aos corpos negros, cabe ressaltar aqui a íntima relação entre o escravismo e o sistema criminal, como sendo este uma extensão do projeto de contenção da “animalidade negra” (DAVIS, 2009, p. 13) a que aquele deu início. Faz-se necessário, portanto, pensar o abolicionismo penal a partir dessa realidade: um projeto abolicionista pleno, que se quer compromissado com a desestruturação de um sistema de exploração e de genocídio negro, deve fazer-se levando em consideração o realismo marginal brasileiro. Para isso, esse projeto há que ter em conta a formação histórica brasileira, de modo a encarar que a construção deste país se deu a partir da negação da negritude e da africanidade, colocando o negro no lugar de “Outro” para que a implementação do racismo como estratégia de assentamento institucional por meio do positivismo e da legalidade fosse possível. Sendo assim, o projeto abolicionista deverá ser pensado a partir e para a população negra, de modo a redesenhar o caminho brasileiro, edificando-o sobre a vivência e sobre a experiência histórica de raiz africana na aplicação do conhecimento crítico e da construção das estruturas já tão desfalcadas pela colonialidade.

Esta colonialidade é arquitetada pela manutenção do controle, da dependência e da influência das margens em relação às metrópoles, mesmo já sem o pacto fundacional entre elas. Ela consiste na subordinação e no controle da organização da vida pública, do modo de se viver e até dos pensamentos ao modo do colonizador. Por isso podemos dizer que, mesmo que a independência formal exista há quase dois séculos, a colonialidade vigora até os dias de hoje. É a opressão do grupo dominado pelo dominante, mas que prescinde de dependência formal jurídico-política. A partir disso, entende-se que este processo de dominação pelo poder requer a dominação do saber e o controle das ideias por meio do apagamento das vivências e das narrativas do povo oprimido. Assim, tendo as raízes do saber africano sido obliteradas e apagadas, o colonizador impõe seus poderes pela dominação social através da imposição da sua cultura e dos modelos que regem a sua vivência. Dessa forma, o europeu, ao suprimir os referenciais africanos, implementou o seu referencial católico, de tal modo que foi sempre este o prisma sobre o qual se construiu a estruturação da vida social assim com ela é. O próprio conceito do castigo tem raiz católica e vem a partir da concepção de que o erro e o pecado devem ser punidos com

suplício e dor. A ideia de uma divisão do mundo entre céu, inferno e purgatório, sendo este o lugar onde se sofre por castigos até que se alcance a aptidão para viver no “Éden”, orientou a organização da vida dessa forma dicotômica tal qual a conhecemos, pelo que a ideia católica da punição do erro pelo suplício encontra no cárcere a sua analogia perfeita.

O cárcere aparece, portanto, como resultado de um processo colonial que pretende conter a animalidade negra através de instrumentos de dor e punição encontrados dentro da religião católica. Para que esse castigo seja executado sem ferir a consciência dos operadores desse sistema, a construção da imagem do negro enquanto “Outro” fez-se aqui, mais uma vez, imprescindível: ao colocá-lo na posição de “diferente”, retira-o do lugar de possível compaixão, de forma que a inflição da dor e do castigo se torna menos árdua.

Portanto é sob essa perspectiva que falamos da necessidade e da urgência de um abolicionismo orientado pela decolonialidade. Como apontam Castro-Gómez e Ramón Grosfoguel, a chamada “primeira descolonização” foi incompleta, uma vez que se limitou à independência jurídico-política das ex-colônias. A segunda descolonização, então, seria a decolonialidade: que deverá voltar-se às estruturas de dominação racial, étnica, sexual e epistêmica que a primeira deixou intactas. Assim, a decolonialidade é o aspecto que falta para completar a descolonização e que, ao contrário desta, é um processo estrutural de ressignificação, que não se basta num ato meramente formal, regido de maneira jurídico-política.

Como já supra explanado, a colonialidade do poder é retroalimentada pela dominação colonial do saber, conforme coloca Elisa Larkin Nascimento: “a melhor forma de controlar um povo é controlar o que ele pensa sobre si mesmo” (NASCIMENTO, 2009, p. 60). Assim, a busca por um processo abolicionista a partir da decolonialidade impõe o resgate identitário, responsável por romper com a padronização opressora, e a construção de uma nova identidade coletiva do grupo oprimido. O primeiro passo para esse projeto só se faz possível com base no Pan-africanismo e na afrocentricidade, que demandam o resgate do protagonismo negro roubado pela colonialidade. É nesse sentido em que a afrocentricidade aparece como força motriz desse processo: enquanto perspectiva de localização de sujeitos políticos, ela reorienta o sentido de ação, uma vez que, por meio da retomada do pensamento histórico de matriz africana, coloca a negritude no centro geográfico do pensamento, como prisma orientador através do qual

enxerga-se a sociedade. Dessa forma, os coadjuvantes (forçosamente colocados como tal) assumem o protagonismo da sua própria história, de tal modo que não se configuram mais como o “Outro”, inferiorizado e sempre passível de desconfiança e de medo, mas como integrantes do mesmo corpo social. Colocar a africanidade no centro dos debates é, portanto, desestigmatizar a percepção do negro enquanto alheio às decisões sociais, e inseri-lo como condutor das discussões, de modo que estas passem a ser participativas e não mais excludentes.

Substituir os referenciais católicos e coloniais de castigo e de punição por uma óptica decolonial de matriz africana não é utópico. A fim de ilustrar isso, apropriar-nos-emos aqui do exemplo dado por Alessandro Baratta do “Estado Mestiço”, que é pensado e construído decolonialmente a partir das heterarquias epistemológicas: uma sociedade que se entende e se organiza de forma relacional, de modo que edifica a sua estruturação a partir do sentimento de pertencimento social ao todo, de sorte que exclui a estigmatização e criação do “Outro”. Assim, o todo social é que tem responsabilidade perante seu integrante, de sorte que o erro individual configura uma falha coletiva. Fá-lo da mesma forma a Ética Ubuntu, a qual entende o próximo como uma extensão do ser, não existindo, assim, o “Outro” enquanto diferente, pelo que a relação entre os indivíduos dentro da comunidade é de responsabilidade mútua.

Dessa forma, reorientar as perspectivas através da óptica decolonial que se orienta pela afrocentricidade significará ter uma pluralidade de manifestações que abraça as diferentes identidades que compõem a sociedade e que as reconhece de maneira a integrar o todo social, e não de modo excludente como uma continuidade do *apartheid* brasileiro. De tal sorte que, como única alternativa ao apagamento e ao genocídio negro, resta-nos um abolicionismo decolonial participativo, que não só desconstrói a posição do negro enquanto “Outro”, mas que se orienta a partir dele e para ele.

3.2 Propostas abolicionistas

Escancaradas as atrocidades que assolam o atual sistema penal, importa ter em conta a completa ineficácia das penas. Apesar das rebuscadas construções teóricas que pretendem fundamentar sua legitimidade, as penas funcionam de forma tal que a sua função não é outra senão a de retribuir o mal do crime, ao passo em que o que as referidas

construções fazem é tentar esconder a dor intencionalmente desejada pela punição. Assim, criou-se e difundiu-se a ideia de que o castigo é a consequência natural do crime, como se houvesse uma relação causal naturalística entre estes dois. Portanto evidencia-se que a relação do binômio crime-castigo não passa de mera construção teórica para sustentar a inflição consciente da dor como forma de controle social, concretizando projetos políticos embasados em interesses lucrativos das corporações que estão por trás do projeto de encarceramento em massa.

Além de ser materialmente vazia, a teoria das penas tem sua raiz na teologia escolástica, de forma que a ideia da dor como resposta ao pecado é a herança católica mais explícita em nosso sistema penal. O catolicismo se imiscui no sistema de justiça criminal também por outras vias: faz-se presente no funcionamento e na organização do sistema de modo a garantir a dicotomia conflitua, que reconhece em um dos envolvidos a culpa; é observável também na própria redação das leis penais, que codifica a moral judaico-cristã de forma universalizante.

A conjugação dessas ideias já tão enraizadas em nossa margem – o castigo como consequência direta do crime, fomentado pela dicotomia católica e pelas heranças escolásticas – acabaram por sedimentar um terreno social que elege a pena como única solução para o crime. Tal pensamento é motor não só do punitivismo patente no imaginário social, mas também, e principalmente, da normalização do sofrimento, o qual passa a ser aplicado pelo Estado de forma apática e natural, de tal modo que este isenta-se da culpa da dor que causa no ofensor (pela inflição da punição e das violências a ela inerentes) com a justificativa de que a culpa é só deste porque foi ele quem primeiro agiu. Dessa forma, fica explícita, como a única finalidade da pena, a retribuição do sofrimento, não havendo, nesse sistema, lugar para a recuperação física, psíquica, social ou financeira do ofensor. O sistema de justiça criminal, ao operar dessa forma, além de toda indignidade a que o submete quando o arrasta para a [não] vida no cárcere, só lhe causa impactos negativos quando de lá sai: a estigmatização que lhe irá perseguir eternamente e que o impede de se (re)inserir no mercado de trabalho, nos sistemas de educação e que o marginaliza e volta a alocá-lo em torno de vulnerabilidades.

Cabe, ainda, desmentir e refutar a alegada função de prevenção geral da pena. A ideia de que a pena dissuade as potenciais atitudes “criminosas” não passa de uma análise

reducionista, simplista e incorreta de correlação das variáveis, porque não existe prova de que a punição de alguém cause a desistência do cometimento de um possível crime por uma outra pessoa. A correlação que se estabelece entre o maior recrudescimento das penas e a dissuasão dos agentes no cometimento de crimes chega a beirar o absurdo, exatamente porque, se partíssemos dessa mesma lógica, sentenciar alguém à morte ou realizar a mutilação do ofensor seria justificável para estabelecer um controle social de prevenção geral, dissuadindo outras pessoas a cometerem o mesmo crime.

Ademais, a generalização dos indivíduos e de suas ações infracionais, pela normalização de condutas incômodas classificadas como crime, impede que a justiça penal consiga lidar com cada evento de forma única, considerando suas singularidades, estabelecendo, assim, fórmulas e regras universalizantes que devem ser aplicadas a todas as situações problemáticas. À vista disso, Hulsman propôs romper com a referida universalidade da lei pela construção de uma visão anascópica da realidade, isto é, pela interpretação e resolução do problema fora do âmbito penal e por meio de uma linguagem livre dos conceitos discriminatórios e estigmatizantes dos sujeitos envolvidos e das situações experienciadas. Assim, livres da linguagem do sistema penal, conseguimos livrar-nos da equivocada visão da realidade ontológica do crime, demonstrando não haver nenhuma natureza intrínseca que permita reconhecer comportamentos tidos como criminosos, fazendo-se necessário e possível criar interpretações livres acerca dos eventos conflituosos, possibilitando, ainda, que as soluções sejam pensadas para e pelas pessoas diretamente envolvidas. As situações-problema figuram, portanto, como instrumentos de descriminalização de eventos, na medida em que, ao recusar a visão ontológica do crime, não define previamente comportamentos puníveis, abrindo espaço para que as pessoas envolvidas no caso concreto escolham o marco de interpretação daquela situação e, conseqüentemente, a melhor maneira de lidar com ela. Nesse contexto, insta salientar a construção do homem comum pela grande mídia, pela política criminal e discursos políticos a fim de legitimar o sistema penal, homem este vingativo e que não faz qualquer distinção entre marginais e violentos, colocando todos aqueles tidos como “criminosos” em uma mesma caixa, reservando-lhes o desprezo público e a repressão (HULSMAN; DE CELIS, 1993).

Perpetua-se, assim, a visão dicotômica de homem bom contra homem mau, reforçando a ideia de que há um grupo de pessoas que não devem viver entre os cidadãos

de bem: os criminosos. E antes de qualquer tentativa de criação de um novo terreno conceitual – em que seria possível pensar em alternativas ao encarceramento como objetiva o abolicionismo penal –, é imprescindível questionar a forma como os ditos “criminosos” foram agrupados em uma grande classe que, além de não diferenciá-los entre si, não lhes permite merecer, muito menos reivindicar qualquer direito civil e humano que é concedido aos demais (DAVIS, 2018). Isso porque a imagem do delinquente, do criminoso, reforçada constantemente, induz a sociedade a aceitar as medidas “excepcionais” (não tão excepcionais assim) direcionadas aos que ingressam no sistema de justiça criminal. Entretanto o número de pessoas que infringem a lei é absurdamente maior que o número de pessoas consideradas criminosas, ao passo em que todos nós – arrisco dizer – já cometemos ao menos um crime na vida. Desse modo, os denominados delinquentes constituem apenas uma parcela dos “transgressores da lei”, composta majoritariamente pela camada mais pobre da sociedade, sendo a ação do sistema penal distribuída de forma desigual sem ser justificada por qualquer critério objetivo.

A distorção da realidade criada pelos meios de comunicação de massa têm papel crucial na formação da opinião popular que senta no sofá diariamente em frente à televisão e vê uma sociedade tomada pela criminalidade e pela impunidade, aos berros de fundo de algum apresentar sensacionalista qualquer, que clama por vingança e coloca a prisão e a polícia repressiva como solução para todo o mal que nos acomete. A disciplina e o controle social seriam muito mais difíceis – se não impossíveis – se a irracionalidade do sistema penal fosse largamente divulgada, apontando como este falhou “na reabilitação do encarcerado, na intimidação, em sua proposta preventiva, na interdição dos transgressores e em sua proposta de uma justiça equilibrada” (SALLES, 2011, p. 138). E apontar essas falhas é um dos principais objetivos do abolicionismo penal.

Hulsman distinguia o abolicionismo em duas posturas, como movimento social e como teoria crítica. Como teoria crítica, trata da abolição da linguagem punitivista e da adoção de uma linguagem que devolva o protagonismo das situações-problema aos diretamente envolvidos. Já enquanto movimento social, nega a legitimidade da justiça criminal e luta pela sua abolição, buscando soluções para eventos conflituosos longe da esfera penal e da lógica punitivista. Assim, entre as propostas que visam à abolição do sistema criminal, a retirada de determinadas condutas das legislações penais merece destaque ao eliminar as respostas punitivas como método de resolução de situações-

problema e ao superar o conceito de crime, possibilitando o encontro de novas maneiras conciliatórias de lidar com o evento.

Por conseguinte, a descriminalização das drogas apresenta-se como assunto de suma importância e estratégia urgente para o projeto de desencarceramento, visto que o uso de psicoativos, por mais nocivo que seja, não é questão de segurança pública, mas sim de saúde pública, ao passo em que o proibicionismo e a repressão da Guerra às Drogas se mostraram onerosos demais e ineficazes em seu controle. Todavia faz-se imprescindível que esta estratégia seja acompanhada de políticas de redução de danos, campanhas de conscientização e prevenção, além de acesso a tratamento voluntário nos serviços públicos de saúde.

E não para nem deve parar por aí. Precisamos identificar quais comportamentos – hoje tipificados nas legislações penais – podem ser descriminalizados como passo inicial no processo de desencarceramento e abolição. Nesse sentido, alguns exemplos seriam: a eliminação de processos punitivos em relação aos imigrantes que tenham entrado no país sem documentação adequada; a descriminalização e a regulamentação do trabalho sexual; a descriminalização de crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça, como furtos por exemplo. Todavia qualquer alternativa que se oponha ao sistema penal vigente deve se propor também a combater o racismo, o sexismo, a homofobia, o elitismo e qualquer outra estrutura de dominação, sob pena de falhar na tentativa de uma abolição plena. Em razão do mesmo risco, a descriminalização não pode ser utilizada como justificativa para redimensionar o controle exercido hoje pelo sistema penal para um controle a céu aberto realizado por meio de penas alternativas, terapias e internações compulsórias, sustentando, assim, o círculo vicioso de reformas penais, mantendo inalterado o *status quo*.

Nesse sentido, a alternativa trazida por Hulsman de mudança da linguagem punitivista já explanada acima, ao não estabelecer um referencial universal, deixa a critério dos interessados a escolha de um referencial de interpretação para o acontecimento. A intenção aqui é a de que as organizações estruturem-se de modo a fornecer a melhor diligência e a responder melhor às necessidades dos envolvidos, porque o que se pretende, afinal, é a devolução do protagonismo da situação àqueles que estão diretamente incluídos nela. O que na prática acontece com o atual sistema de justiça criminal é a obrigação da resolução dos conflitos pelas vias burocráticas e punitivas e essa obrigação verticalizada

acaba, não só por engessar as soluções possíveis ao conflito, mas também por afastar os envolvidos da própria decisão. Portanto o que se constata é que a imposição da via penal rouba o protagonismo, desprezando as particularidades que de fato integram o caso e ignorando as realidades pessoais e sociais dos envolvidos.

Hulsman propõe, portanto, cinco estilos de resolução de conflitos: o punitivo, o conciliatório, o compensatório, o terapêutico e o educativo, os quais, em teoria, permitiriam fixar interpretações que aproximam os envolvidos e levam em conta suas particularidades individuais e sociais na busca de uma solução satisfatória para todos. Aqui também importa referir a alternativa colocada por Angela Davis, por Hulsman e por outros teóricos abolicionistas sobre o uso do direito civil na resolução das situações-problemas, para este último, tal recurso permitiria a compensação das perdas e dos danos e aproximaria os envolvidos na construção de uma solução satisfatória para ambas as partes, por meio do acordo indivíduo-indivíduo e de uma aproximação não estigmatizante entre eles, em que se fomenta a criação de espaços de proatividade dos sujeitos vitimizados e criminalizados.

Há, no entanto, que se salientarem algumas ressalvas e erros de que padecem as medidas alternativas. Um sistema no qual são adotadas tais medidas, mas que não se propõe a abolir a lógica do castigo, estará fadado ainda à manutenção do punitivismo, do encarceramento em massa, das estigmatizações dos indivíduos e consequentemente da perpetuação do genocídio negro, porque o sistema penal e os interesses que o regem acabam por se apropriar do discurso minimalista e das propostas alternativas de diversificação penal como mais uma forma de instrumentalização do sistema de justiça criminal, servindo às demandas e aos clamores punitivistas, punindo mais e mais rápido. É o que já acontece no Brasil, onde foram adotadas medidas alternativas de mediação penal e de conciliação sob a alegada pretensão de se proceder a uma “justiça restaurativa” por meio dos institutos despenalizadores inaugurados pelos Juizados Especiais Criminais, por exemplo, mas que, por fim, acabou por funcionar como mais uma engrenagem do grande moedor de carne que é o sistema penal, de forma tal que servem hoje às necessidades de economia e de celeridade do próprio andamento do processo penal. Medidas que não se proponham a deslegitimar o sistema punitivo e a lógica dos castigos estarão fadadas ao fracasso e à manutenção dos interesses racistas, classistas e higienizadores já vigentes.

No mesmo erro incorrem as teorias abolicionistas de Christie e Mathiesen, que assumiram, ao longo do tempo, fazerem parte da corrente minimalista do abolicionismo penal ao defender que não podemos abolir a instituição penal completamente e que há uma quantidade razoável de punição que deve ser preservada, entendendo-a como indispensável em determinados casos. Entretanto, ainda que estratégias de contenção do encarceramento sejam benéficas e preliminares ao abolicionismo total, é necessário que tenhamos muito cuidado para que as soluções postas não saiam pela culatra. É preciso pensar se uma substituição do sistema penal por um sistema penal mínimo não se diferenciaria apenas pelo grau de intensidade, mantendo os mesmos impactos, as mesmas finalidades e as mesmas consequências de sempre.

Em contraposição a tais ideias, o abolicionismo libertário reconhece a ineficácia da prisão em educar, propondo sua abolição sem construir nada no lugar e sem oferecer um modelo único e fechado, apontando em soluções individualizadas das situações-problemas que busquem, acima de tudo, ressarcir as vítimas. E por não oferecer um modelo único e fechado de resolução de conflitos, discorda também de Hulsman no que diz respeito aos modelos supramencionados por considerar que estes podem vir a ser imobilizadores, não só pelo seu conteúdo, mas pela própria existência de um modelo, na medida em que o rompimento com a universalidade é também o rompimento com o pensamento por modelos.

A ideia, portanto, é de que sejam pensadas respostas-percurso, que não propõem uma resolução pronta de antemão, de modo a lidar com cada situação como única e exclusiva, buscando respostas específicas para aquele caso concreto e levando em consideração aqueles diretamente envolvidos, rejeitando, assim, a universalidade das leis. E se respostas padronizadas não funcionariam, tampouco nos serviriam soluções eurocêntricas, produzidas sem considerar o impacto do colonialismo em nossa sociedade e a realidade latino-americana, de sorte que uma criminologia que não se preocupe em pensar conforme essa perspectiva criaria uma permanência e uma continuidade do modelo colonial na produção de conhecimento e, conseqüentemente, na constante reinvenção do sistema de controle penal com penas corporais atualizadas e pelourinhos transferidos para dentro dos estabelecimentos prisionais.

Logo a criminologia crítica precisa preocupar-se em compreender o processo histórico de formação do Brasil, rompendo com qualquer resquício colonial imperialista, devendo o abolicionismo decolonial ser pensado pelo e para o realismo marginal brasileiro, utilizando marcos teóricos e epistêmicos para a nossa realidade, incorporando, para tanto, nossos saberes únicos de resoluções de conflitos já praticados por aqui. É imprescindível, além disso, que seja considerada a produção literária crítica africana acerca da criminologia e da decolonialidade, que pensa com e a partir de corpos e de lugares étnico-raciais e sexuais subalternizados.

No mesmo sentido, propõe-se uma reflexão a respeito da criminologia crítica branca construída até então, responsável por reiterar que as desigualdades do sistema de justiça penal sejam um problema exclusivamente do negro ao não reconhecer o branco como peça fundamental na manutenção das desigualdades raciais, isentando a branquitude da discussão [unilateral] da seletividade do sistema criminal e omitindo-se em relação aos benefícios simbólicos e concretos de que desfrutam, como verdadeira “guardiã silenciosa de privilégios” (BENTO, 2002, p. 55).

4. CONCLUSÃO

Os indicadores estatísticos que escancaram o genocídio negro em curso mostraram como a ação do Estado é preponderante na alta vitimização e no encarceramento de jovens negros, provando a verticalidade desse genocídio que é projetado e operado de maneira institucional. Nesse sentido, chamamos atenção para a existência de um projeto necropolítico de encarceramento negro em massa, que indubitavelmente nos é revelado a partir da existência de um verdadeiro histórico de construção criminal contra a população negra que criminaliza a negritude desde os primeiros Códigos Penais brasileiros e que faz recair sobre esses corpos o estigma de delinquência e de periculosidade. É o encarceramento, que acontece nesses moldes de seletividade e de estigmatização, que compõe um dos principais vértices do genocídio anti-negro, no qual o cárcere assume o papel simbólico e concreto do apagamento da negritude. A condição desumana e insalubre do cárcere é a manifestação desse genocídio e percebe-se como isso se articula com um verdadeiro projeto de um Estado de cariz necropolítico: os abusos do cárcere não são resultados de uma crise ou de falência do sistema, são expressões do próprio cárcere, do que ele é e pretende ser, são

omissões programáticas, que atuam como um dos instrumentos mais cruéis do genocídio contra a população negra, de tal modo que reformas do sistema de justiça criminal não alteram esse estatuto, mantêm as opressões e a irracionalidade punitivista do sistema. Assistimos ao fracasso do sistema penal em educar por punições: vimos a falha das penas, seu esvaziamento teórico e o problema da via punitiva na generalização dos indivíduos e da imposição de “soluções” universalizantes que não consideram as singularidades de cada evento e dos seus envolvidos.

É nesse sentido que apontamos para o abolicionismo penal como via que visa a romper com a cultura punitivista seletiva que escolhe racialmente os corpos que irão sofrer os castigos. E, para tanto, coloca-se como um imperativo e pressuposto fundamental do abolicionismo, pensar a partir do problema racial. Por isso, apontamos para um abolicionismo decolonial, que se propõe a reorientar a perspectiva dos discursos, que desconstrua a figura do negro enquanto “Outro” estigmatizado e que entenda o crime não como um erro individual, mas como uma falha coletiva, que exige a responsabilização de todos, uns perante aos outros.

Propõe-se, portanto, a descriminalização associada à políticas de combate ao racismo, ao sexismo e a qualquer outra forma de dominação para, por meio da superação do conceito de crime, possibilitar a abordagem de situações conflituosas fora da esfera penal e longe de respostas punitivas, sempre tendo atenção às propostas para que não sejam utilizadas como um instrumento para redimensionar o controle do sistema penal ao invés de romper, de fato, com o punitivismo e com as estruturas de opressão.

Propomos, assim, o abolicionismo libertário, que reconhece a ineficácia da prisão e pretende sua abolição sem construir nada no lugar e sem oferecer um modelo único de resoluções engessadas, de modo a lidar com cada situação como única e exclusiva, de forma individualizada e considerando suas singularidades. Para a consolidação de um abolicionismo que se quer disruptivo, é preciso compreender que o projeto abolicionista é sempre inacabado, de forma que as mudanças propostas acompanham a complexidade dos conflitos que aparecem, de tal modo que, com o surgimento de novos “contrastes internos”, novas abolições são necessárias.

Sendo assim, a decolonialidade é apresentada como pressuposto fundamental ao processo abolicionista, na medida em que a emancipação somente poderá ser completa e

definitiva pela transformação radical das estruturas vigentes, com a ruptura das hegemonias raciais e étnicas, responsáveis pela perpetuação do genocídio da população negra.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 02. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- AMARAL, Sharyse Piroupo do. *História do negro no Brasil*. Brasília: Ministério da Educação. Secretária de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; Salvador: Centro de Estudos Afro Orientais, 2011.
- BARATTA, Alessandro. Ética e pós-modernidade. In: KOSOVSKI, Ester (org.). *Ética na comunicação*. 03. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1995. p. 133-156.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 02. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público*. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- BRASIL. Senado Federal. *Relatório Final CPI Assassinato de Jovens*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- CARNEIRO, Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado em Filosofia da Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- CARVALHO, Luiza Sousa de. O encarceramento em massa da população negra, agenciado pelo Estado brasileiro, como um mecanismo do genocídio anti-negro. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM SERVIÇO SOCIAL, 16., 2018, Vitória. *Anais [...]*. Vitória, Universidade Federal do Espírito Santo, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/abepss/issue/view/938>. Acesso em: 12 set. 2020.
- CASTRO-GÓMES, Santiago; GROSGOUEL, Ramon (ed.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central: Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos; Pontificia Universidad Javeriana: Instituto Pensar, 2007.

CECCHETTO, Fátima Regina; MONTEIRO, Rodrigo de Araujo; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. “BASTA TÁ DO LADO” – a construção social do envolvido com o crime. *Caderno CRH*, Salvador, v. 31, n. 82, p. 99-116, jan./abr. 2018.

DAVIS, Angela Yvonne. *A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

DAVIS, Angela Yvonne. *Estarão as prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN* – dezembro de 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 29 ago. 2020.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo, 1880-1924*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *O corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 03. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

GÓES, Luciano. Abolicionismo penal? Mas qual abolicionismo, “cara pálida”? *Revista InSURgência*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 94-124, 2017.

HULSMAN, Louk. A Aposta por uma Teoria da Abolição do Sistema Penal. Tradução de Natalia Montobello. *Revista Verve*, São Paulo, v. 08, p. 246-275, 2005.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Tradução de Maria Lícia Karam. São Paulo: Nu-Sol; Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HULSMAN, Louk. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Tradução de Maria Lícia Karam. São Paulo: Nu-Sol; Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Niterói: Luam, 1993.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral*: Tabela 6403 – População, por cor ou raça, 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6403>. Acesso em: 26 ago. 2020

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Atlas da violência 2020*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/2010-atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020.

LOSURDO, Domenico. Como nasceu e como morreu o “marxismo ocidental”. Tradução e revisão técnica de Carlos Alberto Dastoli. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 16, n. 30, p. 213-242, 2011.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Rio de Janeiro: [s. n.], v. 32, 2016.

MOORE, Carlos Wedderburn. *O Racismo Através da História: da antiguidade à modernidade*. 2007. Disponível em: <https://afrocentricidade.files.wordpress.com/2007/07/o-racismo-atrav3a9s-da-histc3b3ria-carlos-moore.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

NASCIMENTO; Elisa Larkin (org.). *Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora*. São Paulo: Selo Negro edições, 2009.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre *um* abolicionismo penal. *Revista Verve*, São Paulo, v. 9, p. 83-114, 2006.

PEREIRA, Cláudio; SANSONE, Livio. *Projeto UNESCO no Brasil: textos críticos*. Salvador: EDUFBA, 2007.

SÁ, Alvino Augusto de. O caos penitenciário... seria mesmo um caos? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 203, p. 15-16, 2009.

SALLES, Anamaria Aguiar e. *Louk Hulsman e o abolicionismo penal*. 2011. Tese (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, Silvio José Albuquerque e. *Combate ao racismo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Apresentação oral

**O *SLAVE SHIP* COMO PARADIGMA DE ANÁLISE DOS APARATOS
DE VIGILÂNCIA NO GENOCÍDIO ANTINEGRO PELO ESTADO
BRASILEIRO**

*THE SLAVE SHIP AS PARADIGM ANALYSIS OF BLACK PEOPLE'S
GENOCIDE BY THE BRAZILLIAN STATE*

Elizandra Salomão

Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília
lizysalomao@gmail.com

Pedro Diogo Carvalho Monteiro

Mestrando em Direito Penal e Liberdades Públicas pela Universidade Federal da Bahia.
Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Advogado. pdiogo2008@
gmail.com

Resumo: Esse artigo tem como o objetivo criticar o uso do panóptico (FOUCAULT, 2013) como um paradigma de análise dos aparatos de vigilância a partir da lente teórica do genocídio da população negra no Brasil. A partir das contribuições teóricas de Simone Browne (2015), encontramos no navio escravista um paradigma muito mais efetivo para entender as dinâmicas de vigilância dos aparatos policiais brasileiros em face da população negra, encontrando continuidades entre a arquitetura escravista punitiva e arquitetura penal punitiva. A partir dessa operação conceitual podemos encontrar chaves para a compreensão da introdução de novas tecnologias de vigilância no Brasil.

Palavras-chave: Genocídio da população negra; vigilância; panóptico; Slave Ship. diáspora africana.

Abstract: On this article we developed a critic on the use of the Bentham's Panoptic (FOUCAULT, 2013) as a paradigm of surveillances on black people's genocide projected by the Brazilian State and it's criminal agencies. From the theoretical construction developed on *Dark Matters: on the surveillance of blackness*, (2015), we've found on the

Slave Ship a better paradigm to understand the dynamics of surveillance towards the black population, finding continuities between the slaverist architecture and the punitive one. Through this conceptual operation we can find keys to comprehend the introduction of new police surveillance technologies in Brazil, like facial recognition.

Keywords: Black People's Genocide; Surveillance; Panoptic; Slave Ship, African Diaspora.

Sumário: 1. Introdução; 2. O panóptico como paradigma de análise das estruturas de vigilância; 3. O genocídio da população negra no Brasil e sua arquitetura punitiva; 4. Da insuficiência do panóptico para a possibilidade do navio escravagista como paradigma dos aparatos de vigilância no genocídio antinegro brasileiro; 5. Novas tecnologias do aparato policial brasileiro e o navio escravagista como metáfora analítica; 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca questionar o uso do Panóptico como paradigma de análise dos aparatos de vigilância no sistema penal brasileiro, entendendo que este foi montando para alcançar os fins do projeto político de genocídio da população negra pelo Estado. Nosso objetivo é oferecer uma saída a partir da imagem do navio escravista trazida pela socióloga canadense Simone Browne, como uma metáfora analítica muito mais compreensiva das dimensões da violência antinegra pela sua centralidade no processo de Diáspora Africana. Assim compreendemos o conceito de navio escravista como estrutura que nos assiste em compreender o vigiar e punir brasileiro, centrado na eliminação do povo negro, inclusive nos emprestando chaves para a compreensão das novas tecnologias de monitoramento do sistema penal.

Ao passo que o Panóptico é colocado por Foucault (2013) sobre uma sociedade de relações muito diferentes com a racialidade, Browne (2015) se aproxima daquela relação escravocrata vista no Brasil (Nascimento, 1978). Na sua conformação de trabalho, como no Brasil, os Estados Unidos da América se firmaram como exploradores de mão de obra escravizada, e apesar da patente diferença entre o racismo à brasileira – de marca e o racismo à estadunidense – de origem (Nogueira, 1998), e os subprodutos de tão instigante

incidência, como na oposição entre a cisão da sociedade estadunidense em relação ao mito da Democracia Racial (Freyre, 2019), há semelhanças que não podem ser ignoradas.

Com isso, queremos dizer que o paradigma do *Slave Ship* ou Navio Escravista pode ser aplicado à realidade brasileira, na medida em que se reconhece que a alarmada e celebrada harmonia e integração plenas de raças no Brasil não passa de uma maquiagem. Uma piada de mau gosto, que exposta aos quatro cantos do mundo nos colocou nesse lugar ansiado, uma ficção sustentada na “mistura de raças” como salvadora de sociedades racistas. Em meio a um amplo debate sobre colorismo (DJOKIC, 2015), nos vemos num contexto em que as violências que nos atingem enquanto povo preto ultrapassam a marca. As estruturas de terror aplicam-se suas violências em um nível para a população atravessada pela raça que não se interessa em definir quem é mais ou menos negro, quem tem mais ou menos melanina. A polícia sempre sabe quem é negro.

Na falsidade da conclusão em relação aos dados, o genocídio negro se impõe sobre uma população que em idade cada vez mais tenra tem tirado seu direito à vida, em muitos sentidos. A vida na autonomia sobre o corpo, sobre a privacidade, sobre a vida digna em relação à alimentação, ao lazer, ao acesso a direitos previstos em nível fundamental, petrificados na Constituição Federal de 1988 por meio de muita luta dos movimentos negros. Nesse sentido, a vida seria a capacidade de gozar dos preceitos considerados básicos por uma sociedade, negados por um estado de coisas eminentemente racista. O racismo estrutural (ALMEIDA, 2019) se impõe sobre a juventude negra fazendo-a duvidar da sua própria condição de humanidade, reduzindo-a à busca do necessário para a sobrevivência.

Assim é até que o Estado, na sua ausência em políticas públicas de acesso a direitos básicos e ferramentas de ascensão social, na ilusão liberal de pessoas que se “constroem de baixo” e se tornam exemplos para serem esfregados em raras manchetes de jornal, ou por meio de seu braço armado, a polícia, tiram vidas que sequer tiveram oportunidade de refletirem sobre a bala que os atingiu. Ao contrário da Democracia Racial, a ignorância sobre as mazelas que atingem pelo menos metade da população brasileira – composta de pretos e pardos (IBGE, 2010) – é plena. Sofremos do mal que nos alcança diretamente e daquele que não conseguimos ver, tornado opaco no olhar vigilante em cada esquina, seja humano ou eletrônico, seja câmera ou tela.

Estamos, enquanto coletivo, sob constante vigilância de um sistema cujas bases são fincadas no Racismo, e o paradigma do Panóptico se demonstra insuficiente para explicar as relações do sistema de justiça penal brasileiro com a população que nos abrange. Quando verificamos a corporeidade do controle, da vigilância e da punição, estamos com os dois pés num ponto fora da curva daquele ideal. Somos legados à estabilidade em índices econômicos de miserabilidade, acumulados em estados de submoradias, relações de renda intermitentes, temos negado nosso acesso a aparelhos culturais e opções de lazer, que concentrados em locais de alta renda per capita, se limitam a satisfazer os locais, quem pode custear altos valores em metros quadrados.

Longe de nos amalgamar à realidade do negro estadunidense, buscamos alternativas para corrigir os graus de miopia da aplicação generalizada de uma ideia que já se mostra simples demais para a nossa realidade. No *Slave Ship*, na definição de Marcus Rediker, trabalhada por Simone Browne na obra *Dark Matters: on the surveillance of blackness* – infelizmente ainda não traduzida – vemos uma possibilidade de melhor alocar a lógica em que nos enxergamos: de um genocídio sob múltiplas facetas, sustentadas sobre peles negras, que apesar das máscaras brancas (FANON, 2008) que insistem em nos colocar, são negras, independente do tom.

2. O PANÓPTICO COMO PARADIGMA DE ANÁLISE DAS ESTRUTURAS DE VIGILÂNCIA

Michel Foucault se utilizou do Panóptico como metáfora analítica da arquitetura punitiva da Modernidade Capitalista Europeia. Baseada na vigilância, no disciplinamento e docilização de corpos, colocando-o como imagem de uma transformação social que não direciona mais ao corpo o punir, como nos suplícios. O panóptico é pensado tal qual uma estrutura de celas separadas, individualmente vigiadas pela opaca presença de um vigilante na torre central. Fundamenta-se sua estrutura em uma vigilância assimétrica onde o prisioneiro tem seu comportamento conduzido pela noção de que pode (e deve) estar sendo sempre vigiado. O Panóptico assim explica a lógica de docilização e disciplinamento de corpos da Modernidade.

Dois outros princípios fundamentais da estrutura, como explica David Lyon (1994), são o isolamento individual dos vigiados e a permissão de administração de penitenciárias

pelo poder privado. O Panóptico representa bem uma Modernidade da Europa Ocidental em transição, e continua sendo utilizado como uma metáfora analítica dos dispositivos de vigilância, sobretudo em tempos de ferramentas eletrônicas, biométricas e de videomonitoramento. No entanto, o que questionamos neste trabalho é o seu alcance para compreender os aparatos de vigilância do sistema punitivo brasileiro, e sua lógica baseada na violência corporal como se vê exaustivamente nos telejornais e através de denúncias de ativistas e militantes, com destaque aos do movimento negro. E assim como Foucault observou a sociedade europeia e seus modos de vigiar e punir, procuramos percorrer um caminho semelhante na realidade brasileira, usando da chave explicativa do genocídio da população negra como projeto político do Estado Brasileiro.

Imaginando a projeção de sombras sobre uma base transparente de acrílico sobre uma estrutura pré-existente, a projeção do Panóptico sobre a vigilância da forma brasileira deixa várias lacunas. A ordem exigida, disposta de maneira bastante geométrica sobre determinado território nem sempre é seguida. A princípio, vemos que a estruturação de escolas, hospitais e presídios segue uma lógica semelhante, a disposição vigiável de pessoas enfermas expostas por amplas janelas, os corredores amplos dando visibilidade plena ao observador em escolas, a organização de celas gradeadas por um lado, acessíveis para a vigia. Considerando uma arquitetura planejada, possível em tempos de efetivo e alto investimento em políticas públicas de saúde, educação e segurança pública pelo Estado Brasileiro. Em oposição ao momento e local histórico da escrita de Foucault, a arquitetura das estruturas investidas em políticas públicas brasileiras tem crescimento em planejamento, inclusive arquitetônico a partir da segunda metade do século XX, com a mudança da capital.

O descompasso histórico se dá tanto pela antiguidade da estrutura europeia em relação ao Brasil, quanto à natureza político-econômica que rege os governos brasileiros até o tempo presente. A cultura de um Estado que beneficia proprietários de terra, que teve políticas de fomento à migração de pessoas da Europa enquanto expulsava pessoas negras dos campos de trabalho escravo direto para a marginalidade permitiu uma organização própria de bairros inteiros, favelizados pela tentativa de desaparecimento forçado daquelas pessoas. Se faz necessário perceber que a organização estrutural de favelas ao longo do país se deu de diversas formas, quase todas próprias às necessidades daquelas pessoas naquele momento de construção. Legadas a partes de cidades pela ordem de ocupação, punidas

com a fome e com o desemprego, acumuladas de qualquer forma pelo Estado ausente de políticas de dignidade, mas sempre presente em políticas de segurança (Flauzina, 2006).

Compreendemos que o escopo não só foge da estrutura do panóptico como a subverte, a exemplo das disposições de ruas em favelas construídas sobre morros no Rio de Janeiro. Com ruas estreitas, acesso ascendente, curvas frequentes e casas dispostas de maneiras irregulares. Vendo de cima a impressão é a de um mar de casas de onde não se vê entrada ou saída. Começam num ponto, terminam em outro e para acessá-las se utiliza do conhecimento de quem as construiu e nelas vivem. Situação semelhante se verifica na união das cidades de Ceilândia e Taguatinga, Regiões Administrativas do Distrito Federal, ambas planejadas em disposições geométricas e regulares, elas não necessariamente estariam separadas apenas pela mudança de lado de uma rua, não fosse pela construção irregular de novas ruas, curvas, íngremes e irregulares no espaço que as separava (Figura 1).

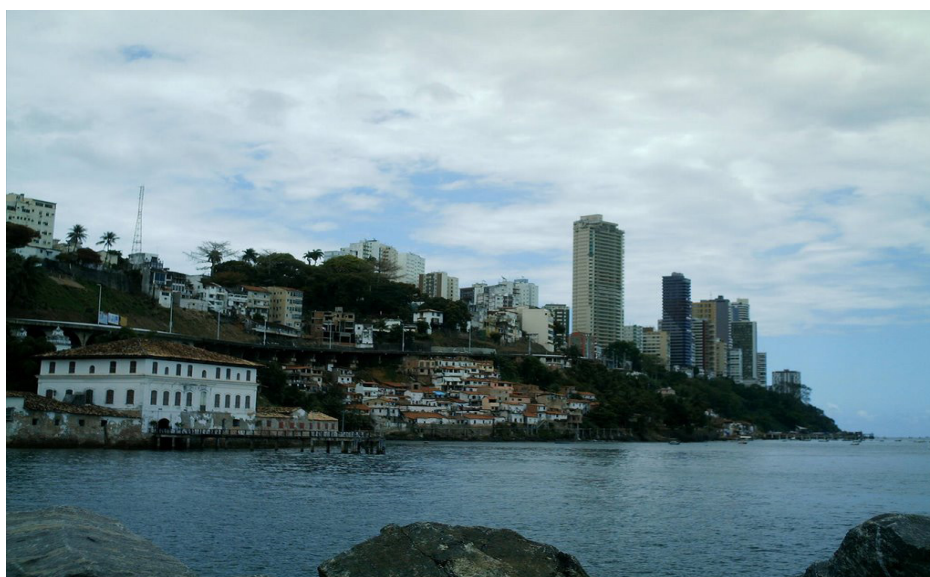
Figura 1: Reprodução: Google Maps – Mapa M Norte – Taguatinga (Em destaque)



Em Salvador, a disposição de bairros favelizados entre bairros nobres, como o clássico caso da Gamboa, permite reflexões muito relevantes. A favela fica a beira mar e ao lado do Solar do Unhão (Figura 2). Atualmente abrigando o Museu de Arte Moderna da cidade, o antigo engenho de açúcar conta com uma casa grande, uma capela e uma senzala. Espaço gentrificado, a senzala dá lugar a um restaurante com vista para o mar através de janelas gradeadas. Cruzando o mesmo Atlântico pelo olhar, a liberdade de

organização em torno de uma estrutura fortificada, a impressão fica com a acessibilidade misteriosa, uma praia quase exclusiva e muitas cores. Cores demais para caber num plano sintético europeu, ainda que não se possa romantizar tal situação.

Figura 2: A Gamboa de Baixo ao lado do Solar do Unhão, antigo engenho de açúcar em Salvador



Longe demais das capitais, perto dos grandes centros urbanos, a organização demográfica contraria uma arquitetura baseada no medo do vigilante sobre o vigiado. Ainda que sob uma devassa precarização, é possibilitado o instituto do sous-veillance (BROWNE, 2015), numa circunstância em que a construção permite a inversão da vigília do vigiado para o vigilante. O morro na sua necessária construção é um cenário que se transforma em zona de guerra, na faceta mais exposta do genocídio, a arquitetura empenhada naquele local não permite uma vigilância humana ou um olhar de sentinela. Quem sobe tem que conhecer o local, suas características físicas, paredes atrás das quais se esconder ou atrás das quais alguém poderia se esconder, e mais uma série de subterfúgios de um construto abandonado pelo Estado. Do contrário, sua presença inóspita pode ser recebida com desconfiança levando a consequências incalculáveis.

Nesse imaginário, o policiamento é feito em estado de guerra, no qual a corporeidade da raça se encontra com a estabilidade demográfica, que combinados com

políticas de exclusão e morte, dão o tom do genocídio negro brasileiro. O abandono do Estado daquelas estruturas, não limitadas ao espaço físico, mas ao suporte em efetivamente estabelecer condições de vida digna à nossa parcela da população, se reproduz sem cessar desde a abolição da escravatura. Seguidamente desumanizados, distantes das condições de consumo, em locais cuja maior evidência seja a ausência de circunstâncias favoráveis a mudanças e a seguida entrada de ações que levam a morte de inocentes; a destruição de lares por perdas de familiares ou destruição de casas; a exposição de cidadãos comuns como criminosos sanguinários e violentos, com desejos de destruir os símbolos da moral e dos bons costumes. Não há que se falar em panóptico, não há controle impessoal e distante, opaco e iminente, prestes a aparecer. Há o martelo que cai seguidas vezes no mesmo lugar, com o objetivo único de disfarçar a disfuncionalidade desse estado de coisas. E esconder, atrás de vidro opaco e provavelmente muito caro, aqueles crimes que são cometidos mas não são alcançados (CASTILHO, 2001).

3. O GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL E SUA ARQUITETURA PUNITIVA

O genocídio da população negra é um projeto político multifacetado, que torna o morticínio dessa população a sustentação da estrutura social do país, e é a forma como a burguesia branca mantém a estrutura escravocrata dentro do sistema capitalista. Sua natureza de múltiplas faces já era apontada quando William Peterson e outros intelectuais negros foram às Organizações das Nações Unidas – ONU, para processar os Estados Unidos da América pelo exercício do genocídio. Como João H. Costa Vargas evidencia, essa perspectiva multidimensional quer dizer “violência física letal, discriminação institucional para e na polícia, cortes e legislaturas; terror psicológico; marginalização política e econômica e militarização” (VARGAS, 2005, p. 269-270)

No Brasil, o genocídio da população negra é um projeto fundacional do Estado e da nação e como dispõe Abdias Nascimento (1978) é mascarado pelo mito da democracia racial. Uma construção fantasiosa de intelectuais da branquitude para disfarçar a natureza racista do país através da ideia de harmonia racial e miscigenação voluntária. Como explica Flauzina (2016), esse genocídio está nas bases fundamentais da construção do estado brasileiro, passando de governo a governo, caracterizado pela difusão temporal e pelo exercício contínuo de fragilização e evitação das condições de vida da população negra.

O genocídio negro não se limita a polícia matando e prisão encarcerando, ou seja, ele não se resume a atuação dos aparatos policiais e penais. A ausência e/ou a sabotagem de políticas públicas de saúde, educação, lazer, saneamento básico e transporte são manifestações do genocídio, bem como as tentativas de desarticulação da identidade negra como povo. O sistema penal é apenas uma das faces desse grande sistema, cabendo a ele a operação da violência mais visível contra a população negra, através da violência policial-judicial dos homicídios e do encarceramento:

Atentando para as demais características do genocídio, podemos perceber como a população negra no Brasil está submetida a esse tipo de procedimento. Dos homicídios irrefutáveis, passando pelas situações descritas que comprometem física e mentalmente os indivíduos e todas as debilidades forçadas para a sua fragilização e morte, chegando às práticas de esterilização que procuram evitar a reprodução da vida do segmento populacional, a verdade é que essa é uma definição que se adequa perfeitamente à nossa realidade. No Brasil, o institucional tem sido mesmo um espaço privilegiado para a consecução de um projeto que se dá tanto por uma via ativa, em que todo o instrumental está voltado para a materialização do extermínio, quanto pelos sofisticados mecanismos da omissão, que deixam perecer aos montes os indivíduos a serem descartados. (FLAUZINA, 2006, p. 119)

A violência do genocídio negro é estruturada pelas dinâmicas de gênero e sexualidade. Luciene Rocha (2016) aponta como mulheres negras são duplamente vítimas das práticas genocidas antinegras, seja em direção a seus próprios corpos, mas também em suas relações como mães, esposas, familiares em geral, vizinhas e amigas de vítimas do genocídio, sobretudo de jovens negros periféricos. Flauzina (2006) destaca várias práticas de violência no genocídio que tem como alvos principais as mulheres, apontando para as práticas de esterilização realizadas – e aqui o caráter corporal da violência antinegra é novamente observada.

As violências do genocídio também são cisheteronormativas reproduzindo uma lógica binária de gênero, com o Estado e as classes dominantes impondo a população LGBTQ+ negra vulnerabilidade socioeconômica e agressões e até a morte. Angela Davis (2018) evidenciou a forma como no sistema carcerário muitas vezes mulheres trans são colocadas em prisões masculinas, evidenciando o caráter do complexo industrial carcerário como uma estrutura que conjuga estruturas de opressão racial, de gênero, classe e de não conformidade sexual.

O genocídio e suas características pautam uma série de requisitos para a engenharia da vigilância no Brasil, e tem origem e fundamento histórico na escravidão e na colonização levando a uma contínua e adaptativa arquitetura do vigiar e punir. Nessa fundação histórica, está a imposição de todo tipo de mazela e agressões ao corpo e à saúde mental das pessoas negras para disciplinamento de mão de obra nos termos do sistema, bem como a tentativa de destruir qualquer forma de resistência a escravatura. Esta é uma forma de vigiar e punir marcada pela imposição da ideologia da inferioridade às pessoas negras através da etiqueta do *escravo* e da difusão do medo e da desarticulação das relações comunitárias negras. A violência corporal exercida nos aparatos de vigilância e punição exercidos pelas classes dirigentes brancas busca introjetar no negro a ideologia da inferioridade e até mesmo garantir que membros do próprio grupo dominado exerçam as funções de controle:

Fisicamente ameaçados pela violência que visava seus corpos, os cativos contaram ainda com a edificação de um projeto de desarticulação simbólica. A partir desse estatuto desumanizador, que gera seres fraturados, longe do reconhecimento da humanidade completa em seu próprio meio, foi possível ao sistema recrutá-los como seus próprios algozes. Estão aí instaladas as origens dessa espécie de “síndrome do capitão-do-mato” que, atualmente materializada em toda incongruência das fardas policiais, serve à desarticulação do contingente, posicionando negros em lados opostos de uma luta de usufruto exclusivamente branco. (FLAUZINA, 2006, p. 52)

No processo de continuidade histórica e reelaboração do controle e vigilância dos corpos negros para o sistema capitalista, absorvidos os meios, práticas de vigilância, punição e controle pelo aparato penal. O modelo de vigilância do sistema escravagista baseado na dominação do corpo negro é transferido para as agências policiais – que já tinham em si o papel de auxílio na desarticulação das resistências negras, além do apoio ao poder privado vindo dos senhores de escravos. (FLAUZINA, 2006)

O caráter de continuidade histórica da arquitetura punitiva entre o binômio escravatura/colonização é evidenciada quando abordamos as práticas de policiamento atuais. Ao estudar as Bases Comunitárias de Segurança no bairro negro do Nordeste de Amaralina em Salvador, Laís Avelar (2016) aponta como a entrada dessas estruturas policiais muito se assemelha a violência colonizadora, sendo implantadas sem diálogo, levantando um discurso de pacificação e promoção da convivência pacífica – substitutas na colonização tardia do discurso civilizador europeu – e no final uma dominação territorial

racial – algo que se assemelha com o que Alves (2011, p. 121) descreve como “padrão mórbido de governança espacial”.

O vigiar e punir brasileiro, fundamentado na lógica de destruição da vida negra, é essencialmente necropolítico, no sentido de que o mecanismo de poder se sustenta na morte do Outro – seja em um sentido físico e biológico, mas também na chamada morte social (MBEMBE, 2018). Apontando os processos de letalidade policial em relação aos corpos negros em São Paulo, Jaime Amparo Alves (2011) aponta que a forma de operação das polícias brasileiras em face de corpos negros tem o exercício da soberania a partir do direito de fazer morrer, ou seja, um caráter essencialmente necropolítico. No Brasil “(...) a distribuição calculada da morte é o que se configura como (necro)política moderna de gestão e controle de territórios e corpos vistos como violentos”. (ALVES, 2011, p. 119).

A forma como a vigilância se dá no Brasil é racialmente determinada, e quando se trata de pessoas negras, é baseada em uma lógica de violência corporal e no terror policial. Esse é o resultado do caráter genocida do Estado Brasileiro, que entende corpos negros como não-cidadãos a serem superexplorados na lógica periférica do nosso capitalismo e alvos de uma vigilância baseada na possibilidade de constante da violência física e letal. Como explicam Alves e Vargas (2010), o grau de violência estatal sofrido por um grupo evidencia a presença ou ausência de cidadania material.

O genocídio da população negra como chave explicativa da arquitetura punitiva brasileira expõe a corporeidade desse sistema. Aponta para uma funcionalidade baseada em execuções policiais, castigos corporais, abordagens violentas, torturas, na não condições de vida nas cadeias, superlotadas. O vigiar e punir do genocídio da população negra no Brasil é estruturado em violência antinegra essencialmente corporal e questiona o panóptico como paradigma de vigilância por essa lógica.

4. DA INSUFICIÊNCIA DO PANÓPTICO PARA A POSSIBILIDADE DO NAVIO ESCRAVAGISTA COMO PARADIGMA DOS APARATOS DE VIGILÂNCIA NO GENOCÍDIO ANTINEGRO BRASILEIRO

Browne (2015) nos traz que no panóptico, Foucault destacou um processo de decadência da tortura corporal como espetáculo punitivo e um afrouxamento do domínio

do corpo, mas que quando se trata da corporeidade negra tratada no sistema escravagista, nunca houve esse desaperto em relação. Este processo continua após a abolição da escravidão, nos linchamentos e nas diversas formas de violência racial, como o terrorismo de Estado. Browne entende, e concordamos com sua compreensão, o panoptismo como símbolo da sociedade disciplinar na análise foucaultiana é útil para nossa compreensão da vigilância de corpos negros, mas é incompleto justamente por não perceber que para esses corpos, a Modernidade não representou afrouxamento em relação a violência corporal, e sim sua potencialização e continuidade.

Sem o panóptico, ou melhor, para além do panóptico, o que nos resta como metáfora analítica das agências de vigilância no genocídio da população negra? Browne propõe um retorno ao ponto de origem dos processos de violência na Diáspora Africana: O navio escravista.

Simone Browne nos oferece a imagem do navio escravista, o centro do processo de tráfico de africanos escravizados, e assim também o centro do processo de acumulação capitalista. Como aponta Rediker (2007), o navio escravista antecipava tanto a estrutura do modo capitalista fabril com sua lógica de venda de mercadoria – nesse caso pessoas africanas sequestradas – como as hierarquias de trabalho entre tripulantes. Mas acima de tudo, o navio escravista era “(...) uma móvel e marítima prisão em um tempo que a moderna prisão não tinha ainda se estabelecido em terra” (REDIKER, 2007, n.p.).

Dada sua importância na Modernidade e na constituição do Capitalismo, fica demonstrada a sua essencialidade para compreender a vigilância no contexto da Diáspora Africana, assim como Foucault viu no panóptico a oportunidade de explicar as mudanças no vigiar e punir na Europa na transição rumo ao capitalismo. Então nos voltemos para o navio escravista, a partir dos relatos e reflexões de Marcus Rediker (2007), como é a arquitetura dessa embarcação?

Descrevendo o veículo de tamanho médio, aparentemente uma barca ou navio de aproximadamente 140 toneladas, Riland começou pelo convés inferior, os alojamentos no qual 240 pessoas escravizadas (170 homens, 70 mulheres) eram encarcerados por 16 horas por dia e algumas vezes até mais. Os homens, acorrentados em dupla pelos pulsos e tornozelos e quase 140 em números, eram estocados imediatamente abaixo do convés principal em um apartamento que se estendia do mastro principal para frente. A distância entre o convés inferior e as vigas acima era de quatro e meio pés, então a maioria dos homens não

podem se levantar. Riland não mencionou plataformas, que eram geralmente construídas no convés inferior dos escravagistas, no limite do navio para dentro por mais ou menos seis pés, para aumentar o número de escravos carregados. (REDIKER, 2007, n.p, tradução nossa.)

Observa-se através da descrição acima uma lógica de encarceramento baseado na superlotação e no acorrentamento, com objetivo de acumular cada vez mais africanos sequestrados e assim produzir riquezas. Mas a descrição de Rediker a partir dos relatos de Riland – um jovem branco abolicionista – continuam:

No convés principal acima, uma grande grade de madeira cobria a entrada dos alojamentos dos homens, a gelosa aberta pensada para permitir “suficiência de ar” para entrar. Para o mesmo propósito, dois ou três escotilhas, buracos para passagem do ar, tinham sido cortadas no lado do veículo, no entanto eles não ficavam sempre abertos. Na retaguarda do apartamento havia um forte anteparo, construído pelo carpinteiro do navio de forma a não obstruir a circulação de ar no convés inferior. No entanto, Riland considerou a ventilação péssima nesse espaço, o que significava que os homens estavam sujeitos a “mais impura e quente atmosfera”. Pior, eles tinham muito pouco espaço: **o espaço atribuído “era muito pequeno, seja para conforto ou saúde**. Riland viu que os homens, quando eram levados para cima, pareciam “bem lívidos e pavorosos assim como tristes e abatidos”. Estando deixados na escuridão por tantas horas sem parar, eles emergiram cada manhã piscando constantemente diante da luz do sol. (REDIKER, 2007, n.p, tradução nossa, grifo nosso.)

Aqui fica descrita um dos elementos das péssimas condições de vida impostos no navio escravagista e o aponta como um espaço que Browne (2015) descreve onde os africanos sequestrados viviam a morte em câmera lenta, baseada em forte violência corpórea e insalubridade. Em contraste à arquitetura panóptica, na qual a vigilância era exercida pela intromissão psicológica de vigilância contínua pela torre central, o navio escravagista é estruturado de forma a sempre deixar claro que o controle e monitoramento está acontecendo com a ponta da arma virada para seus vigiados:

Rediker (2007) a partir de vários relatos do navio escravista, o expõe como espaço onde homens e mulheres africanas são acorrentados, divididos com base na compreensão de gênero europeia, encarcerados em massa e transportados em péssimas condições nos porões de carga. Quando trazidos ao convés principal para ver o sol – os banhos de sol das prisões encontram aqui um paralelo histórico – estavam sendo vigiados na mira de baionetas e canhões, nada de invisibilidade do vigilante como na arquitetura prisional de Bentham.

O navio escravagista era um cenário de uso de ferramentas de tortura e de escravização: Naquele espaço eram utilizados “(...) algumas, manilhas, ferros no pescoço, correntes de vários tipos, e até mesmo ferro em brasa para marcação” (REDIKER, 2017, n.p.). Também eram utilizados *thumbscrews*, instrumento da Era Medieval em que polegares são introduzidos para serem esmagados, muitas vezes em busca de conseguir confissões. Tortura era uma evidência do caráter corporal do vigiar e punir no navio escravagista, nada de afrouxar, nada de abandonar o corpo para chegar a mente.

No balanço do Atlântico, o povo negro não foi passivo no transporte atlântico, agindo com insurreições e revoltas que transformavam um navio em um veículo em guerra a si mesmo. Marcus Rediker (2017) relata uma série de revoltas dos povos africanos sequestrados, inclusive descrevendo o navio escravista como um espaço de guerra em si mesmo. Simone Browne (2015) destaca os processos de resistência encabeçados por mulheres durante a grande viagem entre África e América e a partir disso destacar o caráter de produção

É importante destacar como o esquema e a funcionalidade do navio escravista promoviam a divisão sexual europeia entre os sequestrados, bem como subjugava o potencial de liderança feminina nas insurreições. Como explica destaca Simone Browne (2015, p. 49) “[c]om mulheres, homens, garotas, e garotos trancados em formato de colher e segregados por sexo e idade, a produção e a contenção de diferença de gênero.” Vejamos então a descrição de Riland apontada por Rediker:

Para separar homens e mulheres, desta forma, um espaço de quase dez pés foi deixado entre os alojamentos masculinos e femininos como uma lugar de passagem para a tripulação para o apoio, onde eles estocavam bens de comércio, reservas navais e provisões (....). Proa e ré, o alojamento das mulheres era enclausurado por fortes anteparos. As mulheres, a maioria que não estavam em correntes, tinham mais espaços e liberdade movimentos que os homens, já que só quarenta e cinco delas dormia ali. A disposição da grade, como uma caixa, de quase três pés acima do convés principal e “admitia um bom nível de ar”, pensou Riland. Aquelas ali abaixo iriam implorar pra discordar. (REDIKER, 2007, n.p.)

Nesse sentido, Browne (2016, 49), tanto a partir de sua leitura da obra de Rediker mas também das leituras dos documentos do Comitê de Londres percebeu que o navio escravagista como plano evidenciou a generificação da violência sexual, assim como se subjugou as formas de resistência feminina em face dos captores.

Mais um dos fatores mais importantes para Browne e que precisamos destacar aqui é que o navio escravagista e todas técnicas, práticas e tecnologias de violência, controle e monitoramento estão inseridos em uma continuidade histórica. E o que seria essa continuidade? O exercício do ato de vigiar para o processo de racialização e construção do signo *negro* e atrelamento da marca aos significados de “inferioridade” “ruim” “mal”, “criminoso”, “escravo”. Browne (2015) aponta que as ferramentas biométricas tiveram um papel no processo de epidermização do negro – aqui emprestando o conceito de Fanon para a forma como o sujeito branco e seu olhar para o africano construiu uma série de signos negativos, transformando sua pele, seus traços físicos, seu fenótipo na marca do Outro a ser desumanizado.

O esquema racial epidérmico faz a insegurança ontológica do corpo posto sem lugar, e *extremamente determinado pelo o outro*. Estou falando da epidermização como um momento de fratura do corpo com sua humanidade, refratado em uma nova posição subjetiva. (...), nesse momento de contato com o olhar branco – um momento que como Fanon descreve, “toda essa branquitude queima-me até cinzas” – que produz esses momentos de fratura para o Outro racial, produzindo e marcando um como um Outro racial, experimentando esse *ser para os outros*. (BROWNE, 2015, p. 98, tradução nossa)

Simone Browne nos revela no navio escravista os fundamentos da vigilância em face de pessoas negras no contexto da Diáspora Africana e que terão sua continuidade no sistema escravagista assim como na estrutura do aparelho penal. No navio escravagista, a partir da leitura de Marcus Rediker e das reflexões de Browne podemos encontrar princípios fundamentais sobre a vigilância antinegra que entram contraste aqueles da arquitetura panóptica: a) Corporeidade – o corpo como centro da vigilância e constante agressão a esse; b) Lotação desumanizante – os vigiados são alotados e são dadas péssimas condições de vida, ou melhor, são impostos a um regime de condições para a morte; c) Ameaça visível e constante de violência – A vigilância não é invisível e baseada na incerteza e sim na lógica de que os olhos, as armas, as lâminas estão apontados para os corpos negros vigiados; d) – A produção da raça – A vigilância em si produz a diferenciação racial em um processo de epidermização do sujeito negro; e) A produção das diferenciações de gênero – Através das definições de espaço e diferença de tratamento, a organização da vigilância dentro do navio escravagista.

Levando em consideração esses princípios e as descrições sobre o navio escravagista, já podemos perceber como há uma adequação dessa figura às dimensões da vigilância antinegra no genocídio da população negra no que tange sua face de sistema penal.

O encarceramento em massa é talvez uma das manifestações mais evidentes da forma como o trauma atlântico do navio escravagista permanece reverberando e se materializando na história: Um das evidências é como o sistema carcerário – de maneira diferente em realidades como estadunidense e brasileira – utiliza corpos negros como uma mercadoria, evidenciando a existência do complexo-industrial-carcerário, colocado por Angela Davis (2019), como um dos eixos centrais do sistema capitalista e o racismo como opressão estruturante desse modo de produção. Se o tráfico escravagista foi essencial para a construção do capital, como colocam Eric Williams (2012) e Frank Wilderson (2007), o complexo industrial carcerário se mostra como elemento essencial do capitalismo neoliberal e os dois carregam em si a lógica de vigilância de corpos negros baseada na violência corporal e no processo de epidermização.

Tratamos que o navio escravagista se caracteriza por uma vigilância que produz diferenciação de gênero e esse é um ponto que se encontra no sistema penal, sobretudo no sistema carcerário. Como nos ensina Davis (2019), gênero estrutura o sistema carcerário, não somente é um recorte à parte: homens, mulheres e pessoas não-binárias são atingidos pela violência da prisão conforme a lógica patriarcal e binária desse sistema. Não é a toa que a piada sobre “deixar o sabonete cair na cadeia” em relação aos homens, isso evidencia o caráter estruturante de gênero para todos os que são levados para o sistema penal e demonstra como ele constrói a diferenciação.:

A medida que aumentou o nível de repressão nas prisões femininas e, paradoxalmente, conforme a influência dos regimes de prisão doméstica diminuiu, o abuso sexual – que, como a violência doméstica, é mais uma dimensão da punição privativa de mulheres – tornou-se um componente institucionalizado da punição por trás dos muros da prisão. Embora o abuso sexual de prisioneiras cometido por guardas não seja sancionado como tal, a indulgência generalizada em a qual os agentes transgressores são tratados sugere que, para as mulheres, a prisão é um espaço no qual a ameaça de violência sexual que assoma a sociedade em geral é sancionada como um aspecto rotineiro da paisagem da punição do sistema penitenciário. (DAVIS, 2019, p. 84)

Ou seja, um dos pontos mais evidentes sobre a vigilância punitiva no genocídio da população negra – seja no Brasil ou nos Estados Unidos, já que como podemos extrair de

Vargas (2005), o genocídio é uma experiência diaspórica, é que ela estruturada conforme gênero e sexualidade. Já abordamos anteriormente como a experiência de mulheres trans no sistema penal aponta para uma forte violência cisnormativa, como apontado por Angela Davis ao identificar a necessidade de transformar a categoria de gênero na luta feminista para uma defesa real do abolicionismo como projeto político emancipador. No Brasil, o crescente número de prisões de mulheres, sobretudo pela política de drogas inaugurada pela Lei. 11.343/2016, aponta para limitação de ver o sistema carcerário como uma arma do racismo em face de somente os homens negros:

O tráfico lidera as tipificações para o encarceramento. Da população prisional urbana masculina, 26% está presa por tráfico, enquanto que, dentre as mulheres, 62% delas estão encarceradas por essa tipificação. Dessas pessoas, 54% cumprem penas de até oito anos, o que demonstra que o aprisionamento tem sido a única decisão diante de pequenos delitos. (BORGES, 2019, p.24)

Mas além do encarceramento, uma das facetas que precisamos tratar do modo de vigilância a qual o navio escravagista traduz os fundamentos é o policiamento urbano. Pensemos novamente na descrição que Laís Avelar faz do modo de operação do programa Pacto Pela Vida (Morte) no Grande Nordeste de Amaralina em Salvador, Bahia. Sua descrição aponta para a Base Comunitária de Segurança no bairro Nordeste de Amaralina em sua posição central no bairro, em uma capacidade de observação constante dessa comunidade. Ao descrever a caminhada ao chegar no bairro rumo a conhecer a Base Comunitária, ela relata:

Pouco tempo depois, chego ao local da BCS Nordeste de Amaralina, estou no Beco da Cultura. Instalada no mesmo prédio onde antes funcionava apenas o CSU – Centro Social Urbano do Nordeste de Amaralina – a Base, agora, toma grande arte da estrutura. Entro no local e vejo muitos policiais fortemente armados. A Base ocupa um prédio de grandes dimensões. O pouco tempo que fiquei no interior do terreno, ocupado pelo CSU e pela BCS do Nordeste de Amaralina, foi possível notar a localização estratégica da instalação policial. Dali avista-se boa parte do bairro do Nordeste de Amaralina – seus bocas, ruas e casas. (AVELAR, 2016, p. 70-71)

Outro ponto revelador da abordagem de Laís Avelar (2016, p. 58) é como ela descreve a rotina de andanças dos policiais da Base no bairro, com uso “de armamento pesado pela polícia nas atividades de simples ronda – seja durante o dia, seja durante a noite” e que até mesmo policiais do setor administrativo estão sempre com armas. Ou

seja, a lógica de uma presente vigilância armada que apontamos como característica do navio escravagista se mostra aqui presente no policiamento urbano em um bairro negro. O elemento corporal também é apontado por Avelar ao apontar para as abordagens vividas pelos jovens da região, apontando o controle cotidiano da vida social:

A abordagem, como dito por aqueles jovens, passou a ser feita excessivamente e de maneira constrangedora e violenta, em nenhuma explicação prévia. Os jovens, especialmente os do sexo masculino, disseram serem alvos comuns de abordagens repetidas durante o dia e a noite nas ruas de seu bairro. Além da abordagem, o controle do horário para estar na rua, ainda que na frente de suas casas, foi outro ponto destacado. Os relatos sobre situações com a polícia da base e o controle de horário foram vários e as histórias contadas – histórias protagonizadas por aqueles mesmos jovens – denunciavam o abuso e a violência policiais. (AVELAR, 2016, p. 77)

Importante ressaltar que denunciar a violência e agressão dessas abordagens é uma impossibilidade pelo perigo de represálias, o que aponta para a continuidade na forma em que arquitetura de vigilância e punição funciona entre o navio escravagista e as agências policiais atuais: buscar desarticular os meios das comunidades negras de resistir a violência, o que no final trona-se uma tentativa falha. Assim como no balanço do Atlântico, processos de resistência, a própria pesquisa de Laís Avelar evidencia a não rendição de jovens negros do Grande Nordeste de Amaralina através de coletivos e movimentos sociais, políticos e culturais, os próprios relatos que a pesquisa traz e aqui citados são junto a um coletivo de jovens negros do bairro.

É interessante trazer as reflexões da socióloga baiana Vilma Reis sobre a violência policial urbana em Salvador e seu destinatário favorito: Jovens-negros-periféricos. Reis traça como o Estado se mostra presente em bairros negros pobres da cidade de Salvador na manifestação do aparelho repressivo, demonstrando o que apontamos sobre o genocídio fundamenta-se em uma lógica de ausência de políticas sociais e presença forte dos aparelhos policiais penais: a lógica do navio escravagista se mantém viva no binômio ausência de condições de vida/exercício constante da morte. Vilma Reis (2005, p. 14) aponta que matar jovens negros – por diversos motivos – por parte de agentes policiais e aponta para a construção do “suspeito” passível do exercício da morte:

O racismo institucional endêmico que estrutura as relações das polícias com os/as moradores/as dos bairros populares de Salvador tem levado a cidade a ter altas taxas de violência letal que se materializam nos assassinatos diários

de jovens-homens-negros. Essas mortes violentas são resultantes da criminalização motivada por raça, que dominam as representações das polícias sobre o que é um sujeito suspeito. Esse suspeito padrão, idealizado pelos policiais, é um jovem, negro, pobre, residente nos bairros populares, estudante no nível fundamental de ensino, muitas vezes, subempregado e filho de uma mãe solteira negra. (REIS, 2005, p. 226)

O que apontamos aqui é como o aparelho punitivo de vigilância e controle do sistema penal pode ser examinado a partir da chave explicativa do navio escravagista. É no Atlântico que a experiência do terror racial vivido pelos africanos e seus descendentes no Brasil tem origem e perpassando tudo isso, não é estranho que podemos voltar para a embarcação para encontrar os elementos fundamentais da vigilância característica do genocídio experimentado pelo povo negro. O panóptico não deixa de ser uma importante figura para analisar o vigiar e punir no nosso país e para a experiência negra, mas ao ser atravessado pelo navio escravagista torna-se mais completo. Mas como sabemos, vigilância sempre se adapta e modifica-se e agora novas tecnologias são associadas ao exercício da segurança pública e chegam para ser implantadas no sistema penal brasileiro e resta a dúvida: Como enfrentar teoricamente as novas tecnologias de vigiar e policiar, a exemplo do reconhecimento facial, a partir da nossa leitura do navio escravagista como metáfora analítica da vigilância no genocídio antinegro?

5. NOVAS TECNOLOGIAS DO APARATO POLICIAL BRASILEIRO E O NAVIO ESCRAVAGISTA COMO METÁFORA ANALÍTICA

O sistema de punição sempre se adapta e atualiza-se com novas técnicas, práticas e ferramentas. O desenvolvimento tecnológico chega para auxiliar o sistema de punição a se tornar mais eficiente assim como desperta uma série de transformações profundas na forma de punir de uma sociedade em específico. No Brasil, o desenvolvimento tecnológico serviu para potencializar o terror racial exercido pelos aparelhos de vigilância e punição em face das pessoas negras e isso data da escravatura. Clóvis Moura nos conta sobre os telégrafos e como mesmo que eles tenham sido implantados pela Inglaterra no Brasil no meio das pressões sociais e econômicas daquele império para o fim do tráfico e do modo de produção escravagista, ainda assim essa tecnologia serviu para os propósitos de controle e vigilância dos negros escravizados:

Se o telégrafo foi instalado, segundo o historiador citado, para evitar-se o contrabando de escravos, a sua contrapartida também era verdade: ele serviu como veículo de comunicação para mandar prender negros fugidos, com rapidez. Os organizadores do *Clube do Cupim*, em Pernambuco, ao darem fuga a uma leva de escravos incluíram um chamado Matias e o seu proprietário, ao saber da fuga, telegrafou solicitando que o mandasse prender ao chegar a barça com os fugitivos à barra de Areia Branca, onde foi feita a captura. (MOURA, 1994, p. 61-62)

Em outro ponto ainda falando sobre os telégrafos, o sociólogo relata:

(...) relato do chefe de polícia Barreto de Aragão, em dezembro de 1887 no qual afirma: “Havendo chegado ao conhecimento da Presidência por telegramas particulares de fazendeiros de Itu, Indaiatuba, Capivari e Piracicaba que grande número de escravos se tinha revoltado e vagava por aqueles municípios, furtando-se ao serviço de seus senhores, aos quais intimidavam para conceder-lhes imediatamente carta de liberdade e pagar-lhe salários, confirmadas essas notícias pelas autoridades policiais desses lugares, ainda acrescento que uma leva de cerca de 130 escravos do Barão da Serra Negra, no município de Piracicaba, depois de conflitos que provocaram e em que tomaram parte na fazenda, sendo quase vítima dos seus ferozes instintos o referido Barão, aguardavam, para uma revolta geral, tomou V. Excia, a deliberação de fazer uma força (..), para providenciar como entendesse, a fim de pacificar escravos, prender os criminosos e tomar outras deliberações. (MOURA, 1994, p. 62)

O que o autor conclui a partir dessa abordagem da introdução dos telégrafos é que a implantação dessa tecnologia teve um caráter ambíguo, a qual evidencia o caráter de modernização conservadora que o país atravessava no século 19, apontando para uma transformação social onde apesar da escravatura está sendo abolida, os interesses da classe senhorial branca continuavam sendo os beneficiados. O que trazemos aqui é como a tecnologia ao ser implantada em arquiteturas punitivas fundamentas no racismo antinegro irão aperfeiçoar essa mesma arquitetura – e isso se deu na escravatura assim como no seu substituto: O sistema penal.

Mas se queremos olhar o uso de tecnologias para vigilância a partir do navio escravista, o centro da nossa discussão tem de ser seu aspecto mais fundamental: O caráter corporal. Para Simone Browne (2015), a vigilância na Diáspora Africana sempre foi baseada no corpo – no processo de racialização através do vigiar que impõe ao ser negro o caráter da inferioridade e da capacidade do ser branco em impor qualquer qualidade no mesmo: É uma linha que começa para Browne no processo de marcar em ferro em brasa os corpos negros mas que chega nas chamadas tecnologias biométricas de identificação.

Tecnologias de biometria são práticas, que medem o corpo, o transforma em números, a ser utilizado por instituições ou sujeitos para dá significados, permitir ou negar acessos, impor tratamentos diferenciais. (BROWNE, 2010) Ao tratar sobre essas tecnologias, é temos como exemplos técnicas como a leitura de retina ou o reconhecimento facial assim como DNA e impressão digital. Mas acima de tudo, olhar a história das biométricas é ver sua longa estadia nas estruturas de controle, vigilância e monitoramento. Na verdade, se olharmos a partir das lentes do navio escravista e das dimensões do sistema penal como uma continuidade, percebemos as biométricas como a continuidade de um processo em que o corpo negro é transformado naquilo que os interesses da supremacia branca querem:

Pessoas escravizadas eram marcadas com números e letras para identificá-las como partes de uma carga marítima particular. Essa prática também funcionou como um sistema de identificação que permitia vigilância. Com essa marca permanente na carne, dificilmente alguém podia escapar a identidade dada para eles como uma mercadoria, estritamente em um senso econômico. Essas marcas são a primeira forma de monitoramento em massa de pessoas realizadas pelo Estado e a iniciativa privada para identificação corporal. Marcação de escravos, operadas em um sistema de *plantation* como prática de punição, contagem e fazer o já muito visível corpo legível. Marcar, como meio de conhecer o corpo, é uma prática pré-medidata de fazer o mesmo como reconhecível fora da *plantation*, seja por fuga ou por outro motivo. (BROWNE, 2010, p. 139, tradução nossa)

Ou seja, medir o corpo negro para controle no sistema escravagista foi um ponto fundamental para o processo de racialização e inferiorização desse sujeito. Posteriormente, esses processos irão continuar e as tecnologias vão ser desenvolvidas para o uso no sistema penal: Biométricas como a antropometria, craniometria e frenologia vão ser desenhadas e terão um papel fundamental na construção do negro como delinquente natural e na lógica positivista essa visão será tratada como neutra e de caráter axiomático. Como explica Luciano Goés (2015), o positivismo biológico de Lombroso a qual essas técnicas terão como maior representante serão traduzidas para nossa realidade marginal brasileira por autores como Nina Rodrigues e darão fundamentos para as políticas criminais que serão um dos centros do terror genocida enfrentado pela população negra brasileira.

Mas para além desse papel constituidor do negro como delinquente, as biométricas ainda são construídas e readaptadas. E se inicialmente apontamos que temos de voltar para atrás na sua história, isso é necessário justamente para entendemos os fundamentos

históricos das tecnologias biométricas utilizadas em vigilância hoje. Tecnologias como reconhecimento facial são tratadas como neutras pela sua base em algoritmos e em matemáticas, mas já é evidenciado por autoras como a própria Simone Browne (2015) e Joy Buolamwini (2017), a problemática dos vieses raciais sobretudo para mulheres negras nessas tecnologias, resultado de problemas de ausência de pessoas negras na operação, construção e testagens dessas tecnologias.

Mas quando falamos do uso de tecnologias de reconhecimento facial ou outras biométricas modernas no sistema penal, estamos falando de potencializar a eficiência de um sistema montado e operado para promover o terror racial em face de comunidades negras. Além disso, promover o uso de tecnologias que transformam o corpo em números e a partir dessa operação impõe uma série de significados e etiquetas – como aquela do delinquente. Simone Browne (2015) aponta que as novas tecnologias biométricas operadas a partir de algoritmos e ferramentas computacionais inauguram uma nova forma de epidermização:

Epidermização digital é o exercício do poder realizado pelo olhar desincorporador de certas tecnologias de vigilância (por exemplo, cartões de identidade e passaportes eletrônicos e suas máquinas de verificação) que pode ser utilizadas no trabalho de alienação do sujeito para produção de uma verdade sobre o corpo e sua identidade apesar das objeções do sujeito. (BROWNE, 2010, p. 135, tradução nossa)

As novas tecnologias biométricas de vigilância associadas ao sistema penal, olhadas a partir do prisma do navio escravista, repetem processos de quebra do sujeito negro do seu corpo negro permitindo a branquitude impor seus significados a esse. Se no navio escravagista esse significado era o escravo – aquele a quem um pode impor a violência absoluta –, hoje, essa etiqueta é do criminoso/delinquente que pela natureza de um sistema penal periférico, é alvo também dessa violência absoluta. Novamente, o corpo é tratado como centro da vigilância antinegra mas o caráter de eficiência e de neutralidade tecnológica dá para as novas biométricas um caráter ameaçado a qual precisamos impor constante resistência.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Às vias de fato, o avanço tecnológico permite mundos de possibilidades em melhoramentos de processos, distribuição de bens e oferecimento de serviços, mas

com o devido respeito: enquanto a estrutura racista que atinge vorazmente países com numerosa população negra persiste ignorando aquilo que se considera básico para pessoas brancas, como os direitos de ir e vir, à privacidade, e no escopo deste trabalho, o direito à liberdade, os olhares sobre lógicas padronizadas em outros locais precisam ser críticos. Não descartamos o panóptico como paradigma analítico na medida em que podemos aplicá-lo em certas circunstâncias, todavia, nossa realidade exige análises mais acuradas. Posto que as tecnologias de identificação biométrica seguem sendo adotadas e sua execução segue o algoritmo racista previamente existente nas justiças brasileira e estadunidense, cumprimos o papel de afirmar que a vigilância poderá ser opaca para uns.

Para aqueles que tem na própria carne a vigilância materializada na violência, no cerceamento de direitos e no morticínio pela ausência do Estado ou na sua presença, a corporeidade dos castigos, a acumulação em espaços rejeitados e a limitação da circulação, da educação, da mobilidade econômica, do acesso a serviços de saúde e lazer apontam para um lado menos sutil. A verbalização da desumanidade de uma população cujo líder já pensou certo medir seu peso em arrobas, como se pesa gado, imbuída de estigmas sobre comportamentos promíscuos, corpos terminantemente sexualizados, traços e gestos vigiados, cabelos, narizes e lábios condenados, nos vemos num contexto que aponta para outro lado. Nesse, o paradigma do *Slave Ship* é trágico de ser aplicado, quando tanto se avançou em leitores óticos, mas é aquele sobre o qual vemos essas circunstâncias melhor localizadas.

REFERÊNCIAS

- AVELAR, Laís da Silva. *“O Pacto Pela Vida, Aqui, é o Pacto Pela Morte!”*: O controle racializado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas de jovens do Grande Nordeste de Amaralina. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2016.
- BROWNE, S. *Dark matters: on the surveillance of blackness*. 2015. ed. Durham; London: Duke University Press, 2015. v. 1.
- BROWNE, Simone. Digital epidermalization: Race, identity and biometrics. *Critical Society*, v. 36, i. 1, p. 131-150, 2010.
- BUOLAMWINI, Joy. *Gender Shades: Intersectional Phenotypic and Demographic Evaluation of Face Datasets and Gender Classifiers*. Submetido no Programa de Media Arts and Sciences do Massachusetts Institute of Technology. 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de et al. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06. 86)*. 1996.

IBGE, *Censo*. v. 23, 2010. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

DJOKIC, Aline. Colorismo: o que é e como funciona. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/colorismo-o-que-e-como-funciona/> Acesso em: 16 nov. 2020.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. SciELO-EDUFBA, 2008.

FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. Dissertação submetida à Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito, p. 145, 2006.

FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Lisboa/Portugal: EDIÇÕES 70; Edições Almedina, S.A, 2013. v. 1

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. Global Editora e Distribuidora Ltda, 2019.

GOÉS, Luciano. *A tradução do paradigma etiológica de criminologia no Brasil: Um dialogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues na perspectiva centro-margem*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

LYON, David. *The Electronic Eye: The Rise of the Surveillance Society*. University of Minnesota Press. Minneapolis, 1994.

Mapa da M Norte. Disponível em: <https://www.google.com/maps/place/St.+M-Norte+-+Ceil%C3%A2ndia,+Bras%C3%ADlia+-+DF/data=!4m2!3m1!1s0x935bcca288f1ecf5:0x8eedbb0310cd0d94?sa=X&ved=2ahUKEwjn_yMa204ftAhX3IbkGHTqUD5MQ8gEwAHoECAIQAQ>. Acesso em: 16 nov. 2020.

MOURA, Clóvis. *Dialética Radical do Brasil Negro*. São Paulo, Editora Anitta, 1994.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: o processo de um racismo mascarado*. Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1978.

OSORIO, Rafael Guerreiro et al. *Perfil da pobreza no Brasil e sua evolução no período 2004-2009*. IPEA, Brasília, 2011.

REDIKER, Marcus. *The Slave Ship: a human history*. Viking, Versão Digital, 2007.

REIS, Vilma M. dos S.. *Atucaiados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991 – 2001*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal da Bahia – UFBa, Salvador: 2005.

Solar do Unhão e Gamboa de Baixo. Disponível em: <<https://mapio.net/pic/p-7391964/>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

VARGAS, João H. Costa, ALVES, Jaime Amparo. Geographies of death: an intersectional analysis of police lethality and the racialized regimes of citizenship in São Paulo. *Ethnic and Racial Studies*, v. 33, n. 4, p. 611-636, 2010.

VARGAS, João H. Costa. Genocide In The African Diaspora: United States, Brazil and the Need for a Holistic Research and Political Method. *Cultural Dynamic*, v. 17, n. 3, p. 267-290, 2005.

WILDERSON, Frank. The Prison Slave as Hegemony (Silent) Scandal. In *Warfare in the American Homeland: Policing and Prison in a Penal Democracy*. Duke University Press, Durham and London, p. 23-35, 2007.

Apresentação oral

**O ENCARCERAMENTO EM MASSA DA POPULAÇÃO JOVEM
E NEGRA: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE OS ESTADOS
UNIDOS E BRASIL**

*THE MASS INCARCERATION OF THE YOUNG AND BLACK
POPULATION: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE UNITED
STATES AND BRAZIL*

Gustavo Câmara Corte Real

Mestre em Direito pela *Cumberland School of Law* (EUA). Professor na Faculdade da
Saúde e Ecologia Humana – FASEH/MG. Juiz de Direito no TJMG.

E-mail: cortereal.gustavo@gmail.com

Resumo: o objetivo da presente pesquisa é analisar, sob uma perspectiva comparativa entre os Estados Unidos e o Brasil, um fenômeno comum de encarceramento contínuo da população jovem e negra, por meio de dados sociodemográficos e dos respectivos sistemas penitenciários. Esse processo é o resultado de uma política criminal focada na prisão como principal meio de incapacitar os criminosos, a fim de impedi-los de cometer novos crimes, sendo um relevante fator que contribui para a perpetuação do genocídio experienciado por jovens negros. O estudo comparado entre esses países se justifica pela presença de permanências histórico-culturais comuns do período colonial e de reconstrução pós-abolição da escravatura, dentre elas a adoção do encarceramento como ferramenta de contenção e controle dessa população, agora, liberta. Será considerada a forma como esse sistema punitivo levou a uma crise de encarceramento em massa nos dois países. O sistema de encarceramento é apenas uma mera ilustração de todo um mecanismo de controle da prática desviante, de caráter seletivo e estratificado. A prisão, uma ferramenta de domínio e contenção, destinada a todos os que apresentam comportamentos de não conformidade sob o ponto de vista normativo. Mas as estatísticas mostram que um grupo em particular acaba sendo o mais atingido por sua incidência. Pode-se, assim, apontar uma relação entre o perfil prevalente dos encarcerados e um possível movimento de seletividade dos respectivos sistemas punitivos. Para construir essa leitura comparada, inicialmente será

realizada uma abordagem histórica entre os EUA e Brasil, especificamente relacionando a construção do punitivismo como um corolário da necessidade de reconstrução nacional após a abolição da escravidão. Em um segundo momento, como essa sistemática propiciou um sistema contínuo de produção de desvantagens cumulativas, com a elaboração da figura de um verdadeiro “inimigo”, consubstanciada na adoção de uma pauta política de “guerra às drogas”, com o surgimento de um Estado Penal, na definição concebida pela sociologia crítica de Loïc Wacquant, e a paulatina incorporação dessas políticas públicas pelo Brasil, com um abandono gradativo das ideias de reabilitação na aplicação da pena e a sua transmutação para um simples mecanismo de controle e contenção, em um movimento de seleção e delineamento da população afetada.

Palavras-chave: encarceramento em massa; direito comparado; sociologia do crime.

Abstract: the aim of this research is to analyze, under a comparative perspective between the United States and Brazil, a common phenomenon of continuous incarceration of the young and black population, through socio-demographic data and the respective prison systems. This process is the result of a criminal policy focused on prison as the main means of incapacitating criminals, in order to prevent them from committing new crimes, being a relevant factor that contributes to the perpetuation of the genocide experienced by young blacks. The comparative study between these countries is justified by the presence of common historical-cultural permanences from the colonial period and post-abolition reconstruction of slavery, among them the adoption of incarceration as a tool for the containment and control of this population, which is now free. It will be considered how this punitive system led to a crisis of mass incarceration in both countries. The system of incarceration is only a mere illustration of an entire control mechanism of deviant practice, of a selective and stratified character. Prison, a tool of mastery and containment, aimed at all those who exhibit non-conforming behaviors from the normative point of view. But statistics show that a particular group ends up being the most affected by its incidence. Thus, one can point out a relationship between the prevalent profile of prisoners and a possible movement of selectivity in the respective punitive systems. To build this comparative reading, initially a historical approach will be carried out between the USA and Brazil, specifically relating the construction of punitivism as a corollary of the need for national reconstruction after the abolition of slavery. In a second moment, as this

system provided a continuous system of production of cumulative disadvantages, with the elaboration of the figure of a true “enemy”, embodied in the adoption of a political agenda of “war on drugs”, with the emergence of a State Penal, in the definition conceived by the critical sociology of Loïc Wacquant, and the gradual incorporation of these public policies by Brazil, with a gradual abandonment of the ideas of rehabilitation in the application of punishment and its transmutation into a simple mechanism of control and containment, in a movement selection and design of the affected population.

Keywords: mass incarceration; comparative law; sociology of crime.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos grilhões ao cárcere. 2.1. A construção de um ideal punitivo: nenhuma nação sai ilesa da experiência da escravidão. 2.2. Desvantagens cumulativas: uma experiência compartilhada. 2.3. O papel do medo: a figura do inimigo. 2.4. A guerra às drogas: outra “péssima” experiência compartilhada. 2.4.1. A ascensão do Estado Penal nos EUA. 3. Resultados. 4. Conclusões. 5. Agradecimentos. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A morte de um cidadão afro-americano nos Estados Unidos em maio de 2020 durante uma abordagem policial gerou uma onda de protestos naquele país. George Floyd foi asfixiado até a morte pelos policiais, enquanto já se encontrava algemado e dominado. É o sétimo episódio de distúrbios civis nos EUA em um período de 10 anos, todos iniciados por conflitos raciais entre brancos e afro-americanos. No Brasil, o número de mortos em operações policiais se aproxima de um verdadeiro genocídio. Em um estudo sobre os inquéritos policiais instaurados para apurar a suposta autoria desses crimes oriundos de “autos de resistência”, Zaccone apurou que 99,2% dos procedimentos foram arquivados, “Já não se trata de que por que ou como morreu mas de quem morreu” (2015, p. 30).

No mesmo mês de maio de 2020 um jovem de 14 anos foi baleado em sua residência durante uma operação policial no Rio de Janeiro. O número de pessoas mortas, vítimas de abordagens e operações policiais no Brasil totalizou 6.357 em 2019, com 74,3% com idade até 29 anos, 99,2% homens e 79,1% negros (FBSP, 2020).

O que os dois casos possuem em comum? São negros. Negros e pobres. Para eles o estado punitivo opera de forma peculiar. Não significa segurança e ordem, mas sim controle e repressão. A construção dessa figura inimiga possui um percurso histórico comum entre os dois países. Tanto o Brasil como os Estados Unidos receberam milhões de escravos desde o estabelecimento da rota do atlântico em meados do Século XV. No caso do Brasil, o número foi bem maior, cerca de 4,9 milhões de escravos, quase a metade de todo o número de escravos transportados pelo Oceano Atlântico até a abolição da escravatura nas Américas pelo Brasil em 1888, o último país do grande continente a fazê-lo (GOMES, 2019).

O fenômeno sociológico do encarceramento contínuo de uma parcela significativa da população é uma realidade dos sistemas de justiça criminal nos Estados Unidos e Brasil. Os Estados Unidos possuem o maior contingente prisional em números absolutos do mundo, seguido de Rússia e Brasil (RIBEIRO; DINIZ, 2020). Esse processo é o resultado de uma política criminal focada na prisão como principal meio de incapacitação de infratores. O processo punitivo não se limita, no entanto, ao uso da prisão. O sistema de encarceramento é apenas uma mera ilustração de todo um mecanismo de controle da prática criminal e da própria sociedade. Uma das representações da constituição histórica do que se convencionou chamar de “modernidade” é justamente a consolidação dessa instituição (a prisão). O padrão hegemônico disseminado pelos impérios europeus também incluiu a forma (considerada adequada) de punir os errantes, nomeando essa específica área da existência social humana, como se fosse um modelo jurídico idealizado de uma hierarquização absolutista, “que prescreve as estratégias de suspeição e culpa do direito canônico e que mantenham vivos o árbitro e as fantasias absolutistas de controle total” (BATISTA, 2007, p. 123).

A prisão é uma instituição que afeta todos os que têm comportamentos desviantes. Mas as estatísticas mostram que um grupo em particular acaba sendo o mais atingido por sua incidência. Afro-americanos e latinos nos EUA e negros e pardos no Brasil, jovens, com baixa escolaridade e alocação precária no mercado de trabalho ocupam a grande maioria das células do sistema prisional nos dois países.

O Brasil vem incorporando em seu sistema penal o abandono da política reabilitadora da pena, como ocorreu com os Estados Unidos a partir da década de 80

(WACQUANT, 2009). Ainda, passou a adotar, desde 2006, uma codificação em relação ao combate ao narcotráfico que contribuiu decisivamente para o aumento exponencial do número de presos no país (CARLOS, 2015; VALOIS, 2019), alcançando em 2019 a marca de 30% de presos por crimes relacionados com a Lei de Tóxicos. Essa alteração legislativa contribuiu para que o número de presos no país triplicasse nos últimos vinte anos, indo de 232,7 mil em 2000, ano em que as informações começaram a ser sistematizadas no país, para 773,1 mil no primeiro semestre de 2019 (SISDEPEN, 2020). Nos EUA, o sistema de justiça criminal detém 2,3 milhões de pessoas presas em 6.997 estabelecimentos (PPI, 2020).

Contribuindo para um quadro de encarceramento ainda mais complexo, há uma série de aspectos que favorecem a uma maior seletividade de ingresso no sistema prisional. A produção de desigualdades não é exclusiva da polícia ou do judiciário. As reações da sociedade ao desvio, com efeito, já se manifestam nos primeiros anos de vida e se acumulam ao longo do tempo de maneiras que produzem desvantagens cumulativas (SAMPSON; LAUB, 1997). Essa caracterização primária de rotulagem estigmatizante contribui para criação de impedimentos estruturais, limitantes de oportunidades de inserção e adaptações sociais, com um aumento de vigilância e consequente atuação do estado policial (KURLYCHEK; JOHNSON, 2019). Assim, determinados grupos sociais acabam tendo uma maior probabilidade de contato com o sistema prisional, independentemente de eventual responsabilidade criminal (STOLZENBERG; D'ALESSIO; EITLE, 2013).

Os atores que compõem o Sistema de Justiça Criminal – SJC, em especial o brasileiro, tomam decisões com poucos elementos de prova, reproduzindo como verdade a narrativa da autoridade policial (JESUS, 2016), associando a culpabilidade à pessoa do acusado, particularmente sua raça, sexo e nível de escolaridade, em particular em crimes relacionados com o tráfico de drogas (JESUS, 2020). Não importaria tanto o que acusados fazem, mas quem e como são.

Nos EUA, Loïc Wacquant identifica a relação entre esse perfil (jovem, negro, baixa escolaridade) como sendo um “alvo privilegiado” da repressão penal estatal. O governo denominado “neoliberal” atuaria como um “novo Leviatã”, promovendo o abandono de direitos trabalhistas e a desregulamentação da atividade produtiva econômica (doutrina liberal), contudo, atuando ostensivamente para controlar e punir a população de

inconformados com essa estrutura (WACQUANT, 2009). Haveria um desvio da estratégia governamental em relação à pobreza. A transmutação de um estado de bem-estar social para um estado policial e penal, substituindo sistemas de proteções sociais coletivas pelo controle por meio do encarceramento.

A partir da perspectiva da pesquisa comparativa entre habitações na periferia urbana da França e dos guetos nos Estados Unidos, Wacquant propõe um conceito descritivo, referindo-se a um verdadeiro isolamento de uma categoria estigmatizada, como uma “amputação sistemática” de oportunidades de espaço e vida de seus membros, em um movimento de criminalização da marginalidade e contenção punitiva dessas categorias despossuídas, como uma política social na extremidade inferior de uma classe e de ordem étnica (2008).

Busca-se com esta pesquisa, a construção de um conhecimento empírico sobre como os sistemas de justiça criminal nos EUA e Brasil relacionam as variáveis de raça, idade e escolaridade com o encarceramento, para fins de compreender se existira uma similaridade entre os respectivos sistemas. A hipótese de pesquisa é que tanto nos EUA como no Brasil a população carcerária é composta predominantemente de indivíduos com características sociodemográficas compartilhadas, refletindo uma atuação seletiva dos respectivos SJC, de forma a atender a demandas extrapenológicas, de verdadeiro controle social e contenção em relação a esse grupo.

O trabalho foi desenvolvido após levantamento bibliográfico e de dados divulgados pelos órgãos estatais dos EUA e Brasil, concernente à temática proposta (os dados nos EUA correspondem ao último levantamento realizado, em 2018; no Brasil, os dados são atualizados para o ano de 2020).

Assim, a questão foi tratada sob o crivo da sociologia crítica de Loïc Wacquant em uma abordagem comparativa, no intuito de viabilizar uma discussão e reflexão sobre a construção de estereótipos de exclusão social e captação de indivíduos estigmatizados nos respectivos sistemas penais. A análise se deu através de uma metodologia de investigação dos dados a respeito do encarceramento nos sistemas penais brasileiro e estaduniense, para concluir se haveria um setor social ou perfil que seria um “alvo privilegiado” da repressão estatal penal nesses países.

2. DOS GRILHÕES AO CÁRCERE

2.1 A construção de um ideal punitivo: nenhuma nação sai ilesa da experiência da escravidão

A forma como o sistema punitivo se constituiu nessas nações, possui uma interação direta com a necessidade de impor controle, ordem e princípios republicanos em uma massa de indivíduos deslocados do novo sistema produtivo, estabelecido após a extinção da principal fonte de trabalho do século XIX, o escravo. A reforma do Código Penal brasileiro na década de 30 desse mesmo século tratava, com ênfase, da figura do vadio. Mais da metade das prisões após a vigência da nova legislação eram por crimes relacionados “ao existir e não ao fazer”. Pessoas que simplesmente “vagavam” eram presas. Pequenas infrações, comuns entre os sobreviventes diretos do regime escravagista, eram punidas com detenção.

É neste marco de referência que o Código Criminal do Império de 1830 é promulgado, na esteira do medo das insurreições, nas expectativas de que à nação independente de 1822 sobreviessem os direitos plenos de seu povo mestiço, nas contradições entre liberalismo e escravidão, na necessidade de unificação territorial e centralização dos poderes imperiais. (BATISTA, 2008)

Passados quase dois séculos, ainda não superamos essa relação tortuosa entre estado e aqueles que não se conformam ou adaptam com suas instituições e valores. Como retratado na tela “A Redenção de Cam”, de Modesto Brocos (1895), o Brasil republicano sonhava com uma nação europeia, com a defesa de valores liberais e iluministas, livres dos flagelos de um sistema de produção baseado no transporte involuntário de milhões de pessoas. Quando da abolição da escravatura havia milhões de escravos vivendo sob essa condição no país. A sua liberdade foi repentina, obrigando todos os instrumentos produtivos a se adaptarem à nova sistemática de substituição de mão-de-obra escrava por, supostamente, remunerada. Muitos passaram a trabalhar como “empregados” nos engenhos, fazendas e servindo casas nas cidades (CUNHA e GOMES, 2007). Mas a onda de implementação de direitos trabalhistas viria muitas décadas depois. Poucos escravos possuíam, sequer, identificação civil. Os sobreviventes do sistema estavam livres, mas não libertos. As condições de vida e trabalho não mudaram significativamente após os primeiros anos da abolição.

A aparente libertação dos corpos negros provocou alterações profundas na estrutura social da sociedade brasileira. Os senhores de engenho, agora desprovidos dos instrumentos de contenção do antigo regime escravagista, se viram obrigados a mobilizar novas ferramentas de controle. O encarceramento surge como uma alternativa simples e eficaz. O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, promulgado pelo Decreto 847 de 11 de outubro de 1890, trazia em seu texto inúmeros exemplos dos mecanismos de contenção dessa população “indesejada”, como a criminalização da capoeira, prevista em seu artigo 402 (FAORO, 1976). A repressão criminal, assim, acaba por ocupar um lugar de destaque nesse arranjo social pós abolição.

A Lei das Contravenções Penais, de 1941, prevê até hoje sanção para “portar-se de modo inconveniente ou desrespeitoso, em solenidade ou ato oficial, em assembleia ou espetáculo público”, “Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios” ou, talvez o de maior simbolismo, “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita” (BRASIL, 1941). Esses delitos permanecem não somente na legislação vigente, mas precipuamente no conceito que a sociedade tem sobre quais bens jurídicos devem ser tutelados. O desemprego, por exemplo. A ausência de ocupação profissional regular e meios para se manter. Tal condição é tratada com um desvio e não de modo situacional. Passa a ser uma questão de escolha e não de oportunidade. Se na atualidade essa dinâmica é facilmente observável, resta imaginar como era em 1830, quando da promulgação do Código Penal do Império. A contravenção de “mendigar, por ociosidade ou cupidez”, com aumento de pena se a conduta proceder de “forma vexatória”, por exemplo, foi revogada somente em 2009.

A experiência estadunidense de encarceramento de minorias, ao contrário da percepção comum, é um fenômeno relativamente recente. Em 1990, 70% de todos os presos nos Estados Unidos eram brancos (WACQUANT, 2009, p. 197). 20 anos depois, essa proporção diminuiu para 33% (EUA, BJS, 2011). A prática da escravidão impôs, é claro, uma severa divisão racial. No entanto, com sua abolição durante a Guerra Civil em 1863, essa divisão racial-social distanciou-se de sua função segregacionista inicial. Os ex-escravos, agora homens livres, precisavam se reintegrar à sociedade, assumindo novos papéis na estrutura social. A solução encontrada nos estados em que essa divisão racial era mais pronunciada foi o sistema conhecido como “Jim Crow” (ALEXANDER, 2010).

Esse sistema segregado era composto por regulamentos e códigos de conduta específicos para “brancos” e “negros”, limitando consideravelmente as chances de integração social deste último grupo. A segregação continuou no transporte público, em cafés e banheiros públicos, restringindo o casamento inter-racial e criando escolas para “pessoas de cor” (ALEXANDER, 2010, p. 40).

Esse tratamento brutal foi mais significativo no sul dos Estados Unidos devido à prevalência do regime escravista naquela região. Na parte norte do país, a segregação não era tão evidente. No entanto, apesar da aparente cidadania plena para os afro-americanos, outro sistema segregacionista também era perceptível. Os “guetos urbanos”, formados pelo processo migratório de afro-americanos do Sul para o Norte após a Primeira Guerra Mundial, criaram um verdadeiro reduto em torno das grandes cidades. Essa concentração populacional em comunidades afro-americanas atuava de forma a promover a segregação racial em todo o país (ALEXANDER, 2010; WACQUANT, 2008, 2009).

O gueto, em suma, funciona como uma prisão etnoracial: ele aprisiona uma categoria desonrada e restringe severamente as chances de vida de seus membros em apoio à “monopolização de bens materiais e ideais de oportunidades” pelo grupo de status dominante que habita seus arredores. (WACQUANT, 2009, p. 201-202)

A próxima etapa desse processo foi mudar a estrutura do sistema prisional. Desde o início do que se convencionou chamar de “Idade do Encarceramento”, houve uma mudança na composição étnica das prisões. Os afro-americanos se tornaram a maioria nas prisões de todo o país (ALEXANDER, 2010, p. 46). O isolamento social imposto pela prisão apenas refletia o ideal existente nos centros urbanos. A estratégia também era a mesma: criar um espaço individualizado e homogêneo para determinados indivíduos e confiná-los por meio da estigmatização (WACQUANT, 2009, p. 205).

Ao contrastar ambos os modelos, verifica-se que enquanto no Brasil a estratégia desenvolvida após a abolição da escravatura era de aniquilamento e exclusão, nos Sul dos EUA havia interesse na manutenção dessa população (outrora escravos) nos campos de colheita. O sistema produtivo naquela porção do país dependia dessa mão-de-obra para a sua sobrevivência. O método elaborado foi justamente um sistema de leis segregacionistas (Jim Crow), que permitia a continuidade do sistema econômico baseado na mão de obra explorada, antes escrava e agora segregada do convívio social regular.

No Brasil a hipótese foi diversa. O país também dependia dessa mão de obra então escrava, contudo, o processo de segregação não teve como base a manutenção da força de trabalho, mas sim do extermínio. Os grilhões apenas foram substituídos por outros mecanismos de exercício de controle e submissão, dentre eles, a prisão.

No próximo capítulo será abordado como esse ideal punitivo em ambos os países, construído a partir de sociedades que adotaram o regime de produção escravagista por séculos, atua de forma determinante na produção de diversas desvantagens e oportunidades de vida, sendo elemento reprodutor e fomentador de desigualdades sociais acentuadas.

2.2 Desvantagens cumulativas: uma experiência compartilhada

Um dos maiores desafios das Ciências Sociais é identificar quais variáveis são responsáveis por determinado comportamento conjunto de uma determinada sociedade. Qual o motivo pelo qual as cadeias nas américas são constituídas, em sua imensa maioria, por negros, pardos e, em quase sua totalidade, pobres? Quais fatores influenciaram e condicionaram o surgimento desse fenômeno social (o encarceramento em massa seletivo)?

A desvantagem cumulativa pode ser definida como um processo que engloba o impacto cumulativo de uma forma específica de desvantagem ao longo do tempo e/ou o acúmulo de múltiplas formas interativas de desvantagem, dentro e ao longo dos momentos,

A noção central é que as posições relativas de grupos ou indivíduos específicos divergem conforme tratamento preferencial, recursos econômicos, sociais e políticos e outras recompensas ou punições tangíveis e intangíveis acumulam-se diferencialmente ao longo do tempo. (KURLYCHEK; JOHNSON, 2019, p. 292)

A teoria mencionada sustenta que eventos negativos no início da vida podem igualmente causar efeitos em cascata, que produzem verdadeiras desvantagens cumulativas na história daquele sujeito, sendo fonte de diversas desigualdades.

A maior parte dos presos no Brasil e nos EUA é de não-brancos (negros, hispânicos), jovens, homens e com baixa escolaridade (SINHORETTO; MORAIS, 2018 para o Brasil e EUA, BJS, 2018 para os EUA). Essas variáveis de *status*, assim, atuam de forma cumulativa na vida do sujeito, em um processo aditivo e interacional, com impactos diretos e indiretos nas chances e oportunidades de vida. Difere da desigualdade simples,

uma vez que enfatiza a escalada das disparidades no curso da história do indivíduo, compreendendo as desvantagens preexistentes como determinantes para as possibilidades futuras. De acordo com essa perspectiva, a desvantagem tem uma forma exponencial que se acumula ao longo do tempo, “da mesma forma que os juros de uma dívida de cartão de crédito podem aumentar em relação ao saldo devido, tornando a dívida cada vez mais difícil de pagar à medida que o valor devido aumenta a cada mês” (KURLYCHEK; JOHNSON, 2019, p. 293).

A atribuição dessa condição estigmatizante logo no início da vida, assim, contribui para a criação de pontos de inflexão negativos, criando impedimentos estruturais, limitando estruturas de oportunidades futuras, aumentando a vigilância subsequente, enfraquecendo os laços com a sociedade convencional e iniciando processos de rotulagem que facilitam a caracterização da delinquência futura (SAMPSON; LAUB, 1997). A acumulação desses “pontos negativos” acaba por resultar em sanções mais sérias, dentre elas o contato com o Sistema de Justiça Criminal – SJC e o consequente encarceramento. A própria passagem pela polícia já consta como um registro negativo que, somada com outras variáveis, leva a diminuição considerável de oportunidades futuras, criando verdadeiras “barreiras estruturais”, com efeitos nocivos para indivíduos que se enquadram nesse perfil já delineado. Os integrantes dessa categoria, assim, acabam por incorporar o estigma, apresentando dificuldade em escapar do processo de rotulagem como desviante, “fontes estruturais de desvantagens podem intensificar desigualdades subsequentes de uma forma que produzem sistematicamente resultados menos favoráveis para certos indivíduos” (KURLYCHEK; JOHNSON, 2019, p. 294).

O perfil do sujeito, assim, acaba por interagir com diversas outras variáveis, aumentando a probabilidade de contato com o SJC e, consequentemente, de encarceramento. O estigma prevalente na sociedade acaba se associado a múltiplas formas de desvantagens, resultando em um processo acumulativo de condições menos favoráveis de inserção e adaptação sociais e, em particular, uma maior sujeição ao controle social formal.

A ideia de desvantagem cumulativa se baseia em uma conceitualização dinâmica do controle social ao longo da vida, integrada à única perspectiva teórica da criminologia que é inerentemente de natureza desenvolvimental – a teoria da rotulagem. (SAMPSON; LAUB, 1997, p. 3)

A escola sendo a primeira dessas instituições de controle social formal. Uma experiência compartilhada entre os EUA e Brasil é justamente a falta de um ensino fundamental de qualidade para todas as crianças e adolescentes. As médias escolares têm como base padrões de escolas de classe média e média-alta, tornando os indivíduos que não possuem acesso a educação de melhor qualidade, naturalmente, alvos preferenciados dos sistemas de controle e contenção sociais formais, leia-se, a polícia e o SJC. O contato com o policiamento (comum nessas escolas com índice de desenvolvimento humano baixo), e a rotulação como delinquente, aumenta a associação com indivíduos com o mesmo comportamento e, conseqüentemente, o contato com a justiça criminal. É um claro exemplo de como vários domínios da vida social, quando associados, podem resultar em um contato antecipado com os meios de controle formais.

Essa desvantagem que se perpetua com o tempo e espaço também acaba por influenciar o próprio sistema de justiça, causando efeitos potencialmente discriminatórios em seus domínios institucionais, acentuando o tratamento desigual e os resultados díspares nas punições criminais. As decisões criminais seriam um verdadeiro corolário de um complexo processo de coleta de informações sobre o sujeito, baseado em histórico (ficha de antecedentes, reincidência, condição de emprego), sugestões situacionais (local da suposta infração, horário) e, principalmente, estereótipos sociais. Elas acabam desfavorecendo pessoas pobres e marginalizadas, contribuindo para a perpetuação de desigualdades existentes, produzindo ciclos de continuidades, replicando desvantagens ao longo do tempo, atribuindo às mesmas um caráter intergeracional.

No próximo capítulo, será analisado como esse estereótipo que produz desigualdades e reduções de oportunidades é continuamente reproduzido pelo “terror imagético” quanto à ilustração de um sujeito em particular: o inimigo.

2.3 O papel do medo: a figura do inimigo

A concentração do medo em um grupo que pode ser facilmente designado foi uma das estratégias dessa modalidade substitutiva de controle social (a transição dos grilhões para o cárcere). A hegemonia conservadora trabalhou ao longo de séculos a sua difusão como indutor e justificador de políticas autoritárias de vigilância e contenção social. Ele

funciona como instrumento de reprodução da configuração das relações sociais excludentes e dominantes que estão enraizadas nas sociedades brasileira e norte-americana.

Werneck (2014) traz um interessante exemplo de como esse processo de subjetivação possui raízes profundas na percepção do outro. Se uma criança é apresentada a um cachorro pela primeira vez e o mesmo é adjetivado como um animal amigo e dócil, um segundo encontro, provavelmente, será acompanhado de uma reação positiva. Se o sentimento transmitido fosse de insegurança e medo, a mesma criança iria reproduzir aquela “associação inicial”, ligando substantivo e adjetivo, constituindo assim uma orientação sobre aquela categoria geral, baseada “em uma capacidade de discernir sua substância ‘essencial’ e seus ‘atributos’ característicos no momento do reconhecimento”. (WERNECK, 2014, p. 90). O rótulo possui inúmeras significações na construção de uma identidade.

O processo de produção de um criminoso é [...] de etiquetagem, definição, identificação, segregação, descrição, ênfase, conscientização e condução ao inconsciente; torna-se uma forma de estimular, sugerir, enfatizar e evocar as próprias ameaças de que reclama. [...] A pessoa se torna a coisa que é descrita como sendo. (WERNECK, 2014, p. 91, *apud* TANNENBAUM, 1938, p. 19-20).

O processo de subjetivação se mostra vinculado às formas de assujeitamento. A experiência de sofrimento do sujeito irá condicionar a reflexão (e construção) da sua identidade. Misse (2010) trabalha o conceito de sujeição criminal, como sendo um processo de subjetivação em que o crime enquanto categoria genérica passa a habitar a personalidade do sujeito. Ocorre uma atribuição de culpa, de desvio, sem que qualquer fato tenha sido praticado. A sujeição vai muito além da ideia de estigma, de rótulo, diz respeito “à identidade social desacreditada, à incorporação de papéis e de carreiras pelo criminoso. Ela realiza a fusão plena do evento com seu autor, ainda que esse evento seja apenas potencial e que efetivamente não tenha se realizado” (MISSE, 2008, p. 380). A resposta do estado, nesse modelo, nunca será de acolhimento ou de seguridade. Como trabalhado por Wacquant (2009) ao tratar do modelo norte-americano de transmutação do estado de bem-estar social para o de bem-estar penal.

A esfera política adequada, no caso, somente a penalizadora. Os sujeitos do (e ao) crime internalizaram essa máxima a ponto de não conseguirem se desvincular desse

padrão normativo. Uma prática excludente-inclusiva. Exclusão de participação ativa na vida política, com uma manifesta inclusão em outro sistema estatal, no caso, o repressor. São incluídas para que suas vidas não sejam prontamente eliminadas (os ideais republicanos refutam o suplício), mas para que essas resistências sejam moduladas e controladas dentro do espaço carcerário, que é o seu destino inevitável. Livra-se o corpo, aprisiona-se a existência.

Trata-se de um sujeito que “carrega” o crime em sua própria alma; não é alguém que comete crimes, mas que sempre cometerá crimes, um bandido, um sujeito perigoso, um sujeito irrecuperável, alguém que se pode desejar naturalmente que morra, que pode ser morto, que seja matável. No limite da sujeição criminal, o sujeito criminoso é aquele que pode ser morto. (MISSE, 2010, p. 21).

O conceito de crime é fruto do campo das moralidades, da normalização. Aquelas que lograrem êxito em suceder irão compor o imaginário social em relação aquela conduta. É nesse cenário que a sujeição criminal encontra referência. Os excluídos do novo modelo de estado, a república, passam a ocupar um espaço na sociedade com profundas limitações de oportunidades. A ausência de instrução adequada, o contínuo sofrimento e subjugação da sua individualidade são fatores potencializadores de aproximação com um modo de vida considerado como “criminoso”. A sua própria existência já indica pertencimento ao mundo do desvio, da contravenção.

Os ideais de segregação (o modelo norte-americano) e extermínio (a hipótese brasileira) possuem reflexos na composição social e na forma como lidamos com a população negra. O encarceramento é apenas um símbolo, uma representação, um retrato de como a população negra foi afetada por séculos de políticas de extermínio e exclusão social em ambos os países.

O medo, assim, o elemento indutor para legitimar um arranjo estético-social. A incorporação de métodos punitivos direcionados e seletivos a sua principal tecnologia, “a eficácia das instituições de controle social se funda na capacidade de intimidação que estas são capazes de exercer sobre as classes subalternas”. (NEDER; CONTIER, 1987, p. 5).

Ocorre que o espaço público que deveriam ocupar não seria arquitetado horizontalmente. As tradicionais estruturas de relações de poder deveriam permanecer incólumes. Ao antigo escravo caberia a perpetuação da mesma sistemática iniciada em

1444 na primeira “Feira de Cativos”, realizada em Lisboa, na presença do infante dom Henrique (GOMES, 2019). Apenas a sua denominação deveria ser alterada. A rigidez da ordenação embasada na divisão entre castas sociais plenamente conservada. A diferença foi apenas da simbologia dos métodos de controle. Os ideais liberais e iluministas não permitiam as correntes, o açoite e o chicote. O encarceramento foi o substituto que melhor se adequou à noção de humanismo que florescia na Europa do Século XIX. O suplício deu lugar à masmorra.

Mudava o método, mas o simbolismo nele incorporado apenas reproduzia as mesmas construções de subjetividades.

Tomada pelo pavor de perda de propriedade e violência generalizada, as elites se voltaram ao controle punitivo como instrumento contentor desse “inimigo”, do opositor ao necessário pacto conciliatório. Ressignificar a sua participação política, eliminando qualquer remanescente de cidadania que eventualmente contrastasse com os ideais da república. A seletividade do sistema penal brasileiro, tão evidente em 2020, se relaciona com esse processo de pacificação, na tentativa de reestruturação da dinâmica social anteriormente constituída de mão-de-obra escrava.

Essa caracterização do ex-escravo como o “outro” viabilizou a permanência das relações de poder de forma inalterada e assimétrica, mantendo a hegemonia do esquema “casa grande e senzala”, induzindo a construção de um arranjo jurídico-penal higienista que resultaria na marca prevista de quase um milhão de encarcerados no século XXI. Para tanto, foi necessário idealizar e reproduzir esse terror gerado pela figura do “diferente”, do “inverso”, negando-lhe a construção positiva da própria identidade e, assim, dos demais meios de exercício da plena cidadania. Abriam-se as portas para um consenso difuso por uma política repressiva (BATISTA, 2007).

O escravo de ontem é o traficante de hoje. O perfil não mudou desde o século XIX. Tanto nos EUA como no Brasil se verifica tal continuidade. As severas sanções selecionadas nos códigos penais brasileiros (1830 e 1890), com caráter manifestamente de exclusão e extermínio; as leis “Jim Crow” nos EUA no mesmo período. Em ambos os casos o intento era conter, impedir de que os corpos negros livres exercessem a sua subjetividade e a construção de uma identidade incluída e adaptada. Com o término dessas legislações (no caso do Brasil a Lei de Contravenções Penais ainda permanece,

mesmo que simbolicamente), precisava-se eleger um novo “inimigo”. A jornada política idealizada em meados dos anos 70 nos EUA contra “as drogas”, incorporada pelo Brasil algumas décadas depois, atendeu a tal demanda. Essa temática será abordada no capítulo seguinte. Como o discurso de figuração desse antagonista foi transmutado para a atual “guerra às drogas”, mais uma experiência compartilhada entre EUA e Brasil.

2.4 A guerra às drogas: outra “péssima” experiência compartilhada

2.4.1 *A ascensão do Estado Penal nos EUA.*

Os Estados Unidos da América experienciaram o surgimento das primeiras prisões modernas em meados do Século XIX (MORRIS; ROTHMAN, 1998). Essas novas instituições propunham um verdadeiro “bem-estarismo penal”, com uma forte direção correcionista (GARLAND, 1990, p. 34).

Essa concepção moderna de método punitivo tinha como objetivo buscar o declínio da atividade criminosa por meio de intervenções de reabilitação e não punições meramente negativas ou retributivas. Essa agenda trabalhou contra o uso da prisão, por acreditar que a reforma social fomentada pelo estado, juntamente com a prosperidade econômica, acabaria por reduzir a frequência do crime. Reincidentes e infratores graves e/ou incorrigíveis, somente, seriam encarcerados por longos períodos. Medidas penais foram projetadas para equilibrar o nível de risco revelado pelo criminoso. Havia uma crença na ciência criminológica, em sua capacidade de classificar os infratores, dividindo-os entre diferentes categorias e a aplicação de medidas específicas para cada caso era apropriada. O estado repressivo foi transmutado em um modelo reformativo (GARLAND, 1990).

Uma característica importante desse período é o baixo nível de intervenção política no processo punitivo. Esse setor do estado começou a depender quase exclusivamente da engenharia social e da capacidade do método científico de reformar seus prisioneiros. O crime foi compreendido como um problema social que se manifestou na forma de atos criminosos individuais, e não como parte de uma atividade reiterada de grupo específico. A possível solução estava na expansão da prosperidade econômica e na provisão de bem-estar social (WACQUANT, 2009).

Esse modelo de estado era baseado em medidas regulatórias, de engenharia social dirigida pelo estado e gerenciamento de demanda no estilo *keynesiano*. Através desse arquétipo intervencionista, novos níveis de seguridade econômica e social foram possíveis. Essa expansão econômica com melhoria nos padrões de vida facilitaram o crescimento da concepção de “bem-estarismo penal”. Embora não mencionado por Garland, no Brasil esse modelo de intervenção também foi aparente. A “Grande Depressão” que atingiu o mundo capitalista no final dos anos 20 teve um forte impacto no Brasil, uma nação com uma economia baseada principalmente na agricultura. Embora o país ainda não tenha experimentado um período de “acumulação” de capital como os Estados Unidos, foi a partir desse período que iniciou um grande projeto de intervenção na economia. O estabelecimento da indústria automobilística no país foi um desses marcos (WEINSTEIN, 1996).

Nos Estados Unidos da América, por outro lado, esse imaginário de reabilitação mudou radicalmente a partir dos anos 70. Uma forte crítica ao modelo de tratamento individualizado passou a dominar o cenário político. A classificação exigida de criminosos que buscavam tratamento e recuperação começou a ser analisada em uma ótica social crítica. O que anteriormente era um processo de classificação passou a ser visto como discriminatório, uma vez que as prisões e cadeias eram compostas por indivíduos com características sociais semelhantes. Raça, falta de apoio familiar, baixa escolaridade e deslocamento no mercado de trabalho compunham as estatísticas usuais.

A crítica ao ideal reabilitativo trouxe a concepção da noção retributivista como a principal diretriz para a sentença criminal naquele país. Essa formulação de falha do sistema em deter o crime foi o principal elemento impulsionador das transformações no sistema penal, que permanece até os dias atuais. Essas mudanças na abordagem da criminalidade foram impulsionadas por mudanças sociais, econômicas e culturais que os países ocidentais sofreram após a segunda metade do século XX. Variações demográficas e estratificação de classe foram elementos fundamentais desse processo de mudança (de um estado penal-social) (GARLAND, 2001, p. 77-78).

O estado de bem-estar tornou-se a causa dessas questões sociais e não a solução adequada. As causas específicas dessa mudança nos Estados Unidos tiveram uma relação mínima com a justiça criminal. Um *boom* econômico que influenciou muito a política

criminal do modelo do bem-estar penal marcou o mundo do pós-guerra dos anos 50. A disseminação do consumismo e o surgimento de uma forte classe média estabilizaram o sistema, impulsionando o pensamento progressista do correccionismo e da reabilitação. Mas nos anos seguintes houve uma reestruturação do mercado de trabalho. A mecanização dos recursos de produção produziu um grande número de excluídos. As conquistas daquele período pós-guerra passaram a ser desacreditadas, e as políticas de inclusão social e distribuição de renda por meio do alcance universal ao mercado de trabalho também foram abandonadas. Garland resume o novo ideal como “neoliberal” no sentido de reafirmar as disciplinas de mercado e “neoconservador” a partir da reafirmação de valores morais (GARLAND, 2001).

O resultado para a esfera criminal foi o estabelecimento de um arquétipo adversário, porque possuía ainda mais características autoritárias e intervencionistas do que seu antecessor. Essas mudanças também ocorreram por razões morais. O discurso da “restauração dos valores da família” e a imposição da responsabilidade individual absoluta pelos criminosos tornaram-se amplamente utilizados. Seria uma ruptura com o ideal libertário que prevalecia nos anos 70, como a libertação feminina e a tolerância pelo uso de certos tipos de drogas leves.

No entanto, essas políticas não eram geralmente voltadas para uma mudança social abrangente. Em vez disso, havia um alvo específico: os pobres. O estrato da sociedade que precisava de disciplina e conformidade era o menos favorecido economicamente. Este grupo foi caracterizado principalmente pela dependência do aparato de bem-estar social do estado. A maioria dos membros do grupo eram desempregados, imigrantes e usuários de drogas.

Esse clima de liberdade econômica favoreceu aqueles que mais se beneficiaram da proposta desregulatória, no entanto, também promoveu o surgimento de uma nova camada de estratificação social. O aumento significativo de uma “divisão social” concentrou problemas sociais, entre eles criminalidade e falta de assistência pública. O próprio crime tornou-se uma legitimação retórica das políticas sociais e econômicas, refletindo o ideal “neoliberal” de liberdade e responsabilidade pessoal e uma justificativa para a expansão de um novo estado punitivo.

A compreensão da criminalidade como uma “doença social”, amplamente usada durante a época do bem-estarismo penal, deu lugar a uma visão rígida da responsabilidade individual absoluta. A história familiar e social do infrator não teve importância na implementação de políticas públicas, mas a conduta e o nível de insegurança na sociedade que promoveu.

Essa “segregação punitiva” seria uma estratégia empregada pelo novo modelo de estado, com uma forte tendência a incapacitar os prisioneiros por meio do enclausuramento. Outra estratégia seria a “parceria preventiva” envolvendo todo o aparato estatal com medidas para reduzir a incidência de comportamento criminoso. O sistema penal não foi abolido, mas reformulado. O que ocorreu foi uma reinterpretação de suas funções (retributivas em vez de corretivas), sua direção (anteriormente para criminosos socialmente ineptos e atualmente para classes menos favorecidas e estigmatizadas), sua intensidade (aumentada pela necessidade de um maior fluxo de comunicação do estado, exigindo constante afirmação de sua autoridade), e especialmente sua justificativa (ressurgimento da vitimização como motivo para punir).

A prisão, como principal símbolo do poder punitivo, retira-se de seu ideal reformador e correccional. Sua essência se torna um cânone da exclusão através da segregação e controle social. Possui uma política de exclusão e exílio. O encarceramento em nível industrial (em massa) não inclui uma análise detalhada de cada caso individual. O crime é praticado por uma pessoa, no entanto, reflete apenas o comportamento esperado de um grupo social estigmatizado e rotulado.

2.4.2 O “Encarceramento em Massa” Brasileiro

A formação do pensamento criminológico atual se apresenta como um derivado das políticas reacionárias dos Estados Unidos e do Brasil; adotada mediante modificação na estrutura das relações sociais e trabalhistas. As justificativas atuais para o controle do crime não são suportadas pelas estatísticas. O crime não aumentou, mas mudou. E a maneira de abordá-lo também é profundamente modificada.

O conceito de “incerteza” gerado pelo desvio criminal não encontra correspondência nos dados estatísticos. De fato, essa incerteza não está relacionada apenas ao crime e à vitimização, mas a um aumento considerável da insegurança econômica; é o resultado

de um novo estado bipolar (WACQUANT, 2009, p. 130). Esse novo estado prega a liberdade em sua máxima expressão no campo econômico. No entanto, falha em intervir em importantes questões sociais. Esse sentimento de insegurança é produzido pelo próprio estado e combatido pela segregação e fortalecimento de estruturas penológicas de exclusão. Países como o Brasil também passaram por processos semelhantes em seus respectivos sistemas de justiça criminal. O surgimento desse imenso contingente de pobreza e marginalidade não era um fato social exclusivo dos países desenvolvidos.

Esse processo de intervenção foi o oposto da ideologia “Direito Penal Mínimo”, que defende a restrição máxima de sua incidência. Esta intervenção estatal não se limita ao crime. Muitos aspectos da vida cotidiana, como escolas e locais de trabalho, também são afetados. Esse constante sentimento de ameaça resultaria na legitimação de diferentes ações com o nobre propósito de “prevenção e cura”, no entanto, com uma intenção latente de exercer alguma forma de controle.

O Brasil adota um modelo de seguridade dividido nos setores de saúde, previdência e assistência social. A parcela relativa à seguridade social pode ser entendida como uma forma de seguro público destinado a trabalhadores e membros do mercado de trabalho formal. É financiado por iniciativa do governo e contribuições pagas pelos trabalhadores. A assistência social, por outro lado, é subsidiada exclusivamente pelo governo e visa implementar políticas de proteção social destinadas a atender às necessidades básicas de indivíduos incapazes de se manter, permanentes ou temporários. Mais precisamente, a assistência social é para o apoio de famílias, mães, crianças, adolescentes, idosos e a proteção de crianças desfavorecidas. Também promove a integração no mercado de trabalho, bem como o treinamento e a reabilitação de pessoas com deficiência e sua integração na vida comunitária.

Os estados dos EUA e do Brasil seriam, consequentemente, um “estado de bem-estar residual”, oferecendo apoio apenas “em resposta às falhas cumulativas do mercado de trabalho e da família” (WACQUANT, 2009). Não possui uma política proativa em larga escala em relação ao apoio familiar, prevenção da toxicodependência ou, no caso do Brasil, um programa de controle de natalidade. Esse estado age apenas quando os menos favorecidos reivindicam auxílios sociais, ainda criando barreiras burocráticas ao

recebimento desses benefícios. Essa política de exclusão apenas maximiza a diferença entre os titulares de empregos permanentes e os indesejáveis que estão desempregados.

Juntamente com o desemprego, a questão racial emerge como elemento inseparável da análise do encarceramento em massa. Não abordar esse tópico, mesmo que brevemente, seria um erro histórico e teórico. A razão é bastante lógica: os “clientes” do sistema penitenciário são, em sua grande maioria, afro-americanos ou, no caso do Brasil, afrodescendentes e pardos. A prisão serve a um propósito bem definido. Ele protege e examina esses grupos marginalizados que foram excluídos do mercado de trabalho e se tornaram cada vez mais agressivos e exigentes devido à falta de oportunidades.

Nas últimas duas décadas, o Brasil vem aumentando gradualmente a área de cobertura de seu Código Penal. A conduta anteriormente sancionada por meios administrativos tornou-se criminalizada. As escolas brasileiras também estão recebendo novos aparelhos de segurança e aplicando medidas disciplinares para diminuir a violência dentro das escolas e impedir a venda e o uso de drogas. Sistemas de vigilância e acordos com a polícia estão entre essas medidas. Ainda assim, o aumento da demanda por “condomínios fechados” é uma realidade no Brasil. A segurança é o principal motivador dessas famílias brasileiras que procuram serviços locais que tornam desnecessário sair de casa: por exemplo, para compras ou escola.

O movimento de inserção do estado em áreas carentes do Rio de Janeiro (as Unidades de Polícia Pacificadora) demonstra a absoluta falta de legitimidade do poder estatal. Esses bairros representam uma história de marginalização, exclusão e violência datando do período escravagista. A presença do estado nesses locais é mínima. Muitos serviços públicos regulares, como saúde básica, saneamento, eletricidade, correios e polícia, são inexistentes. Consequentemente, um “estado paralelo” foi formado dominado pelos líderes de quadrilhas criminosas ligadas ao tráfico de drogas. Os traficantes substituíram o estado, prestando assistência aos moradores e instituindo um regime disciplinar bastante singular, distinto do previsto na lei regular.

Os clientes do sistema criminal brasileiro vêm majoritariamente dessas comunidades menos favorecidas. A ocupação pela coerção policial e militar, juntamente com o encarceramento desse grupo específico, representam uma extensão politicamente dirigida do poder desse Estado Penal. O objetivo do sistema não está mais focado no indivíduo. Em vez disso, tornou-se uma ideologia de controle de riscos através do encarceramento

da parcela da população considerada perigosa e propensa a cometer crimes. É uma forma de governança através da doutrina do crime.

O papel desempenhado pela chamada “Guerra às Drogas” poderia implicar um ensaio em si. No entanto, analisando a questão do encarceramento em massa, essa linha de raciocínio político também deve ser abordada. Este termo é normalmente aplicado a uma campanha de proibição de drogas, ajuda militar e intervenção militar, com o objetivo declarado de definir e reduzir o comércio ilegal de drogas. Essa iniciativa política compreende um conjunto de diretrizes de drogas que visam impedir a produção, distribuição e consumo de drogas psicoativas ilegais.

Com a análise de dados no capítulo seguinte, é possível concluir que o Brasil também está travando sua “Guerra às Drogas” em estilo muito semelhante ao dos Estados Unidos. Uma diferença muito notável é que, nos EUA, o número de prisões está diminuindo como resultado de mudanças na ideologia de combate ao tráfico. A legalização do uso de drogas leves em alguns estados americanos é uma indicação de que o país está começando a ver os crimes de maneira diferente. No Brasil, por outro lado, o confronto está aumentando exponencialmente.

3. RESULTADOS

A taxa de superlotação nas prisões estadunidenses variou de 22,3% em 2009 a 13,7% em 2018, apresentando uma tendência de decréscimo nos últimos anos. A hipótese brasileira é oposta, com uma orientação de aumento do encarceramento no mesmo período, com uma média de 40,7% (tabela 1, abaixo). Em ambos os países há uma evidente falta de vagas nos respectivos sistemas prisionais.

**Tabela 1. Capacidade de lotação em estabelecimentos prisionais estaduais e federais
EUA-Brasil, 2009-2018**

ANO	EUA			BRASIL		
	População carcerária	Capacidade do sistema prisional*	Déficit vagas (%)	População carcerária	Capacidade do sistema prisional	Déficit vagas (%)
2009	1.615.487	1.255.385	22,3	473.626	278.726	37,8
2010	1.612.395	1.258.599	21,9	496.251	281.520	39,1
2011	1.598.783	1.314.995	17,5	514.582	295.413	40,6
2012	1.571.013	1.279.075	18,6	549.786	310.687	43,3

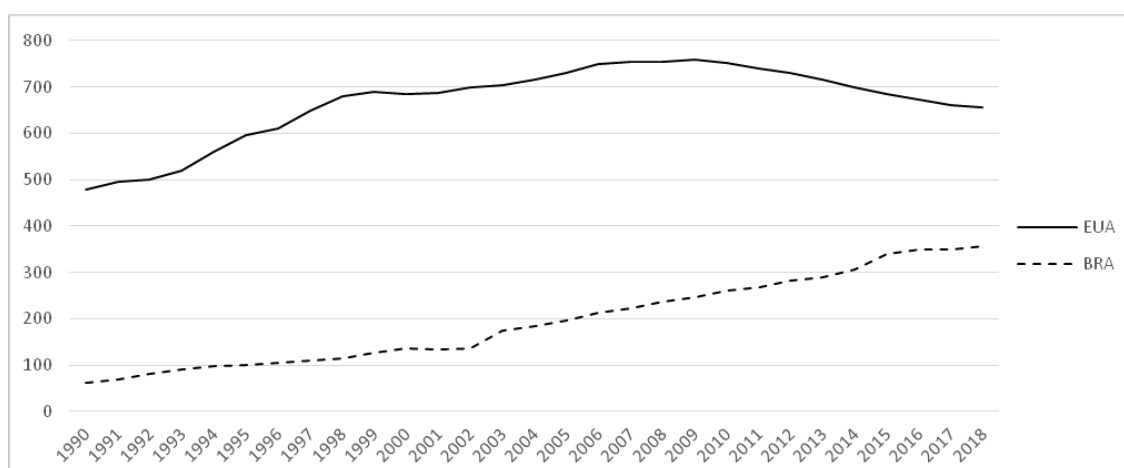
	EUA			BRASIL		
2013	1.576.950	1.224.229	22,4	581.507	341.253	41,3
2014	1.562.319	1.293.161	17,2	622.202	371.884	40,2
2015	1.526.303	1.285.579	15,8	698.618	371.201	46,9
2016	1.508.129	1.272.100	15,6	722.120	446.874	38,1
2017	1.489.189	1.279.713	14,1	722.716	430.137	40,5
2018	1.465.158	1.264.287	13,7	744.216	454.833	38,9

Fonte: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics (NPS), *Prisoners Series 2009-2018*, disponível em: <http://www.bjs.gov/>. Acesso em: 22 set. 20. Para o Brasil Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 22 set. 20.

* Capacidade operacional informada pela unidade.

Uma análise da evolução da taxa de encarceramento indica claramente a tendência da redução do contingente prisional nos EUA e o seu aumento no Brasil (tabela 2, abaixo). Esses resultados vão ao encontro da explanação teórica inicial dessa pesquisa, qual seja, que a partir de 2006 o Brasil vem aumentando significativamente a sua população prisional, justamente a partir da vigência da Lei de Tóxicos, ocorrida naquele ano. De 2006 a 2018 o Brasil experienciou um aumento de 167% da população prisional. No caso dos EUA, a tendência é de acentuada diminuição, em especial a partir de 2010.

Tabela 2. Taxa de encarceramento nos EUA e Brasil*, 1990-2018



Fonte: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics (NPS), *Prisoners Series 1990-2018*, disponível em: <http://www.bjs.gov/>. Acesso em: 16 out. 20. Para o Brasil Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 22 set. 20. *Total de prisioneiros em unidades Federais e Estaduais.

Quanto ao nível de escolaridade, a população carcerária do Brasil é geralmente analfabeta ou com pouca baixíssima instrução (aproximadamente 12% dos presos concluíram o ensino fundamental, o equivalente ao ensino médio nos Estados Unidos, ver tabela 3, abaixo). A porcentagem de presos brasileiros com algum ensino pós-secundário é de 0,5% (BRASIL, INFOPEN, 2017), enquanto nos EUA esse grupo representa 12,7% da população carcerária (EUA, BJS, 2019). A quase ausência de presos com nível superior no Brasil é um dado que destoa da realidade estadunidense. Um forte indicativo do abismo de desigualdade social no Brasil, que reflete diretamente no baixíssimo nível de escolaridade da população carcerária.

Cabe destacar que no Brasil 57,1% dos presos em 2017 não possuíam o ensino fundamental completo. Um comparativo com os EUA não é possível em razão da quase ausência dessa variável naquele país, com número muito baixos de pessoas com o ensino fundamental incompleto.

Tabela 3. Nível de escolaridade nas prisões, EUA e Brasil.

NÍVEL DE ESCOLARIDADE	POPULAÇÃO CARCERÁRIA ¹	
	EUA	BRASIL
Ensino médio ou inferior	41,3%	85,3%
Ensino médio completo ²	46%	9,6%
Ensino superior	12,7%	0,5%

Fonte: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics (NPS), Prisoners Series 1990-2018, disponível em: <http://www.bjs.gov/>. Acesso em: 16 out. 20. Para o Brasil Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – INFOPEN 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3kbUJDC>. Acesso em: 16 out. 2020.

¹ Dados dos EUA de 2003 (último ano de levantamento pelo BJS) e Brasil 2017.

² Incluindo GED (23,4%), equivalente ao “Ensino Supletivo” no Brasil, sem dados disponíveis deste último.

A variável raça também apresenta resultados significantes. Tanto nos EUA como no Brasil, a taxa de encarceramento de negros é superior à de brancos, sendo que no caso norte-americano a chance de um negro entrar em contato com o sistema prisional é superior a 5 vezes a de um branco. No Brasil a probabilidade de um negro ser preso é 60% maior do que um branco (tabela 4, a seguir).

**Tabela 4. Taxa de encarceramento por raça e etnicidade nos EUA e Brasil em 2018
(100.00 habitantes)**

GRUPO ÉTNICO	EUA	BRASIL ¹
Branco	218	137
Negros ²	1.134	228
Hispânicos	549	-

Fonte: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics (NPS), *Prisoners Series 2018*. Disponível em: <http://www.bjs.gov/>. Acesso em: 22 set. 20. Para o Brasil Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 22 set. 20.

¹ Calculada com base na taxa de aprisionamento de 369 por 100.000 habitantes e de uma população prisional de 61,7% de negros e pardos e 37,2% de brancos.

² Incluindo pardos para o Brasil.

Essa disparidade racial no sistema carcerário, no caso do Brasil, encontra respaldo na proporção de negros mortos em confrontos com a polícia. Como já abordado na introdução, em 2019 foram 6.357 pessoas mortas nessa situação, com 79,1% desse número de negros (FBSP, 2020). Em 2019 foram 1.004 mortes em situações similares nos EUA, com 39% dessas causalidades sendo de negros e hispânicos (EUA, FBI, 2020). No caso dos EUA, convém destacar a sua composição étnica-racial (ver tabela 6, abaixo), com cerca de 60% da população como sendo “branca” e apenas 13,4% de negros. Mesmo assim, o caso brasileiro apresenta uma desconformidade marcante, com um número total de mortos nessas condições seis vezes superior aos EUA.

A composição do poder judiciário em ambos os países é um fator a ser considerado nessa análise, com uma maioria de brancos compondo as cadeiras da magistratura. Destaca-se a porcentagem de negros na magistratura brasileira (1,6%, ver tabela 5 abaixo).

Tabela 5. Composição étnica-racial do judiciário nos EUA e Brasil

GRUPO ÉTNICO	EUA ¹ (%)	BRASIL ² (%)
Negros	14	1,6
Branco	71	80,3
Não-brancos ³	22	27,5

Fonte: *Federal Judicial Center, Biographical Directory of Article III Federal Judges, 1789-present: Advanced Search Criteria* para os EUA, disponível em: <https://www.fjc.gov/history/judges/search/advanced-search>. Acesso em: 16 out. 20. Para o Brasil Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 16 out. 20.

¹ Juizes das Cortes Federais Distritais em 2017.

² Censo do Poder Judiciário de 2018.

³ Incluindo pardos no Brasil, hispânicos nos EUA e indígenas em ambos os países.

Quando os dados apresentados nas tabelas 4 e 5 são confrontados, verifica-se uma grande disparidade de raça entre a taxa de encarceramento e a representatividade nas cortes judiciais, tanto dos EUA como no Brasil. Ainda, apesar de não-brancos corresponderem a mais da metade da população brasileira, menos de 30% ocupam cadeiras no judiciário. Nos EUA, a representatividade racial entre a população geral e o judiciário não apresenta uma discrepância significativa (tabela 6, abaixo). A composição das cortes federais naquele país parece seguir a mesma da população geral. Cabe observar que no caso do Brasil, os dados relativos à raça da população geral são obtidos por meio de *autodeclaração* em entrevistas dirigidas.

Tabela 6. Composição étnica-racial nos EUA e Brasil

GRUPO ÉTNICO	EUA (%)	BRASIL (%) ¹
Negros	13,4	8,2
Branco	60,1	44,2
Não-brancos ²	26,5	46,7

Fonte: *United States Census Bureau* para os EUA, disponível em: <https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US/PST045219>. Acesso em: 17 out. 20. Para o Brasil IBGE – Diretório de Pesquisas, DPE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 17 out. 20.

¹ Dados de 2016.

² Incluindo pardos no Brasil, hispânicos nos EUA e indígenas em ambos os países.

Outro ponto de convergência de resultados diz respeito à idade da população prisional. Nos dois sistemas há predominância de presos até 45 anos de idade, sendo que no Brasil 44,5% dos presos possuem entre 18 e 29 anos, indicando uma predominância de jovens no sistema carcerário, com uma redução expressiva de presos com 46 anos ou mais (ver tabela 7, abaixo). Quanto ao sexo, nos dois países homens ocupam mais de 90% das vagas no sistema prisional (92,4% nos EUA em 2018 e 96,3% no Brasil em 2019).

Tabela 7. Idade da população prisional, EUA e Brasil

FAIXA ETÁRIA	EUA ¹ (%)	BRASIL ² (%)
18-29	25,3	44,5
30-45	43,8	36,9
46- ³	18,4	7,2

Fonte: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics (NPS), *Prisoners Series 2018*. Disponível em: <http://www.bjs.gov/>. Acesso em: 22 set. 20. Para o Brasil Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depn/pt-br/sisdepn>. Acesso em: 22 set. 20.

¹ Dados de 2018.

² Dados de 2020, 9,7% não informado.

Uma característica evidente de ambos os sistemas é o papel do tráfico de drogas na população prisional. Em 2020, 32,4% dos presos no Brasil encontram-se enquadrados na Lei de Tóxicos, sendo que se considerando apenas a população prisional feminina, 57,8% estão encarceradas em razão dessa lei (BRASIL, SISDEPEN, 2020).

Tabela 8. Presos por tráfico de drogas nos EUA e Brasil, 2005-2019

ANO	EUA (%)		BRASIL (%)
	FEDERAL	ESTADUAL	
2005	-	19,8	9,1
2006	53,1	19,5	12,3
2007	53,2	17,7	15,5
2008	-	18,9	17,5
2009	-	18,2	19,2
2010	52,1	17,4	21,4
2011	48	16,8	21,9
2012	53,7	16	-
2013	56	15,7	-
2014	49,5	15,2	28
2015	47,5	14,8	27,8
2016	47,3	14,4	26
2017	47,1	13,7	27,4
2018	-	-	28,9
2019	-	-	29,2

Fonte: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics (NPS), *Prisoners Series 2005-2018*. Disponível em: <http://www.bjs.gov/>. Acesso em: 22 set. 20. Para o Brasil Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN/INFOPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 19 out. 20.
- Dados não disponíveis.

Como demonstrado na tabela 8 acima, a quantidade de presos por crimes relacionados ao tráfico de drogas vem reduzindo nos EUA desde 2005, com uma tendência inversa no Brasil, que desde 2006 (ano de vigência da Lei n. 11.343/2006) experenciou um aumento dessa população específica em mais de 325%. O fluxo da população carcerária em ambos os países, apresentada anteriormente na tabela 1, encontra consonância com a tabela 8, indicando uma redução da população carcerária geral e daquela relacionada com o tráfico nos EUA e o seu correspondente antagônico no Brasil.

Tabela 9. Taxas de encarceramento e homicídio¹ por 100.000 habitantes nos EUA e Brasil, 1990-2018

ANO	EUA		BRASIL	
	ENCARCERAMENTO	HOMICÍDIO	ENCARCERAMENTO	HOMICÍDIO
1990	458	9,8	60	21,2
1991	480	9,3	65	20
1992	503	9,5	74	19,2
1993	524	9	79	20,2
1994	558	8,2	82	21,2
1995	595	7,4	95	23,8
1996	610	6,8	100	24,8
1997	639	6,3	109	25,4
1998	658	5,7	110	25,9
1999	678	5,5	113	26,2
2000	686	5,6	140	26,7
2001	688	5,6	135	27,8
2002	707	5,7	137	28,5
2003	718	5,5	174	28,9
2004	729	5,6	185	27
2005	742	5,8	197	25,8
2006	745	5,7	215	26,3
2007	746	5,4	230	25,4
2008	750	5	238	26,4
2009	759	4,8	247	27,2
2010	753	4,7	260	26,2
2011	730	4,6	267	27,1
2012	730	4,8	283	29,4
2013	715	4,5	289	28,6
2014	698	4,3	306	29,8
2015	684	5	341	28,9
2016	672	6,1	350	30,3
2017	660	6	348	31,6
2018	655	5,1	357	27,5

Fonte taxa de encarceramento: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics (NPS), *Prisoners Series 1990-2018*, disponível em: <http://www.bjs.gov/>. Acesso em: 16 out. 20. Para o Brasil Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 22 set. 20.

Fonte taxa de homicídio: para os EUA *Crime in the United States*, disponível em: <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2019/crime-in-the-u.s.-2019>, acesso em: 19 out. 20; para o Brasil Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Atlas da Violência, disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20>, acesso em: 19 out. 20.

¹ Homicídio doloso e culposos.

A Tabela 9 acima apresenta uma evolução comparativa entre as taxas de encarceramento e homicídio nos dois países. Como demonstrado na tabela 1, as tendências EUA e Brasil são inversas, o primeiro de diminuição e o segundo de aumento de suas populações carcerárias. Quando tais dados são contrastados com as respectivas taxas de homicídio, verifica-se que os EUA, a partir dos anos 2000, vem mantendo uma taxa praticamente constante, com uma variação não superior a 1%. No Brasil a ocorrência é semelhante, com uma taxa de homicídios estável nos últimos 20 anos.

Os resultados obtidos com a análise dos dados oficiais dos respectivos países demonstram que os EUA estão reduzindo a sua população prisional, com correspondência na porcentagem de presos por tráfico de drogas; no Brasil, a hipótese é inversa, com um aumento expressivo da população carcerária e, assim como nos EUA, da quantidade de presos por delitos relacionados com a Lei de Drogas, de 2006.

4. CONCLUSÕES

Os dados analisados indicam similaridade do perfil da população carcerária quanto as variáveis sexo, faixa etária e, especialmente, raça. Apesar da expressiva discrepância da taxa de encarceramento por raça nos EUA, tal diferença também é verificada na hipótese brasileira, com negros e pardos apresentando uma taxa 60% maior do que brancos.

Um aspecto que necessita maior reflexão é a redução da população prisional nos EUA, em contraposição com o caso brasileiro, que indica um aumento significativo. Destaca-se como fator contributivo o julgamento pela Suprema Corte Americana do caso *Brown v. Plata*, em 2011, determinando a soltura de presos pelas péssimas condições do sistema prisional. Naquele caso se considerou que houve uma violação da Oitava Emenda da Constituição dos EUA, que proíbe punição “não usual” ou cruel, excedente da pena já imposta pelo estado (REAL, 2016). Ainda, houve a adoção, em vários estados norteamericanos, de uma legislação permissiva quanto ao uso de drogas para fins recreacionais, contribuindo para a redução do número de presos. No Brasil a hipótese é reversa. O país experencia um aumento de sua população carcerária, com indicativo de clamor popular pelo enrijecimento do aparato punitivo estatal (REAL, 2016).

Essa emergência de controle punitivo não tem correlação estatística com um aumento do número de crimes em nenhum desses países, mas com a atitude das autoridades públicas em relação à criminalidade. Esta é realmente uma política criminal voltada para uma classe em particular. Os pobres, negros, desempregados e excluídos socialmente compõem a maioria absoluta dos clientes do sistema. Produz insegurança para o conceito artificialmente criado de “aumento do crime”, que foi apresentado como a solução que fortalece as políticas criminais (sentença, redução da liberdade condicional, entre outras).

Os resultados demonstram que, em ambos os países, haveria um “alvo preferencial” (consubstanciado no perfil) desse “estado penal”, na terminologia utilizada por Wacquant. Homens jovens, negros/pardos (e hispânicos nos EUA) e com baixa escolaridade sofrem de forma mais acentuada a ação “repressiva” estatal ao invés de uma “preventiva”, indicando a emergência de uma racionalidade orientada à função extrapenológica da punição, materializada na realidade do cárcere. Como esclarece WACQUANT (2001), as prisões brasileiras seriam verdadeiros “campos de concentração para pobres” que mais se assemelham a empresas públicas de “depósito industrial de dejetos sociais” do que instituições que servem para alguma função “penalógica” (como reinserção).

A criminalização dos pobres se mostra improdutivo. E o mesmo acontece com o encarceramento em massa de um segmento construtivo da população. Esse processo de seletividade etno-racial apenas acentua ainda mais a divisão entre duas classes bastante distintas nas sociedades americanas e brasileiras: membros das classes média e alta, devidamente empregadas na educação avançada; e os marginalizados, principalmente jovens membros de minorias étnicas, com pouco educação, falta de emprego ou áreas de estar bem definidas (guetos nos Estados Unidos e “favelas” no Brasil).

O sistema punitivo no século XX mudou apenas de forma. A substituição de castigos corporais cruéis, o flagelo e o “espetáculo do cadafalso” foram certamente superficiais. O símbolo repressivo da punição, concebido em superlotação, em falta de higiene e saúde de suas instalações prisionais, além de sentenças desproporcionais, ainda serve como uma ferramenta para moldar a classe a que se dirige. Constitui um genuíno mecanismo de comunicação entre o Estado Penal e seus súditos. Demonstra as consequências da não conformidade.

As políticas penais vigentes nos Estados Unidos e no Brasil derivam de uma insegurança decorrente da adoção de abordagens de modelos econômicos liberais. A base ideológica transmutou de um estado de solidariedade para um liberal. A técnica para deter o crime é controlar e deter os pobres e marginalizados. Se um desses indivíduos desfavorecidos não se conforma, o estado criminal exerce sua função, punindo, encarcerando e segregando na tentativa de reafirmar a sua soberania por meio de um fortalecimento do seu aparato punitivo.

A pobreza é frequentemente vista como um fracasso pessoal, nunca um distúrbio crônico de um sistema baseado em valores como responsabilidade individual e escolhas pessoais. As condenações criminais são impostas “à distância”. São instrumentos de opressão a uma classe muito particular. A manutenção da prisão, portanto, serve a essa função de controle, enquanto reproduz ideias humanísticas e legais. O elemento “risco” da possível reprodução da conduta desviante, associada exclusivamente a um ideal retributivo, torna-se a pedra angular do sistema.

O estudo do encarceramento em massa envolve vários aspectos. A política criminal inaugurada pelos Estados Unidos na segunda metade do século XX acabou se estendendo a outros países ocidentais, incluindo o Brasil. A partir dos pontos de convergência entre seus sistemas, foi possível delinear várias causas comuns para emergências e consequências compartilhadas entre os dois países.

A história dos sistemas penitenciários das duas nações apresenta peculiaridades e paralelos. Ambos os países adotaram um sistema de encarceramento contínuo como o principal método de punição no início do século XIX. O Brasil, em particular, implementou o modelo de prisão desenvolvido na Prisão de Auburn, em Nova York, como um princípio norteador de sua política criminal. A construção da “Casa de Correção” do Rio de Janeiro em 1850 copiou esse sistema em conteúdo (isolamento e mão-de-obra) e estrutura física (MOTTA, 2011).

O estado de bem-estar social transmutou-se em um Estado Penal. A prisão e a incapacidade tornaram-se as principais justificativas para a punição. Foi o nascimento do movimento da “Guerra às Drogas”, como declarado pelo Presidente Nixon em 1971, e foi promovido consideravelmente na década seguinte por outros líderes mundiais ocidentais. Durante esse período, o número de prisioneiros nos Estados Unidos começou a crescer

de maneira dramática, atingindo proporções antes desconhecidas em poucos anos. A explosão do sistema brasileiro ocorreu algumas décadas depois com a promulgação da Lei de Tóxicos em agosto de 2006.

Nos dois países houve uma substituição da discussão da desigualdade social pela segurança pública. O perfil dos atingidos é o mesmo. Os que precisam da presença do estado e que recebem, em troca, a sua *mão direita*, na terminologia de Bourdieu. Ao invés do acolhimento, a criminalização por meio da legitimação da percepção de violência contra a população negra. A narrativa é que tal punição é necessária para a manutenção da ordem republicana, materializando-se na consciência nacional em ambos os países a ideia e imprescindibilidade do massacre.

5. AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos são dedicados à Profa. Dra. Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro, do Departamento de Sociologia da Universidade Federal de Minas Gerais, por todo apoio e incentivo e às colegas pesquisadoras do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública – CRISP/UFMG, que todas as quintas-feiras trazem, além de vasto conhecimento e cultura, inspiração.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. Nova Iorque: The New Press, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Renvan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo. *Juragentium*. 2008. Disponível em: <https://www.juragentium.org/topics/latina/pt/malaguti.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/34vAf3e>. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – SISDEPEN*. Brasília, 2019, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 21/08/2020.

CARLOS, Juliana de Oliveira. Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil. *International Drug Policy Consortium*, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2KCf1aR>. Acesso em: 07 out. 2020.

CUNHA, Olívia Maria Gomes da e GOMES, Flavio dos Santos (Orgs.). *Quase-cidadão: Histórias e antropologia da pós-emancipação no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Bureau of Justice Statistics – BJS, Prison Series*, 2011-2018. Disponível em: <http://www.bjs.gov>. Acesso em: 22 set. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Bureau of Investigation, Crime in the United States*, 2020. Disponível em: <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s>. Acesso em: 26 out. 2020.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1976, v. 1.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP, *Anuário de 2020*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/ano/2020/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GOMES, Laurentino. *Escravidão*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. 1 v.

JESUS, Maria Gorete Marques de. “O que está no mundo não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2016.

- KURLYCHECK, Megan C; JOHNSON, Brian D. Cumulative Disadvantage in the American Criminal Justice System. *Annual Review of Criminology*, n. 2, p. 291-319, 2019.
- MISSE, Michel. Crime, Sujeito e Sujeição Criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova*, São Paulo, v. 79, p. 15-38, 2010.
- MISSE, Michel. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. *Civitas*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 371-385, set./dez. 2008.
- MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J., eds.. *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society*. Oxford: Oxford University Press ed., 1998.
- MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- NEDER, Gizlene; CONTIER, Arnaldo Daraya. *Criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho no Brasil, 1890-1927*. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987.
- Prison Policy Initiative – PPI. *Mass Incarceration: The Whole Pie 2020*. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2020.html>. Acesso em: 17 set. 2020.
- REAL, Gustavo C. C. *Mass Incarceration in the United States and Brasil: a comparative analysis*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Cumberland School of Law, Samford University, EUA, 2016.
- REIS, João José. *Rebelião escrava no Brasil: a história do levante dos malês em 1835*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- RIBEIRO, Ludmila; DINIZ, Alexandre M. A. The Flow of Murder Cases Through the Criminal Justice System in a Brazilian City. *Homicide Studies*, v. 24, n. 3, p. 242-267, aug. 2020.
- SAMAH, Joel. *Criminal Justice*. 7 ed. Boston: Thompson Wadsworth ed., 2006.
- SAMPSON, Robert J.; LAUB, J. H. (1997). A life-course theory of cumulative disadvantage and the stability of delinquency. In: THORNBERRY, Terence P. *Developmental Theories of Crime and Delinquency: Advances in Criminological Theory*. Nova Jérsei: Transaction, 1997, p. 133-161, v. 7.

SAMPSON, Robert J.; LAURITSEN, Janet L. Racial and ethnic disparities in crime and criminal justice in the United States. *Crime and Justice*, n. 21, p. 311-374, 1997.

SINHORETTO, Jaqueline; MORAIS, D. D. S. Violência e racismo: novas faces de uma afinidade reiterada. *Revista de Estudios Sociales*, n. 64, 15-26, 2018.

STOLZENBERG, Lisa; D'ALESSIO, Stewart J.; EITLE, David. Race and Cumulative Discrimination in the Prosecution of Criminal Defendants. *Race and Justice*, p. 1-25, nov. 2013.

VALOIS, Luis Carlos. *O Direito penal da guerra às drogas*. 3º ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do rio de janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.

WACQUANT, Loïc. *Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality*. Cambridge: Polity Press, 2008.

WEINSTEIN, Bárbara. *Para a Paz Social no Brasil: Industrialistas e o Retomar da Classe Trabalhista em São Paulo: 1920-1964*. São Paulo: Cortez, 1996.

WERNECK, Alexandre. *Teoria da Rotulação*. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

Apresentação oral

**POLÍTICA DE MORTE: A VIOLÊNCIA POLICIAL E A ATUAÇÃO
DAS MILÍCIAS COMO FACES DE UM MESMO ESTADO**

*DEATH POLICY: POLICE VIOLENCE AND THE ACTIVITIES OF THE
MILITIES AS FACES OF THE SAME STATE*

Igor Frederico Fontes de Lima

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Público – Universidade Tiradentes. Pró-reitor de Graduação e Pós-Graduação, Professor-orientador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Democracia e Docente do Centro Universitário Estácio de Sergipe. E-mail: igor.frederico@estacio.br

José Matheus dos Santos

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sergipe. Estagiário do Tribunal Regional do Trabalho e orientando do Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Democracia do Centro Universitário Estácio de Sergipe. E- mail: jmthss@live.com

Rainara Vieira Araujo

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sergipe. Estagiária da Defensoria Pública do Estado de Sergipe e orientanda do Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Democracia do Centro Universitário Estácio de Sergipe. E- mail: rainaraaraujo@gmail.com

Resumo: A segurança é um direito social fundamental do ser humano. Prevista de forma insuficiente na Constituição Federal, essa pauta suscita acalorados debates tanto no seio social quanto no meio acadêmico. É consensual a existência de diversos desafios ao Estado, que é responsável por gerenciar a Administração Pública e promover aquele direito. Entretanto, vem se revelando a necessidade de afirmar os limites constitucionais a essa atuação estatal. A polícia, em um Estado Democrático de Direito, deve buscar a proteção de bens jurídicos e o respeito a todos os indivíduos, implementando direitos

humanos, uma vez que tal instituição possui a atribuição de garantir os direitos constitucionais. No entanto, essa atuação, para ser considerada legítima, deve observar os limites da Constituição Federal e da democracia, pois a confusão entre justiça e vingança termina por consolidar uma atuação que mescla Estado e crime. Num cenário em que as estruturas sociais passam a reduzir as perspectivas de ascensão social, o cometimento de ilícitos penais ganha fôlego, o que amplia o anseio social por uma atuação recrudescida do aparato repressivo. Sob a justificativa de combater esses ilícitos e estabelecer a ordem, sobretudo nos territórios periféricos das grandes cidades, têm se instalado as milícias. Trata-se de grupos compostos por agentes do Estado, em regra da segurança pública, que se estabelecem pelo uso ilimitado da força. As políticas de segurança pública vêm sendo formuladas e desenvolvidas como uma maneira de exterminar determinada parcela da população, notadamente a população negra residente nas áreas periféricas. Num contexto de crise estrutural o combate ao criminoso ganha uma relevância de enorme destaque, chegando a se sobrepor aos ditames constitucionais que delimitam a atuação das polícias. Segundo o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado no ano de 2019, cerca de 11 a cada 100 mortes violentas intencionais foram causadas pela polícia, sendo que 75,4% das vítimas eram pessoas negras. Esta pesquisa tem como objetivo analisar a violência policial e a atuação das milícias como forma de viabilização de uma Necropolítica, ideia essa desenvolvida por Achille Mbembe, a qual se refere ao controle de toda uma população através da morte, determinando os grupos, lugares e momentos em que haverá o descarte dessas vidas que já foram reduzidas a corpos. O estudo será feito através da utilização do método dialético, uma vez que a complexidade dos fenômenos que circundam o tema demanda uma série de contraposições conceituais, além de um processo de observação que busque um melhor entendimento da democracia. Será estruturado a partir de três pilares investigativos. Num primeiro momento serão analisadas as transformações históricas, acerca da letalidade policial, buscando entender a relação entre o recrudescimento do Estado e o surgimento das milícias. Num segundo momento buscaremos a definição, o modus operandi e os elementos legitimadores das milícias. Por fim será verificado se a violência policial e a atuação das milícias constituem canais de viabilização da Necropolítica.

Palavras-chave: Necropolítica; Segurança Pública; Estado Democrático de Direito; Milícias; Polícias.

Abstract: The security is a human beings social fundamental right. Insufficiently foreseen in the Federal Constitution, this agenda raises heated debates both in the social and academic circles. There is consensus that there are several challenges to the State, which is responsible for managing Public Administration and promoting that right. However, the need to affirm the constitutional limits to this state action has been revealed. The police, as known in a Democratic State of Law, must seek protection of legal assets and respect for all human rights, implementing these, since such an institution has a right to guarantee constitutional rights. Nevertheless, this action, to be considered legitimate, must observe the limits of the Federal Constitution and democracy, since the confusion between justice and revenge ends up consolidating an action that mixes State and Crime. In which scenario were social structures start to reduce the prospects for social ascension, the committing of criminal offenses gains momentum, which expands the social desire for an increased performance of the repressive apparatus. Under the justification of combating these crimes and establishing order, especially in the peripheral territories of large cities, militias have been installed. They are groups composed of the State, as a rule of public security, which are established by the unlimited use of force. Public security policies have been formulated and developed as a way to exterminate a certain portion of the population, notably the black population residing in peripheral areas. In the context of a structural crisis, the fight against the criminal gains enormous relevance, even overcoming the constitutional dictates that limit the actions of the police. According to the 13th Brazilian Public Security Yearbook, published in 2019, about 11 out of every 100 intentional violent deaths were caused by the police, with 75.4% of the victims being black people. This research aims to analyze police violent and the performance of militias as a way of making a Necropolitics feasible, an idea developed by Achille Mbembe, which refers to the control of an entire population through death, determining groups, places and moments in which there will be the disposal of the lives that have already been reduced to bodies. The study will be done through the use of the dialectic method, since the complexity of the phenomena that surround the theme demands a series of conceptual contrasts, in addition to an observation process that seeks a better understanding of democracy. It will be structured based on three investigative pillars. In a first moment, historical transformations about police lethality will be analyzed, seeking to understand the relationship between the upsurge of the State and the appearance of militias. In a second step, we will seek the definition, the way of doing and the legitimizing elements

of those. Finally, it will be verified whether police violence and the action of the militias constitute channels for making the Necropolitics feasible.

Keywords: Necropolitics; Public Security; Democratic State of Law; Militias; Police.

Sumário: 1. Introdução; 2. Transformações Históricas, Letalidade Policial e Recrudescimento do Estado; 3. Direitos Humanos e Segurança Pública; 4. Milícias: o fruto envenenado do punitivismo brasileiro; 5. Polícia, Milícia e Necropolítica: a falácia do Estado paralelo.; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A segurança é um direito social fundamental do ser humano; contudo, embora esteja previsto na Constituição Federal, recebe um tratamento muito raso, principalmente por parte do Estado que é responsável por gerenciar a Administração Pública e promover aquele direito.

Com efeito, é categórica, ao se instigar um olhar sobre a (in)segurança pública, a identificação dos problemas enfrentados pelos cidadãos que moram em determinadas comunidades, assim como do policial que faz parte da aparelhagem estatal e possui como uma de suas funções a manutenção da ordem.

A polícia, alinhada aos direitos humanos, deve buscar a proteção e o respeito aos indivíduos em um Estado Democrático de Direito, uma vez que tal instituição possui a atribuição de garantir os direitos constitucionais. No decorrer do tempo, o Estado foi redesenhado de diversas maneiras e, com tais reconfigurações, tornou-se, de certa forma, mais soberano, passando a decidir com mais autoridade e domínio sobre questões que impactam diretamente no nascimento e desaparecimento dos que estão sob o seu governo.

Dada às suas novas atribuições, passou a ser lícito ao poder estatal organizar e direcionar diversos setores públicos que tratam de matérias específicas como segurança pública, implementando mecanismos para extinguir ou amenizar problemas diários, a exemplo da violência e da insegurança, além de criar normas com a finalidade de restringir condutas sociais, facilitando a delimitação dos que serão atingidos por essas ações.

Por outro lado, as condutas estatais também estão imbuídas de tirania, pois, ao atuar elege de certa forma quem serão os indivíduos dignos ou indignos de vida.

Diante disso, o presente estudo busca analisar a letalidade policial, entendendo a relação entre o recrudescimento do Estado e o surgimento das milícias. Num segundo momento busca-se a definição, o *modus operandi* e os elementos legitimadores das milícias. Por fim verifica se a violência policial e a atuação das milícias constituem canais de viabilização da Necropolítica, conforme analisa-se como a política de morte do Estado norteia a forma pela qual a polícia e as milícias atuam, estabelecendo pontos de identidade entre a violência pública exercida pela primeira e a violência privada característica da segunda e verificando a repercussão dessas violências no imaginário da população. Para tanto, utilizamos do método dialético, uma vez que a complexidade dos fenômenos que circundam o tema demanda uma série de contraposições conceituais, além de um processo de observação que busque um melhor entendimento da democracia.

2. TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS, LETALIDADE POLICIAL E RECRUDESCIMENTO DO ESTADO

A sociedade contemporânea vivencia uma insegurança generalizada, sobretudo porque passou a tratar a violência como a regra ou normalidade. Diante desse cenário, o governo promove políticas sociais com o intuito de combater aqueles problemas, controlar e promover a segurança social (e individual) da população, que, ao tratar de violência, a associa diretamente a crimes e terror, sem debruçar-se diante da violência “subjéctiva” imputada por um agente totalmente identificável.

No Brasil, ao analisar nossa forma de estado, podemos enxergar um apelo maior pela edição de leis cada vez mais punitivistas. Esse rescrudescimento pode ser observado, inicialmente, desde a íntegra da Lei dos Crimes Hediondos, que previa o cumprimento da integralidade da pena em regime fechado; à aprovação do Pacote “Anticrime” que, dentre tantas previsões, aumentou em 10 anos a pena máxima de prisão no Brasil. É notório que o caminho legislativo brasileiro criminal se envereda por caminhos que resultam em um maior número de encarceramento de corpos.

Consequência direta disso, o 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública apresenta um aumento da população carcerária em 224,5% entre os anos de 2000 e 2019. Não obstante o recrudescimento atingindo a esfera legislativa e prisional, aparece também nas ações por meio da letalidade produzida pelo Estado, número que aumentou cerca de 6%, relacionando o primeiro semestre de 2019 ao de 2020, das quais 79,1% dessas vítimas eram pessoas negras (FSPB, 2020).

Em um sentido paralelo, o gráfico gerado em 25 de setembro de 2020 pelo Fogo Cruzado – uma plataforma digital colaborativa que registra dados de violência armada nas regiões metropolitanas dos Estados do Rio de Janeiro e Recife –, no período entre 01 de janeiro de 2020 a 31 de agosto de 2020, o número de tiroteios registrados na zona norte capital desses dois estados são 1110 contra 77 registrados na zona sul capital. Já com relação as mortes decorrentes desses “confrontos”, no mesmo espaço de tempo, foram registradas 126 mortes na zona norte, 10 na zona sul e 213 mortes no leste metropolitano (FOGO CRUZADO, 2020).

No período de 2019, das 47.773 mortes violentas intencionais, 6.357 (13,3%) foram causadas por policiais. No estado de Sergipe, em relação ao 1º semestre de 2020, das 536 mortes violentas intencionais registradas, 107 foram decorrentes de atuação policial. Observa-se que nesse mesmo período, no ano de 2019, foram registrados 459 e 59, respectivamente, um aumento de cerca de 81%.

Ainda sobre o tema, é indeclinável atentar às lições de Wacquant sobre a Guerra as Drogas, seus efeitos e o inchaço prisional para entender esse recrudescimento:

Em relação aos objetivos oficialmente fixados por seus estrategistas, a “guerra à droga” foi um fracasso retumbante: o preço de revenda de cocaína não parou de cair, as quantidades em circulação não pararam de aumentar e o número de pessoas encarceradas não parou de inchar – ou seria essa uma de suas missões não confessadas? [...] Mas há pior. A duplicação em dez anos e a triplicação em vinte da população carcerária subestima gravemente o peso real da autoridade penal no novo dispositivo de tratamento da miséria e seus correlatos. (WACQUANT, p. 30, 2003).

Por esse primeiro apontamento, já observamos como um aprisionamento das massas empobrecidas, mas não apenas, como bem delineado por Vera Malaguti ao explicar a escola criminal do rotulacionismo que evidencia a existência de pessoas previamente

tidas como indesejáveis e que, inclusive a cultura dessas pessoas é vista como algo delituoso (BATISTA, 2011). Como exemplo disso o que ocorre aos ritmos de origem afro, tais como o crime de Vadiagem associado ao Samba no século XX e a Operação Pancadão, ocasionando mortes em baile *funk* de Paraisópolis em 2019.

Entendendo o alvo da repressão, podemos incluir no estudo o que é elemento crucial para o estabelecimento dessas práticas excessivamente punitivistas: a criação do medo. Esse fenômeno pode ser observado desde a época da Inquisição, na qual a bruxa e o herege eram desumanizados e demonizados para que pudessem ser subjugados. Os que precisam ser submetidos a ele são classificados como componentes do *Eixo do Mal*, na atualidade, personificados, principalmente, na figura do traficante e do terrorista e é estabelecido com forte apoio midiático. (BATISTA, p.24-28, 2011).

A partir dos dados coletados e dos fatos apresentados, a conclusão que melhor explica a realidade é a de que o recrudescimento do sistema penal e a sua atuação, no sentido do encarceramento e do genocídio, é praticado em desfavor do povo negro e pobre. Para fins de destacar essa afirmação, faz-se importante ressaltar informações de dois estados que traduzem a regra do cotidiano brasileiro. Em Sergipe e Alagoas, segundo o Atlas de Violência de 2020, uma pessoa negra possui, respectivamente 5,1 e 17,2 vezes a mais chances de ser assassinado que uma pessoa não negra (IPEA, 2020).

3. DIREITOS HUMANOS E SEGURANÇA PÚBLICA

Conforme o art. 144 da Constituição Federal, temos a Segurança Pública como um conjunto de órgãos que visam a manutenção da ordem pública e da segurança dos indivíduos e patrimônios. Diante disso, analisamos o paradigma repressivo da segurança pública e sua relação com o sistema penal, devendo nos orientar pelas pesquisas de Vera Regina Pereira de Andrade:

“No confronto entre a defesa da ordem (simbolizada na defesa do Estado e das instituições e no controle dos espaços públicos) e a defesa dos sujeitos (simbolizada na defesa das pessoas), o objeto primário da segurança pública é a ordem (daí o adjetivo “pública”) e em função dela a incolumidade (das pessoas e patrimônio), sendo a sua competência, neste sentido, reconduzida ao campo do controle da “criminalidade”, ou seja, à competência do sistema de justiça penal. Dessa forma, muito embora o âmbito de exercício de poder da segurança

pública se defina em termos prevencionistas, de atuação antes do crime, nele se focaliza e com ele se intersecciona hibridamente.” (ANDRADE, 2013, p. 339)

A segurança pública, por sua vez deveria ser garantida por meio de políticas preventivas e ações policiais que atuam em cooperação interinstitucional e controlada por exigências mínimas de qualidade, baseadas na eficiência e no respeito aos direitos humanos (SOARES, 2006). Ao contrário disso, as ações repressivas aplicadas pelas forças policiais são presentes na atualidade de suas atuações. Algumas dessas ações exercidas através da polícia, executam indivíduos sob uma perspectiva de repressão aos grupos descartáveis, seguindo, sobretudo, a ótica da filosofia segundo a qual “cria-se um problema para que possa ser solucionado”. Nesse contexto:

A característica diferenciada do poder punitivo é o *confisco* do *conflito*, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é vítima por parte do *senhor* (Poder Público), degradando a pessoa lesada ou *vítima* à condição de puro *dado* para a criminalização (ZAFFARONI, 2007, p. 30)

Em contrapartida, o povo negro, pobre e morador de regiões marginalizadas que é alvo da execução de uma segurança pública seletiva e repressiva também lida com omissões, como quando se necessita da promoção de políticas que tenham o objetivo a diminuição das desigualdades sociais ou prestação de assistência a grupos que são mais vulneráveis (políticas habitacionais, de desencarceramento, corte de verbas para medicamentos que tratam doenças específicas, etc.).

No final das contas, o povo clama por segurança, um de seus direitos fundamentais. Uma das formas de pacificar o clamor público por segurança é a atuação policial, que é uma das situações em que o Estado age diretamente na aplicação das medidas de controle de (in)segurança, que é um de seus deveres até o presente momento.

Ressalte-se que as localidades do Rio de Janeiro que mais possuem tiroteios os quais, em sua grande parte resultam em morte, são em áreas periféricas compostas em sua maioria por pessoas pretas e pardas, conforme apontam os dados do censo de 2010 do IBGE materializados em um mapa racial confeccionado pelo Hugo Nicolau Barbosa de Gusmão. Esses dados, ao se cruzarem com os registros de violência policial, expressam como o Estado, através de uma política de morte, consegue dizimar uma parte da população, utilizando-se dos agentes de segurança pública. Não por coincidência, já no século XIX, momento em que havia escancaradamente o clamor por parte da elite branca

para embranquecer as famílias já civilização não combinava com pessoas não brancas, reforçando um modelo idealizado de família, na qual só se encaixavam pessoas brancas (MISKOLCI, 2012).

Em uma entrevista para a Ponte Jornalismo, a pesquisadora Rosane Borges afirma que a polícia não mudou ou mudou pouco.

Se a gente perceber nossa polícia, ela tem uma vocação empreguista, porque ela substitui o capitão do mato. O capitão do mato tinha a função de perseguir os fugitivos e entregar aos seus “donos”. Com o fim do sistema da escravidão oficializada, a gente tem uma polícia que nasce com essa vocação empreguista. E esse empreguismo e essa perseguição se dá a partir de questões sociais, raciais, de gênero e de território. A polícia não toca o terror, como a gente costuma dizer, em espaços considerados de elite. Ela não invade territórios de elite. Essa é a vocação empreguista e persecutória. É a humanidade subalterna que ela invade, que ela viola. Primeira mata e depois pergunta quem é. [...] A política de morte, ou como o próprio Achille Mbembe vai dizer, a necropolítica adota tipografias da crueldade. São os lugares em que se tem licença para matar. Lugares subalternizados, com uma densidade negra. Então, quando a gente junta necropolítica com raça e com racismo, a gente vai ver que essa política da morte tem um endereço. Por que se fala em genocídio da juventude negra brasileira? Porque se mata negros e os números são exorbitantes.

Lembremos então que o Estado é soberano quando está decidindo a vida e a morte das pessoas, expressamente ditando o direito de matar, podemos citar como exemplo uma das propostas de Wilson Witzel, atual Governador do Rio de Janeiro, verbalizada em uma entrevista ao jornal “O Estado de São Paulo”, na qual consiste em treinar os agentes da segurança pública para abaterem pessoas que sejam vistas portando fuzis, independentemente da situação (VEJA, 2018).

Tudo isso acaba gerando um anseio por punição que, por sua vez, aumenta a disseminação do chamado Movimento Lei e Ordem, que surgiu por volta dos anos 80 e consiste na busca por um direito penal recrudescido e políticas extremamente punitivistas como sendo as únicas fórmulas capazes de manter a ordem.

Ao contrário disso, a utilização da violência como solução para os problemas que dela derivam está mais do que fracassada, se é que um dia obteve êxito. A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *criminoso* tido como inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa (ZAFFARONI, 2007, p. 18), logo, ao tratar com violência desproporcional alguém que cometeu algum delito, está-se negando sua condição de pessoa.

Nessa circunstância, só se decidirá favoravelmente ao autor do delito quando o aparelho estatal não encontrar nenhuma possibilidade de condenação, pois o Estado, por intermédio de seu poder soberano, já designou o *criminoso* como inimigo para a ser aniquilado. Aqui, há uma construção subjetiva de um inimigo que deve ser combatido.

Como cada sistema possui seu malvado favorito, é possível conceber a figura de um Estado que, muito ardil, envereda por caminhos tangentes às suas responsabilidades. Ao tratar de segurança pública, há um aparente cânone estatal no ideal de usar as polícias para motivar a ideia de que o enfrentamento direto ao *criminoso* e o uso da violência para combater a criminalização/criminalidade é a forma mais acertada de resolver tal problemática. Todavia, nas atribuições policiais não está incluído apenas o controle do crime em si, mas também a promoção da ordem social e da cidadania da população.

Sem dúvida, o Estado reduz os profissionais da segurança pública a exterminadores e justiceiros, fazendo-os encabeçar uma das frações de sua política de combate a certos problemas estruturais/sociais, principalmente daqueles que necessitam de intervenções mais avançadas e elaboradas para sua solução, desde a origem.

Com isso, uma instituição que possuía o encargo de proteger a sociedade, transforma-se em um de seus inimigos diretos, assim como os demais *criminosos*. A credibilidade da instituição passa a ser, habitualmente, questionada e, seguindo essa premissa, surgem várias denúncias que apontam para alguns agentes policiais como participantes diretos e indiretos de milícias e grupos de extermínio. A consequência disso pode ser vista em pesquisa feita pelo Datafolha, publicada em julho de 2017, que apontou que 51% da população brasileira disse ter medo da polícia, e que 47% afirmou confiar na instituição. Sobre o tema, em análise aos antes chamados como autos de resistência no Rio de Janeiro, sobre atuação da polícia e legitimação dos demais órgãos desses atos:

A maior parte dos casos de morte envolvendo policiais é arquivado ao chegar ao Ministério Público, que muitas vezes acata procedimentos de exceção como quebra de sigilo e invasão de domicílio. Em uma pesquisa na qual avaliou trezentos processos de óbito por intervenção policial, o delegado Orlando Zaccone identificou que 99% desses autos foram arquivados pelo MP em menos de três anos (MENA, 2015, p.25).

Movendo esses dados para o que vemos na sociedade, citamos uma situação. Sete de abril de 2019, um carro ocupado por uma família negra foi fuzilada com 80

tiros, situação na qual Evaldo Rosa foi morto. O Comando Militar do Leste afirmou ter confundido com um carro que tinha sido assaltado recentemente – que possuía modelo e marca diferente. O caso foi amplamente divulgado e foi de conhecimento geral que se tratava apenas de uma família que estava indo para uma festa familiar (FOLHA DE SP, 2019). Aqui a figura do assaltante foi utilizada para justificar, de alguma forma, o assassinato de uma pessoa negra.

“Em suma, a polícia mata, mas não mata sozinha. O sistema de justiça criminal se utiliza de um expediente civilizatório, racional e burocrático, na produção da verdade jurídica, e viabiliza a ideia de uma violência conforme o direito, a partir da construção de uma violência qualificada por decisões de respeitáveis agentes públicos, conhecidos como fiscais da lei.” (ZACCONE, p. 23, 2015).

Muitas pessoas – principalmente se já foram ou tiveram amigos ou parentes atingidos pela violência – costumam dizer que “‘direitos humanos é uma piada’; ‘bandido tem mesmo é que morrer’; ‘bandido bom é bandido morto’”. A maior parte das vezes, quem diz isso escutou antes algo parecido, e as vezes da boca de um policial (BATISTA, 1990, p. 158). Essas afirmações acabam promovendo e fomentando um sistema violento instaurado pelo Estado e exercido diretamente pelas instituições policiais.

Ao abordar o Estado brasileiro, tratando-o como uma instituição pública com atribuições de garantir a segurança social, deve-se analisar os dados referentes a proporção de mortes decorrentes de intervenções policiais em relação às mortes violentas intencionais. Daí se percebe que os números coletados inserem a polícia como uma das que mais produzem mortes em suas intervenções *legais*.

Por todo esse panorama que expõe os extremos – opressão e esquecimento-, é fundamental a contribuição do sociólogo Zygmunt Bauman ao analisar a incidência do caráter ambivalente da modernidade sobre os valores humanos. Para ele, “o esforço mais árduo é permanecer humano em condições desumanas” (BAUMAN, 2011, p. 20).

Esse contexto, de uma política de segurança pública tão letal e seletiva, nos impõe a capacidade de entender a atuação policial de forma complexa. Os trabalhadores e as trabalhadoras das instituições policiais acabam ocupando dois polos da violência: o de vítima, quando analisamos a utilização política dessas pessoas apenas como um braço que executa a ação violenta do Estado; e o de facínora, ao transgredirem os direitos humanos

e atuarem com abuso, crueldade, desumanidade contra os que compõem o grupo de descartáveis definido pelo próprio Estado.

4. MILÍCIAS: O FRUTO ENVENENADO DO PUNITIVISMO BRASILEIRO

As milícias, formadas pelos próprios agentes estatais responsáveis pela segurança pública – que não se restringe a apenas policiais – nascem com o objetivo de praticar crimes, sendo que essa forma de associação criminosa é proibida pela Constituição Federal. Surgiram por volta dos anos 1960, na ditadura militar, como grupos de extermínio compostos por policiais militares e agentes da segurança pública (CALCAGNO, 2020), propondo-se a acabar com o tráfico e a criminalidade que reina nas comunidades, tentam persuadir a população de que seu domínio sobre os territórios trará benfeitorias; contudo, passam a controlar vários setores – incluindo a economia – e elimina quem discorda de seus métodos ou a eles se contrapõe. O sociólogo Luís Eduardo Soares

[...] considera que a origem das milícias reside na segurança privada informal e ilegal, quase toda ela a cargo de membros e ex-membros da área de segurança pública que buscam esse segundo trabalho inicialmente como alternativa para aumentar seus rendimentos face aos baixíssimos salários pagos.

José Cláudio Souza Alves, sociólogo e ex-pró-reitor de extensão da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e especialista em milícias há 26 anos, em entrevista à Agência Pública, disse que as milícias são “formadas pelos próprios agentes do Estado. É um matador, é um miliciano que é deputado, que é vereador. É um miliciano que é Secretário de Meio Ambiente. Sem essa conexão direta com a estrutura do Estado não haveria milícia na atuação que ela tem hoje”.

Os milicianos se aperfeiçoam no ramo de atuação e possuem relações diretas e indiretas com o governo, até porque, passou-se a visualizar uma participação mais ativa e direta dos agentes milicianos com a política.

É importante frisar que essa relação das milícias com o estado não acontece por acaso. As milícias não existiriam sem participação do Estado, bem como determinados setores políticos não existiriam sem milícias. Ao tratar dos setores políticos, é de suma importância nos atentarmos ao aumento do número de integrantes das Forças de Segurança

candidatos e de eleitos nas eleições entre 2010 e 2018. Conforme os dados apresentados pelo 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2010 existiram 1.037 candidatos obtendo 27 eleitos, já em 2018 o número sobe para 1.469 e 116, respectivamente. Já nas eleições municipais de 2020 o número de candidatos sobe para 7.258, um aumento de cerca 394%.

Policiais, agentes das forças militares (e seus filhos), agentes das instituições de segurança, se tornaram parlamentares, porquanto, não se contentando mais com a venda dos votos do seu território dominado, almejam tomar suas próprias decisões e ampliar os seus domínios sobre a comunidade. Atualmente, há no governo brasileiro algumas figuras que adentraram no mundo político e nele permanece por conta de apoio das milícias.

Por outro lado, dizer que a vítima, eleitor ou não de um político miliciano ou apoiado pela milícia, é conivente a instauração criminosa dessas milícias é inconcebível. As pessoas que elegem algum candidato miliciano ou qualquer outro que possuam uma ligação com tais grupos não possuem escolha, haja vista que as condições em que vivem estão longe de serem consideradas democráticas, sendo esse o principal fator que as leva à encruzilhada entre condições de miséria, de pobreza e de violência.

A população moradora dos locais comandados por milícias não sabe a quem recorrer, até porque, por eles pouco pode ser feito, principalmente quando temem a própria vida ameaçada diariamente de extermínio.

Como pode ser apreciado no Relatório Final da CPI das Milícias, pessoas que se arriscam a denunciar as implementações e práticas desses grupos são executadas. Foi o que ocorreu com o líder comunitário da favela Kelson's, Jorge da Silva, que, em agosto de 2007, fez várias denúncias à diferentes órgãos e, no dia 7 de setembro, foi sequestrado e assassinado, bem como os jornalistas do jornal O Dia que tentavam produzir matérias sobre o tema e, no dia 14 de maio de 2008, foram barbaramente torturados por milicianos.

Entende-se que o Estado não atua diretamente nas ações dos milicianos. Entretanto, tampouco combate esses grupos de forma eficiente, sendo, no mínimo, omissa diante da constituição e fortalecimentos das milícias, que não se trata de uma organização que se iniciou, cresceu e se manteve a despeito do Estado, mas verdadeiramente ganhou vida

e se estabeleceu à sombra da omissão (e da ação) estatal, da corrupção, da impunidade, ganhando força com políticas públicas de segurança que prezam a violência e não a justiça.

Esses grupos criminosos se aproveitam do espaço marginalizado pelo Poder Público e agem à beira da segurança pública, coagindo, extorquindo e até mesmo exterminando moradores dos territórios que controlam.

Suas ações são extrema preocupação, pois os riscos que trazem à segurança pública violam esse direito fundamental previsto na Constituição brasileira de 1988, de forma semelhante ao que ocorre na atuação arbitrária de órgãos oficiais de segurança.

A relação Milícia e Estado se mantém numa linha *tênue*, a qual possui suas ligações. O foco do Estado nunca foi combater, de fato, as instituições milicianas e cessar a violência “privada” sofrida pelos moradores que vivem em comunidades sob o domínio desses grupos. Tais grupos prometem aos cidadãos um serviço público de competência do Estado, e, de forma ilícita, cruel e violenta, entrega-os forçadamente à população.

Nessas situações, o Estado, por si ou pelas concessionárias de serviços públicos, não se importará se a prestação de serviço está sendo ofertada por ele ou por outrem, principalmente porque local que está sob o domínio dos grupos milicianos possui como habitantes aquelas pessoas que foram definidas pelo próprio Estado como não merecedoras de dignidade de vida (ou da própria vida).

Observando por esse ponto, as milícias podem ser (ou são) uma continuidade do próprio Estado. Estudioso do tema, José Cláudio afirma que “sem esses indivíduos, sem essa conexão direta com a estrutura do Estado, não haveria milícia na atuação que ela tem hoje. É determinante.”

Segundo o Mapa dos grupos armados do Rio de Janeiro, elaborado pelo Datalab Fogo Cruzado, o Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense, o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, o Disque-Denúncia e a plataforma digital Pista News, a milícia controla 57% da área da cidade (NEV-USP, 2020)

A atuação da polícia é chancelada diretamente pelo Estado, que tem nela um violento órgão de repressão. No caso da ação das milícias, que também é permeada de

violência, o aval do Estado não é direito, dada a configuração ilícita que elas ostentam. Todavia, a própria organização das políticas de segurança pública, somadas aos problemas sociais cultivados pela omissão estatal, garantem a atuação daqueles grupos criminosos.

Por isso, nesse ponto de identificação entre a polícia e as milícias, essas duas organizações causam grande impacto negativo na efetivação de direitos fundamentais, como a segurança pública. A partir daí, deve-se perguntar quais as medidas que estão sendo tomadas por aquele que detém constitucionalmente o poder sobre território nacional.

A violência é um dos principais geradores da sensação de insegurança e medo. As milícias inserem violência e medo na sociedade com a falsa proposta de revolucionar um problema criado por eles próprios. De outra banda, a sociedade busca satisfazer seus anseios por segurança junto à polícia (que “cede” alguns de seus membros para a milícia), ao passo que o Estado responde a essas reivindicações através da força policial e da (in) aplicação de medidas de segurança.

Um dos elementos que alicerçam os anseios pelo recrudescimento das políticas criminais e de segurança é a cultura do medo (PASTANA, 2009, p. 55). Como tal, entendemos um discurso que introjeta, no subconsciente da população, um retrato da vida cotidiana ameaçador e inseguro. Essa introjeção, não necessariamente, corresponde a uma realidade, sendo, em regra, fruto de manipulações para legitimar determinadas formas violentas e autoritárias de gerenciamento social.

É em decorrência desse medo que se amplia a aceitação social à utilização da violência como método, enxergando nos direitos e garantias fundamentais um grande obstáculo. No entanto, as milícias são uma forma de atuação extraoficial de um Estado que não consegue exterminar as pessoas pela legalidade, como se fosse uma extensão fora da legalidade, na qual o Estado alcança lugares que nunca poderiam ser alcançados em um Estado Democrático de Direito.

5. POLÍCIA, MÍLÍCIA E NECROPOLÍTICA: A FALÁCIA DO ESTADO PARALELO

É necessário entender o campo fértil para estabelecimento desse combate a outros seres humanos e o estabelecimento de organizações ilícitas que é o Estado de Exceção,

estudado e explicado por Agamben e consiste, de forma resumida, em uma espécie de guerra civil, interna e constante, responsável por criar inimigos internos e incutido no próprio Estado Democrático de Direito. (AGAMBEN, 2005, p. 13).

Sobre esses inimigos internos, diversos modelos de organização societária estabelecem os seus padrões hegemônicos de conduta. Em diferentes épocas do gênero humano temos o verdadeiro desafio de conviver com o diferente. Trata-se de uma relação historicamente conflituosa entre os indivíduos que atendem os requisitos para ter tratamento cidadão e os que não atendem. Ao não preencher tais requisitos a pessoa passa a ser tratada como “diferente”, “o outro”, “estranho”, “inimigo”, ou simplesmente “descartável” (BAUMAN, 1998, p. 27).

No meio do combate a esses problemas sociais e *estatais* o governo, em posse de sua soberania, é capaz de definir quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é (MBEMBE, 2016).

O uso do poder social e político para estabelecer como algumas pessoas devem viver e morrer se sustenta no conceito de Necropolítica de Achille Mbembe. O autor explora a questão do Biopoder na concepção de Michel Foucault, com a noção da soberania como um corpo formado pelo povo composto por indivíduos livres, dotados de autoconhecimento e autoconsciência (MBEMBE, 2016). O Filósofo utiliza-se da questão do campo de concentração para trabalhar o conceito de Política de Morte, abrangendo o estado de exceção como uma suspensão temporal do estado de direito.

Em razão de seus ocupantes serem desprovidos de status político e reduzidos a seus corpos biológicos, o campo é, para Giorgio Agamben, “o lugar onde a mais absoluta *conditio inhumana* se realizou na Terra”. Na estrutura político-jurídica do campo, acrescenta, o estado de exceção deixa de ser uma suspensão temporal do estado de direito. (MBEMBE, 2016, p. 124)

Ao falar de política de morte é pertinente ressaltar que Achille Mbembe afirma, em linhas gerais, o controle de toda uma população através da morte, se valendo de sua soberania, o Estado determina os grupos, lugares e momentos em que haverá o descarte dessas vidas que já foram reduzidas a corpos. Através desse sistema, o Estado promete diminuir/acabar com a violência (no sentido amplo), apontando-a como um dos problemas que mais causa insegurança na população, valendo-se, porém, de mais violência.

[...] Na formulação de Foucault, o biopoder parece funcionar mediante a divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer. [...] Esse controle pressupõe a distribuição da espécie humana em grupos, a subdivisão da população em subgrupos e o estabelecimento de uma cesura biológica entre uns e outros. Isso é o que Foucault rotula com o termo (aparentemente familiar) “racismo”. (MBEMBE, 2016, p. 128)

O autor faz abordagens da interpretação de como a morte é vista e tratada, além de como ela pode ser importante dentro da concepção política de determinado povo. Ainda no ensaio, Mbembe discute a Soberania expressando-a como direito de matar e relacionando o Biopoder com o conceito de Estado de Exceção e Estado de Sítio, além de abordar a criação de um inimigo invisível como motivação para matar e, principalmente, o racismo como uma questão que vem se sobrepondo de forma negativa no ocidente, concluindo que o racismo estaria ligado diretamente à política de morte. A este ponto desenvolve-se a ideia de separação de classes e, principalmente, do racismo em âmbitos não ocidentais, trazendo conceito de Foucault sob um olhar da Filósofa Política Hannah Arendt, que afirma que a morte é a consequência direta do racismo.

[...] Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição de morte e tornar possível as funções assassinas do Estado. Segundo Foucault, essa é “a condição para a aceitabilidade do fazer morrer”. [...] Segundo Enzo Traverso, as câmaras de gás e os fornos foram o ponto culminante de um longo processo de desumanização e de industrialização da morte, [...] Mecanizada, a execução em série transformou-se em um procedimento puramente técnico, impessoal, silencioso e rápido. Esse processo foi, em parte, facilitado pelos estereótipos racistas e pelo florescimento de um racismo baseado em classe que, ao traduzir os conflitos sociais do mundo industrial em termos raciais, acabou comparando as classes trabalhadoras e os “desamparados pelo Estado” do mundo industrial com os “selvagens” do mundo colonial. (MBEMBE, 2016, p. 128 e 129)

Mbembe explora, ainda, a condição de escravo afirmando ser resultado de uma perda tripla, pois “de fato, a condição de escravo resulta de uma tripla perda: perda de um ‘lar’, perda de direitos sobre seu corpo e perda de status político”. (MBEMBE, 2016)

Atualmente, com base nesse modelo de ser humano ideal ocidental, o Estado cria um inimigo comum e o reforça para toda a sociedade, tendo o racismo estrutural como comum ao comparar com a ideia de embranquecimento, já que em ambos os casos o inimigo possui cor e endereço. Ao criar essa figura, se faz imperiosa a análise de como isso

ocorre e como é difundindo na sociedade e em âmbitos que deveriam ser assecuratórios: o sistema penal e a segurança pública.

Ao entender a atuação da polícia conforme as medidas estatais impostas e ao treinamento que lhe é conferido, é possível perceber que existe um *déficit* em nosso sistema de segurança pública e que encarcerar já não mais está sendo suficiente para eliminar os detestados da sociedade por meio de uma verdadeira higienização social. É importante destacarmos o recorte racial efetuado por Mbembe, indicado como um dos principais norteadores da necropolítica, tal afirmação consegue se materializar quando, ainda no 14º Anuário, ao analisar que de acordo com os dados disponíveis na pesquisa Perfil dos Profissionais de Segurança Pública da SENASP (2015) 53% dos policiais brasileiros são brancos e 34,9% negros, por outro lado, em 2019, com relação aos policiais assassinados 65,1% eram negros.

Nesse momento, o governo começa a buscar outras medidas de mascarar as problemáticas e sumir com aqueles que mancham a imagem de uma sociedade ideal. A partir disso, vê-se a necessidade de exterminar e desaparecer com os corpos dos indesejáveis. Seja encarcerando, abusando, espancando ou executando, a polícia não exercerá apenas seu poder pelo braço cruel do Estado, ela se identificará com o próprio Estado.

Reitere-se que o Estado também é omissor quando o assunto é segurança pública, uma vez que a atuação policial não é capaz de suprir a demanda de todos os problemas que envolve a (in)segurança de todo o território brasileiro, até porque, quando tratamos desse assunto, é impossível obter alguma evolução utilizando-se apenas de meios coercitivos e violentos.

Cabe ressaltar que o Estado fecha os olhos, inclusive, para as condições de trabalho dos profissionais que atuam na linha de frente da eterna guerra contra os indignos de vida ele mesmo define. Com isso vão surgindo lacunas que serão preenchidas de uma outra maneira.

Ao fracassar na missão de garantir a segurança social de seu povo e gerir toda a nação, o Estado se torna omissor em diversos setores da Administração Pública e, como a atuação policial em si – por diversos motivos – não é “suficiente para assegurar a ordem em uma sociedade”, surgem as milícias, isto é, grupos compostos, principalmente, por

policiais que estão ou não na ativa, e que controlam comunidades locais utilizando-se da coação e ameaça e fazendo com que os cidadãos acatem suas ordens sob o temor de represálias do grupo.

A sensação do medo também amplia a aceitação social à utilização da violência como método, enxergando nos direitos e garantias fundamentais um grande obstáculo. No entanto, o Estado encontra limites legais e constitucionais para implementar as estratégias violentas ansiadas, deste modo as milícias se apresentam como uma face estatal que não precisa obedecer a marcos jurídicos.

6. CONCLUSÃO

Todo Estado possui políticas governamentais e atua de acordo com seu sistema de governo. As políticas de morte estão inseridas nesse pacote, podendo serem aplicadas de diversas maneiras e por diversas instituições.

Uma política estatal que confere aos agentes de segurança (estejam ou não agindo diretamente em seu nome) uma espécie de licença para matar, principalmente pobres, pretos e favelados, é uma verdadeira política genocida, sendo que a realidade social moldada a partir disso, de uma forma ou de outra, abraça a ideia de que devem ser separados todos aqueles que possuem direito ou não de viver, permitindo-se a eliminação destes últimos.

As milícias encontram uma brecha para agirem e saírem impunes: usando a desculpa de estarem fornecendo segurança e revolucionando os problemas que eram de competência estatal, agem para adquirirem poder e permanecer no mercado com atividades ilícitas sem serem atrapalhados.

Nesse caso, o Estado escolhe quem vai agir (em seu nome, ou não), imbuídos de violência – seja essa violência pública, com as atuações policiais desumanas, ou privada, por intermédio das milícias.

É impensável tratarmos a atuação das milícias como um Estado Paralelo, vez que se o problema fosse a existência deste, defender a ocupação desses territórios pelo aparato repressivo do estado oficial resolveria o problema, algo totalmente ineficaz e com a mesma

natureza violenta. Aqui, entre a violência pública (policial) e a violência “*privada*” (milícias) existe apenas o Estado.

Portanto, os criminosos que representam grande perigo para a sociedade não são, necessariamente, os facínoras desenhados pelo populismo penal e que atizam as sensações de medo e insegurança na população, haja vista que é o Estado, seja identificado diretamente na atuação da polícia, seja representado na leniência que garante o desenvolvimento das milícias, o maior responsável pelas violações de direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *State of exception*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1ª Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública*. Sequência (Florianópolis), n. 67, p. 335-356, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n67/13.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2020

APÚBLICA. “No Rio de Janeiro a milícia não é um poder paralelo. É o Estado”. 28 jan. 2019. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/01/no-rio-de-janeiro-a-milicia-nao-e-um-poder-paralelo-e-o-estado/#Link1>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do estado do rio de janeiro*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf. Acesso em: 05 de mar. de 2020.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

_____. *Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

CALCAGNO, Luiz. *Artigo: Breve história da milícia. Correio Braziliense*. 24 fev. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/02/24/internas_opiniaio,830208/artigo-breve-historia-da-milicia.shtml. Acesso em: 4 out. 2020

CORNELIUS, Ketin. *Milícia privada e grupos de extermínio: riscos à segurança pública*. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/handle/10737/1353>. Acesso em: 02 mar. 2020.

DATAFOLHA. *Metade dos brasileiros tem medo de sofrer violência policial*. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/07/1898059-metade-dos-brasileiros-tem-medo-de-sofrer-violencia-policial.shtml>. Acesso em: 08 de mar. de 2020.

FOGO CRUZADO. *Estatísticas*. Rio de Janeiro, Recife. 2020. Disponível em: <https://fogocruzado.org.br/estatisticas/>. Acesso em: 08 mar. de 2020.

FOLHA DE S. PAULO. “*Exército dispara 80 tiros em carro de família no Rio e mata músico*”. 08 abril. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/militares-do-exercito-matam-musico-em-abordagem-na-zona-oeste-do-rio.shtml>. Acesso em: 02 mar. 2020.

FORÚM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 08 de mar. de 2020.

IBGE. *Censo de 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default>. Acesso em: 08 mar. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da violência 2020*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 08 de mar. de 2020.

MACHADO, Eduardo Paes; NORONHA, Ceci Vilar. *A polícia dos pobres: violência policial em classes populares urbanas*. Sociologias, Porto Alegre, ano 4, n. 7 n. 67, p. 188-221, jan/jun 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/soc/n7/a09n7.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020

MENA, Fernanda. Um modelo violento e ineficaz de polícia. In: KUCINSKI, Bernardo [et al]. *Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Arte e ensaio, Rio de Janeiro, v. 1, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Tradução de Renata Santini.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de. *Militarização e direitos humanos: gramáticas em disputa nas políticas de segurança pública no Rio de Janeiro/Brasil*. Fórum sociológico, Lisboa, v. 25, n. 25, p. 01-18, maio 2014.

MISKOLCI, Richard. *O desejo da nação: masculinidade e branquitude no Brasil de fins do XIX*. São Paulo: Annablume, 2012.

NEV-USP. *Mapa dos grupos armados do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/mapa-dos-grupos-armados-do-rio-de-janeiro/>. Acesso em: 08 mar. 2020.

PASTANA, Débora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*. Discurso Democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.

PONTE. "O que é necropolítica. E como se aplica à segurança pública no Brasil". 25 set. 2019. Disponível em: <https://ponte.org/o-que-e-necropolitica-e-como-se-aplica-a-seguranca-publica-no-brasil/>. Acesso em: 02 mar. 2020

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança pública: presente e futuro*. Estudos avançados, v. 20, n. 56, p. 91-106, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28629>. Acesso em: 07 mar. de 2020.

SOUZA, Carolina Rodrigues; SADALLA, Nachara Palmeria. *Milícias: uma análise sobre o populismo penal e o direito penal do inimigo*. Revista de direito da faculdade Estácio do Pará, Belém, v. 5, n. 8, p. 62-74, dez. 2018.

VEJA. "Wilson Witzel: A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo". 01 nov. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/wilson-witzel-a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. REVAN. Rio de Janeiro, 2009.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na Cidade do Rio de Janeiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. n. 14.

Apresentação oral

**A PÁTRIA QUE ESTUPRA: A PRODUÇÃO RACIAL DA PUNIÇÃO
CONTRA AS JOVENS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

*THE HOMELAND THAT RAPES: THE RACIAL PRODUCTION OF
PUNISHMENT AGAINST YOUNG VICTIMS OF SEXUAL VIOLENCE*

Jéssica Perez Di Lorenzo

Especialista em Direitos Humanos e Lutas Sociais pela Universidade Federal d
e São Paulo. Graduada em Serviço Social pela Faculdades
Metropolitanas Unidas. Assistente Social.
E-mail: jessica.pdl@gmail.com

Resumo: Por que o sistema de justiça criminal juvenil desconsidera os crimes sexuais vivenciados por jovens sob a acusação unilateral de homicídio sem o analisar enquanto legítima defesa? Este trabalho é uma tentativa de responder tal questão, a partir da compreensão histórica do controle sociopenal da infância e juventude, sobretudo a negra e pobre. Para tanto, analisou-se a trajetória institucional dos mecanismos de controle desta população, apresentando as especificidades no trato direcionado as jovens femininas. As categorias de gênero, raça e classe são fundamentais e decisivas nos mecanismos institucionais de controle, bem como na construção patológica da imagem das mulheres e a reprodução da cultura do estupro na sociedade capitalista. A partir das nuances de produção e reprodução desta cultura, se analisa suas dinâmicas no campo da infância e juventude, materializada, por exemplo, em mecanismos de propagandas específicas para a população jovem, as quais vão apresentando os aspectos da objetificação e hipersexualização das mulheres, independentemente de faixa etária, bem como umas de suas derivações, a violência sexual contra a infância e juventude. Considerando ser a partir desta compreensão em que a operacionalização do sistema de justiça se pauta, analisa-se a simetria entre as dinâmicas racistas-patriarcais na produção da punição para as jovens e os aspectos da intervenção do Estado neoliberal na vida da população periférica, demarcada por sua precarização. Optou-se pela análise de dados das decisões judiciais, extraídos de processos de execução de medida socioeducativa das jovens privadas de liberdade no sistema socioeducativo,

concluindo que, embora as alterações das leis apresentem, atualmente, fins pedagógicos para a responsabilização de jovens que transgridam a lei, o sistema de justiça criminal juvenil produz o castigo a partir de sua construção histórica, a qual está circunscrita em demarcadores de raça e classe. Portanto, se tratando das jovens que assassinaram quem as estupraram, não se considera as violências sexuais vivenciadas anteriormente, uma vez que são corpos sujeitos politicamente as intervenções diretas do Estado Penal. Observa-se ainda que a produção da punição dentro do sistema socioeducativo se pauta em lógicas de proteção e educação à juventude negra e pobre, mas, em sua prática, reproduz a dominação das elites. Logo, conclui-se que o sistema prisional juvenil, eufemisticamente chamado socioeducativo não pode se pautar em lógicas reformistas, mas na sua total abolição. Assim, este trabalho também tem o objetivo de responder as seguintes perguntas: como se executa o controle sociopenal para a infância e juventude diante de suas atualizações históricas? De que modo a justiça criminal juvenil produz punições contra jovens negras vítimas de crime de estupro?

Palavras-chave: Controle sociopenal. Medida socioeducativa. Raça e classe. Homicídio. Violência sexual.

Abstract: Why does the juvenile criminal justice system disregard sexual crimes experienced by young people on a unilateral charge of homicide without analyzing it as a legitimate defense? This work is an attempt to answer this question, based on the historical understanding of the penal control of children and youth, especially the black and poor. For that, the institutional trajectory of the control mechanisms of this population was analyzed, presenting the specificities in the treatment directed to young women. The categories of gender, race and class are fundamental and decisive in the institutional mechanisms of control, as well as in the pathological construction of the image of women and the reproduction of the culture of rape in capitalist society. Based on the nuances of production and reproduction of this culture, its dynamics in the field of childhood and youth are analyzed, materialized, for example, in specific advertising mechanisms for the young population, which show the aspects of the objectification and hypersexualization of women, regardless of age group, as well as some of its derivations, sexual violence against children and youth. Considering that it is based on this understanding in which the operationalization of the justice system is based, the symmetry between racist-

patriarchal dynamics in the production of punishment for young women and aspects of the intervention of the neoliberal State in the life of the peripheral population, is demarcated for their precariousness. We opted for the analysis of data from judicial decisions, extracted from processes of execution of socio-educational measure of young people deprived of their liberty in the socio-educational system, concluding that, although the changes in the laws present, currently, pedagogical purposes for the accountability of young people who transgress the law, the juvenile criminal justice system produces punishment from its historical construction, which is circumscribed by race and class. Therefore, in the case of young women who murdered those who raped them, sexual violence experienced previously is not considered, since they are bodies that are politically subject to direct interventions by the Penal State. It is also observed that the production of punishment within the socio-educational system is based on logics of protection and education for black and poor youth, but, in its practice, reproduces the domination of elites. Therefore, it is concluded that the juvenile prison system, euphemistically called socio-educational cannot be based on reformist logics, but on its total abolition. Thus, this work also aims to answer the following questions: how is penal control for children and youth carried out in the face of its historical updates? How does juvenile criminal justice punish young black women who are victims of rape?

Keywords: Penal control. Socio-educational measure. Race and class. Murder. Sexual violence.

Sumário: Introdução. 1. A historicidade do controle sociopenal na infância e juventude brasileira. 1.2. As jovens no bojo do controle sociopenal. 2. Os corpos femininos e a cultura do estupro. 3. As jovens negras e a cultura da punição. 4. Discutindo casos. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A trajetória do controle sociopenal destinado à infância e à juventude no contexto brasileiro passa por diversas alterações em seu curso histórico, cujo discurso de maior proteção, cuidado e garantia de direitos constitui as bases dessas transmutações. Embora haja alterações em suas redações, observa-se que os pilares políticos da operacionalização

das leis, sendo eles o aspecto de raça e classe, reatualizam-se com o passar dos anos, reconfigurando a punição de forma peculiar.

Tratando-se especificamente das jovens,¹ outro elemento social que acirra e complexifica a punição circunscreve-se nas relações de gênero e raça, o que, na prática, expressa-se nos elementos do patriarcado para sua produção e reprodução. Dessa forma, sob a lógica racista-patriarcal, as jovens acusadas de homicídio pela justiça criminal juvenil (crimes que decorrem de violência sexual) se veem outra vez violentadas em maior amplitude por parte do Estado Penal, uma vez que são punidas a partir da autoria do crime, sem que se considerem e/ou analisem os processos de violência vividos anteriormente.

Nessa esteira, compreendemos que este mesmo Estado opera as formas de violência na infância e juventude, não somente pelos processos judiciais e/ou privação de liberdade, mas também a partir da precarização da vida, com a falta de acesso a elementos necessários à manutenção e ao desenvolvimento da vida, tais como saúde, habitação, educação, espaços de lazer, dentre outros. A morte e encarceramento em massa constituem igualmente elementos intrínsecos no controle e manutenção das perspectivas políticas adotadas pelo Estado capitalista. Violências que terão impactos concretos na vida da população negra periférica.

No que concerne à produção da punição destinada às jovens no contexto citado, analisamos aqui os processos históricos de consolidação e operacionalização das bases legais que vão acometer a infância e juventude em situações de transgressão da lei, desde o Código Penal de 1830 até o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, incluindo as nuances relacionadas as jovens e suas dimensões de gênero. Na sequência, objetivando ponderar a fundamentação da violência sexual, apresentamos elementos sociais na construção da imagem das mulheres negras a partir de sua objetificação e hipersexualização, também estendida à juventude, independentemente da idade, o que vem a desaguar na cultura do estupro.

¹ Neste artigo, compreende-se jovem enquanto construção social a partir de diversos elementos históricos e, portanto, heterogêneos. Logo, faz-se uma crítica a terminologia “adolescente” em função de sua categorização enquanto faixa etária, conforme disposto nas legislações atuais. A respeito do assunto, cf. CASSAB, 2011.

Na sequência do pensamento, verificamos que os aspectos da produção da punição para as jovens negras apresentam elementos fundamentados na lógica racista-patriarcal que se operacionalizam de maneiras específicas no campo da justiça criminal juvenil. Dessa forma, a fim de materializar o estudo no campo empírico, trazemos fragmentos de decisões dos processos de execução de medida socioeducativa das jovens que estiveram privadas de liberdade acusadas de homicídio cometidos devido à violência sexual, apresentando os casos em que os operadores do direito elucidam suas práticas racistas e misóginas, fundamentalmente aludindo às perspectivas de proteção.

Por fim, compreendendo a seletividade penal como estruturante do Estado, apresentamos alternativas ao aprisionamento da infância e juventude, as quais não estão centradas em projetos reformistas, mas em sua total abolição.

1. A HISTORICIDADE DO CONTROLE SOCIOPENAL NA INFÂNCIA E JUVENTUDE BRASILEIRA

Em 1830, o Estado brasileiro inicia seus processos de institucionalização do controle sociopenal da população por meio das regulamentações legais, criando o primeiro Código Penal Brasileiro.² Neste Código Penal não havia nenhum tipo de distinção nas tratativas junto a infância e juventude e a população adulta, compreendendo que a categorização se dava pela diferença física, em que muitos autores se referiram como “adultos em miniatura” (OLIVEIRA E SILVA, 2011), inaugurando as primeiras ferramentas de controle sociopenal da infância e juventude.

O código penal de 1830, traz a maioridade penal fixada em catorze anos, com a excepcionalidade de que jovens abaixo dessa idade que tivessem “discernimento” quanto ao crime cometido deveriam ser recolhidos nas Casas de Correção, criadas em 1850, como uma das primeiras prisões. O “discernimento” de que trata a lei era avaliado pelo juiz do caso, conforme abaixo.

² Segundo Raul Zafaroni (2003, p. 414), o sistema penal nasceu bem antes de 1830 e se “constitui um equívoco a recorrente afirmação de que as ordenações Filipinas foram as primeiras leis vigentes no Brasil colonial. A predominância de um poder punitivo doméstico, exercido desregulamentado por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável, e constituirá remarcável vinheta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura”.

CAPÍTULO I, DOS CRIMES E DOS CRIMINOSOS

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1 Os menores de quatorze anos. [...]

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos. (Código Penal, 1830).

No aspecto legal-formal, faz-se necessário destacarmos que o processo de abolição da escravatura — a qual ocorreu por motivos econômicos e sem quaisquer compromissos humanitários em favor dos negros e negras escravizados — se concretizou em 1888, portanto crianças e jovens que nasceram a partir dessa data foram contemplados pela lei Áurea. Apesar disso, um ano após a abolição da escravatura, aprovou-se o Código Penal Republicano (1890) como instrumento de criminalização das camadas mais pobres, sobretudo negros e negras libertos, por exemplo: criminalização da vadiagem e da capoeira; lei de incentivo à imigração europeia; lei de terras de 1850 (Lei n.º 601), que previa que as terras apenas poderiam ser obtidas por meio de compra, dificultando acesso pelos libertos e libertas, visto os altos e proibitivos valores, levando o trabalhador livre a permanecer nas fazendas, substituindo os escravizados; lei complementar à Constituição de 1824, a respeito do acesso à educação, segundo à qual, nos termos legais do império, negros não podiam frequentar escolas, pois eram considerados doentes de moléstias contagiosas.³

A retórica da categorização moral do trabalho era compreendida pelas elites como forma preventiva de transgressão à lei e à ordem, e isso se dava pela criminalização dos considerados vadios e delinquentes que não tinham acesso ao mercado de trabalho. Na Lei de 1890, podemos observar como esta população era criminalizada:

CAPÍTULO XIII, DOS VADIOS E CAPOEIRAS

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, ofício ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistência e domicílio certo em que habite; prover a subsistência por meio de ocupação proibida por lei, ou manifestamente ofensiva da moral e dos bons costumes: Pena – de prisão celular por quinze a trinta dias. (Código Criminal do Império do Brasil, 1890).

³ Conferir os sete atos que decretaram a marginalização do povo negro no Brasil em: <https://www.educafro.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/os_sete_atos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

A operacionalização dos processos de criminalização e controle da infância e juventude pobre e negra se daria tanto pelo viés do encarceramento quanto sob uma suposta perspectiva de acesso à educação e assistência social. Oliveira e Silva (2011, p. 74-75) destaca “uma nova intenção jurídico-social de tratamento da ‘infância problemática’ pelo viés das práticas de controle social, e não ‘penal’”.

A autora considera que a educação e a assistência social foram utilizadas como mecanismos de controle, reatualizando o manejo das práticas punitivistas. Portanto, observamos que o controle social se materializou por meio da mão de obra da educação, o que abriu precedentes a diversas formas de compreensão a respeito desse “cuidado” por parte do Estado, de modo a não o compreender como ferramenta de controle de uma parcela da população. Assim, vemos em Oliveira e Silva (2011) que, segundo a redação do Código Penal de 1890, o juiz é quem definirá a prisão a partir da sua discricionariedade acerca do que é “discernimento”. Na prática, a partir dos nove anos de idade a punição será equivalente à de uma pessoa de dezoito anos de idade, de acordo com o “discernimento” na situação de transgressão da lei. Aqueles entre nove e catorze anos de idade, quando não há “discernimento”, não serão passíveis de sofrer punições.

TÍTULO III – Da responsabilidade criminal; das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes

Art. 27 Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 anos completos;

§ 2º Os maiores de 9 anos e menores de 14, que obrarem sem discernimento. (Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, 1890).

Embora o Código Penal Brasileiro, criado em 1890, permanecesse em vigência durante longo período, as discussões acerca dos processos de controle sociopenal da infância e juventude tomaram amplitude no século XX, influenciadas pelo contexto internacional,⁴ materializando outras formas de tratativa, sobretudo a categoria *menores*, pautado em lógicas médico-higienistas, jurídicas e de assistência social (LOMBROSO,

⁴ A respeito do assunto, cf. Irene Rizzini (2004) que discorre sobre as influências das teorias internacionais recepcionadas no Brasil no século XX, havendo com elas lógicas operacionais, criação de tribunais específicos de atendimento ao “*menor*”, primeiramente nos Estados Unidos, com expansão para Europa e América Latina, sendo o Brasil um dos protagonistas nas discussões no continente.

2001).⁵ Ademais, acirram-se proporcionalmente as críticas pelas formas com que eram tratados juntos aos adultos no sistema prisional, trazendo para o campo do debate o aprisionamento de crianças e jovens.

É a partir deste cenário que se inaugura em 1924 o primeiro Juizado de Menores no Rio de Janeiro, cuja função se concentra no controle e na disciplina daquele grupo social visto como *delinquente*. Nesse contexto, em 1927 foi promulgado o primeiro Código de Menores — ou Código Mello Mattos, pois idealizado e operacionalizado por ele, o primeiro juiz de menores e responsável pela lógica de atendimento a partir da perspectiva *menorista*, alterando a idade penal para catorze anos. Sob essa perspectiva, apresentam-se novas dinâmicas de controle e criminalização da infância e juventude e suas variadas compreensões de *menores*, tais como: a *abandonada*, a *delinquente*, dentre outras.⁶

Oliveira e Silva (2011, p. 82) nos ajuda a compreender que “o que importava era a aplicação de medidas que administrassem e contivessem os conflitos sociais, assegurando a tutela e o controle social”. Dessa forma, vemos que a seletividade dos aparatos do Estado no controle da infância e juventude reatualizava as ferramentas para a administração de novos conflitos. Tais compreensões tomam grande visibilidade sobretudo por, em sua execução, promover o aumento de internações desproporcionais da população considerada “problemática” e danosa ao processo de desenvolvimento do país, com amplo apoio midiático e aprovação de setores da sociedade.

Além disso, as dinâmicas da criminalização se estendiam às famílias, comumente vistas como *incapazes* de exercer os cuidados protetivos dos filhos/filhas, contudo sem que se considerasse as condições materiais de manutenção da vida que o próprio Estado deveria garantir para essa população.

⁵ Ao estudar o “delinquente”, Lombroso analisou suas características físicas, com a finalidade de encontrar as causas do crime e seus estigmas. Ao estudar cadáveres e seres humanos vivos em prisões e asilos, desejava fixar as diferenças entre loucos e delinquentes. Ao analisar o crânio de pessoas encarceradas que, de acordo com ele, continha “anomalias atávicas”, entre as quais sobressaíam a grande fossa média e a hipertrofia do cerebelo em sua região central, concluiu que as “anomalias” eram as mesmas que se encontram entre os seres inferiores, e que, portanto, as “gêneses” do delinquente poderiam ser explicadas pelo tamanho do crânio (LOMBROSO, 2001).

⁶ A respeito do assunto, cf. OLIVEIRA E SILVA, 2011.

O Código Penal de 1940 ampliou a inimputabilidade penal de quatorze para dezoito anos, repercutindo no Código de Menores em vigência. A partir da alteração, a ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas inaugurou o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), cuja política, segundo Oliveira e Silva (2011, p. 83), era “claramente definida com bases repressivas para o atendimento do ‘menor problema’”. Rizzini (2004) destaca que havia uma ideia socialmente construída de que o SAM — popularmente conhecido como “escola do crime” — formaria crianças e jovens para práticas de transgressão da lei, consistindo na categorização dessas crianças e jovens como perigosas e, portanto, temidas, o que culminou na pressão de autoridades públicas, diretores e políticos para a criação de um novo instituto de atendimento à infância e juventude.

Em 1964 (ano do golpe civil-militar que acometeu o país durante vinte anos), como resposta ao esgotamento do SAM, o governo cria a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBM) e a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem). Já no âmbito dos estados brasileiros cria-se a Fundação Bem-Estar do Menor (Febem), vinculada à Funabem. A proposta da nova instituição residia na mudança do tratamento destinado à infância e juventude pobre institucionalizada e na rejeição aos “depósitos de menores”, nos quais haviam se transformado os internatos, além de estudos que comprovavam que a institucionalização deformava corpos, mentes, corações e identidades, comprometendo drasticamente o desenvolvimento das crianças e dos/das jovens (RIZZINI, 2004; OLIVEIRA E SILVA, 2011).

Por causa da influência do contexto europeu e sua organização das políticas do Bem-Estar Social — *Welfare State*⁷ — o Código de Menores sofreu alterações em 1979. Agora apresentando a legitimidade legal do paradigma da “situação irregular”, vindo a aumentar as ferramentas de controle sobre a juventude tida como “desajustada”, “desregrada”, “marginal”. Sobre isto, Oliveira e Silva (2011) destaca

[...] o paradigma da ‘situação irregular’ institucionalizou a judicialização da questão social, fortaleceu a discriminação entre ‘crianças’ e ‘menores’ e prolongou o irrestrito e ilimitado poder discricionário dos juízes sobre os ‘menores pobres’. Renovou as ‘medidas de proteção, vigilância e assistência’ e manteve completamente ausente o sistema de garantia de direitos para crianças e adoles-

⁷ A respeito do assunto, cf. BEHRING; BOSCHETTI, 2011.

centes, tornando-os 'objeto de direito' e regulamentando a ampliação do poder tutelar do Estado sobre os 'menores'. (OLIVEIRA E SILVA, 2011, p. 85).

As propostas das novas regulamentações estatais tinham por objetivo fim a sequência do controle da infância e juventude que, de alguma forma, transgrediam a ordem vigente e, portanto, passíveis de serem encarceradas ou mortas. Como Foucault (2014, p. 26) bem salienta, “um saber, técnicas, discursos ‘científicos’ se formam e se entrelaçam com a prática do poder de punir”. Práticas que estão engendradas na formatação do direito penal, reajustado com as alternâncias das formas de institucionalização em seu curso histórico.

Segundo aponta Feffermann (2018, p. 113), “a violência Estatal contra negros e pobres se relaciona com as necessidades de controle àqueles que representam ameaças reais ou simbólicas ao acúmulo de riquezas da classe dominante”. Logo, a juventude que não está inserida na produção e reprodução mercadológica do Estado burguês é passível de sofrer diversos processos de violência e tutela.

Durante o processo de abertura do regime militar, houve precedentes para mudanças nas bases legais voltadas à infância e juventude, segundo Rizzini (2004), impulsionados por diversos fatores, dentre eles, os movimentos sociais organizados, as diversas rebeliões que ocorreram nas unidades prisionais juvenis e as denúncias que vieram a público por meio da imprensa. Além das tensões ocorridas no cenário nacional, o contexto internacional da época materializava outras formas de tratamento da infância e juventude, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Oliveira e Silva (2011) destaca outras normativas internacionais às quais o Brasil se encontra vinculado, como: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regra de Beijing), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio). Ambos os contextos se materializaram durante o processo de elaboração da Constituinte Brasileira de 1988, em seu artigo 227, o qual dispõe sobre os direitos desta população, de modo que subsidiou “o amplo processo de discussão e de redação da lei que viria substituir o Código de Menores (1927, 1979): o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)” (RIZZINI, 2004, p. 47).

O ECA (Lei 8.069 de 1990) inaugurou no contexto brasileiro a Doutrina da Proteção Integral, vigente até os dias atuais, categorizando crianças até os doze anos

incompletos e adolescentes entre doze e dezoito anos de idade, compreendendo ambos como sujeito de direitos. O que significou um avanço do ponto de vista civil, considerando sua condição peculiar de desenvolvimento, e não mais em situação irregular. Além disso, destaca-se pela atual legislação, a prioridade na formulação e implementação de políticas públicas.

Apresentam-se nessa normativa legal, os direitos fundamentais de todas as crianças e chamados adolescentes e também direitos específicos daqueles que se encontram em situação de risco pessoal e/ou social, tornando-as em políticas específicas para quem dela necessitar. No bojo dos direitos específicos há a divisão entre medidas protetivas, interventiva — nos casos de direitos fundamentais já violados — e das medidas socioeducativas, destinadas apenas aos/as jovens que se envolveram em alguma situação de ato infracional, portanto acusados de transgredirem a lei de alguma forma.

Destaquemos que é a partir desse instrumento legal que se garantem os direitos constitucionais e o acesso ao devido processo legal; ampla defesa; princípio do contraditório; presunção de inocência; testemunhas; assistência judiciária. Além disso, em 2012, a Lei n.º 12.594 instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) que amplia a suposta proteção integral dos/as jovens em conflito com a lei, apresentando alguns princípios para a execução das medidas socioeducativas, os quais valem destacar: brevidade; excepcionalidade da intervenção judicial; legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual.

1.2 As jovens no bojo do controle sociopenal

Historicamente, o processo de institucionalização das jovens pautou-se pela lógica patriarcal, com regulação repressora, moralista, contra suas vidas, seus corpos e subjetividades, determinando sua função a partir da subserviência aos homens. Como ressalta Rizzini (2004, p. 25-26), “o asilo substitui a tutela do pai, oferecendo os meios necessários para as futuras mães de família reproduzirem o seu lugar na sociedade, tais como, a educação para o lar, o enxoval de casamento e o dote”. Dessa forma, as mulheres eram destinadas aos cuidados masculinos e estatais para, de alguma forma, quando em sua

saída, estarem preparadas para a vida de “donas do lar”. O Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos) abre o precedente para o reforço da condição social às quais as jovens eram destinadas, operando a partir da moral burguesa e conservadora.

Como bem salienta Duarte,

Outro aspecto importante no Código de Menores de 1927 foi a criação das escolas de Preservação para Menores do sexo feminino, presente em seu artigo 199, tendo como objetivo ‘dar educação psicológica e moral, profissional e literária às menores com idade entre sete e dezoito anos’. No artigo 202, são descritas as atividades ensinadas às menores, quais eram: ‘costura e trabalhos de agulha; lavagem de roupas; engomagem; cozinha; datilografia; jardinagem; horticultura e criação de aves’ (DUARTE, 2016, p. 51).

Com a demarcação legal é possível analisar a formatação do Estado repressivo regulador contra seus corpos: enquanto a juventude masculina era destinada ao trabalho sob suposta ideia de qualificação e correção, a juventude feminina desenvolvia o trabalho no interior dos espaços privados, “do lar”, dessa forma produzindo e reproduzindo a lógica desigual a partir de seus sexos e dos valores morais engendrados. Nesse sentido, podemos analisar que a produção da punição e do controle sociopenal se dará de maneira distinta, tendo como pilar a divisão sexual do trabalho.

Considerando a demarcação no Código de Menores Mello Mattos e a intensificação das práticas repressivas que perduraram no período da ditadura civil-militar brasileira, a alteração do Código de Menores, em 1979, intensifica mais o controle sobre os corpos das jovens, sobretudo no tocante à compreensão de “cuidadoras do lar”.

No que se refere às mulheres, o processo foi ainda mais repressor, ao predicar a institucionalização dos papéis, tendo em vista que a ideia de família propagada pelo Estado fixou a mulher ao estereótipo de cuidadora do lar, educadora dos filhos e boa esposa. Essa institucionalização do papel da mulher na sociedade, a partir dos anos de 1960, é tão forte, que o Código de 1979 promove uma interpretação do cometimento de crimes como sendo uma ação pertencente ao estereótipo construído do *menor perigoso*, ou seja, a mulher circunscrita no espaço privado não apresentaria perigo ao espaço público, bem como crimes praticados no âmbito do lar não seriam de responsabilidade do Estado [...] (DUARTE, 2016, p. 60).

Há poucos estudos produzidos acerca das jovens e suas trajetórias de institucionalização no contexto brasileiro, do ponto de vista de processos de transgressão

da lei, mas também das condições de manutenção de suas vidas.⁸ Logo, torna-se imprescindível destacarmos duas obras produzidas pela juventude que tiveram trajetórias marcadas por diversos aspectos da violência de Estado, inclusive vivenciadas na Febem de São Paulo. Uma delas é a obra de Anderson Herzer, intitulada *A queda para o alto* (1987), em que ele descreve os processos de institucionalização em estabelecimentos correccionais femininos, devido a sua condição biológica — anteriormente, Anderson era conhecido como Sandra Mara Herzer. A respeito de sua leitura acerca da Febem, Herzer (1987, p. 52) aponta que: “é evidente que não se conseguia fazer nada por nenhum deles, pois essa mistura de pessoas transforma todos num só grupo, e não em grupos de deficientes, de abandonados, de menores trazidos das ruas, apenas um grupo de menores marginalizados”.

A segunda autora é Esmeralda do Carmo Ortiz, mulher negra, sobrevivente de uma trajetória de vida criminalizada, que escreveu a obra: *Esmeralda, por que não dancei* (2001). Esmeralda também expõe em seu livro a trajetória de vida das jovens que estavam presas na Febem, “geralmente a história das meninas era de meninas sem pai, de estupro, de mãe que bebe, pai que bebe, de abuso sexual, de uso de drogas” (ORTIZ, 2001, p. 61).

Alguns pensadores refletem quanto a falta de informações específicas a respeito dessas jovens no processo de institucionalização, apresentando a interferência direta da igreja católica também como ferramenta de punição e suposta correção:

Nas primeiras décadas do século XX são muito escassas as informações sobre infrações cometidas por meninas menores. As ocorrências de que se tem mais notícias estavam relacionadas ao abandono de uma forma geral e à prostituição. De qualquer modo, uma das rotinas da polícia quando da apreensão de meninas menores nos circuitos de prostituição era o encaminhamento delas por parte do delegado para o Asilo do Bom Pastor, ordem religiosa católica que mantinha casas para órfãs, visando principalmente à correção de delinquentes e prostitutas (TEIXEIRA; SALLA; MARINHO, 2016, p. 392).

Com a promulgação do ECA, e posteriormente do SINASE — bases legais em vigência na atualidade, não há distinção no tratamento entre a juventude feminina e masculina, embora as diretrizes do atendimento socioeducativo (materializado no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, Planos Decenais Estaduais e Planos Decenais

⁸ Diante de toda as opressões desenvolvidas pelo Estado com relação às meninas, a falta de dados soma como mais uma forma de exclusão e opressão.

Municipais) apresentem algumas especificidades de trabalho pedagógico que deve ser desenvolvido na execução da medida socioeducativa. Vale destacar aqui dois pontos do Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo do Estado de São Paulo de 2014: relações de gênero e relações étnico raciais, os quais devem ser desenvolvidos por meio de atividades propostas pela área pedagógica e de saúde de cada unidade.

Com relação aos dados oficiais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou, em 2018, um levantamento⁹ realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas, retratando o equivalente a 22.203 mil jovens privados/as de liberdade nas 461 unidades prisionais juvenis do país. Desse número, 841 são jovens mulheres. Em se tratando das medidas socioeducativas em meio aberto, o Ministério do Desenvolvimento Social publicou relatório¹⁰ de pesquisa realizada em 2017 no qual aponta o cumprimento 117.207 mil jovens, sendo 13.104 mil mulheres. Portanto, o Estado mantinha sob controle sociopenal direto 139.410 mil jovens em território nacional entre 2017 e 2018, sendo 13.945 mil mulheres, havendo possibilidade de o número ser maior, tendo em vista o ano atual.

Conforme apontado em ambas as publicações, o estado de São Paulo abarca o maior número de jovens vinculados ao sistema de justiça criminal juvenil, assim como possui a maior população carcerária adulta do país, segundo dados¹¹ do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), publicados em dezembro de 2019, equivalendo a 231.287 mil pessoas, sendo 11.427 mil mulheres no estado. Segundo o Depen, há 748.009 mil pessoas adultas privadas de liberdade em território nacional, sendo 36.929 mil mulheres.

Grillo (2018) aponta em sua dissertação de mestrado as dificuldades em obter dados junto à Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA), responsável pela execução das medidas socioeducativas restritivas de liberdade no estado de São Paulo. Segundo a autora, “os poucos dados apresentados não são separados por

⁹ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ha-mais-de-22-mil-menores-infratores-internados-no-brasil/>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁰ Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/relatorios/Medidas_Socioeducativas_em_Meio_Aberto.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹¹ Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyL-TRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

gênero, o que faz com que as meninas se diluam em meio às estatísticas” (GRILLO, 2018, p. 56). Não é apenas em matrizes legais anteriores que o Estado ignora os dados relativos as jovens. Torna-se evidente que — embora haja mudanças nos parâmetros institucionais e jurídicos, os quais entendem a infância e juventude como sujeitos de direitos — os dados acerca das jovens circunscritas no sistema socioeducativo se mostram imprescindíveis para as análises de sua operacionalização e garantia, o que cabe questionar as medidas de silenciamento e apagamento delas durante o processo de vinculação direta aos arranjos do Estado Penal.

Igualmente, a Fundação CASA não publica os dados pertinentes à raça das jovens que estão privadas de liberdade e, na execução das medidas socioeducativas em meio aberto, este dado não foi localizado. Grillo (2018) acena, com dados informados pela própria Fundação CASA, porém não analisados diretamente nos prontuários e/ou processos judiciais, que 72,0% das jovens se declararam não branca, enquanto 28,0% se declararam branca.

2. OS CORPOS FEMININOS E A CULTURA DO ESTUPRO

Patricia Hill Collins (2000) apresenta o conceito “controle da imagem” das mulheres negras tratando-se de representações patológicas: a *mammy*, que corresponde à mulher servil, e *Jezebel*, correspondente à mulher sexualmente depravada. Nessa discussão, cabe destacar também a produção de Lélia Gonzalez (1984) a descrever quanto aos lugares destinados socialmente às mulheres negras na sociedade: “Mulher negra, naturalmente, é cozinheira, faxineira, servente, trocadora de ônibus ou prostitutas. Basta a gente ler jornal, ouvir rádio e ver televisão. Eles não querem nada. Portanto têm mais é que ser favelados” (GONZALEZ, 1984, p. 226).

As autoras descrevem as lógicas produtoras e reprodutoras da imagem das mulheres negras, sobretudo em dois aspectos: a servil, anunciada dentro dos espaços privados; e a circunscrita ao exercício de sua sexualidade, anunciada nos espaços públicos:

O processo de exclusão da mulher negra é patenteado, em termos de sociedade brasileira, pelos dois papéis sociais que lhe são atribuídos: ‘domésticas’ ou ‘mulatas’. O termo ‘doméstica’ abrange uma série de atividades que marcam seu ‘lugar natural’: empregada doméstica, merendeira na rede escolar, servente

nos supermercados, na rede hospitalar etc. Já o termo ‘mulata’ implica na forma mais sofisticada de reificação: ela é nomeada ‘produto de exportação’, ou seja, objeto a ser consumido pelos turistas e pelos nacionais burgueses (GONZALEZ, 1979, p. 16).

A partir dos seus pensamentos, observamos que a trajetórias das mulheres negras inscritas no racismo estrutural precede a produção de suas imagens delineadas a partir de sua objetificação e desqualificação como sujeitas, as quais são produzidas e reproduzidas pelas elites dominantes. É dentro desta lógica que a sociabilidade humana acontece e, portanto, serão reproduzidas em suas mais diversas esferas da experiência vivida e sentida. Isso é desastroso, pois esta produção a respeito da imagem das mulheres negras tem efeitos negativos em decisões judiciais, nas relações sociais da infância e juventude, no acesso ao mercado de trabalho, nas produções culturais e acadêmicas, no acesso ao ensino superior.

Feministas de outras partes das Américas também têm se debruçado sobre estas análises. Davis (2016, p. 180), por exemplo, diz que “a escravidão se sustentava tanto na rotina do abuso sexual quanto no tronco e no açoite”, revelando que o estupro vivenciado pelas mulheres negras não se mostra uma especificidade do sistema capitalista: está localizado no processo de dominação do homem branco sobre o corpo da mulher negra, do corpo masculino sobre o corpo feminino, pautados em lógicas racistas-patriarcais que, portanto, como elucida a autora, se trata também de processos de dominação racial na esfera da sociabilidade humana que irão se reproduzir de outras formas a partir dos sistemas econômicos aos quais a sociedade está submetida.

As pensadoras Teixeira e Queiroz (2017) também compartilham desse pensamento ao dizer que:

Quando se fala da mulher negra (a mulata) temos o exemplo da ‘globeleza’ que anteriormente era representado por uma mulher negra, desnuda, do bumbum avantajado, dos lábios grossos, corpo atraente e considerado exuberante e que agora está passando por um processo de embranquecimento, onde a escolhida possui um tom de pele ‘quase branco’ (TEIXEIRA; QUEIROZ, 2017, p. 3).

Além da hipersexualização do corpo da mulher negra, tidas como fogosas, sexualmente disponíveis, insensíveis à dor das violências obstétricas, a política do embranquecimento das mulheres negras, que anula suas características físicas, gera outros processos de violência físicas e simbólicas. Teixeira e Queiroz (2017, p. 3), como bem aludem, descrevem: “isto mostra a negação da identidade negra, que é a herança do

patriarcado onde se idealizou um perfil que define um padrão de beleza que é associado a população branca”. Cabe destacarmos que a beleza produzida mundialmente nos dias atuais é eurocêntrica, uma vez que seus parâmetros se baseiam na brancura da pele, olhos, cabelos.

Assim, os processos de desenvolvimento da infância e juventude serão envoltos no processo de controle e extermínio físico e simbólico. A extensão da hipersexualização da mulher negra acomete também a infância e juventude feminina, sobretudo dentro dos contextos de maior precariedade na manutenção da vida, como ocorre em territórios urbanos criminalizados. Em pesquisa realizada através de uma página em rede social de empresa com grande alcance ao público juvenil feminino, Viera (2016, p. 3) reflete que “A mídia dirigida às adolescentes capitaliza os incentivos à sensualidade feminina. Não faltam dicas de roupas, cosméticos e outras formas de consumo voltados à aparência feminina e que reforçam a construção do corpo feminino atraente, que chama a atenção.”

Ainda segundo a autora, há expressões utilizadas para refutar as que não seguem esse padrão de beleza e desvalorizá-las pela roupa que vestem e/ou o modo de se comportar em determinados espaços. Nessa lógica está inserido o processo de controle dos corpos das jovens, baseando-se em aspectos eurocêntricos de beleza, que também trazem variados danos à saúde física e mental da juventude que não possui traços físicos semelhantes. Intensificando ainda mais essas reproduções racistas-patriarcais, o avanço de campanhas publicitárias que sexualizam os corpos, o uso de expressões populares para se referirem as mulheres, por exemplo, “*novinha*”, o uso de uniformes escolares como fantasia sexual, o controle dos pelos pubianos remetendo ao órgão genital infantil, dentre outras reproduções, denotam o quanto as jovens são sexualizadas na sociedade contemporânea.

Vieira (2016) ainda destaca como os meios de comunicação e entretenimento, por exemplo, as novelas transmitidas em televisão aberta, têm utilizado a figura de mulheres jovens desenvolvendo papéis com atores mais velhos, os quais são tidos como “galãs”. Tais ações, concomitantemente à falta de acesso a informações pertinentes a sexualidade e saúde para a juventude,¹² práticas também coibidas pelo Estado brasileiro sob a justificativa de “incitação à atividade sexual precoce”, abrem o precedente para a cultuação de relações

¹² Para saber mais do assunto, cf. CANO; FERRIANI; GOMES, 2000.

cada vez mais jovens vivenciadas por mulheres, colocando-as no campo de disponíveis ao público masculino, reconfigurando os mecanismos de dominação pautados nas lógicas racistas-patriarcais e o fortalecimento da cultura do estupro.

[...] a existência de uma mentalidade cultural complacente e tolerante com o estupro, de difusão e aceitação na sociedade, cujos comportamentos associados a esta cultura são, dentre outros, a culpabilização das vítimas pela violência sofrida, a objetificação sexual das mulheres, a banalização ou negação da violência sexual, a recusa em reconhecer os danos emocionais e físicos oriundos da violência sexual. (ANDRADE, 2017, p. 3).

Nas lógicas de dominação produzidas pelo Estado, tem-se como perspectiva política a precarização da vida dos grupos vulneráveis, que são passíveis de maior exploração, criminalização e controle, sobretudo pela via do encarceramento e genocídio. Vale destacarmos que a precarização da vida da população periférica é uma perspectiva política neoliberal adotada pelo Estado, no qual políticas de saúde, educação, moradia, por exemplo, são ceifadas, ao passo que as ramificações do Estado Penal, materializadas nas polícias, na criminalização e no sistema de justiça, operam de maneira incisivas.

Na esteira da precarização, as diversas complexidades quanto às violências produzidas na expressões racistas-patriarcais terão também efeitos na infância e juventude — aqui abordamos apenas a violência sexual — elaboradas nos aspectos da objetificação e hipersexualização das mulheres e jovens e numa cultura do estupro, que irá abrir campo para a permissividade da violência e descrédito das mulheres que a vivenciaram.

Segundo o Ministério da Saúde (2002), a violência sexual contra crianças e denominados adolescentes compreende qualquer ato que os exponha ou induza a atividades sexuais, seja ela para estimular a vítima ou para obtenção de prazer sexual por parte dos agressores, independentemente de contato físico. O Ministério, por meio da Secretaria de Vigilância em Saúde, em Boletim Epidemiológico,¹³ publicado em junho de 2018, apresenta que, no período de 2011 a 2017, houve 184.524 mil casos registrados de violência sexual contra essa população, sendo 43.034 mil, o equivalente a 74,2%, do sexo feminino, dessas 46,0% negras. Apenas no ano de 2017 foram registrados ao todo

¹³ Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/25/2018-024.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

14.112 mil casos de violência sexual contra jovens, apresentando um aumento de 83,2% se comparado aos dados de 2011.

Destaque-se ainda que 39,9% das denúncias femininas são registradas na região Sudeste do país. Das características da violência sexual contra a infância e juventude feminina, o Boletim ainda apresenta que 58,7% ocorreram nas residências das vítimas: 70,9% correspondem a estupro, seguido por assédio sexual com 19,6%. Dessa forma, os dados evidenciam os aspectos de raça e gênero na produção da violência sexual contra a juventude feminina que têm, em certa medida, o aval do Estado brasileiro, diante a precarização da vida das populações periféricas.

Qualificando o debate acerca do tema, “os agressores sexuais, geralmente pessoas conhecidas pela vítima, buscam estreitar laços com a criança/adolescente com objetivo de conquistar maior confiança e afeto” (HOHENDORFF; PATIAS, 2017, p. 243). Dessa forma, a noção difundida culturalmente de que os estupradores estão nas ruas, trazendo aspectos predatórios e animais a esses sujeitos, não se comprova nas evidências científicas, uma vez que apontam que esse tipo de violência ocorre dentro dos espaços privados onde as jovens circulam.

Hohendorff e Patias (2017) destacam ainda as consequências apresentadas pelas vítimas de violência sexual no tocante a danos físicos: lesão corporal, mutilações e outros. Em se tratando dos danos emocionais destacam-se: culpa, medo e raiva; por fim, ao que se refere aos danos comportamentais, se sobressaem para fim desta pesquisa, a agressividade e os problemas legais. A partir dos dados informados, podemos interpretar, considerando o medo como um sentimento presente nas situações de violência sexual vivenciadas pela infância e juventude, que o processo de denúncia e/ou relato pode ser extremamente dificultoso para a vítima, de modo que isso a impossibilite de trazer à luz a violência sofrida. Além disso, se considerarmos que as situações de violência, conforme salientam os autores, ocorrem sob coerção ou ameaça, o processo se torna muitíssimo mais difícil.

Diante das reflexões apresentadas, podemos analisar, com relação à precarização da vida da juventude pobre e aos alarmantes números de violência sexual contra a juventude feminina negra, a ineficácia (ou desinteresse enquanto política) do Estado na proteção da infância e juventude, cabendo a elas a responsabilidade nas tratativas das violências

vivenciadas, como é o caso do objeto central desta pesquisa, a resposta mediante ao homicídio do agressor.

3. AS JOVENS NEGRAS E A CULTURA DA PUNIÇÃO

No intuito de ponderar a simetria entre precarização da vida e as funções do Estado Penal, Alves (2018, p. 297) destaca: “enquanto o Estado neoliberal se ausenta das políticas sociais, ele passa a governar por meio de políticas de controle da criminalidade que têm como sua razão de ser a criminalização de grupos racializados”. Na esteira do pensamento da autora, é possível refletirmos, diante da precarização da vida da juventude periférica, a mais afetada no contexto neoliberal, a respeito da produção e reprodução dessas vidas em diversas violências sofridas, concreta e subjetivamente, abrindo precedente, portanto, para atuação do Estado como produtor e reproduzidor das violências.

Cabe destacar que a produção da precariedade da vida nas periferias, como bem aponta Duarte (2018), trata-se também de uma política de Estado, cujas relações são estabelecidas nos aspectos de exploração, criminalização e controle, sendo esta última produzida a partir do genocídio e do encarceramento. Logo, as estratégias das periferias para mitigar conflitos, solucionar dificuldades inerentes à manutenção da vida, por exemplo, saneamento básico e energia elétrica, cabem aos próprios residentes dos territórios.

Conforme Biondi (2018), quanto aos aspectos das violências ocorridas, organizam-se diversas estratégias para solucioná-las como o próprio “Tribunal do Crime”, desenvolvido nos contextos periféricos dominados por determinada facção criminosa. Diante da postura política do Estado com relação às mazelas produzidas pelo capitalismo, cabe à juventude feminina, dentro do contexto apresentado, buscar estratégias para, de alguma forma, suprimir as dores vivenciadas a partir da violência sexual sofrida, beirando aos extremos da desproteção estatal quando chegam a cometer homicídio, com ou sem a ajuda de outros atores.

Referindo-se ao Sistema de Justiça Criminal, Andrade descreve

[...] a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste

processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). (ANDRADE, 2005, p. 79).

As assimetrias sociais demarcadas pela autora, e também por Alves (2018), refletem-se nos processos de apuração e execução de medidas socioeducativas, dispostas no ECA, que competem às Varas Especializadas da Infância e Juventude e aos respectivos Departamento de Execuções da Infância e Juventude, desse modo, estarão na operacionalização da justiça criminal juvenil. Essas assimetrias também são demarcadas nas bases legais, como no Código Penal que, até 2005, tinha o adultério como prática delitiva apenas se cometido por mulheres.

Com relação à reprodução calcada na lógica racista-patriarcal nos casos de mulheres violentadas sexualmente, a autora sublinha que

[...] o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. (ANDRADE, 2005, p. 91-92).

Há uma correlação no que se refere ao controle da imagem das mulheres negras, sobretudo em sua objetificação e hipersexualização, a qual também acomete a juventude, e a validação das violências sofridas por parte da justiça criminal juvenil, cuja função, supostamente, está no campo protetivo e de responsabilização com relação à transgressão da lei. Logo, isso significa que as narrativas da violência sofrida por parte da juventude feminina serão analisadas a partir dos aspectos de raça e gênero, demarcando especialmente a sua sexualidade.

[...] as mulheres estereotipadas como ‘desonestas’ do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores¹⁴ e, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, de vítima em acusadas ou rés num nível crescente de argumentação que inclui ela ter ‘consentido’, ‘gostado’ ou ‘tido prazer’,

¹⁴ Cabe aqui a correção política do termo para jovens.

‘provocado’, forjado o estupro ou ‘estuprado’ o pretenso estuprador [...]. (ANDRADE, 2005, p. 94).

Nesse sentido, Andrade ressalta que os crimes de estupro serão analisados sob a égide patriarcal que define as “mulheres honestas”, passíveis efetivamente de sofrerem violência sexual; ao passo que também haverá as “mulheres desonestas”, aquelas que, de alguma forma, exercem sua sexualidade e serão condenadas por isso.

4. DISCUTINDO CASOS

Aqui apresento algumas situações reais de acusações de crimes de homicídio cometidos por vítimas de violência sexual, e como as lógicas operativas da cultura do estupro são vistas por operadores da justiça criminal juvenil e os impactos de suas decisões judiciais. Nas sentenças analisadas foi possível perceber a criminalização e olhar racista/sexista contra as vítimas de estupro que assassinaram seus agressores. Por exemplo, em uma das sentenças o juiz acusa uma das vítimas de “comunicação falsa de crime”. No mesmo processo, o juiz ainda define o ato infracional “praticado, *a priori*, por motivo torpe¹⁵ [...]” (extraído de processo de execução de medida socioeducativa), o que nos apresenta a fundamentação em lógicas patriarcais para sua decisão.

Assim, podemos destacar ainda o que Andrade (2005) descreve a respeito da validade dos crimes, sendo esses, segundo sua caracterização, passíveis somente às “mulheres honestas”, e, no caso das “mulheres desonestas”, ficam à mercê da invalidade das violências vivenciadas anteriormente, neste caso a violência sexual, o que resultou, enquanto resposta extrema, a prática do homicídio de quem a violentou.

É importante visibilizar as narrativas de uma jovem, vítima de violência sexual e acusada de crime de homicídio: “*Houve agressões mútuas e, ao fim, a vítima forçou uma relação sexual, tendo ameaçado Amanda¹⁶ para não contar as pessoas sobre tais fatos*”. É possível analisar quanto às possibilidades de descrédito ao relato da vítima, sendo exposto na

¹⁵ Segundo o dicionário da língua portuguesa, “motivo torpe” significa “depravado; que insulta os bons costumes”. Dicionário Online de Português. *Motivo Torpe*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/torpe/>>. Acesso em: 1 maio 2020.

¹⁶ Obedecendo ao Art. 17 e Art. 247 da Lei n.º 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, em respeito à preservação e identidade da jovem envolvida, trata-se de nome fictício.

mesma sentença que a jovem “omitiu da polícia o abuso” (extraído de processo de execução de medida socioeducativa).

A respeito desse ponto, Duarte (2016, p. 192) diz que “os policiais e outros agentes públicos mencionados pelas adolescentes, além do uso do poder e da repressão, utilizam, ainda, o poder ideológico sexista para legitimar a violência sobre as adolescentes”. Acionar a polícia e todo o aparato de segurança pública, diante das reproduções de dominação racistas-patriarcais, não se mostra fácil, especialmente se considerarmos as variáveis do desenvolvimento humano que é traduzido no processo de juventude. No entanto, por sua ausência, não se torna permissível a descaracterização da violência vivenciada. Como afirma a autora, “o patriarcado é reforçado a todo tempo e acrescido à violência física” (DUARTE, 2016, p. 192).

O comportamento agressivo da juventude feminina, em que pese a situação de homicídio correspondente ao extremo da violência, como Andrade (2005) aponta, trata-se de um segundo processo de criminalização da mulher, devido ao seu comportamento chegar à similaridade do masculino, tratando-se justamente dos aspectos da agressividade e da violência. Isso se expressa na decisão em que o juiz profere que a jovem estava “agindo com manifesta intenção homicida” (extraído de processo de execução de medida socioeducativa), aludindo ao comportamento da jovem como “delinquente”, “de alto grau de periculosidade”, assim como compreendido à época do Código de Menores.

Na mesma compreensão “menorista”, em outro processo, referindo-se à jovem, o juiz a descreve como “enorme periculosidade e também revela a necessidade de intervenção imediata no desenvolvimento da adolescente [...]” (extraído de processo de execução de medida socioeducativa), justificando a partir do ato infracional cometido a importância da intervenção e controle sociopenal, sob suposta ótica de proteção a seu desenvolvimento.

Transmuta-se o discurso calcado no Código de Menores, cuja desqualificação do sujeito se faz presente nas compreensões e sentenças dadas, como vidas passíveis da tutela absoluta, já que não se corresponde aos ordenamentos jurídicos. Nesse bojo, incluem-se também as demarcações das relações raciais e a expressão do racismo estrutural perpetrado pelo Estado Penal, uma vez que ele é seletivo desde sua criação. Ainda no seio da suposta proteção e punição do Estado, vale destacarmos os seguintes trechos dos processos de execução pesquisados:

[...] não se verifica possibilidade de que os adolescentes tendo praticado ato infracional gravíssimo, permaneçam em liberdade, em um meio que se mostrou demasiadamente perturbador para a sua formação. (Extraído de processo de execução de medida socioeducativa).

[...] pode ser indicativo de que estão inseridos em um meio extremamente prejudicial à sua personalidade, de tal forma que devem ser internados por medida de manutenção da ordem pública, bem como, e principalmente, para garantia de sua própria segurança pessoal, uma vez que estariam inseridos em ambiente inadequado [...]. (Extraído de processo de execução de medida socioeducativa).

[...] a imposição da medida socioeducativa de internação é o melhor meio para que a adolescente possa compreender a gravidade dos atos praticados e receber os encaminhamentos necessários a uma efetiva socialização. (Extraído de processo de execução de medida socioeducativa).

Percebemos que a produção da punição na justiça criminal juvenil assume um suposto aspecto preventivo quando, nas decisões judiciais, alude-se à medida socioeducativa de internação como uma ferramenta de afastá-la do meio considerado delituoso, uma vez que, como apontam as decisões, torna-se um fator de preocupação aos operadores do sistema de justiça.

Como apresenta Foucault (2014, p. 127) “a correção individual deve então realizar o processo de requalificação do indivíduo como sujeito de direito, pelo reforço dos sistemas de sinais e das representações que fazem circular”. Desse modo, a prática da punição como mecanismo correcional das jovens que assassinaram quem as estuprou, converte-se em mecanismo de suposta transformação, haja vista seu comportamento violento. Porém, não são aferidos os processos de violência vivenciados anteriormente por elas.

[...] a socioeducação tem funcionado, na prática do sistema de administração da Justiça, como uma educação que oprime e é utilizada como um mecanismo de regulação e sinais de controle sociopenal para as “más condutas”, que são identificadas como “mentes perigosas” para a sociedade. O discurso socioeducativo é usado para dar uma face flexível e humanitária à inflexibilidade do controle penal do adolescente. (OLIVEIRA E SILVA, 2011, p. 175).

Cabe salientar ainda o aspecto moral atrelado à produção da punição na justiça criminal juvenil quando os juízes demarcam em suas decisões: “a adolescente não demonstra arrependimento, o que demonstra falta de consciência da gravidade de sua conduta” ou “ela nunca demonstrou arrependimento” (trechos extraídos de processos de execução de medida socioeducativa). Assim, o controle sociopenal opera com diversas nuances sob

a égide da correção dos indivíduos para que se tornem sujeitos “direitos” pautados em lógicas burguesas, indiferente às condições de vida fornecidas pelo Estado.

Compete-nos aqui o questionamento das possibilidades de “arrependimento” exigido da juventude feminina diante de uma violência patriarcal tão incisiva, pautada em lógicas extremamente perversas de dominação. Vejamos quanto à dominação perpetrada pelo Estado Penal:

[...] podemos considerar o ordenamento jurídico brasileiro como uma (re) atualização da ordem escravocrata. Que tal sistema patriarcal-punitivo tinha (e tem) no corpo da mulher negra um de seus principais alvos que pode ser ilustrado não apenas na experiência de mulheres empregadas domésticas negras aprisionadas nas cozinhas das elites brancas, mas também nas estatísticas prisionais que apontam aumento consistente no número de mulheres negras presas. [...] o lugar social que as mulheres negras ocupam na sociedade brasileira é refletido nas decisões desfavoráveis a elas no sistema de justiça penal. (ALVES, 2018, p. 297).

Assim, cabe-nos aqui destacar o conceito de Rita Segato (2007), no que se refere à “colonialidade da justiça”, refletindo a respeito das instituições de justiça penal da América Latina calcadas na manutenção das relações do regime escravocrata. “Para Segato, o sistema de justiça criminal na América Latina tem a raça como seu princípio organizador no processo de encarceramento e na história de dominação colonial que perdura até os dias atuais” (SEGATO, 2007 *apud* ALVES, 2018, p. 299).

Logo, embora haja as alterações dispostas nas bases legais, no caso adotando a doutrina da Proteção Integral para a infância e juventude cujo pilar reside em compreendê-los como sujeitos de direito, as lógicas estruturantes no sistema de justiça, pautado na dominação racista-patriarcal corresponde às renovações dos mecanismos de controle e punição, historicamente. Consideramos então que o Estado brasileiro lida com a população negra e pobre por via penal, o que se expressa nas respostas às jovens que sofreram violência sexual e chegaram a assassinar os sujeitos que as estupraram. Assim, identificamos que as tratativas junto às vítimas calcam-se apenas na produção da punição das jovens anteriormente violentadas, a partir da privação de suas liberdades, sob o discurso protetivo/pedagógico disposto no atual instrumento legal que opera tal sistema, caracterizado nas medidas socioeducativas.

Contudo, não há quaisquer considerações acerca da violência que acometeu as jovens anteriormente a resposta encontrada por elas. Um processo que aponta a falta de responsabilidade do Estado principalmente se consideramos sua negligência e omissão com relação às jovens, uma vez que não cria mecanismos para manutenção de suas vidas. Portanto, é possível analisarmos a perspectiva política com relação à população pobre e negra por meio do Estado Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o sistema de justiça criminal juvenil opera a partir de lógicas de dominação, as quais são introjetadas desde sua gênese por meio das condições sócio-históricas da formação do Estado brasileiro. Considerados os aspectos políticos da produção da punição no contexto brasileiro bem como as bases para a operacionalização do sistema de justiça, pensar em possibilidades de reforma dos instrumentos jurídicos penais não mitigaria a seletividade penal produzida por ele.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente traga luz para as novas formas de tratativas das situações de transgressão da lei, e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) apresente sua organização, na prática, ambos se tornam uma ferramenta de controle sociopenal para a juventude, modulado no suposto Estado Democrático de Direito. Assim, não há o que considerar de pedagógico ou educacional no curso da execução das medidas socioeducativas, visto que elas operam a lógica das bases legais anteriores, sendo remodeladas a partir das dimensões econômicas do curso histórico, e quiçá considerar que possa existir alguma sintonia em processos de privação de liberdade e exercício da vida com garantia de direitos plenos.

Expressamos neste artigo a importância de se pensar a perspectiva abolicionista penal no trato junto à juventude e ter como base norteadora a liberdade. Compreender o sistema socioeducativo enquanto instrumento do Estado na produção da punição e do castigo e não como possibilidades pedagógicas faz que se envolvam os aspectos estruturais da dominação de determinados povos sobre outros, os quais são passíveis de morte, encarceramento e precarização da vida.

Dessa forma, trazer para a discussão a perspectiva abolicionista significa analisar outras possibilidades de mediação de conflito dentro da sociabilidade humana. Possibilidades que não se pautem no julgamento e na punição, e sim priorizem a liberdade como elemento fundamental dos sujeitos. Ademais, também nos convoca ao debate outras formatações de sociedades que não sejam construídas em perspectivas opressoras, como o racismo e o patriarcado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *In*: FEFFERMAN, Marisa *et al.* *As interfaces do Genocídio no Brasil: raça, gênero e classe*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2018, p. 289-311 [PDF].

ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. Criminologia feminista e direito penal patriarcal: um estudo das manifestações da “cultura do estupro” no sistema penal. *Anais... MM 13º Mundo de Mulheres Fazendo Gênero: Transformações, Conexões, Deslocamentos*, Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499012084_ARQUIVO_CRIMINOLOGIAFEMINISTAEDIREITOPENALPATRIARCAL-UMESTUDODASMANIFESTACOESDACULTURADOESTUPRONOSISTEMAPENAL.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, n.º 50, jul. 2005, p. 71-102. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2011. (Biblioteca Básica do Serviço Social, v. 2).

BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Boletim Epidemiológico*, v. 49, n.º 27, junho 2018. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/25/2018-024.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Social, Secretaria Nacional de Assistência Social. *Relatório da pesquisa nacional das medidas socioeducativas em meio aberto no Sistema Único de Assistência Social*. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/relatorios/Medidas_Socioeducativas_em_Meio_Aberto.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. *Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo do Estado de São Paulo*. 2014. Disponível em: <<http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/826.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist thought: knowledge, consciousness, and politics of empowerment*. New York: 2000. Disponível em: <https://uniteyouthdublin.files.wordpress.com/2015/01/black-feminist-thought-by-patricia-hill-collins.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUARTE, Joana das Flores. *Para além dos muros: as experiências sociais das adolescentes privadas de liberdade*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) — Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7862/1/000477621-Texto%2bCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

FEFFERMANN, Marisa. Genocídio da juventude negra: desconstruindo mitos. In: FEFFERMAN, Marisa et al. *As interfaces do Genocídio no Brasil: raça, gênero e classe*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2018, p. 109-138.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2014.

GONZALEZ, Lélia. *Cultura, etnicidade e trabalho*: efeitos linguísticos e políticos da exploração da mulher. Disponível em: <https://coletivomariasbaderna.files.wordpress.com/2012/09/cultura_etnicidade_e_trabalho.pdf>. Rio de Janeiro, 1979.

GRILLO, Nathalí Estevez. “Força pra subir, coragem na descida”: um estudo sobre as resistências das meninas na Fundação CASA. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21212/2/Nathal%20ad%20Estevez%20Grillo.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

HERZER, Anderson. *A queda para o alto*. Petrópolis: Vozes, 1982.

HOHENDORFF, Jean Von; PATIAS, Naiana Dapieve. Violência sexual contra crianças e adolescentes: identificação, consequências e indicações de manejo. *Barbaroi*, Santa Cruz do Sul, n.º 49, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/9474/6913>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

LOMBROSO, César. *O Homem Delinquente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

OLIVEIRA E SILVA, Maria Liduina de. *Entre a Proteção e Punição*: o Controle Sociopenal dos adolescentes. São Paulo: Unifesp, 2011.

ORTIZ, Esmeralda do Carmo. *Esmeralda, porque não dancei*. São Paulo: Senac, 2001.

RIZZINI, Irene. *A institucionalização de crianças no Brasil*: percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2004.

TEIXEIRA, Alessandra; SALLA, Fernando; MARINHO, Maria Gabriela. Vadiagem e prisões correcionais em São Paulo. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 381-400, maio-agosto 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/eh/v29n58/0103-2186-eh-29-58-0381.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

TEIXEIRA, Maria Santana dos Santos Pinheiro; QUEIROZ, Josiane Mendes de. Corpo em debate: a objetificação e sexualização da mulher negra. *Anais... V Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades*. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/69359405-Corpo-em-debate-a-objetificacao-e-sexualizacao-da-mulher-negra.html>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

VIEIRA, Pâmela Rocha. Efeito lolita: a sexualização e objetificação feminina por meio da mídia, em uma análise da fanpage da capricho no facebook. *Anais...* IV Seminário Internacional de educação e sexualidade. Vitória, 2016. Disponível em: <http://www.gepsexualidades.com.br/resources/anais/6/1467379182_ARQUIVO_ArtigoEfeitoLolita.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

Apresentação oral

**NECROPOLÍTICA: A GUERRA À DROGAS NA CIDADE
DO RIO DE JANEIRO**

NECROPOLITICS: DRUGS WAR IN THE CITY OF RIO DE JANEIRO

**Manuela Gonçalves Abreu Souza
Silvio Almeida**

Resumo: O presente artigo possui como objetivo pensar a relação das políticas de segurança pública do Rio de Janeiro, com o genocídio da população negra e a instituição de um Estado de exceção permanente nas favelas cariocas, posicionando a “guerra às drogas” enquanto técnica governamental da necropolítica brasileira. Apresentamos o campo teórico dos estudos sobre colonialidade e necropolítica a partir dos conceitos de Achille Mbembe. Assim, propomos uma inteseção entre a criminologia crítica e o pensamento pós-colonial a fim de analisar o fenômeno das “guerra às drogas” como parte importante dos processo de dominação social nas circunstâncias socioeconômicas do mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Direito. Necropolítica. Guerra às drogas.

Abstract: This article aims to think about the relationship of public security policies in Rio de Janeiro, with the genocide of the black population and the establishment of a permanent state of exception inside the favelas in Rio, positioning the “war on drugs” as a government technique of the Brazilian’s necropolitics. We indicate the theoretical field of studies on coloniality and necropolitics, prioritizing the concepts of Achille Mbembe. Thus, we propose an intersection between critical criminology and post-colonial thinking so that, in order to analyze the phenomenon of the “war on drugs” as an important part of the processes of social domination in the socioeconomic circumstances of the contemporary world.

Keywords: Law. Necropolitics. War on drugs.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos históricos. 3. A guerra às drogas. 4. O Rio de Janeiro e a guerra às drogas. 5. A necropolítica e o genocídio moderno-colonial. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Rio de Janeiro, conhecido popularmente por “cidade maravilhosa” é também uma cidade contraditória. As belezas naturais se contrapõem à pobreza das favelas, às violências encontradas no território negro e ao elevado número de mortes produzidas pelo poder estatal (AVELAR, 2016).

A letalidade é apontada como uma das características mais marcantes da cidade carioca. As operações policiais em favelas constituem o principal instrumento de ação da área de segurança pública na cidade (LASCOUMES; LE GALÉS, 2004). As ações de combate ao crime parecem operar com arbítrio seletivo e racializado, evidentes na política do terror que atua de maneira sistemática, de tal forma que nos deparamos com situações bárbaras, como de Claudia Silva Ferreira,¹ de 38 anos, arrastada viva por viatura policial. Evaldo Rosa dos Santos, de 46 anos, e Luciano Macedo,² de 27 anos, assassinados com 80 tiros. Agatha Félix,³ de 8 anos, vítima de tiro de fuzil nas costas, no Complexo do Alemão.

O motivo mais recorrente para as operações policiais no Rio de Janeiro é a repressão ao tráfico de armas e drogas (45,1%), seguida de cumprimento de mandado de busca e apreensão e prisão (19,4%) e retaliação por morte ou ataques policiais, a chamada vingança institucional (12,7%).⁴

Nessa perspectiva, por trás da chamada guerra às drogas, naturaliza-se e se oculta às circunstâncias que tornam possível o derramamento de sangue (BATISTA, 1997). Em verdade, a *War on Drugs*, além de ser o fundamento retórico do assassinato (ALMEIDA, 2019), representa a continuidade da segregação racial (OLIVEIRA, 2017a), encarcerando a massa negra e pobre, militarizando territórios e fortalecendo a arquitetura punitiva do Estado.

¹ <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/03/arrastada-por-carro-da-pm-do-rio-foi-morta-por-tiro-diz-atestado.html>. Acesso em: 15.04.2020.

² https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/11/politica/1557530968_201479.html. Acesso em: 15.04.2020.

³ https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/19/politica/1574171033_166751.html. Acesso em: 15.04.2020.

⁴ Dados da Fundação Heinrich Böll: https://br.boell.org/sites/default/files/2019-12/boll_sumario_operacoes_policias_FINAL.pdf. Acesso em: 14.04.2020.

A política do terror consiste na instrumentalização generalizada de determinados segmentos da sociedade e da destruição material de corpos considerados pelo poder econômico como indesejados ou inimigos. O terror contemporâneo se utiliza da clausura, do muro, do campo, da fronteira, da violência, do medo, para assim construir o sujeito diferente e ameaçador, do qual é preciso garantir seu controle absoluto (MBEMBE, 2018b).

Nesse sentido, a favela é o cenário onde a política do terror acontece. Entre morro e asfalto, fronteiras são delineadas e, no mesmo espaço-tempo, encontramos a existência de um estado de exceção permanente e de um estado democrático de direito. Sendo certo que é no morro que a exceção é a regra (AGAMBEN, 2010). Essa política se dá na relação entre biopoder, estado de exceção e estado de sítio, em que a questão racial aparece de forma indispensável para caracterização do necropoder.

A intervenção militar no Rio de Janeiro, instituída a partir do Decreto Federal n.º 9.288/2018, tinha como justificativa o combate ao crime ou “pôr a termo o grave comprometimento da ordem pública”, ilustrou exatamente quando

[...] populações inteiras são o alvo do soberano, vilas e cidades sitiadas são cercadas e isoladas do mundo, a vida cotidiana é militarizada e é outorgada liberdade aos comandantes militares locais para usar seus próprios critérios sobre quando e em quem atirar (MBEMBE, 2018b, p. 48).

Nesse sentido, o filósofo camaronês Achille Mbembe (2018b, p. 5), afirma que a “[...] expressão máxima da soberania reside em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer”, de tal forma que a figura do inimigo e o estado de exceção “[...] tornaram-se a base normativa do direito de matar.”

Assim, quando o poder soberano exerce controle sobre a mortalidade e define a vida como a implantação e manifestação de poder, encontramos o que Mbembe (2018b) chama de necropolítica.

O presente texto fundamenta-se em pesquisa: (i) qualitativa baseada em (a) análise documental e (b) revisão bibliográfica, visando compreender (i) o histórico da articulação entre racismo e a política de segurança pública de guerra às drogas na cidade do Rio de Janeiro e (ii) analisar os novos significados que explicitem a instrumentalização da vida

pelas políticas de segurança pública do poder estatal, a partir do combate ao tráfico de drogas.

Para tanto, o artigo está dividido da seguinte forma: a primeira parte (1) serve como introdução ao tema; a segunda parte (2) descreve os aspectos históricos da política proibicionista como manifestação do biopoder; a terceira parte descreve (3) a construção da política de drogas no Brasil, na quarta parte (4) destaca-se especificamente o combate ao tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro, de modo que as informações são interpretadas a partir de uma perspectiva crítica sobre a política criminal de combate ao tráfico de drogas; e, por fim, desenvolve-se (5) o conceito de necropolítica e de genocídio moderno colonial.

A ideia é demonstrar como a política de segurança pública praticada no Rio de Janeiro a partir do discurso sobre “guerra às drogas” parece ser um mecanismo de extermínio de corpos rejeitados no contexto das políticas neoliberais, em que a raça é o elemento determinante para a tecnologia da necropolítica.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

O início da indústria capitalista provocou grande migração de pessoas para centros urbanos. Esse fluxo de pessoas por um lado era necessário para a manutenção e funcionamento da economia e, por outro, representava uma ameaça à hegemonia econômica e sociopolítica que estava se consolidando, na medida em que essa população poderia se rebelar contra o poder político centralizado (FOUCAULT, 2008b).

Assim, com a finalidade de “administrar essa população”, conforme indica Foucault (2008b, p. 494) foram desenvolvidas⁵ políticas de medicina social que possuíam dois objetivos principais: (i) organização das cidades e; (ii) medidas de atendimento a grupos mais pobres e mais perigosos. Essa política, para Foucault, representou o marco geral da biopolítica.

E foi o que ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, cidade que ao final do século XIX abrigava a maior população urbana de origem africana das Américas (SCHWARCZ,

⁵ Em países como Inglaterra, França e Alemanha.

2001). Essa realidade exerceu influência em toda arquitetura da cidade carioca. Mas não apenas isso. Promoveu também influência incontestável sobre a organização, os discursos e as práticas de instituições tão centrais como a medicina e a saúde pública, a política e sobre a criminologia e ao controle da criminalidade (WACQUANT, 2003).

A medicina carioca estava deslumbrada e dedicada à patologização dos escravos e de seus descendentes, sobre os quais diziam ser uma população mestiça e degenerada e, por isso, patológica e muito perigosa, conforme Rodrigues (2008), concentrada na cidade. A medicalização, a partir do discurso médico-sanitário e a penalização trabalharam de forma conjunta, amparada na racialização, para efetuar a domesticação brutal das classes pobres (OLMO, 1990).

A partir da década de 30, configurou-se no Rio de Janeiro um sistema de disciplinamento social encarregado de manter a população em ordem, de acordo Batista (2014), construindo a arquitetura institucional de repressão para os novos tempos:

O sistema penal está se deslocando do privado para o público, controlando escravos, africanos livres, pobres sem patrão, ciganos, mendigos, vadios e crianças abandonadas para que as ruas da cidade possam servir às crescentes atividades do comércio e da indústria (BATISTA, 2014, p. 145).

Nesse momento, no final do século XIX, observamos a consolidação do que Foucault (2008) chamou de biopoder, um conjunto de práticas discursivas disciplinadoras e controladoras.

O biopoder, em síntese, é gestão da vida, e consiste em duas características fundamentais, a primeira é a (i) anátomo-política do corpo, proveniente dos dispositivos disciplinares, cujo objetivo é extrair do sujeito, do corpo humano, sua força produtiva, mediante o controle do espaço, do tempo dentro das instituições, como por exemplo, escola, fábrica e prisão. A segunda característica é (ii) biopolítica da população, consubstanciada na regulação das massas a partir de ações que permitam gerir as taxas de natalidade, o aumento da longevidade, os fluxos de migração, por exemplo.

Sendo assim, a morte é um elemento auxiliar da biopolítica, ao soberano compete decidir eliminar ou excluir determinados grupos de indivíduos que não atendam seus interesses. Desse modo, realiza-se uma divisão entre pessoas que devem viver e as que devem morrer, essa decisão está diretamente ligada à raça dos sujeitos. Ao estabelecer uma

cesura biológica entre uns e outros, a política da raça regulamenta a distribuição da vida e da morte, possibilitando a função assassina do Estado (FOUCAULT, 2005; MBEMBE, 2018b). Nesse contexto, para Foucault (2005) o racismo é uma tecnologia da biopolítica.

Nesta senda, a partir do século XIX os Estados passam a atuar segundo a lógica de “Racismo de Estado”, que para além de ser uma ideologia, é uma tecnologia de poder (FOUCAULT, 2005).

Diante disso, os sentidos da vida e da morte ganham um novo *status*, de modo que a raça está diretamente relacionada com a política da morte. A soberania, nesse sentido, deixa de ser um poder de tirar a vida para ser um poder de controlá-la (ALMEIDA, 2019). Este biopoder é cada vez mais disciplinar e regulamentador.

Com efeito, uma das facetas da biopolítica está no controle sobre drogas psicoativas, o denominado proibicionismo.

No Brasil já havia o proibicionismo de drogas desde o século XVI,⁶ conforme indica Carvalho (2016), porém o proibicionismo como política criminal, ideologia e sistematizado, só foi criado a partir do século XX, quando o direito penal passou a ser instrumento na busca por soluções de criminalidade (CARVALHO, 2016).

Maria Lúcia Karam (2006) conceitua o proibicionismo como

Um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações política voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos, vistos como negativos através de proibições estabelecidas notadamente como a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais (KARAM, 2006, p. 1).

A política proibicionista permitiu, ao mesmo, tempo que houvesse (i) perseguição de determinados grupos tidos como perigosos, precisamente os negros e pobres e (ii) possibilitou a interferência do estado nos hábitos individuais, lastreados sobretudo no juízo moral.

⁶ Ordenações Filipinas (Livro V, título LXXXIX): “que ninguém tenha em caza rosagar, nem a venda, nem outro material venenoso”.

O controle sobre drogas psicoativas no princípio do século XX seria um dos campos de estratégias da biopolítica. As primeiras regulamentações⁷ foram normas sanitárias, que aos poucos tornou-se também problema da segurança pública, com viés xenófobo e racista (PASSETTI, 1991).

3. A GUERRA ÀS DROGAS

A origem da criminalização das drogas não pode ser encontrada, pois ela é “[...] fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.” (CARVALHO, 2016, p. 46).

No decorrer da história brasileira são encontrados fragmentos de criminalização de drogas ao longo da história legislativa. A primeira aparição da criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes, deu-se nas Ordenações Filipinas.⁸ Em 1890, o Código Penal passou a regulamentar os crimes contra a saúde pública⁹ e de forma conjunta também foi criminalizado: o exercício irregular da medicina (art. 156); a prática de magia e do espiritismo (art. 157); o curandeirismo (art. 158); o envenenamento de fontes públicas (art. 161), e “[...] expor a venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários [...]” (art. 159).

Já em 1932, o Código foi alterado, por meio da densificação e complexificação das condutas contra a saúde pública (CARVALHO, 2016). Podendo-se notar especificamente no crime previsto no art. 159, em que foram acrescentados doze parágrafos e pena de prisão celular (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008), como também foi substituída o termo substâncias venenosas para substâncias entorpecentes.

A partir desse momento, a política de criminalização das drogas ganha constante maximização. Na década de 40 verificou-se o surgimento da política proibicionista sistematizada, consolidado na década de 50, com o fomento das discussões sobre drogas ilegais e a necessidade de seu controle repressivo (CARVALHO, 2016).

⁷ As primeiras regulamentações sobre drogas: Food and Drug Act (1906); Harrison Act (1914).

⁸ Livro V, título LXXXIX.

⁹ Título III da Parte Especial: dos crimes contra a tranquilidade pública.

Contudo, foi na Ditadura Militar de 1964 que ocorreu a baliza divisória da ruptura do modelo de política criminal, deslocado do sanitário para o bélico (BATISTA, 2003).

Após a aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes, pelo Decreto n.º 54.216/64, a adesão belicista passou a ser plena, com a expansão da repressão, de modo que o país ingressou definitivamente no cenário de combate internacional ao tráfico de drogas (CARVALHO, 2016).

Desta forma, “o processo de demonização da droga em face da consolidação da ideologia da diferenciação, pode ser visualizado como uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da nomeação de novos inimigos” (CARVALHO, 2016, p. 55).

Rosa del Olmo (1990) verificou que na política de drogas existia uma ideologia da diferenciação, formada por um duplo discurso, chamado de médico-jurídico. Essa ideologia estabelece a diferenciação entre traficante e consumidor, de modo que “[...] para os ricos, tratamento. Para os pobres, internamento” (BARATTA *apud* CARVALHO, 2016, p. 55).

Nesse cenário, a “Lei de tóxicos” (Lei n.º 6.368/76) editada no período ditatorial (1964-1984), além de realizar distinção entre traficante e usuário, sem estabelecer critérios objetivos para a sua distinção, de determinar internação hospitalar obrigatória aos usuários de drogas, essa lei representou um marco para estabelecer o traficante de drogas como “inimigo” (BOITEUX, 2016).

A existência do inimigo no poder punitivo existe

[...] desde a história e a realidade do poder punitivo tal como se o habilitou legislativamente e como operou e opera na sociedade, e os discursos dos doutrinários ou juristas e dos criminólogos, que em diversas ocasiões, forneceram elementos que facilitaram a racionalização da categoria dos inimigos ou estranhos de forma mais ou menos aberta e com consequências algumas vezes relativamente prudentes, mas que em outras chegaram até as suas últimas e inevitáveis consequências algumas vezes relativamente prudentes, mas que em outras chegaram até as últimas e inevitáveis consequências, legitimando ou postulando diretamente o genocídio. (ZAFFARONI, 2015, p. 27).

No Brasil, os autores de delitos graves e os dissidentes políticos são considerados inimigos.

Essa ideologia da diferenciação (amigo/inimigo) ganhou enfoque durante a ditadura militar (1964-1985), de modo que existia o “esquadrão da morte”, formação de grupos armados para a execução sumária de pessoas “indesejadas” (BARCELLOS, 1992), sendo que essas pessoas vistas como inimigas poderiam pertencer a dois grupos distintos: (i) os comunistas, dissidentes políticos; ou (ii) os chamados “criminosos”, que começaram a aparecer nos noticiários populares, estigmatizados quase sempre como pessoas negras e pobres.

Diante disso, a partir do Golpe Militar de 1964, formou-se no país o modelo repressivo militarizado baseado na lógica belicista de eliminação do inimigo interno político-criminal, o traficante de drogas (CARVALHO, 2016).

Vera Malagutti, explica que

No início dos anos setenta aparecem as primeiras campanhas de ‘lei e ordem’ tratando a droga como inimigo interno. Permitia-se assim a formação de um discurso político para que a droga fosse transformada em uma ameaça à ordem. As ações governamentais e a grande mídia trabalham o estereótipo político criminal. Na medida em que se enuncia a transição democrática, este novo inimigo interno justifica maiores investimentos no controle social. (BATISTA, 2003, p. 74).

Mesmo com o fim da Ditadura cívico-militar (1985) e com a elaboração da Constituição Federal em 1988, a Lei n.º 6.368 continuou vigorando, até 2006, junto com a política criminal repressiva de combate ao tráfico de drogas. A nova Lei de drogas (Lei n.º 11.343/06) manteve e reforçou em sua base ideológica o sistema proibicionista inaugurado na Lei n.º 6.368.

Esse novo dispositivo legal,

Prolifera metrarregas que se fundem em determinadas imagens e representações sociais de quem são, onde vivem e onde circulam os traficantes e os consumidores. Os estereótipos do “elemento suspeito” ou da “atitude suspeita”, por exemplo, traduzem importantes mecanismos de interpretação que, no cotidiano do exercício do poder de polícia, criminalizam um grupo social vulnerável muito bem representado no sistema carcerário: jovens, pobres, em sua maioria negros, que vivem nas periferias dos grandes centros urbanos. (CARVALHO, 2016, p. 447).

Diante disso, embora a Constituição Federal de 1988 seja um marco civilizatório, principalmente ao versar sobre direitos fundamentais, houve a intensificação do controle social formal, com o fortalecimento do recrudescimento penal, o encarceramento em massa e a radicalização da necropolítica, por meio da consolidação do modelo militarizado nas estruturas formais de segurança pública do país durante o governo militar,¹⁰ com o treinamento de policiais civis e militares, para sustentar a lógica de beligerância vertical, habituada à violação da legalidade de forma sistemática (CARVALHO, 2016).

Cinquenta anos depois do fim da ditadura e em um ambiente formalmente democrático, em pleno vigor da Constituição Federal de 1988 e do modelo econômico neoliberal, o experimento de matar para supostamente proteger a sociedade do inimigo-interno parece ter ganhado fôlego renovado.

Essa política da morte consiste no poder de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Achille Mbembe articula racismo, colonialidade e violência de Estado para exemplificar porque o conceito de biopolítica é insuficiente na contemporaneidade para explicar as formas de subjugação da vida ao poder da morte (MBEMBE, 2018b). A biopolítica explica a gestão da vida a partir do binômio fazer viver e deixar morrer. Já a necropolítica, pressupõe que “[...] a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer [...]” (MBEMBE, 2018b, p.5), invertendo o binômio para fazer morrer e deixar viver.

Desse modo, o exercício da soberania que antes se ocupava em determinar como as pessoas deveriam viver, passou a “exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como implantação e manifestação de poder.” (MBEMBE, 2018b, p. 5).

Assim, o exercício do poder soberano passou a definir quem é “descartável” e quem não é, quem importa e quem não importa (MBEMBE, 2018a). Essa seleção obedece à lógica do capital e das relações neoliberais, ao passo que deixa ou faz morrer as pessoas que não produzem ou consomem (VALVERDE, 2015).

As mudanças na política criminal brasileira a partir dos anos 80 acompanharam as mudanças do Estado em relação ao aumento da desigualdade social do sistema capitalista e a cultura individualista que lhe é decorrente (ALVES, 2011).

¹⁰ Conforme se verifica na Cartilha ISN (Ideologia de Segurança Nacional).

Ao olharmos o Brasil hoje, ela desfila diante de nossos olhos: o estado de exceção, a lógica binária da política e sua “jaula de aço” a tentar nos aprisionar. Toda herança da tradição democrática e republicana termina subvertida e submetida à lógica da concorrência à morte. A crise de governabilidade se universaliza como expressão contraditória que ultrapassa a vontade e o controle conscientes dos antigos agentes sociais. Estes foram dominados pelo que André Gorz pensava ser uma “cumplicidade estrutural”. Por múltiplos caminhos, o neoliberalismo se impôs como a nova razão do mundo, não deixando incólume nenhuma esfera da vida. O que se acha em causa é a forma de existência na modernidade última. Sua norma fundamental é a competição mortífera modelando tudo da vida social introjetada na subjetividade dos indivíduos pelo capital e seu mercado. (NÓVOA, in DARDOT; LAVAL, 2014, p. 2)

Dessa forma, a experiência de morte no Brasil aproxima-se do conceito de necropoder de Mbembe quando analisa os dados estatísticos de mortes cometidas em operações policiais, no combate ao tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro, demonstrando a existência de um genocídio da juventude negra e pobre realizada pelo Estado brasileiro.

4. O RIO DE JANEIRO E A GUERRA ÀS DROGAS

A prática do terror no Brasil foi utilizada pelos dirigentes portugueses como um dos métodos de dominação da população escravizada. Conforme retratou Debret (*Viagem pitoresca ao Brasil*, 1966), a política do açoitamento em praça pública, ilustra o exercício da política de dominação e de poder baseada no terror, empregada como forma de fortalecimento da lei penal no período escravocrata:

O controle penal colonial lançou mão primordialmente dos seguintes mecanismos para manter o sistema jurídico-penal a pleno vapor: esquartejamento, açoitamento, enforcamento e mutilação física. Essa atividade penal, executada em geral, pelos chamados feitores-homens mestiços sem posse, contratados por tarefa no início dos séculos XVII e XVIII, principalmente no Rio de Janeiro – passou a ser exercida pela polícia, trazida ao Brasil, após a chegada do D. João VI ao Rio de Janeiro em 1808 (NOBRE, 2008, p. 96).

Neste sentido, em 1809, foi criada por Dom João IV, a Divisão Militar da Guarda Real da Polícia da Corte e a partir desse momento, as forças militares passaram a ter atribuições policiais. No Rio de Janeiro do século XIX, a principal função desse contingente inicialmente formado por 128 homens, era coibir a capoeira, erradicar os terreiros de candomblé e as rodas de samba. A polícia carioca já nasceu inimiga população

negra e marginalizada, na medida em que servia apenas para exercer a repressão, o que era procedido de maneira extremamente violenta, conforme demonstrado em estudos publicados sobre a guarda nacional, a polícia na cidade do Rio de Janeiro entre 1831 e 1914, e polícia na província do Rio de Janeiro (RODRIGUES, BRANDÃO, NEDER, 1981).

No Brasil, a primeira proibição de substância psicoativa ocorreu no Rio de Janeiro, muito embora o Código Penal de 1830 não mencionasse nada sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes (CARVALHO, 2016). No dia 04 de outubro de 1830, em sessão na Câmara Municipal, ocorreu a primeira proibição do mundo de “pito de pango”,¹¹ a maconha,¹² proibindo a venda, a importação e o uso da erva na cidade carioca.

As políticas de repressão à maconha, ao samba, a capoeira, são motivadas evidentemente por racismo, o que pode ser notado pelo conhecido ditado popular da época sobre o uso do “pito de pango”: “maconha em pito faz negro sem vergonha.”

A proibição de cannabis serve como alegoria para demonstrar a criminalização e repressão seletiva, enraizada no racismo, perpetuado nas práticas da política de segurança pública do Rio de Janeiro até os dias atuais, de modo que a polícia permanece sendo o “horror das classes desprotegidas do Rio de Janeiro”, conforme narra Manuel de Antônio Almeida, no livro *Memórias de um Sargento de Milícias* (ANDRADE, 1978).

Esse fato é evidente na política de repressão ao tráfico de entorpecentes, pois legitima a política violenta do estado, de modo que as forças armadas intervêm em comunidades pobres, com a justificativa de “combater ao tráfico” e exterminar corpos considerados, desde a constituição do Brasil, como abjetos (BOITEUX, 2016).

A principal motivação das operações policiais para que o horror continue é a guerra às drogas, que representa 45,1%¹³ das motivações de operações policiais no estado

¹¹ Forma como a maconha era chamada pelos negros do Quilombo dos Palmares, que era fumada nos cachimbos de barro.

¹² “É proibida a venda e o uso do “Pito do Pango”, bem como a conservação dele em casas públicas: os contraventores serão multados, a saber, o vendedor em 20\$000, e os escravos, e mais pessoas que dele usarem, em 3 dias de cadeia.”

¹³ <https://br.boell.org/sites/default/files/2019-12/boll_sumario_operacoes_policiasi_FINAL.pdf> Acesso em: 23.03.2020.

fluminense. Essas operações nas comunidades marginalizadas são frutos de processos sócio-históricos, nos quais existe a predominância de um modelo de combate violento ao crime comum centrado no policiamento ostensivo, sobretudo, em operações de incursão bélico-policial em favelas. Esse modelo depende de que não haja policiamento regular em determinadas áreas da cidade, taxadas como “áreas de risco”, onde a presença da polícia ocorre apenas por meio de operações armadas esporádicas e relativamente imprevisíveis.

Com a aproximação do direito penal militar e do direito penal comum, após 1964, surgiu na política criminal de segurança os Movimentos de Lei e Ordem, que exploram o medo e pânico da população, utilizando o direito penal de forma maximalista, como se fosse o único meio capaz de solucionar o problema da criminalidade (CARVALHO, 2016).

Conforme cresce a criminalização das drogas no Rio de Janeiro de 8% em 1968, para 16% em 1988 e depois para 70% nos anos dois mil (BATISTA, 1998), aumenta as políticas repressivas e autoritárias do combate ao tráfico de entorpecentes. Para tanto, criou-se um verdadeiro território de medo, que pode ser observado com aumento ostensivo das políticas de segurança pública nas favelas cariocas (FRANCO, 2014).

Assim, só na última década, 17 operações de Garantia de Lei e Ordem (GLO) aconteceram no Rio de Janeiro,¹⁴ a média é de aproximadamente uma operação a cada dois meses.

As Unidades de Polícia Pacificadora e o decreto de intervenção militar no estado fluminense são exemplos de como as políticas de segurança pública vão se transformando em instrumentos de vigilância e controle das novas “classes perigosas”:

Os elementos centrais dessa constatação estão nas bases da ação militarizada da polícia, na repressão dos moradores, na inexistência da constituição de direitos e nas remoções para territórios periféricos da cidade (o que acontece em vários casos). Ou seja, a continuidade de uma lógica racista de ocupação dos presídios por negros e pobres, adicionada no elemento de descartar uma parte da população ao direito da cidade, continua marcando a segurança pública com o advento das UPP's. Elementos esses que são centrais para a relação entre Estado Penal e a polícia de segurança pública no Rio de Janeiro. (FRANCO, 2014, p. 126).

¹⁴ <<https://static.poder360.com.br/2018/02/levantamento-operacoes-GLO.pdf>> Acesso em: 24.05.2020.

O que Franco¹⁵ (2014) escreve sobre os processos de pacificação e das intervenções militares nas favelas cariocas, constitui exatamente na maneira pela qual a soberania opera: na forma do necropoder, de modo que o elemento racial é apontado como fundamental para sua execução.

De acordo com os dados do Instituto de Segurança Pública (ISP), no estado do Rio de Janeiro, entre 2007 a 2017, os agentes de segurança pública mataram mais de 8 (oito) mil pessoas, sendo que os negros – que são metade da população – somam mais de três quartos dos mortos pela polícia em 2015.¹⁶

Em um olhar específico sobre a cidade do Rio de Janeiro, 80% dos mortos por policiais, no primeiro semestre de 2019, eram negros e pardos, dos 885 mortos em ações policiais, 711 eram negros – Dados do Instituto de Segurança Pública (ISP).

Os estudos realizados pela Fundação Heinrich Böell (2019) demonstram um aumento relevante dos assassinatos cometidos por policiais na cidade: em 2013 a polícia era responsável por 13% dos homicídios na cidade, em 2018, ano da intervenção militar e da guinada à direita na política nacional, esse número cresceu para 28%, enquanto em 2019 o número subiu para 40% das mortes.¹⁷

Em relação à distribuição espacial dos resultados violentos das operações, dentre os cinco municípios com maior número de mortes em operações, encontram-se o Rio de Janeiro, Duque de Caxias, Niterói, São Gonçalo e Belfort Roxo. Dentre os bairros, os cinco com maior número de mortes foram as favelas da Penha, Maré, Complexo do Alemão, Costa Barros e Santa Cruz.

Dessa forma, pode-se afirmar que as favelas, territórios negros,¹⁸ são locais onde a política do terror acontece.

¹⁵ Marielle Franco, mulher negra, socióloga, política, militante pelos direitos humanos e “cria da maré”, como se autodenominava. Foi assassinada a tiros em 14.03.2018. Até hoje, os culpados não foram responsabilizados. “Quem matou e quem mandou matar Marielle?” é uma pergunta que ecoa nos corações de todos aqueles que resistem à escalada autoritária que o Brasil enfrenta.

¹⁶ Dados fornecidos pelo Instituto Igarapé.

¹⁷ Dados da Fundação Heinrich Böll. Operações policiais no Rio de Janeiro < <https://br.boell.org/pt-br/2019/12/21/operacoes-policiais-no-rio-de-janeiro> > Acesso em: 14.04.2020.

¹⁸ Segundo os dados coletados pelo Instituto Data Popular (2014), 12 (doze) milhões de pessoas vivem atualmente em favelas em todo o país. No total, 67% dos moradores são de negros. Especificamente no

Os números que cercam as condições de vida da população negra permitem afirmar, que a raça é o elemento central para a tecnologia da necropolítica (FLAUZINA, 2008), é ela que torna possíveis as sucessivas operações policiais, as intervenções militares, nas quais tipicamente a “paz” assume a face de uma “guerra sem fim” (MBEMBE, 2018b).

Sob essa perspectiva e partindo da visão realista marginal, Zaffaroni (1991) situa o Rio de Janeiro por seu passado colonial e pertencimento posterior à periferia do mundo capitalista, como uma instituição de sequestro. Diante disso, segundo o criminólogo argentino, para que o sistema penal atue de forma ilícita e violenta, é necessário realizar a diferenciação do “criminoso” e do “cidadão de bem”, para tornar possível o genocídio moderno, que opera no sentido de “aniquilamento total daqueles a quem se considera “inimigos” (ZAFFARONI, 2015). Com o procedimento de diferenciação entre “pessoas” e “não pessoas” elaboram-se dois modelos de intervenção punitiva: (i) o direito penal do cidadão e (ii) o direito penal do inimigo.

Conforme demonstrou Vera Malagutti Batista (2003), a cisão da ideologia da diferenciação (inimigo/iguais) a por meio do discurso jurídico-médico pode ser percebida através da identidade do sujeito criminalizado “Aos jovens de classe média, que consomem [cocaína], aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal” (BATISTA, 2003, p. 74).

Essa noção de inimigo, como aquele que deve ser exterminado (ZAFFARONI, 2015), molda o sistema repressivo de combate ao tráfico de drogas, de modo que “podemos concluir que, em nosso país, temos para as drogas uma política criminal com derramamento de sangue” (BATISTA, 1997, p. 92).

5. A NECROPOLÍTICA E O GENOCÍDIO MODERNO-COLONIAL

A ocupação colonial não se deu apenas no século XIX, ela permanece na modernidade, mas com uma nova forma, consistente na formação de governos racistas, que obedece à lógica de “autoctonização” dos colonos (MBEMBE, 2018a, p. 109). De modo que “a colônia

Complexo da Maré, estima-se que 52,9% da população é parda e 9,2% é de cor preta, conforme dados coletados pelo Censo Maré, 2017. Disponível: http://www.ica.usp.br/pessoas/Livro_Pesquisa_ExercitoMare_Maio2017.pdf. Acesso em: 16.04.2020

como forma de dominação pode agora ser instituída dentro das fronteiras dos Estados como parte das chamadas políticas de segurança pública” (ALMEIDA, 2019, p. 122).

Uma das características do modelo colonialista é reprimir, massacrar e cometer genocídios. Isso ocorreu na colônia, primeiro com a escravização dos negros. No domínio das repúblicas oligárquicas, com o massacre de Canudos (1896-1897). Na ditadura cívico-militar (1964-1985), com torturas e execuções de adversários políticos. E atualmente, na era da “globalização dos mercados, das privatizações do mundo sob égide do neoliberalismo”¹⁹ (MBEMBE, 2018a, p. 15).

A relação colonial permanece e se renova em “novos-velhos” genocídios, atualmente radicalizada pelo avanço das políticas neoliberais e aprofundamento das desigualdades sociais. Dessa forma, o necropoder encontra-se interligado ao neoliberalismo, de modo que o genocídio punitivista da guerra às drogas é apenas uma das manifestações dessa política promotora de morte dos corpos que não são rentáveis para o sistema financeiro (VALVERDE, 2015).

Essas formas contemporâneas de instrumentalização da vida advêm da racialização, operada com a escravização e colonização, como meio determinante para o estabelecimento de relações de poder modernas, orientadas pela lógica do capital, o qual “não só nunca encerrou sua fase de acumulação primitiva, como sempre recorreu a subsídios raciais para executá-la” (MBEMBE, 2018a, p. 53).

Na realidade brasileira, a atuação estatal na política de gestão de mortes está inscrita em inúmeras vulnerabilidades construídas em torno do segmento negro, em que a “raça é, simultaneamente, ideologia e tecnologia do governo” (MBEMBE, 2018a). As operações das forças de segurança pública em nome do combate ao tráfico de drogas exteriorizam a distinção entre inimigos internos e externos, a militarização da vida cotidiana e o exercício de comandos militares para matar qualquer um, em qualquer lugar (MBEMBE, 2018b, p. 53).

Nesse sentido, para que seja possível o extermínio, é preciso criar “o Outro”. A raça pode ser compreendida como matéria-prima para a fabricação do diferente. Segundo Mbembe (2018a) a partir de processos racializadores são organizadas as relações coloniais.

¹⁹ Entende-se por neoliberalismo “uma fase da história da humanidade dominada pelas indústrias do silício e pelas tecnologias digitais” (MBEMBE, 2018a, p.15).

A raça, portanto, é um “complexo perverso, gerador de temores e tormentos, de perturbações do pensamento e de terror” (MBEMBE, 2018a, p. 27), produzindo a pessoa humana em objeto, coisa ou mercadoria (FANON, 2016, p. 166). Se a raça é uma projeção ideológica, o negro é construído por meio das imagens de controle (COLLINS, 2019), construídas permanentemente, fazendo com que seu corpo esteja absolutamente exposto à vontade de um senhor ou do soberano.

A fabricação dos sujeitos raciais fez com que os negros não fossem como todos os outros. A lógica da raça foi reavivando-se e moldando a consciência contemporânea, como por exemplo, nos Estados Unidos, com as “leis Jim Crown” (1976-1965) e no regime de apartheid (1948-1994) na África do Sul.

A ideologia da segurança segue igualmente essa reativação da lógica racial. É o que acontece nas ocupações das favelas da cidade do Rio de Janeiro, em nome da guerra às drogas, pois

[...] face a transformação da economia da violência no mundo, os regimes democráticos liberais agora se consideram em estado de guerra quase permanente contra novos inimigos fúgidos, móveis, reticulares. O teatro dessa nova forma de guerra é ao mesmo tempo externo e interno (MBEMBE, 2018a, p. 51).

Nesta senda, os resquícios históricos da colônia ainda são encontrados, de modo que o mundo colonizado é esse lugar onde e se nasce em qualquer lado, de qualquer modo (FANON, 2016, p. 42), se morre em qualquer lado, de qualquer coisa, *é um mundo sem intervalos*. A favela é a cidade agachada, cidade ajoelhada, cidade prosternada (Idem, p.42/3), que se opõe absolutamente à cidade do colono, impermeável, toda feita de pedra e de ferro, (...) cidade iluminada, asfaltada, onde os caixotes de lixo regurgitam de restos desconhecidos, nunca vistos, nem sequer sonhados pelo colonizado (Idem, p. 42). Esse mundo é um mundo cortado em dois, conforme descreve Franz Fanon sobre a espacialização da ocupação colonial:

A cidade do povo colonizado (...) é um lugar de má fama, povoado por homens de má reputação. Lá eles nascem, pouco importa onde ou como; morrem lá, não importa onde ou como. É um mundo sem espaço; os homens vivem uns sobre os outros. A cidade do colonizado é uma cidade com fome, fome de pão, de carne, de sapatos, de carvão, de luz. A cidade do colonizado é uma vila agachada, com uma cidade sobre seus joelhos. (Fanon *Apud* In Mbembe, 2018b, p. 41).

A situação colonial implica na oposição total entre colonizadores e colonizados. A noção da colônia como *locus* de aprendizado para o massacre, confere atualidade à realidade enfrentada pela população que vive nas favelas. E se as independências das colônias não significaram o fim das relações coloniais, Achille Mbembe (2018a) identifica a permanência do necropoder no que chamou de “ocupações coloniais tardias da modernidade”.

Para Mbembe, a forma de combate a partir de então ganha uma nova forma, que obedece uma lógica vertical, na qual surgem dois protagonistas: a presa e o predador.

Neste cenário, o predador possui absoluto controle sobre os espaços aéreos e se utiliza dele para determinar o momento do ataque e seus alvos. E a guerra de hoje, se assemelha cada vez mais com o que retratou o filme Bacurau (2019), dirigido por Kleber Mendonça Filho, como um *videogame*, uma mistura de sadismo, espetáculo e diversão, com o aumento de ataques aéreos, por meio de helicópteros ou equipamentos não tripulados, como drones. É exatamente o que se verifica na Favela da Maré:²⁰

Figura 1 – Carta de criança que mora na favela da Maré



No ano de 2019, no Complexo da Maré, foram realizadas treze operações policiais com helicópteros, sendo que 62% das mortes por intervenção de agentes do Estado foram

²⁰ https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/14/politica/1565803890_702531.html.
13.04.2020.

Acesso em:

em operações com uso de helicóptero, conforme demonstram dados da Rede da Maré (2020).²¹

O policiamento ostensivo e a militarização do território inimigo, em nome do combate ao tráfico de drogas, transformam o Estado em um Estado policial, no qual o exercício das forças policiais ou de agentes de segurança pública é naturalizado em cenas de soldados armados, fardados, com fuzil na mão, caminhando entre crianças rumo à escola.

Diante disso, cria-se um leque de possibilidades de repressão policial, uma vez que a população pobre e negra, que vive nas periferias, esquecida pelo poder estatal, desrespeitada em suas garantias constitucionais, pode facilmente ser vista como um objeto, de modo que a naturalização da violência praticada pelo Estado forja comportamentos e medos (VALOIS, 2019).

Dessa maneira, para Fanon os agentes de segurança pública seriam os agentes “intermediários” entre as fronteiras, eles não se preocupam em aliviar a opressão, não disfarçam a dominação, agem puramente na linguagem da força, “o intermediário leva a violência para as casas e para os cérebros dos colonizados” (FANON, 2016).

Nessa constelação, pode-se afirmar que a favela é o território onde seus ocupantes são desprovidos de estatuto político, tornando-se o que Giorgio Agamben (2014) denominou de campo, o lugar onde se encontra a *condicio inhumana*, que possui em sua estrutura político-jurídica um estado de exceção permanente, alheio ao estado normal da lei.

Franz Fanon (2016) esclarece que a ocupação colonial primeiramente é a divisão do espaço em compartimentos, de modo que se definem fronteiras internas, representadas pela força policial ou militar, como delegacias de polícia, regulada pela linguagem da violência.

Diante disso, a guerra e a raça ressurgem enquanto problemas cruciais da ordem política, assemelhando-se aos velhos tempos:

²¹ <http://www.redesdamare.org.br/br/info/22/de-olho-na-mare>. Acesso em: 15 abr. 2020.

[...] o mundo contemporâneo é modelado e condicionado profundamente por essa forma ancestral de vida cultural, jurídica e política que são a clausura, o cerceamento, o muro, o campo, o cerco e no fim das contas, a fronteira. São recuperados por todo lado processos de diferenciação, classificação e hierarquização para fins de exclusão, expulsão e erradicação (MBEMBE, 2018a, p. 54).

No Brasil, o racismo da guerra às drogas, na verdade, disfarçado na guerra às drogas, evidencia que a ocupação colonial tardia é a combinação entre a poder disciplinar, biopolítica e a necropolítica, no contexto da política econômica neoliberal. Nessa nova razão do mundo (DARDOT; LAVAL, 2014), não há mais a decisão sobre quem vive e quem morre, mas tão somente a decisão de matar, seja ceifando a vida, seja colocando-a em permanente contato com a morte (ALMEIDA, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política de guerra às drogas ilustra como a ocupação colonial contemporânea é uma das formas de manifestação da necropolítica, na qual a favela vive em um verdadeiro “estado de sítio”, com tanques, helicópteros sobrevoando as comunidades, inúmeras operações da força de segurança pública, a ocupação do território faz com que populações inteiras tornem-se alvos do poder soberano que possui o velho poder de matar.

As favelas são cercadas, mandados de buscas e apreensões coletivos (e inconstitucionais) são expedidos, a vida cotidiana é militarizada. Os agentes de segurança pública têm o aval para utilizarem seus próprios critérios sobre quando e quem atirar. Escolas são fuziladas. As pessoas que vivem nos territórios ocupados estão sitiadas e os assassinatos no meio da tarde, fazem parte da rotina (MBEMBE, 2018b).

A necropolítica imposta à juventude negra é revelada por meio de dados estatísticos que demonstram serem, em especial, os jovens negros, residentes de bairros periféricos, os principais corpos marcados para a morte. Esses corpos que não são rentáveis para o capitalismo neoliberal, que não produzem, tampouco consomem, ou são executados, ou deixados para morrer com políticas de austeridade e exclusão.

Nesse sentido, a política neoliberal não é apenas um tipo de política econômica, ela “é um sistema normativo que ampliou sua influência ao mundo inteiro, estendendo

a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida” (DARDOT; LAVAL, 2014, p. 07).

Salienta-se que as políticas de morte, vão além das guerras bélicas, elas se embasam em uma nova forma de controle social total, associada às políticas econômicas neoliberais (MBEMBE, 2018a).

Logo, compreendemos que a guerra às drogas na cidade do Rio de Janeiro é uma das formas contemporâneas que subjugam a vida ao poder da morte. Ou seja, é a manifestação da necropolítica que provoca “mundos de mortes” dos sujeitos indesejados, forjados pela política da inimizade.

A guerra às drogas na cidade do Rio de Janeiro revela-se como uma tática racista de eliminação do inimigo, produzindo fronteiras entre favela e asfalto, em que favela é o espaço onde a norma jurídica não alcança, na qual a soberania é exercida à margem da lei. O direito de matar ampara-se na “exceção, à emergência e a uma noção ficcional do inimigo”, de modo que encontramos na cidade uma política criminal de derramamento de sangue (BATISTA, 1997), onde morte avança implacavelmente sobre a vida.

Assim, entende-se que um dos maiores desafios da contemporaneidade é “identificar e dismantelar aquelas estruturas nas quais o racismo continua a ser firmado. Este é o único modo pelo qual a promessa de liberdade pode ser estendida às grandes massas” (DAVIS, 2016).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção e genealogia do poder*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, [S.l.], v. 108, p. 23-39, jan.-jul. 2014. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2014v108p21>. Acesso em: 15 jun. 2020.

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

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Estado, direito e análise materialista do racismo. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto, AKAMINE JUNIOR, Oswaldo; DE MELO, Tarso (Orgs.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões, Dobra Universitário, 2015.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Polen, 2019.

ALVES, G. *Trabalho e subjetividade: O espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANDRADE, Mario. Introdução. In: ALMEIDA, Manuel Antônio de. *Memórias de um Sargento de Milícias*. Edição crítica de Cecília de Lara. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

AVELAR, Laís da Silva. “O ‘pacto pela vida’, aqui, é o pacto pela morte!”: o controle racializado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas dos jovens do grande nordeste de Amaralina. 2016. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania); Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66*. Rio de Janeiro: Record, 1992.

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BATISTA, Vera Malagutti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malagutti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BATISTA, Vera Malagutti. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Vera Malagutti entrevista Eugênio Raúl Zaffaroni. *Revista Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de Drogas e Constituição*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos (Ministério da Justiça), 2009.

BOITEUX, Luciana et al. *Fumo de angola: cannabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade*. Salvador: EDUFBA, 2016.

BRANDÃO, Berenice Cavalcante et al. *A polícia e a força policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: PUC, 1981.

CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. *Política de drogas: mudanças e paradigmas (nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas)*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63 (Edição Especial), p. 49, out-dez. 2013.

COLLINS, Patrícia Hill. *Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento*. São Paulo: Boitempo, 2019.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre colonialismo*. Lisboa: Sá da Costa, 1978.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2014.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Boitempo: São Paulo, 2016.

FANON, F. *Los condenados de la tierra*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economic, 2016.

FANON, F. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiz Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, M. *Nascimento da biopolítica: Curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população: curso no Collège de France (1977-1978)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FRANCO, Marielle. *UPP – a redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado em Administração)

– Faculdade de Administração, Ciências Contábeis e Turismo, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

GONZALEZ, Lelia. *A categoria político-criminal da amefricanidade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

KARAM, Maria Lúcia. *Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais*. 2006.

LASCOUMES, P.; LE GALÈS, P. *Gouverner par les instruments*. Paris: Presses de Sciences Po, 2004.

MBEMBE, A. *A universalidade de Frantz Fanon*. DÁ FALA, Cidade do Cabo, 28 jan. 2013. Disponível em: <http://www.buala.org/pt/da-fala/a-universalidade-de-frantz-fanon-de-achille-mbembe>. Acesso em: 15.06.2020.

MBEMBE, A. *As sociedades contemporâneas sonham com o apartheid*. Mutamba: Sociedade, Cultura e Lazer, 2014.

MBEMBE, A. *Crítica da razão negra*. São Paulo: n-1, 2018a.

MBEMBE, *Necropolítica*. São Paulo: n-1, 2018b.

MBEMBE, A. *Políticas da inimizade*. Lisboa: Antígona. 2017.

MBEMBE, A. *Sair da grande noite*: Ensaio sobre a África descolonizada. Lisboa: Pedagogo. 2014b.

MUNANGA, K. As ambigüidades do racismo à brasileira. In: KOM, N. M., Silva, M. L.; ABUD, C. C. *O racismo e o negro no Brasil*. São Paulo, SP: Perspectiva. 2017.

NASCIMENTO, A. *O genocídio do Negro Brasileiro*: Processo de um racismo mascarado. São Paulo, SP: Perspectiva. 2017.

NEDER, Gizlene et al. *A polícia na Corte e no Distrito Federal*. Rio de Janeiro: PUC, 1981.

NOBRE, Carlos. *O controle penal do escravo: crime e polícia no Rio de Janeiro (1808-1850)*. Revista IMES direito, São Caetano do Sul, v. 9, n. 14, p. 93-106., jan./jun. 2008. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76108. Acesso em: 13 mai. 2020.

OLIVEIRA, Dennis. *Drogas e sociedade contemporânea: Perspectiva para além do proibicionismo*. São Paulo: Instituto Saúde, 2017a.

OLIVEIRA, Dennis. O combate ao racismo e uma luta anticapitalista. In: OLIVEIRA, Dennis de (Org.). *A luta contra o racismo no Brasil*. São Paulo: Fórum, 2017b.

OLMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PASSETTI, Edson. *Das “fumeries” ao narcotráfico*. São Paulo: Educ, 1991.

RODRIGUES, R. N. Mestiçagem, Degenerescência e Crime. *História, Ciência e Saúde: Manguinhos*, [S.l.], v. 15, p. 1151-1180, 2008. Online. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/112459073/NINA-RODRIGUES-Mesticagemdegenerescencia-e-crime#scribd>. Acesso em: 19.05.2020.

RODRIGUES, Antonio Edmilson Martins et al. *A Guarda Nacional no Rio de Janeiro – 1831-1918*. Rio de Janeiro: PUC, 1981.

SCHWARCZ, Lília K. Mortiz. *Dando nome às diferenças*. São Paulo: Humanitas, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. São Paulo: Del Rey, 2006.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: contracorrente, 2017.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VALVERDE, Clara. *De la necrocropolítica neoliberal a la empatía radical: violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización*. Barcelona: Icària, 2015.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado Penal nos EUA. In: *Discursos sediciosos – crimes, direito e sociedade*, ano 07, n. 11. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Curso de criminologia*. Buenos Aires: mimeo, 2000.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Apresentação oral

**VIOLÊNCIAS INTERSECCIONAIS: MULHERES NEGRAS, DO
PASSADO AO PRESENTE**

*INTERSECTIONAL VIOLENCES: BLACK WOMEN, FROM PAST TO
PRESENT*

Marília do Amparo Alves Gomes

Doutoranda em Memória Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual do
Sudoeste da Bahia (UESB). Mestra em Educação pela UESB. Assistente Social.
E-mail: mariliaamparo@gmail.com

Tânia Rocha de Andrade Cunha

Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) São Paulo.
Docente do Programa de Pós-Graduação em Memória Linguagem e Sociedade da
UESB. Mestra em Ciências Sociais pela PUC São Paulo.
E-mail: tania.rochandrade@gmail.com

Resumo: O artigo apresenta uma breve análise sobre as violências interseccionais, que atingem as mulheres negras, da colônia até os dias atuais. Para isso, inicialmente recorro a algumas discussões sobre memória a partir do pensamento de Michael Pollak, demonstrando como a memória da população negra é negada e apagada da história oficial, contudo essas memórias subterrâneas emergem quando os grupos oprimidos/derrotados reivindicam o direito ao dever de memória. Trabalhei também com o conceito de memória individual com aporte teórico em Henri Bergson, a partir do qual analiso a escrevivência de Conceição Evaristo em um conto. Posteriormente discorro sobre a necropolítica e a violência respaldada pelo Estado, que tem garantido que as mulheres negras permaneçam na base da pirâmide social. Por fim, considero que somente um olhar a partir das lentes da interseccionalidade descortina as assimetrias e, que é no pensamento feminista negro que encontramos as bases para enfrentá-las. Nesta análise recorro a autores negros e especialmente ao pensamento de feministas negras como Grada Kilomba, Bell Hooks, Conceição Evaristo e Sueli Carneiro.

Palavras-chave: Mulheres negras. Interseccionalidade. Violências. Memória. Necropolítica.

Abstract: The article presents a brief analysis of intersectional violence, which affects black women, from the colony to the present day. For this, I initially resort to some discussions about memory based on the thinking of Michael Pollak, demonstrating how the memory of the black population is denied and erased from official history, however these underground memories emerge claiming the right to the duty of memory. I also worked with the concept of individual memory with theoretical support in Henri Bergson, from which I analyze Conceição Evaristo's writing in a short story. Subsequently, I discuss the necropolitics and violence endorsed by the State, which has ensured that black women remain at the base of the social pyramid. Finally, I consider that only a look through the lens of intersectionality reveals the asymmetries and that it is in black feminist thought that we find the bases to face them. In this analysis I turn to black authors and especially to the thinking of black feminists like Grada Kilomba, Bell Hooks, Conceição Evaristo and Sueli Carneiro.

Keywords: Black women. Intersectionality. Violence. Memory. Necropolitic.

Sumário: Introdução. 1. Memórias diaspóricas. 1.1 Os silenciamentos da população negra, breve análise a partir do pensamento de Michael Pollak. 1.2 Análise da Escrivência de Conceição Evaristo com aporte teórico em Henri Bergson. 2. Maioria entre as vítimas de Violência e “as últimas da fila depois de ninguém” no acesso a direitos. 2.1 Violências Interseccionais: da Senzala a Favela. 3. Considerações finais. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

Me somo a Grada Kilomba (2019, p. 58-59) no desafio de descolonizar o conhecimento, escrevo este artigo em primeira pessoa, me assumindo como “sujeito” rejeitando o lugar de “Outridade”, deste modo, na minha escrita cabe subjetividades, ao contrário do que apregoa a academia tradicional, pois “como mulher negra, escrevo com palavras que descrevem minha realidade, não com palavras que descrevam a realidade de um erudito branco, pois escrevemos de lugares diferentes, eu escrevo da periferia, não do centro”.

Minha escrita pretende ser o que Conceição Evaristo conceitua como Escrivência, Evaristo alerta que a nossa escrita é construída a partir da experiência de vida de mulher negra. Deste modo, apresento a história de Cleonice como uma metáfora que representa a condição de muitas mulheres negras Brasil a fora.

No dia 17 de março de 2020, os noticiários divulgaram a morte da primeira vítima de Coronavírus no Rio de Janeiro. Cleonice Gonçalves, idosa de 63 anos, apresentava problemas de saúde (obesidade, diabetes e hipertensão) e era empregada doméstica, percorria semanalmente 120 km de sua casa em Miguel Pereira, no sul fluminense, até o apartamento onde trabalhava no Alto Leblon, na zona sul do Rio, uma das áreas mais nobres da capital, onde trabalhou por mais de uma década, de onde só saiu diretamente para o Hospital, no dia 16 de março, quando apresentou os primeiros sintomas do coronavírus e morreu no dia seguinte. Cleonice permanencia no trabalho de segunda a sexta-feira, somente aos fins de semana, retornava para Miguel Pereira. Cleonice começou a passar mal ainda no trabalho, a patroa telefonou para familiares pedindo que alguém fosse buscá-la, um parente a levou para um hospital público em Miguel Pereira, por volta das 18h. Em março de 2020 a Itália era o país que registrava o maior número de mortes pela doença, a patroa de Cleonice voltara de viagem recentemente daquele país e aguardava o resultado do exame. Cleonice morreu na terça-feira, dia 17 de março de 2020, mesmo dia em que saiu o resultado do teste da patroa, como positivo para o coronavírus.

Pode a vida dessa mulher negra, pobre, nos ajudar a entender o regime de dominação racial no Brasil? A situação descrita acima pode servir de metáfora da realidade de muitas mulheres negras Brasil a fora? Podemos falar de Estado como garantidor, protetor de direitos, quando ele mesmo respalda tais violências e mortes? a experiência de Cleonice demonstra um projeto colonial inacabado.

Nesta breve análise pretendo discorrer sobre o papel do Estado brasileiro diante das violências interseccionais que atingem as mulheres negras. Para tanto, levantamos algumas hipóteses interpretativas: a) a previsão legal reflete o modelo de relações raciais do país; “as mulheres negras são as últimas da fila depois de ninguém”; b) a atual situação das mulheres negras demonstra o projeto colonial inacabado, as violências e opressões seguem da colônia a atualidade.

1. MEMÓRIAS AFRO-DIASPÓRICAS

Antes de mais nada, é importante explicitar meu interesse pelo conhecimento sobre as diásporas negras. Quando falamos em Diáspora, atrelamos a ideia de dispersão de um povo como resultado de perseguição política, religiosa ou étnica, recorro a explicação de Marilise Reis:

A definição do conceito diáspora, segundo o Dicionário de relações étnicas e raciais (Cashmore, 1996), vem dos antigos termos gregos *dia* (através, por meio de) *espeirō* (dispersão, disseminar ou dispersar) e está associada às ideias de migração e colonização da Ásia Menor e do Mediterrâneo (800 a 600 a.C.). De acordo com Cashmore (1996), na tradução grega do Deuteronômio, a palavra designa, também, maldição, visto sua referência à dispersão dos judeus exilados da Palestina depois da conquista babilônica. Por isso, a conotação inicialmente positiva das sociedades que se disseminavam por meio e entre diferentes geografias políticas e culturais transformou a diáspora num termo de opressão e de vitimização. É justamente por isso que, no sentido clássico, a noção de diáspora corresponde a exílio forçado, dor e sofrimento (REIS, 2010, p. 39).

A autora afirma ainda que a diáspora africana apresentou maior intensidade entre os séculos XVI e XVIII, em decorrência da retirada forçada dos negros africanos para as Américas, Europa e Ásia, com a escravidão e também com o tráfico negreiro através do Atlântico. Quais as memórias sobre a comunidade negra? Como suas memórias resistem apesar do apagamento e silenciamento na memória oficial?

Memória, como objeto de estudo não apenas das neurociências, mas também da sociedade, da história e da literatura, é construída no cotidiano. O estudo da Memória se constitui em algo desafiador no contexto da intimidade da vida, permeado de experiências, histórias, saberes, costumes e sentimentos. No campo da memória são muitas as buscas para desvendar as questões relacionadas a Tempo, Lembranças e Memória. O filósofo francês Henri Bergson (1972) nos estudos sobre Memória Individual, buscou compreender o tempo enquanto duração, como um tecido do real, como sucessão, continuidade, memória e criação, os quais estão presentes nos acontecimentos, sejam físicos ou psíquicos.

Outros teóricos também empenharam esforços para explicar a influência e a importância da memória. Para isso, desenvolveram alguns conceitos relacionados, tais como: Memória e Esquecimento (Pollak, 1989); Memória individual (Bergson, 1972). Nesta sessão, abordaremos Memória a partir do pensamento dos dois autores.

Michael Pollak evidencia a ideia de Memória e Esquecimento, que para o autor, há duas linhas formadoras de identidade histórica, sendo uma relacionada aos fatos oficiais, material e palpável; e a outra linha, relacionada a cultura imaterial, que não é palpável, ou seja, que não são registrados e, portanto, não fazem parte da memória oficial ou “cultura oficial” de uma sociedade, sendo relegadas ao esquecimento. Contudo, a chamada “memória esquecida” sobrevive, ainda que invisibilizada na sociedade, e intocada na história.

1.1 Os silenciamentos da população negra, breve análise a partir do pensamento de Michael Pollak

Muito tem se falado sobre Memória, especialmente após fortes embates e reivindicações de grupos derrotados/oprimidos no passado. Os protestos antirracistas de maio de 2020, é um exemplo disso, foram iniciados nos Estados Unidos e ganharam repercussão mundial. George Floyd, um homem negro de 46 anos, foi assassinado por um policial branco, que o asfixiou usando o joelho sobre seu pescoço, mesmo diante da súplica de Floyd.

As mortes de Floyd e de Cleonice tem em comum o fato de acontecerem em meio a pandemia de Coronavírus, além disso, no caso de Floyd essa violência policial é escancarada, violência presenciada no cotidiano da população brasileira. Cenas da violência policial, tem sido denunciada por pesquisadores como Mattos (2017) que em uma análise comparativa sobre mortes de pessoas negras no Brasil e Estados Unidos, alerta sobre a violência legitimada do Estado como perpetradora. Cresceu em diversas partes do mundo o uso do slogan Black Lives Matter (Vidas Negras Importam) como uma hashtag nas conversas em redes sociais em torno do caso “Eric Garner – “I can’t breathe!” (“Eu não consigo respirar”) –, que ele gritava enquanto estava sendo enforcado, tornou-se uma metáfora nos protestos contra a violência que afeta negros em todo o mundo” (MATTOS, 2017, p. 186).

Essa também é a realidade do Brasil. Mattos (2017, p. 187) nos lembra que no mesmo período dos protestos citados acima, aqui no Brasil, a mídia brasileira noticiava diversos casos de brutalidade policial, como em 2014, “o homicídio de Claudia Ferreira da Silva por policiais militares no Morro da Congonha (Rio de Janeiro), que teve o seu corpo jogado na traseira de uma viatura e arrastado pelas ruas”, além desse, destacam-se outros

casos como o de Rafael Braga, jovem negro catador de material reciclado, preso próximo a uma manifestação no Rio de Janeiro, em junho de 2013, acusado de portar “explosivos” (duas garrafas plásticas, uma com desinfetante, outra com água sanitária, usadas como “provas”), “enquanto cumpria pena em regime semiaberto, Rafael foi mais uma vez preso, acusado de levar drogas em uma sacola, tendo contra si apenas a palavra dos policiais que o abordaram”. Como a autora refere, “o reconhecimento do racismo estrutural embutido na violência cometida pelo Estado é ainda um objeto de luta”.

Do mesmo modo, no caso de Cleonice, é difícil contabilizar as violências, desumanização da mulher negra e os traços do colonialismo, no qual a mulher negra escravizada permanecia na casa grande a servir exaustivamente.

Grada Kilomba ao definir racismo cotidiano, afirma que o sujeito negro é percebido como o “outro”, incivilizadas/os (agressivos) e selvagens (sexualidade), nas seguintes formas:

Infantilização – personificação de dependente (o menino, a menina, criança, serva/o, assexuada/o, que não pode sobreviver sem o senhor. Primitivização – incivilizado (selvagem, atrasada/o, básica/o, ou natural, aquele mais próximo da natureza). Incivilização – violento e ameaçador (criminosa/o, suspeita/o, perigosa/o, aquele que está fora da lei) Animalização – (animal, selvagem, primata, macaca/o, outra forma de humanidade). Erotização – (sexualizado, com apetite sexual violento, estuprador, erótica/o, exótica/o). (KILOMBA, 2019, p. 79).

Em ambos os casos, essas práticas de violências, torturas e assassinatos nos remete ao tratamento dado aos negros e negras escravizados na colônia e ainda hoje no pós-colônia, desconsidera sensações humanas como cansaço, adoecimentos e exaustão, pois como afirma Mbembe (2016, p.123) há a redução da vida do escravizado a uma forma de “morte em vida”.

Podemos considerar essas performaces de racismo, como uma reatualização da história, ou seja, toda vez que uma pessoa negra sofre a violência do racismo, ela é colocada de volta no passado colonial, quando “o passado vem a coincidir com o presente, e o presente é vivenciado como se o sujeito negro estivesse naquele passado agonizante”, portanto, demonstrando a atemporalidade do racismo cotidiano (KILOMBA, 2019, p. 30).

Diante disso, a sociedade civil, representada pelos movimentos sociais, principalmente o movimento de mulheres negras tem denunciado o genocídio da

população negra, as desigualdades sociais, a violência policial e o racismo cotidiano, mas também o papel da história e da memória em sociedades marcadas pelo colonialismo e pelo racismo estrutural, esses atores tem reivindicado medidas reparadoras, como ações afirmativas por parte do Estado: reconhecimento de comunidades quilombolas e cotas raciais, por exemplo. Essas reivindicações têm a ver com o direito ao dever de memória, que para Heymann (2006, p. 1) está “ligada à ideia de que memórias de sofrimento e opressão geram obrigações, por parte do Estado e da sociedade, em relação às comunidades portadoras dessas memórias”

Então percebemos que falar de Memória, é falar de disputas. Os protestos de maio de 2020, com a derrubada de estátuas de escravocratas e o ataque a outros símbolos públicos que remetem ao racismo e à dominação colonial e nos lembram o quanto a memória oficial representa a memória de determinado grupo, em detrimento de outros grupos invisibilizados.

Neste sentido, Pollak (1992) refere que a memória enfrenta embates políticos e tensionamentos, por exemplo quando falamos das datas oficiais, de celebração de festas nacionais há um enquadramento da memória, ou seja, trata-se de uma arena de disputa “a memória organizadíssima, que é a memória nacional, constitui um objeto de disputa importante, e são comuns os conflitos para determinar que datas e que acontecimentos vão ser gravados na memória do povo” (POLLAK, 1992, p.204).

Contudo, apesar de “silenciadas”, “apagadas” ou “negadas” pelos meios oficiais, essas memórias dos grupos oprimidos, resistem, como é o caso da população negra, que nessa disputa, tem emergido como memórias subterrâneas. “Uma vez rompido o tabu, uma vez que as memórias subterrâneas conseguem invadir o espaço público, reivindicações múltiplas e dificilmente previsíveis se acoplam a essa disputa da memória, no caso, as reivindicações das diferentes nacionalidades” (POLLAK, 1989, p.3).

O autor alerta que quando a história privilegia a análise dos grupos excluídos/derrotados, ela faz com que emergjam as memórias subterrâneas em oposição a “memória oficial”. No Brasil, essas disputas tem alcançado vitórias do movimento negro, com políticas de ação afirmativa, como: obrigatoriedade do ensino da história da África, da educação das relações raciais e da cultura afro-brasileira; implementação da lei Afonso

Arinos (Lei n.º 1.390/1951), com a concessão de titulação de quilombos; cotas raciais para ingresso em Universidades e concursos públicos, entre outras ações.

Na realidade brasileira, essa tentativa de apagamento das memórias se dá de diversas formas como: demonização das religiões de origem africanas; criminalização da cultura, como a capoeira, a música; negação das contribuições da cultura africana para a sociedade brasileira; invisibilização na história oficial, com os negros nos livros didáticos, retratados apenas como escravizados; exaltação e homenagem aos colonizadores em detrimento dos negros e negras (nomes das ruas, das estátuas e dos monumentos), entre outros.

1.2 Análise da Escrivivência de Conceição Evaristo com aporte teórico em Henri Bergson

O conceito de Escrivivência nos convida a pensar a escrita de mulheres negras a partir de suas vivências. A produção de Conceição Evaristo demonstra o incômodo que a escrita de mulheres negras tem provocado na academia e na produção científica hegemônica, que é branca e androcêntrica, Evaristo aponta para uma virada epistêmica a partir da denúncia e do engajamento social e político. Nesta seção, recorro Henri Bergson e o conceito de Memória individual para realizar uma breve análise do conto “Maria” de Conceição Evaristo, buscaremos compreender, o fenômeno da solidão da Mulher Negra representada no referido conto.

Para Bergson (1999), o tempo enquanto duração, sob a ótica do tempo real, está nos acontecimentos, objetivos ou subjetivos, constituindo-se de sucessão, continuidade, memória e criação. A duração é o prolongamento do presente e do passado e esse passado conserva o presente que passa, já que para Bergson, o passado é.

O conto “Maria” (anexo), faz parte da coletânea Olhos D’Água (2015), da referida escritora. Neste Conto, narra-se a história de Maria, uma mulher negra, que mora na favela, é mãe solo e trabalha como empregada doméstica. Ao voltar do trabalho, embarca em um ônibus que é assaltado pelo seu ex-companheiro, pai de um dos seus filhos. Os passageiros constataam que ela foi a única pessoa que não foi assaltada, revoltam-se contra ela, ofendendo-a com xingamentos e com agressões físicas até a sua morte.

Para essa breve análise, foram elencadas as memórias da personagem, que remetiam ao tempo passado em coexistência virtual com o presente, marcadas pelas repercussões do trágico reencontro com seu ex-companheiro.

Neste sentido, pode-se observar os aspectos apontados logo no início do Conto, no seguinte trecho, onde, ao entrar no ônibus Maria se depara com um homem, que levanta de trás, e paga a passagem dela, ela o reconhece e isso desperta sentimentos e lembranças “Quanto tempo, que saudades! Como era difícil continuar a vida sem ele”. Nota-se que isso leva Maria a rememorar o passado, ao que viveu e ao que projetou ter sido diferente com seu ex-companheiro. A memória aparece, como o fio condutor entre o passado e o presente, impossibilitando a ação pela via da consciência e segundo vontades inéditas e puras do indivíduo no presente. Deste modo, para Bergson (1999), a memória do que se entende como passado reflete no instante presente com influência na forma como percebemos a realidade atual.

Um exemplo disso se dá com a sobreposição de imagens que remetem ao passado, ao presente e ao futuro que ela gostaria de ter construído com o homem. Isso desperta em ambos, diversos sentimentos: saudades, afeto, mágoa. Na filosofia Bergsoniana o passado não se constitui de acontecimentos que passou, mas também compõe o presente, “Como era difícil continuar a vida sem ele. Ele continuava o mesmo. Bonito, grande, o olhar assustado não se fixando em nada e em ninguém. Sentiu uma mágoa imensa. Por que não podia ser de outra forma? Por que não podiam ser felizes?”

O trecho acima aparece como uma tentativa da personagem de se enganar, afirmando que “Ele continuava o mesmo”, o que é impossível. Nós, nosso caráter, somos o resumo da história que vivemos em todo percurso da vida, desde a nossa concepção, mesmo antes do nosso nascimento, assim, o nosso pensamento representa apenas uma pequena parte do que passou, todavia, é com nosso passado inteiro, que desejamos, queremos, agimos (BERGSON, 2005, p. 6).

Mesmo quando um ato que ocorreu no passado, é repetido no presente com as condições materiais similares às anteriores; mesmo quando há um esforço para imitar o sentimento da ação original, ao executá-lo nós próprios estamos em um momento diferente de nossa duração interior. No caso de Maria, nem ela, nem o homem eram os mesmos, posteriormente ela reconhece isso ao afirmar que “Ela não conhecia assaltante

algum. Conhecia o pai do seu primeiro filho. Conhecia o homem que tinha sido dela e que ela ainda amava tanto”, portanto, apesar da continuidade dos sentimentos, as vivências, os contextos e as escolhas os tornaram outras pessoas.

A partir do pensamento bergsoniano compreendemos que Maria, em sua memória individual, em um contexto de vida de pobreza, a solidão e o abandono se tornam cicatrizes em seu passado que continuamente, se atualizam no presente, como memórias vivas.

Tais cicatrizes são marcas das vivências de Maria e também do seu ex-companheiro. Ao rememorar o passado falam “de dor, de prazer, de alegria, de filho, de vida, de morte, de despedida (...) do buraco-saudade no peito dele”, deste modo, Conceição Evaristo fala de cicatrizes ora remetendo as lembranças vivas do passado, ora a situação concreta do corte na mão oriundo da situação de exploração vivida pela empregada doméstica “tinha um profundo corte feito com faca-laser que parecia cortar até a vida”.

Outra questão que aparece com frequência no conto diz respeito a tentativa de projetar o futuro. Bergson (1999) alerta que a memória é situada num tempo em que se processam imagens e lembranças em coexistência do passado com o presente e o futuro em relação intersubjetiva que compõem a experiência, as lembranças evocadas em permanência e estabilidade concretizadas por meio da imagem lembrança.

Em alguns momentos as lembranças da memória fazem com que Maria tenha medo do futuro de seus filhos “Eles haveriam de ter outra vida. Com eles tudo haveria de ser diferente” “O medo da vida em Maria ia aumentando. Meu Deus, como seria a vida dos seus filhos?” e em outros momentos fica evidente a falta de controle que temos sobre simples projeções futuras, que não se concretizaram “Maria queria tanto dizer ao filho que o pai havia mandado um abraço, um beijo, um carinho”.

Isto posto, ao mesmo tempo em que as ações do presente são influenciadas e partem do passado que não passa, deparamo-nos também com ocasiões novas, as quais são imprevisíveis. Bergson (2005, p. 6) alerta que, se por um lado não nos é possível “passar duas vezes pelo mesmo estado”, por outro, não nos é facultado prever o futuro.

O que aconteceria com Maria no dia seguinte? Ela conseguiria alimentar os filhos? conseguiria dar o abraço, o beijo e o carinho que o pai de um deles mandou? Se questionada

ela não conseguiria formular uma resposta, com exatidão para essas perguntas. Bergson (2006) aborda essas questões da imprevisibilidade do futuro ao afirmar que:

Acaso se pode, sem desnaturá-la, encurtar a duração de uma melodia? A vida interior é exatamente essa melodia. Portanto, supondo que saibam o que farão amanhã, de sua ação vocês só preveem a configuração exterior; qualquer esforço para imaginar antecipadamente seu interior irá ocupar uma duração que, de prolongamento em prolongamento, irá conduzi-los até o momento em que a ação se exerce e no qual já não se pode mais tratar de prevê-la (p.13).

Portanto, quando tentamos prever determinado acontecimento de nossa vida, projetamos no futuro, imagens de fatos percebido no passado, ou tentamos constituir novas imagens a partir daquelas. Todavia, se com o novo acontecimento, nossa consciência conhecer sensações e sentimentos novos, podemos afirmar que o passado não pode abranger o futuro e que este, por conseguinte, é imprevisível. Cada situação vivenciada é “um momento original de uma história não menos original” (BERGSON, 2005, p. 7).

A presença de uma memória da violência é marcante nos personagens do conto, tanto na revolta do homem, quanto na solidão de Maria. É constante também as lembranças do passado, evidentes nas cicatrizes da personagem, o que leva a tentar projetar inutilmente um futuro diferente para os seus filhos, futuro que não chegará, pois sua vida foi interrompida, cortada como “facas-laser que cortam até a vida”.

2. MAIORIA ENTRE AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA E “AS ÚLTIMAS DA FILA DEPOIS DE NINGUÉM” NO ACESSO A DIREITOS

A afirmação de que o Brasil é fruto do estupro é chocante e verdadeira. Abdias Nascimento (1978) alerta que uma das formas de dizimar a raça negra no Brasil se deu com a miscigenação. A mistura de raças é resultado de estupro e abusos sexuais sofridos pelas mulheres negras, africanas, afro-brasileiras e indígenas, desde o período colonial. Essa realidade marca a forma como são tratados os corpos das mulheres negras, marcas que ainda estão presentes na nossa realidade, seja no mito da democracia racial expresso principalmente na miscigenação; ou seja de forma concreta e escancarada nos altos índices de violência contra as mulheres negras, que são as maiores vítimas; na violência policial que atingem jovens negros, filhos, esposos e as próprias mulheres; seja no humilhante

emprego doméstico com a exploração dos seus corpos até a morte. Sueli Carneiro (2011) nos lembra que “as mulheres negras são as últimas da fila depois de ninguém”.

Para pensar a condição histórica do povo negro, recorro ao conceito de Necropolítica, proposto por Mbembe (2016, p.123), trata-se de políticas de morte, com “o poder e a capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer”, o autor alerta que a ideia de “eliminação de inimigos do Estado” sempre esteve atrelada ao período escravocrata. Assim, entende-se que a violência está presente na vida dos diversos grupos e, especificamente no cotidiano da população negra escravizada na Colônia, a violência é “um elemento inserido na etiqueta”, com objetivo de incutir o terror.

Mbembe (2016, p. 132) descreve a Colônia como “a zona em que a violência do estado de exceção supostamente opera a serviço da “civilização” é o local propício para a suspensão das garantias de ordem judicial. Deste modo, o autor corrobora que foram inúmeras as tentativas de extermínio de populações “seleção de raças, a proibição de casamentos mistos, a esterilização forçada e até mesmo o extermínio dos povos vencidos”, todos esses modos de genocídio foram iniciados no mundo colonial, no qual se governava na “ilegalidade absoluta”.

Essa ilegalidade se materializava com violências, tortura e extermínio dos corpos negros. Nesse contexto, o aparato legal, tanto legitimava as violências dos escravocratas, como respaldava e criava outras possibilidades de violências, ao tempo em que era encontrada na Letra da Lei a previsão legal para garantir a manutenção do sistema e a submissão forçada dos homens e mulheres negras.

Se tomarmos como exemplo a Lei do Ventre Livre, perceberemos que o referido aparato legal não pode ser considerado um avanço no que concerne a liberdade; ao contrário, trata-se de mais um instrumento que servia de justificativa para mais violências. A Lei do Ventre Livre determinava que os filhos de mulheres escravizadas nasceriam livres a partir de 1871, mas permaneceriam sob custódia do dono até completarem 21 anos. Contudo, não se pode negar o seu impacto na descontinuidade da escravização, essa medida foi um passo importante antes da assinatura da Lei Áurea em 1888.

Longe de ser uma ação de benevolência por parte do Estado e representantes do país, pois “isso não significa que eles eram bonzinhos e queriam o melhor para a população

negra”, ademais essa lei foi “uma reação às pressões feitas pela Inglaterra, que desde o início do século XIX queria de todos os modos fazer o Brasil abolir a escravidão, para vender os seus produtos industrializados aos trabalhadores negros”, portanto, representava os interesses políticos e econômicos (GELEDÉS, 2020).

Zubaran (2008, p. 171) alerta que “as comemorações da Lei do Ventre Livre e da Lei Áurea no pós-abolição suscitaram uma certa ambigüidade na reinvenção do passado histórico e na construção das identidades negras”, pois tratavam-se de leis abolicionistas implementadas de forma gradual pelas elites. Como resposta “as lideranças negras reinventam as memórias negras, ora incorporando parte dos discursos das elites abolicionistas brancas, ora rejeitando-os e ressignificando-os de acordo com as necessidades das lutas travadas”, portanto, essas memórias ganham novo significado entre a comunidade negra. Apesar das celebrações negras da Lei do Ventre Livre estarem articuladas a uma memória oficial branca, o calendário oficial invisibilizava esta data, porém era lembrada pela comunidade negra. A lei desapareceu do calendário de comemorações nacional.

Outra Lei desse período, é a Lei n. 3270 aprovada em 1885, conhecida como a Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários, a qual determinava a liberdade dos negros com mais de 60 anos, não gerou importantes efeitos práticos, já que libertava escravos, que devido a idade tinham uma força de trabalho de pouco valor. Apesar disso, a Lei dos Sexagenários provocou grande resistência na Assembleia Nacional, especialmente entre os representantes dos senhores de escravos.

A análise sobre as duas leis citadas acima, demonstra as condições subumanas vivenciadas pelas mulheres negras, pois eram elas, as mães escravizadas que teriam o “ventre livre” na teoria, mas na realidade permaneciam impedidas de cuidar e amamentar seus filhos enquanto cuidavam das crianças brancas. Eram elas, as mulheres negras que cuidavam dos seus pais ou companheiros “sexagenários livres”, que adoecidos e sem amparo do Estado necessitavam de cuidados. Trata-se do “matriarcado da miséria”, expressão cunhada por Arnaldo Xavier, e que segundo Sueli Carneiro (2011 p. 130) tem a ver com “as experiências históricas marcada pela exclusão, discriminação, e rejeição social, a expressão revela o seu papel de resistência e liderança em suas comunidades miseráveis em todo país”, não apenas na Colônia, mas também na atualidade, seja na Senzala, na

Favela ou na cozinha do emprego doméstico, as mulheres negras continuam sendo as principais vítimas dos opressores e da ausência do Estado.

2.1 Violências Interseccionais: da Senzala a Favela

Diante do histórico de violências contra a população negra na colônia, é possível enumerar algumas delas que atingiam de forma mais severa as mulheres, sequestro dos seus corpos, violência física, privação de liberdade, retirada dos filhos, esterilização forçada, violência sexual, entre outras. A violência sexual com os recorrentes estupros era utilizada como castigo, tortura e imposição do poderio masculino sobre um ser que não era considerado nem mesmo um ser humano.

Conforme nos alerta Sueli Carneiro (2011, p. 66), o estupro teve como uma das consequências mais presente, a miscigenação racial, que vem servindo de apoio ao mito da democracia racial, uma vez que “o intercuro sexual entre brancos, indígenas e negros seria o principal indicativo de nossa tolerância racial, argumento que omite o estupro colonial praticado pelo colonizador sobre mulheres negras e indígenas”, portanto, isso tem sido invisibilizado ao longo da história. Somente o olhar para as opressões do racismo, sexismo descortina essa realidade.

Os estudos sob a lente Interseccional destacam que a simultaneidade das opressões racial, somada a de gênero produzem experiências específicas de violência. Contudo, é importante destacar que estas experiências não são simples adições, portanto, não é possível compreendê-las isoladamente. Estudos revelam que a violência (interseccional) contra a mulher negra não é alcançada pelos métodos tradicionais de estudo da violência contra a mulher.

A interseccionalidade é um conceito essencial para compreender as simultâneas opressões sofridas pelas mulheres negras. Segundo Crenshaw (2002, p. 170) a interseccionalidade trata “da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes”.

É importante citar algumas das diversas situações em que mulheres negras estão de longe em situação de desigualdade social em relação as demais. O Atlas da Violência

2018, do Instituto de Pesquisas Aplicadas (Ipea), ao analisar dados de violência entre 2006 e 2016, indicou um aumento de 6,4 % no número de mulheres assassinadas no país e em 2016, a taxa de homicídios de mulheres negras era maior que a de não negras – 5,3 e 3,1 respectivamente. Diferença de 71%.

Nos estudos sobre mulheres em situação de violência, Cunha (2007); Louro (2014); Saffioti (2004) denunciam a opressão e exclusão nos diversos campos, destacam os silenciamentos, evidenciam as políticas e legislações de defesa dos direitos das mulheres e de combate as violências e desigualdades de gênero. A lacuna em tais abordagens, no entanto, é uma consideração das dinâmicas que se estabelecem na relação raça e gênero.

As desigualdades que colocam o povo negro em situações de exclusões, é legado da herança escravocrata, as desvantagens cumulativas dos negros e negras, o que repercute em diversos campos como por exemplo no encarceramento em massa da população negra. Deise Benedito (2019) ao discutir encarceramento, apresenta o conceito de “favelização” para analisar a repetição das históricas exclusões socioeconômicas que atingem majoritariamente a população negra. Dina Alves (2017) evidencia a intersecção de raça, classe, gênero e sexualidade na produção da punição.

No que se refere especificamente as políticas de violência contra a Mulher, reconhecemos a importância da Lei Maria da Penha 11340/2006, assim como outros meios de enfrentamento a essa problemática que atinge mulheres de variadas classes sociais e etnias, contudo, é importante ressaltar que as generalizações, universalização e quantificações evidenciadas nessas legislações, reforçam a imagem da mulher universal, ou seja, como se todas as mulheres estivessem na mesma condição de vulnerabilidade independentemente da cor, classe social, orientação sexual, deste modo desconSIDERAM as especificidades de grupos historicamente excluídos, como é o caso das mulheres atingidas simultaneamente pelas violências de raça e gênero.

No contexto brasileiro, a inferiorização do povo negro por meio do racismo, levou vários(as) intelectuais a denunciar as diversas opressões, Lelia Gonzalez (1984) alertou para o que chamou de “neorosis cultural brasileira”, Abdias Nascimento (2016) conceitua como “genocídio brasileiro” e, por fim, Sueli Carneiro (2011) discute raça e gênero e denuncia as marcas da escravidão patriarcal, impressas no corpo da mulher negra.

Na Colônia e no Pós-colônia, as mulheres negras seguem sendo oprimidas e escravizadas e formando a base da pirâmide social, como os indicadores sociais revelam. A opressão das mulheres negras pode ser evidenciada por meio do racismo cotidiano, Grada Kilomba (2019, p.78) alerta que mais do que colocar o sujeito negro na condição de “outro”, o sujeito branco o/a coloca no lugar de “Outridade, como a personificação dos aspectos reprimidos na sociedade branca”, ou seja é projetado na mulher negra e no homem negro estereótipos do que na verdade, são características do seu colonizador.

Por exemplo, o colonizador, homem, branco, estuprou, oprimiu e matou mulheres negras e indígenas para demonstrar o poderio macho, no entanto essa imagem do homem agressivo, com tendência a ser estuprador, animalesco e insaciável sexualmente é reproduzida como estereótipo do homem negro. Do mesmo modo, existem várias imagens estereotipadas da mulher negra, uma delas é da mãe preta, que nunca se cansa, destinada ao trabalho doméstico e a criar filhos de outras pessoas, “a mãe negra representa a relação ideal de mulheres negras com a branquitude: como amorosa, carinhosa, confiável, obediente e serva dedicada, que é amada pela família branca” (KILOMBA, 2019, p. 142), essa imagem é projetada na mulher negra (inclusive idosa) como se fosse algo natural, quando na verdade esconde as violências sofridas por essas mulheres que tinham seus filhos arrancados, e eram obrigadas a “cuidar” de quem as torturava.

A história de Cleonice, mulher preta, empregada doméstica, idosa, relatada no início deste artigo, demonstra a atualização dos aspectos de opressão da Colônia para os dias atuais. Neste sentido, vale a pena voltarmos a pergunta inicial: a situação descrita acima pode servir de metáfora da realidade de muitas mulheres negras Brasil a fora? e percebermos que “sim”, os exemplos citados, não são casos aleatórios, representam as vidas de milhares de mulheres.

Percebe-se então que a escravidão, o genocídio e o mito da democracia racial se configuram como desvantagens que se acumulam. A atual situação de vulnerabilidade social vivenciada pela população negra é fruto não apenas da herança escravocrata, mas do projeto colonial inacabado, expresso na reatualização e reprodução das assimetrias raciais. Isso é notório nos diversos campos, como saúde, educação, mercado de trabalho, entre outros (WERNEK, 2009).

Contudo, se falarmos somente das violências interseccionais que atingem de maneira simultânea as mulheres negras, falar da condição de escravizadas e da atemporalidade do racismo, estaremos reduzindo toda história de um povo à história da escravidão, e estaríamos invisibilizando aspectos importantes como a resistência, o conhecimento e a cultura da população negra. Por isso é necessário lembrarmos das contribuições do pensamento feminista negro. A história oficial tem invisibilizado ou apagado ao fazer a “seleção” das memórias que devem ser lembradas, isso demonstra como as relações de poder e o legado colonial estão diretamente relacionadas as trajetórias de vida da população negra.

Grada Kilomba (2019, p. 97) alerta que nós mulheres negras temos sido, incluídas em discursos que não interpretam nossa própria realidade “um debate sobre racismo no qual o sujeito é o homem negro; um discurso genderizado no qual o sujeito é a mulher branca; e um discurso de classe no qual “raça” não tem nem lugar”, pois nós mulheres negras “somos a antítese tanto da branquitude quanto da masculinidade”, portanto, como vimos, é necessário um olhar sob a lente da interseccionalidade para compreender as condições de vida das mulheres negras. Um caminho importante para essa compreensão se dá com o feminismo negro. Somente uma análise de raça e gênero pode nos ajudar a compreender as disparidades descortinadas em uma crise sanitária, as mulheres negras como a maioria que compõe a estatística de empregadas domésticas, portanto que não estão em isolamento social, moram em periferias, tem os piores empregos e os piores salários, são portanto, as mais vulneráveis, submetidas ao fenômeno de uberização da economia.

Cleonice e a patroa são as alegorias de como uma crise sanitária se cruza com as fronteiras dos privilégios de gênero, classe e raça. De um lado, o luxo, a riqueza, o tédio de “ficar em casa”; do outro, as mulheres negras, periféricas, que se empilham nos transportes públicos, em troca de míseros salários. Diante disso, podemos falar de Sororidade? Bell Hooks (2018) lembra a importância do slogan “a sororidade é poderosa”, no início do movimento feminista, o qual criou uma base para a solidariedade entre as mulheres.

De fato, é um conceito importante para o combate ao inimigo interno, ou seja o “sexismo internalizado”, pois “fomos socializadas pelo pensamento patriarcal para enxergar a nós mesmas como pessoas inferiores aos homens, para nos ver, sempre e somente, competindo umas com as outras pela aprovação patriarcal, para olhar umas às outras com inveja, medo e ódio”, portanto, o pensamento sobre sororidade como empatia e combate

a competição entre as mulheres é relevante. Contudo, a autora destaca que a sororidade feminista só existirá por completo, quando as mulheres deixarem de usar o poder de classe e de raça para dominar outras mulheres (HOOKS, 2018, p. 35).

Entendo que o conceito de Dororidade, criado por Vilma Piedade, nos ajuda a melhor compreender, Dororidade fala sobre o nosso “não-lugar”, se soma aos esforços da sororidade. Em entrevista ao portal Gelédes, a intelectual negra conceitua dororidade como “a cumplicidade entre mulheres negras, pois existe dor que só as mulheres negras reconhecem, por isso a sororidade não alcança toda a experiência vivida pelas mulheres negras em seu existir histórico”(GELEDÉS, 2020).

Hilário (2019) também fala de Dororidade, chamando atenção para a importância de percebermos essas dores enfrentadas.

A dor das ausências e partidas. A dor de ser preterida. No amor, no trabalho, no baile, na dança da quadrilha de festa junina. Na vida. A dor de carregar a responsabilidade de ser forte e manter a família. De não ser suficiente. De não ser conceitos que só mulher preta pode entender(...) Dororidade, o que é? Ou o que pretende ser? Entendo como a Dor e a nem sempre delícia de se saber ou de não se saber quem é... quem somos numa sociedade mascarada pelo mito da democracia racial... Nossa História Importa... Nosso Turbante Importa.... Nossa Vida Importa! Dororidade quer falar dessas sombras. Dessa fala silenciada, dentro e fora de nós. Da Dor causada pelo Racismo. E essa Dor é Preta... Falar da ausência expressiva das Mulheres na Política e nos espaços de Poder (HILÁRIO, 2019, p. 41-42)

Deste modo, recordarmos os herdeiros e as heranças das diásporas negras não deve figurar o aprisionamento na imagem da escravização, mas é inegável o papel das relações raciais na estrutura da sociedade brasileira. Portanto, esse reconhecimento pode nos levar a pensar estratégias de enfrentamento.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo com a linguagem em primeira pessoa, justificada como uma tentativa de contribuir para a descolonização do conhecimento, inspirada em Grada Kilomba e em Conceição Evaristo, escrevo na perspectiva da escrevivência, ou seja, com uma escrita partir da experiência de vida de mulher negra.

Apresentei uma breve análise sobre as violências interseccionais, que atingem as mulheres negras, da colônia até os dias atuais. Para isso, inicialmente recorri a discussão sobre memórias afro-diáspóricas, Diáspora que para Marilise Reis (2010, p. 39) “a conotação inicialmente positiva das sociedades que se disseminavam por meio e entre diferentes geografias políticas e culturais transformou a diáspora num termo de opressão e de vitimização. É justamente por isso que, a noção de diáspora corresponde a exílio forçado, dor e sofrimento”, portanto podemos falar em diáspora afro-diáspórica como a diáspora específica dos negros e negras.

Pontuo algumas discussões sobre memória a partir do pensamento de Michael Pollak, demonstrando como a memória da população negra é negada e apagada da história oficial, contudo essas memórias subterrâneas emergem quando os grupos oprimidos/derrotados reivindicam o direito ao dever de memória, trazendo como exemplo as reivindicações de maio de 2020, com a derrubada de estátuas de colonizadores em diversos países do mundo, após o assassinato de Floyd, por um policial; a comunidade negra tem alcançado algumas conquistas ao longo do tempo, como a implementação de ações afirmativas.

Trabalhei também com o conceito de memória individual com aporte teórico em Henri Bergson, a partir do qual analiso a escrevivência de Conceição Evaristo em um conto denominado “Maria”, nessa parte a partir da filosofia bergsoniana pontuo aspectos da solidão da mulher negra e da violência, bem como a relação passado, presente e futuro a partir de falas da personagem e do seu ex companheiro. Posteriormente discorro sobre a Necropolítica e a violência respaldada pelo Estado, que tem garantido que as mulheres negras permaneçam na base da pirâmide social, aponto especificamente a Lei do ventre livre e a lei do Sexagenário como dispositivos que demonstram o lugar da mulher negra na colônia e refletem o modelo de relações raciais do país; constatei ainda que os indicadores sociais revelam que as mulheres negras enfrentam maiores dificuldades de acesso a direitos, maiores vítimas de violência doméstica e de feminicídio como mostra o mapa da violência, e compõem a base da pirâmide social.

Finalmente, considero que somente um olhar a partir das lentes da interseccionalidade descortina as assimetrias e, é no pensamento feminista negro que encontramos as bases para enfrentá-las, por isso o conceito de Sororidade contribui para pensar a solidariedade

entre as mulheres e a desconstrução do que Bell Hooks chama de “inimigo interno”, ou seja o sexismo, do mesmo modo, o conceito de Dororidade de Vilma Piedade aprofunda essa discussão e diz respeito a dor comum com a qual as mulheres negras se identificam. Nesta análise recorro a autores negros e especialmente ao pensamento de feministas negras como Grada Kilomba, Bell Hooks, Conceição Evaristo e Sueli Carneiro.

Como lembra Grada Kilomba (2019, p. 158) “o colonialismo é vivenciado como real, somos capazes de senti-lo! Esse imediatismo, no qual o passado se torna presente e o presente passado, é característica do trauma clássico”. Presente e passado se confundem. No racismo que vivenciamos cotidianamente “as cenas coloniais (o passado) são reencenadas através do racismo cotidiano (o presente) e, por outro lado, o racismo cotidiano (o presente) remonta cenas do colonialismo (o passado)” portanto, é nesse jogo que a atemporalidade do racismo se apresenta, como demonstra a autora, pois “a ferida do presente ainda é a ferida do passado e vice-versa; o passado e o presente entrelaçam-se como resultado”, assim sendo, faço o convite para que a leitora e o leitor deste texto retorne ao início e ao reler a história de Cleonice, perceba como as cenas da mansão, da empregada negra, patroa branca, o adoecimento, o trabalho até a morte, nos remete as cenas coloniais da Casa grande, da escravizada, da Sinhá branca e do projeto colonial que segue vigente, com o corpo negro visto como propriedade.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, p. 97-120, 2017.

BERGSON, Henri. *Matéria e memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *A evolução criadora*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O pensamento e o movente*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

BENEDITO, Deise. A favelização do Complexo do Curado e a ilicitude da existência: uma faceta das violações de direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro. 2019.

- CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. Selo Negro. São Paulo. 2011.
- CRENSHAW, Kimberlé. Background paper for the expert meeting on the gender-related aspects of race discrimination. *Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, p. 171, 2002.
- CUNHA, Tânia Rocha Andrade. O preço do silêncio: mulheres ricas também sofrem violência. Vitória da Conquista: Ed. UESB, 2007.
- EVARISTO, Conceição. *Olhos d'água*. Pallas Editora, 2016. Disponível em: <http://www.letras.ufmg.br/literafro/24-textos-das-autoras/925-conceicao_evaristo-maria>. Acesso em: 15 out. 2020.
- GELEDÉS. A LEI DO VENTRE LIVRE. *PORTAL GELEDÉS*. 30 de set. 2012. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/lei-ventre-livre/>>. Acesso em: 05 de out. 2020.
- GELEDÉS. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/dororidade-e-dor-que-so-as-mulheres-negras-reconhecem/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura Brasileira. *Silva, Luiz Antonio. Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos. ANPOCS. Brasília, 1983.*
- HEYMANN, Luciana. O “devoir de mémoire” na França contemporânea: entre a memória, história, legislação e direitos. Rio de Janeiro: CPDOC, 2006, p.1. Texto apresentado no III Seminário Pronex “Cidadania e Direitos”, na mesa “Dever e direito à memória”. CPDOC, 27 a 29 de novembro de 2006.
- HILÁRIO, Rosângela Aparecida. *O Feminismo Negro como estratégia para assunção de direitos as Mulheres Pretas e Periféricas*, 2019.
- HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018
- KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Trad. Jess oliveira. 1. Ed. Rio de janeiro: cobogó, 2019.1
- LE GOFF, Jacques. Memória, in: *Enciclopédia Einaudi, Vol.I Memória-História*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984.
- LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação*. Petrópolis: Vozes, 2014.

MATTOS, Geísa. Flagrantes de racismo: imagens da violência policial e as conexões entre o ativismo no Brasil e nos Estados. *Revista de Ciências Sociais: RCS*, v. 48, n. 2, p. 185-217, 2017.

MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: Edusp, p. 79-94, 1996.

MBEMBE, A. *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Arte & Ensaios. *Rio de Janeiro*, n. 32, p. 123-151, 2016

NASCIMENTO, A. *O Genocídio do Negro Brasileiro*: Processo de um Racismo Mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 16-17.

POLLACK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio; IN: *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1989, p. 3-15.

POLLAK, Michael. "Memória e Identidade Social". *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992.

REIS, Marilise L.M. dos. Diáspora como movimento social: implicações para a análise dos movimentos sociais de combate ao racismo. *Ciências Sociais Unisinos* 46(1):37-46, janeiro/abril 2010.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado e violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SOUZA, B. *Vamos juntas?* O guia da sororidade para todas. 1. ed. Rio de Janeiro: Galera, 2016. 124 p.

WERNECK, Jurema. Nossos passos vêm de longe! Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo. *Vents d'Est, vents d'Ouest: Mouvements de femmes et féminismes anticoloniaux [en línea]*. Genève: Graduate Institute Publications, 2009.

ZUBARAN, Maria Angélica. Comemorações da liberdade: lugares de memórias negras diaspóricas. *Anos 90*, v. 15, n. 27, p. 161-187, 2008.

Apresentação oral

**A POPULAÇÃO NEGRA, UMA FRAÇÃO EM EXILIO EM SUA
PRÓPRIA CLASSE**

THE BLACK POPULATION, A FRACTION IN EXILE IN IT'S OWN CLASS

Odair Dias Filho

Pós-Graduado em Política e Relações Internacionais pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESP/SP) e Bacharel em Serviço Social pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP/SP)

E-mail: profodairdias@gmail.com

Resumo: Este artigo tem o objetivo de compreender as condições da população negra e sua participação na classe operaria brasileira a partir da categoria de fração de classe em Poulantzas, no período da pós abolição à Primeira Republica, as políticas de extermínio da existência negra, não apenas de seus corpos, mas de sua existência, sua identidade, seu sagrado e sua memória, mas também abordará sua resistência, sua cultura e ao conceito de classe para além do lugar ocupado nos meios de produção, mas de toda complexidade que lhe cabe, em um período histórico onde os negros e negras recém liberta são expulsos e exilados precários condicionados a um exílio racial e socialsofrendo um processo de exílio social dentro do território onde por suas mãos foi construída toda riqueza e essa mesma população liberta do escravismo legal é também alijada da classe que pertence, a classe trabalhadora.

Palavras-chave: República velha, população negra, trabalhador negro, branqueamento, pós abolição.

Abstract: This article aims to understand the conditions of the black population and their participation in the Brazilian working class from the category of class fraction in Poulantzas, in the post-abolition period to the First Republic, the policies for the extermination of black existence, not only of their bodies, but of their existence, their identity, their sacredness and their memory, but it will also address their resistance, their culture and the concept of class beyond the place occupied in the means of production,

but of all the complexity that belongs to it, in a historical period where blacks and blacks recently freed are expelled and precarious exiles conditioned to a racial and social exile suffering a process of social exile within the territory where all their wealth was built and their very population freed from legal slavery is also excluded from the class it belongs, the working class.

Keywords: Old republic, black population, black worker, money laundering, post abolition.

Sumário: 1. Introdução. 2. O negro livre e a classe operária na República Velha: população negra uma fração alijada da própria classe. 3. Estado e Cultura, a população negra e a insistência em resistir para existir. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A luta dos negros no Brasil passou por várias fases, sempre com extrema resistência. Primeiro pela garantia de sua existência, não apenas como corpo, mas como povo, segundo pela permanência de sua identidade, de suas tradições ou buscando um conceito comum aos povos africanos e sua ancestralidade.

Sendo assim, seja na luta pela liberdade na escravidão, seja pelo direito a seu sagrado e sua cultura, o povo negro tatua de forma irreversível sua marca na formação de nossa classe trabalhadora. Ainda que o Estado dirigido pela elite branca, e desde sempre, detentor do monopólio da violência tenha tentado e ainda tenta esmagar essa herança na formação de nossa identidade, existe resistência.

No texto de Petrônio Domingues que terá importante relevância nesse artigo, o autor descreve as fases do movimento negro na história do Brasil. Esse texto não terá a intensão de se aprofundar em nenhuma dessas fases mas trazê-las à tona com o objetivo de compreender tal movimentação e as ações das elites em sua contensão e também para compreender onde foi parar essa população à margem das políticas públicas, mais básicas, de direitos inalienáveis e o mais contundente, o direito à vida e a sua própria existência.

O conceito de *necropolítica*¹ abordada na obra de Mbembe (2018), em um livro com o mesmo nome traz, posteriormente, importante instrumento teórico para compreender

¹ Segundo Mbembe (2018) a necropolítica se caracteriza pelas formas contemporâneas de subjugar a vida ao poder da morte, reconfiguradas a partir das relações existentes entre resistência, sacrifício e terror.

essas ações do Estado branco, que age não apenas com o intuito do extermínio dos corpos, mas da essência da população negra, de sua africanidade e de sua identidade, configurando uma verdadeira política de extinção, inclusive da subjetividade, o autor afirma que *“Minha preocupação é com aquelas formas de soberania, cujo sujeito central não é a luta pela autonomia, mas a instrumentalização generalizada da existência humana e destruição material de corpos humanos e populações”* (MBEMBE, 2018, p. 10).

Desse modo, a *necropolítica* tem o negro como alvo e instrumento de exploração extrema e opressão ostensiva foi, e é estratégia da burguesia até o hoje. O negro logo após o fim da escravidão oficial, teve seu quase exílio nos confins de um país que importava mão de obra, ou melhor, força de trabalho branca e europeia, para ocupar o lugar do negro escravizado, negro esse que já vinha lutando pela própria liberdade durante o período escravista, em rebeliões e levantes, além da propagação da capoeira, das religiões de matriz africana e na formação dos Quilombos. Nesse movimento, foram em sua maioria, dizimados cruelmente pelo estado e sua política racial genocida, inclusive temos como referência histórica o extermínio do maior de todos, o Quilombo dos Palmares, liderado por Zumbi considerado como um grande marco na organização e na resistência negra no referido período.

2. O NEGRO LIVRE E A CLASSE OPERÁRIA NA REPÚBLICA VELHA: POPULAÇÃO NEGRA UMA FRAÇÃO ALIJADA DA PRÓPRIA CLASSE

Segundo Santos (2011) autor do livro *“O Movimento Negro e o Estado”*, nos traz importantes dados como referência da população negra na classe operaria. Ele reitera que durante os primeiros anos da primeira República conhecida como República Velha ou *República dos Coronéis*,² o Brasil era um país exclusivamente agrário antes da industrialização, e a ordem racial havia mudado um pouco em relação a época da abolição pois a maioria dos trabalhadores livres eram negros.

No texto o autor aponta que o censo de 1907 no Brasil registrou menos de 3000 empresas industriais, dessas 905 empregavam 4 ou menos trabalhadores. Já entre 1907

² *Grifo do autor.* A República dos Coronéis ficou assim conhecida por que o “coronel” ocupava o posto mais alto da Guarda Nacional. Quando a Guarda perdeu seu caráter militar o coronel passou a ser um chefe político.

e 1920, a produção industrial do país quase triplicou. Entre 1920 e 1940 aumentou 7.800%, nessa altura o país possuía mais de 70.000 indústrias, e um total de 1,4 milhão de trabalhadores, a aliança das oligarquias de Minas Gerais e São Paulo deram a elas o controle da política nacional.

Em 1893, os estrangeiros eram 55% dos residentes na cidade de São Paulo e ocupavam 84% dos empregos nas indústrias manufatureira e artística, 81% no ramo dos transportes e 72% nas atividades comerciais. No início do século XX, 92% dos trabalhadores na indústria eram estrangeiros e em 1911 no setor têxtil, cerca de 75% da força de trabalho era estrangeira, em sua maioria italianos. Sobre isso, concordamos com Galvão (2011) que afirma:

“Ao recusar uma relação mecânica entre posição no processo produtivo e posicionamento de classe, não estamos descartando a importância de se ressaltar as relações existentes entre ambas ou seja, se por um lado não é possível extrair automaticamente o comportamento político da localização na estrutura produtiva, por outro lado está é importante para compreender a possibilidade de uma ação de classe. Não se trata, porém, de um determinismo unilateral, mas de uma multideterminação, tal como concebe Poulantzas (1978). Para esse autor, o conceito de classe se define simultaneamente no nível econômico, político e ideológico” [...] “As classes sociais são conjuntos de agentes sociais determinados principalmente, mas não exclusivamente, por seu lugar no processo de produção, isto é, na esfera econômica” (GALVÃO, 2011:107 apud POULANTZAS, 1978:13).

Sobrou então ao trabalhador nacional, o trabalho doméstico, em especial nas áreas urbanas de São Paulo, que eram também os chamados “tarefeiros” de todo tipo, ou, como diz o estudo, aqueles que exerciam atividades classificadas como mal definidas, não declaradas e nas quais estavam incluídas o trabalho pesado, insalubre e ocasional. Os ex-escravos foram afastados das atividades produtivas e foi reduzida substancialmente a absorção da mão de obra nacional, cuja formação não havia passado pelo cativo.

Vemos nessa exposição histórica, três exemplos de tipos de trabalhadores dentro de uma mesma classe, os trabalhadores estrangeiros como força de trabalho prioritária nas mais diversas áreas do setor produtivo, o trabalhador nacional que não havia passado pelo cativo, condicionado a trabalhos domésticos, pesados e ocasionais, classificados como trabalhadores de segunda categoria e os ex-escravos, em sua grande maioria a margem de todo esse processo e dessas relações de trabalho. Outro fator a ser observado

nessas informações, é caracterização dos trabalhadores brancos estrangeiros já como uma oligarquia operaria, com poucas ou ações pouco significantes de solidariedade de classe, com a amplitude que esse conceito representa. Nesse sentido, ainda que pareça uma forma de estratificação por conta do corte racial, esse aspecto apresenta as frações da classe operaria urbana naquele período.

Com o crescimento da classe trabalhadora na década de 20, ocorreu uma profunda sensação publica de alienação da Republica, que é sempre bom lembrar, nasceu de um Golpe Militar comandado pelo conservador Marechal Deodoro da Fonseca, justamente num momento em que os levantes negros tomavam corpo, e, no parlamento, deputados liberais e abolicionistas discutiam uma reforma agrária que daria terra aos negros libertos.

A Republica que chegara com a esperança de mudanças, frustrou a “classe média”, quanto a situação dos negros que já se organizavam em clubes, grêmios e associações de ajuda mutua. Como aponta Domingues (2007), os negros sequer eram aceitos em clubes sociais nos quadros de associados, como por exemplo, no Palestra Itália hoje conhecido como Palmeiras. Assim, a população sofreu mais um processo de forte rejeição, tendo em vista que a esmagadora maioria de lideranças operárias era estrangeira. No movimento tenentista, os negros eram proibidos de ingressar no corpo de oficiais e também nos partidos políticos dominados pelas oligarquias estaduais. As elites não tinham o menor interesse de dar o mínimo acesso à população negra dentro das relações sociais postas, naqueles tempos.

Retomando a contribuição de Poulantzas (1977), no texto abordado ele aprofunda de forma ímpar a concepção de classe, mesmo que a categoria e fração de classe, como já dissemos, seja a aquela que contempla a realidade europeia.

“Mas incluindo as frações e amostras de classe, o marxismo distingue igualmente categorias sociais, em relação as frações e as camadas é o seguinte: Enquanto os critérios políticos e ideológicos interveem de maneira, mais ou menos importante na determinação das últimas, os ditos critérios determinam sempre o papel dominante na determinação das categorias sociais” (POULANTZAS, 1977:25).

Assim, tais analises a partir da reflexão materialista dialética, nos permite observar através de sua lente nossa realidade e o nosso processo sociohistórico tendo como um

dos eixos as formas e meios de produção, suas superações e as características comuns e diferentes dentro da classe trabalhadora brasileira.

3. ESTADO E CULTURA, A POPULAÇÃO NEGRA E A INSISTÊNCIA EM RESISTIR PARA EXISTIR

A tenebrosa conjuntura atual embora apresente as características de seu tempo, quanto a reorganização das forças produtivas, vem brutalmente carregada de elementos históricos da construção de nossa sociedade, patriarcal, capitalista e tem o racismo como categoria estruturante de seu processo de dominação.

A nossa história está consecutivamente repleta de golpes, sejam aqueles que interrompem os breves momentos de democracia, como o de 1964 ou o de 2016 ou outros, mesmo que tímidos, demonstram períodos históricos recheados de autoritarismo. Nesse sentido, nota-se que o primeiro golpe militar ocorreu no nascimento da própria República – através de uma ação comandada pelo então Marechal Deodoro da Fonseca, no momento em que os negros praticavam ações constantes em busca da liberdade e que o movimento abolicionista defendia o fim da escravidão sem indenização aos escravocratas e no parlamento se falava em profissionalizar os negros libertos, democratizando o acesso à terra. Diante disso, identifica-se facilmente o motivo do golpe, lembrando que o oficialato brasileiro tal como é hoje, sempre foi majoritariamente ocupado por membros das elites e suas famílias “tradicionais”.

A luta dos negros escravizados, suas rebeliões, suas formas de se organizar com as características identitárias e culturais de sua origem, podemos lembrar por exemplo, A “Revolta dos Malês” na cidade de Salvador em 1935, que foi realizada por negros islamizados e tomou a ruas da cidade, sendo duramente reprimida pelas autoridades. Esse levante é uma das demonstrações da diversidade de origem dos negros escravizados no Brasil, sua capacidade de organização e de construir estratégias de luta em defesa da liberdade.

“Um ano após a abolição da escravatura, foi proclamada a República no Brasil, em 1889. O novo sistema político, entretanto, não assegurou profícuos ganhos materiais ou simbólicos para a população negra. Ao contrário, esta, segundo Andrews, foi marginalizada, seja politicamente em decorrência das limitações

da República no que se refere ao sufrágio e as outras formas de participação política; seja social e psicologicamente, em face das doutrinas do racismo científico e da “teoria do branqueamento”; seja ainda economicamente, devido às preferências em termos de emprego em favor dos imigrantes europeus.” (DOMINGUES, 2007 102)

Dentro desse processo sócio-histórico e sua dinâmica de barbárie, a população negra em seu confinamento não apenas territorial, mas cultural, de ausência de políticas públicas, mas acima de tudo de criminalização de sua existência, de repulsa à sua cultura, à sua identidade, ao seu sagrado, sobrevive aliando as condições precárias desse confinamento e das ações de extermínio físico de seus corpos e de sua cultura, a sua herança histórica do conhecimento herdado de seus ancestrais que permanecem graças à tradição da transmissão do conhecimento através da oralidade .

Os negros arrancados de suas terras traziam de lá conhecimentos e técnicas em várias áreas, tais como agricultura, criação de animais, mineração e ciência o que foi preponderante para alavancar a economia da metrópole e do Império em todas as suas fases, nesse artigo faremos o exercício de ir e voltar na história, tendo esta, e a cultura em toda sua complexidade, como eixo de compreensão da dinâmica de opressão e extermínio dos negros no Brasil a adaptação compulsória da população negra as condições impostas pela elite branca e seu Estado levaram a população negra a sem abrir mão do que traziam a realizar o exercício dialético de novas formas de existir e resistir.

Em um país cujo capitalismo está alicerçado sobre a carne do povo negro, de seu extermínio, sua dominação, exploração e tortura através de estruturas institucionais que substituíram o Regime Escravagista os equipamentos Públicos encarregados desta perversa atribuição refletem as heranças do tronco e da Senzala, sob a máscara da democracia liberal, da meritocracia, da criminalização da pobreza e acima de tudo do racismo estrutural.

Em uma pesquisa realizada pela pesquisadora Deise Benedito no Complexo do Curado, Ex-Complexo Penitenciário Aníbal Bruno, em Recife, a precarização e as condições sub-humanas sob a falácia da ressocialização tatuam no corpo e na alma dos “seres a serem reeducados” marcas que jamais cicatrizarão.

Ela diz no artigo, “A FAVELIZAÇÃO DO COMPLEXO DO CURADO E A ILICITUDE DA EXISTÊNCIA” Uma Faceta das Violações de Direitos Humanos no Sistema Penitenciário Brasileiro, que no momento da visita tudo estava ou se apresentava completamente organizado, sob forte disciplina, mas que era nítido o processo de

submissão, tortura psicológica e outras ações naquela nova senzala. Esta citação fala sobre os presos que se encontram no PAD-Processo Administrativo Disciplinar:

Ali havia três grandes celas com a capacidade para 20 presos, porém em cada uma havia mais de 60 indivíduos. Ao cair da noite, a escuridão das celas dava espaço para mais gritos de clemência para que fossem tirados daquele lugar. Conversamos rapidamente com alguns presos e os pedidos eram de transferência para outro local, contato com a família, presença de defensores públicos. As celas praticamente não possuíam nenhuma ventilação, com paredes descascadas e sujas, um único banheiro e baldes de lixo do lado de fora. Os presos, na sua maioria jovens pardos e pretos do interior de Pernambuco, eram provisórios sem condenação. Uma cena aterrorizante foi a chegada do jantar acondicionado em marmiteix: o alvoroço foi ainda maior no desespero pela comida praticamente crua e azeda, lembrando os filmes de refugiados em campos de concentração quando as forças de ajuda humanitária da ONU chegam com alimentos. Estive diante de cenas da barbárie humana em dimensões inimagináveis: homens esfomeados, desesperados, mentalmente doentes, esmagados, aguardando que sua audiência trouxesse sinais de liberdade fora do inferno daquelas grades de ferro. (BENEDITO, 2019)

A militarização intensa e a coisificação dos “detentos” impõem uma sutil violência, que aos olhos de quem não consegue compreender o processo histórico de criminalização da existência, pode parecer um grande centro de oportunidades para retomar a vida pelo “caminho do bem”, quando na verdade é um campo de concentração de tortura física, psicológica e de extermínio da existência, não apenas dos corpos, mas da consciência e da existência em sua mais complexa essência

No livro “A estética da ginga” de Paola Berenstein Jacques, texto escrito através da obra de Hélio Oiticica³ a autora fala que os primeiros barracos nas favelas foram heteróclitos recolhidos pelo próprio construtor. Esse construtor que é morador do local e que geralmente recebe ajuda da família e dos amigos, teria como objetivo inicial, construir minimamente um teto que abrigue principalmente sua família, seus filhos. Importante pensar que para ele, esse é um abrigo inicial, porque tem por objetivo, seja por ou outro motivo que o valha, a esperança e a expectativa de “evoluir” essa construção, para que se torne mais

³ Hélio Oiticica (1937-1980) foi um artista plástico brasileiro, pintor, escultor e destacado artista performático. Foi um dos grandes nomes da arte concreta no Brasil. Hélio Oiticica nasceu no Rio de Janeiro, no dia 26 de julho de 1937. Filho de Ângela Santos Oiticica e de José Oiticica Filho, fotógrafo, pintor, entomologista e professor. Seu avô, José Oiticica foi professor, filólogo e anarquista, autor do livro “O Anarquismo ao Alcance de Todos” (1945).

segura e confortável. Os materiais catados de restos de materiais em canteiros de obras são principalmente, latões, restos de madeira, de chapas de zinco, etc.

Tal processo também dá origem a uma estética que se mescla entra a miséria da população e a produção de sua cultura, seja na música, nas artes plásticas, nas religiões de matriz africana, e também na arquitetura, daquele território que a referida autora vai denominar de labirintos, labirintos das vilelas, becos e ruas que conduzem aos locais de moradia, ao comércio local, as escadarias que levam ao asfalto, terra hostil a essa população.

No entanto essa realidade e a insistência em resistir pra existir, da população negra, leva pra esse território toda cultura e conhecimento oriunda de todos os locais do Continente Africano de onde vieram uma grande e antropofágica mistura de linguagens, que se alimentam e se devoram construindo uma estética da arte, onde até o mais duro sofrimento se transforma em poesia, poesia que a melodia e as letras trazem a realidade dessa população. Para além de crônicas quadradas, para além de teses acadêmicas, para além de profecias apocalíticas, mas para reafirmação do caráter de agente de sua própria história, de combatente de suas trincheiras e de senhores de seus corpos, podemos citar o samba, feito imprensa desse povo, dessa classe social vai mostrando e tatuando a marca dela nas relações sociais brasileiras, não vamos abordar aqui necessariamente uma cronologia histórica dele, mas apresentar algumas expressões em diferentes perspectivas desse canto:

Vai, barracão
Pendurado no morro
E pedindo socorro
A cidade a seus pés
Vai, barracão
Tua voz, eu escuto
Não te esqueço um minuto
Porque sei quem tu és
Barracão de zinco
Tradição do meu país
Barracão de zinco
Pobretão, infeliz

Música: Barracão de Zinco
Compositores: Luiz Antônio/Oldemar Magalhães
Cantora: Beth Carvalho

Esse samba, cantado por Beth Carvalho que tem uma atuação no campo progressista sempre muito cuidadosa com seu repertório traz essa canção que nos fala um pouco sobre que citamos acima sobre a relação com o lugar, as dificuldades, as tristezas, mas a existência, já Wilson das Neves traz uma outra expressão que reflete a consciência e a resistência da população negra residente nos morros:

“O dia em que o morro descer e não for carnaval
Ninguém vai ficar pra assistir o desfile final
na entrada rajada de fogos pra quem nunca viu
vai ser de escopeta, metralha, granada e fuzil (é a guerra civil)
No dia em que o morro descer e não for carnaval
não vai nem dar tempo de ter o ensaio geral
e cada uma ala da escola será uma quadrilha
a evolução já vai ser de guerrilha
e a alegoria um tremendo arsenal
o tema do enredo vai ser a cidade partida
no dia em que o couro comer na avenida
se o morro descer e não for carnaval”

Música: O dia em que o morro descer e não for carnaval

Autor: Wilson das Neves

Nestes dois casos podemos constatar uma das expressões culturais da população negra, que tinha muito bem a consciência de onde foi jogada por consequência de uma política vil e genocida da elite branca e seus aparelhos de Estado, seja de repressão, polícia, forças armadas, aparato burocrático e administrativo e outros que através da violência oficial perseguiram, exterminavam e sitiavam a população em especial nas periferias e morros sejam os ideológicos Escolas, igrejas, imprensa e outros, seja pela construção e difusão do discurso de marginalização da população negra, seja pelo não acesso desses a escola e o processo de formação nos bancos escolares, onde a história era contada pela perspectiva dos brancos escravocratas, depois das novas elites que vieram a suceder-las.

E essas ações prosseguiram na política de branqueamento da população não apenas na ocupação dos cargos de comando e de destaque, mas também nas relações de trabalho, lembrando que essa política se inicia com a chegada dos imigrantes europeus no Brasil

para substituir a força de trabalho dos negros escravizados e foi tomando outras formas a medida em que o Brasil reorganizava suas forças produtivas no decorrer da história

A musica citada do Wilson das Neves, homem do morro e do samba, traz em sua construção elementos de consciência de classe, ainda que a princípio não seja na perspectiva revolucionária quando avaliamos todo o contexto, mas traz apontamentos de necessidade de organização e rebeldia, de dar um basta levando em consideração a imensa maioria da população negra nos morros já várias gerações depois da abolição da *escravidão oficial* podemos recorrer a Poulantzas que em sua construção teórica traz as categorias de frações de classe o que acredito ser importante para análise no desenvolvimento desse artigo.

Para Poulantzas (1977) alguns fatores podem abrigar diferenças no ceio da classe operária, a relação capital trabalho e a estrutura estabelecida nesse processo seja na implantação do processo produtivo de uma estrutura hierárquica, onde trabalhadores ocupa lugares e postos de chefia e controle consolidando vínculos e confiança com a empresa, isto é com a burguesia, veja que qualquer semelhança com a estrutura escravocrata que tinha seus capitães do mato não é mera coincidência, ou seja, pelos salários diferenciados, isto é mais altos podem trazer frações, divisões na classe operária, ainda que entendamos que a priori a compreensão de classe se dá pelo local que se ocupa na relação capital-trabalho, estas estratégias da burguesia atendem a várias especificidades, tanto no controle dos trabalhadores por outros trabalhadores dentro da linha de produção e podemos estender esse processo também para o setor de serviços e para o de proletarianização dos trabalhadores do campo, ou seja também para dividir a classe e fragmentar sua consciência coletiva e revolucionária.

O autor diz ainda em sua obra quando nos referimos a modo de produção, geralmente ou quase sempre nos reportamos de modo geral. Por exemplo, modo de produção escravista, feudal, capitalista e que assim isolamos de certa forma, na realidade social entre modos e formas de produção para examina-los teoricamente.

Ainda sobre Poulantzas (1977) ele relata que Lenin em “Desarrollo del capitalismo em Rusia” diz que uma sociedade concreta em determinado momento sua formação social está composta de vários modos e formas de produção que coexistem nela de maneira combinada, Poulantzas (1977) continua dizendo que que as sociedades capitalistas do princípio do século XX, era composta por elementos do modo de produção feudal, mercantil

simples e manufaturada, então forma de transição do feudalismo para o capitalismo, também pelo modo de produção capitalista em suas duas formas de concorrência e monopolista.

Então dessa forma em toda sociedade há sempre uma forma de produção dominante que dá a essa sociedade seu caráter, importante que lembrar que reiteramos que ainda que haja uma forma de produção dominante outras coexistem de forma pactuada.

O exercício dialético de ida e volta ao processo histórico do Brasil com foco na população negra serão instrumento que demonstrará o local nessa sociedade imposto pela Burguesia brasileira aos negros, pois quando trazemos a luz da reflexão a categoria de luta de classes e outras categorias em Marx, como por exemplo o exército industrial de reserva, podemos compreender o quanto essa população pode não estar inserida sequer nesse lugar de produção

Pois essa população recém liberta da escravidão pela força de sua luta estava longe de ter acesso a direitos mínimos que a desse condições de participar de qualquer possibilidade de emprego formal seja nas áreas urbanas no setor produtivo, no comércio ou até no serviço nesse momento em escala muito menos, seja no campo já ocupado pelos europeus que também trabalhavam em condições precárias, mas lógico tinham um aparato ainda que mínimo de proteção como por exemplo suas embaixadas, uma legislação mesmo que insipiente.

E quando falamos nem proteção, ainda longe da consolidação das leis trabalhistas, estamos argumentando por exemplo na proibição de castigo físico pratica essa que dilacerava os corpos das negras e negros sob a ponta do chicote da escravidão, como ainda por muito tempo aconteceu na Marinha Brasileira e culminou com a revolta da chibata, comandada por João Cândido.

Os negros então libertos da escravidão oficial, mas não da cultura da violência, da exploração, da opressão, do racismo, da exclusão estavam então a margem desse processo mas eram a mais contundente expressão das massas populares, ainda não proletarizadas (no sentido de estarem efetivamente inseridos nas relações de trabalho) mas componente contundente do abismo social não apenas econômico mas a cisão racial profundamente enraizada na sociedade brasileira.

Mas de fato há uma classe dominante que além de deter sob sua propriedade os meios de produção, ainda controla o Estado seus aparelhos de repressão e ideológicos como apresenta Althusser (1970), em *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*.

O Estado é então e antes de mais aquilo a que os clássicos do marxismo chamaram o aparelho de Estado. Este termo compreende:

“Não só o aparelho especializado (no sentido estrito) cuja existência e necessidade reconhecemos a partir das exigências da prática jurídica, isto é a polícia, os tribunais – as prisões; mas também o exército, que (o proletariado pagou esta experiência com o seu sangue) Intervém diretamente como força repressiva de apoio em última instância quando a polícia e seus corpos auxiliares especializados, são ultrapassados pelos acontecimentos, e acima desse conjunto o Chefe de Estado, o Governo e a Administração” (ALTHUSSER, 1970:32).

A citação acima de imediato nos traz uma situação atual do Brasil, ocupação dos morros e comunidades do Rio de Janeiro pelas Forças Armadas, numa contundente política de repressão e criminalização racial e de pobreza, a população que já vive numa espécie de cárcere territorial num aprisionamento não apenas geográfico, mas de inacessibilidade a direitos, tem essa intensificação repressiva do Estado Burguês que sob o argumento de Guerra às Drogas, política de Segurança Pública que não deu certo em lugar nenhum do mundo, invade os morros e radicaliza o Estado de Exceção, reprimindo, revistando, humilhando e matando a população majoritariamente negra desses territórios.

Retomando a categoria de frações de classe em Poulantzas (1977), a partir da história dos negros no Brasil, é possível analisar em especial se no começo do Século XX, tendo em vistas as características supracitadas sobre as condições do negro nesses territórios no período pós-escravidão, se essa população poder ser entendida como fração da classe trabalhadora.

Nesse período a população negra marginalizada teve como única opção intensificar e mudar seu processo de organização no alvorecer na República como disse Domingues (2007) em seu artigo *Movimento Negro Brasileiro: alguns apontamentos históricos*, os libertos e seus descendentes instituíram os movimentos de mobilização racial negra no Brasil, criando inicialmente dezenas de grupos (Grêmios, Clubes ou associações) em alguns Estados, a princípio de cunho assistencialista, recreativo ou cultural, segundo o autor as associações conseguiam juntar um número não desprezível de “homens de cor”

como se dizia na época, algumas delas tiveram determinadas “classes” de trabalhadores negros, tais como portuários, ferroviários e ensacadores, nesse exemplo construindo uma espécie de entidade sindical.

“Poder-se-ia assim estabelecer eventualmente então que a fração pequeno burguesa dos assalariados não produtivos, está mais próxima da classe operária do que da pequena burguesia tradicional. Poder-se-ia igualmente na medida que se trata de frações, fazer intervir os elementos da conjuntura: uma ou outra fração estaria mais ou menos próxima da classe operária segundo a conjuntura (aqui é onde interviria especialmente o fator natural de “proletarização”, do artesanato, etc.). Nada impediria ademais, de igualmente de fazer intervir aqui, diferenciações de camada pequeno burguesa, referindo-se mais particularmente, as divergências ideológico políticas, acima da posição ideológico políticas fundamentalmente comum ao conjunto da pequena burguesia” (POULANTZAS, 1977:22)

No livro *Dialética Radical do Brasil Negro*, para ser mais preciso no capítulo, “O escravismo tardio descamba no capitalismo dependente”, Moura (2018) relata que para resguardar-se de possíveis surpresas o Bloco o B de Poder escravista criou mecanismos de defesa capazes de preservá-lo, e ao seus interesses fundamentais, ao fim do processo de libertação dos negros escravizados, no que aliás obteve êxito pois manteve intacta a estrutura de propriedade fundiária e conseguiu resolver o problema da mão de obra, importando imigrantes e mantendo os ex-escravos como massa marginalizada, reserva de segunda categoria do exército reserva industrial, tal afirmação reafirma naquele momento os negros libertos como fração de classe na categoria de Poulantzas (1977), não apenas no que se refere a questão econômica, de salário mas de inserção não prioritária no processo de produção.

Moura (2018) diz ainda que essas elites através de seus intelectuais atuando conjuntamente no plano político e ideológico, desenvolveram a ideologia do racismo como arma justificadora dessa estratégia, assim qualificando o trabalhador nacional não branco de modo geral e o negro em particular, como incapazes de enfrentar os desafios da nova etapa de organização do trabalho que se apresentava com o fim da escravidão.

Essa estratégia foi tomando proporções maiores e ganhando roupagens mais modernas, afim de aparecer como uma política de extermínio da população negra, a burguesia através de seu caráter liberal foi implantando novas categorias que ganharam coro em vários setores das diversas frações de classe em especial

as economicamente mais favorecidas, a mais conhecida delas é a meritocracia, onde a reponsabilidade do não sucesso é do indivíduo que não se esforçou o bastante, pois partem do princípio falso de que a possibilidades iguais a todos e com o esforço necessário e muita perseverança é possível atingir o objetivo, basta olharmos a quantidade negras e negros em cargos de chefia, ou postos de trabalho que exigem formação superior para vermos quem são esses perseverantes iluminados, além da quantidade de negros e negras nas Universidades que só mudou com as ações e políticas afirmativas, como as de cotas por exemplos, e também de políticas de incentivo fiscal que também beneficiaram e salvaram muitas Universidades privadas, como o PROUNE por exemplo.

Para Boito (2003) em seu texto “A difícil formação da classe operária”, diz que as relações de produção são a referência última das classes sociais, isto é os lugares ocupados no processo de produção basicamente a divisão entre “proprietários não trabalhadores e trabalhadores não proprietários”, está posta a divisão que apresenta coletivos em interesses opostos, voltando a abordar a questão das frações de classe e aí então sua conexão ou não com burguesia ou classe trabalhadora temos a seguinte afirmação:

“Mas isso é só uma possibilidade, encontramos também na própria economia, outras características que podem proporcionar a formação de um campo de interesse comum entre proprietários e trabalhadores .Nas sociedades capitalistas o operário pode, visando preservar seu emprego ou aumentar seus ganhos, ter interesse no crescimento da empresa ou setor onde trabalha, fazendo frente comum com os capitalistas essa empresa ou setor, e ao, mesmo tempo concorrendo com os operários que trabalham em outras empresas ou setores o corporativismo sindical, no sentido gramsciano de egoísmo de fração, é a manifestação mais clara e geral desse fenômeno” (BOITO, 2003:244-245).

O Movimento Negro no Brasil teve várias fases, inclusive um período onde o negro inclusive em sua primeira fase, mais precisamente nos anos 30 teve um caráter nacionalista de defesa da consolidação de uma identidade nacional que os inclui-se, mas essa não era a vontade das elites brasileiras como já vimos aqui, o movimento até então moderado foi tomando proporções mais progressistas tendo parte dele em especial o MNU, movimento negro Unificado entendido que o socialismo era a forma de se construir uma sociedade liberta dessa forma de opressão.

Mas é preciso avançar na discussão de movimento social, desta vez para sua compreensão mais ampla e dentro da tradição marxista, assim Galvão (2011) em seu artigo

“Marxismo e Movimentos Sociais” nos traz elementos e argumentos preponderantes. A autora explica no texto que descartará os conceitos de classe previstos apenas em renda e ocupação, porque segundo ela é evidente que esses conceitos se ocupam fora do marxismo, sendo que as classes como força social em ação não podem ser consideradas como meros reflexos, da posição na estrutura econômica, pois o economicismo anula a política ao anular o comportamento político da situação objetiva da classe, citando Poulantzas, Galvão (2011) expõe que ao recusar uma posição mecânica entre posição no processo produtivo e posicionamento de classe, não estamos descartando a importância de se ressaltar as relações existentes entre ambas.

Porém não se trata de um mero determinismo unilateral, mas de uma multideterminação, segundo ela, tal como concebe Poulantzas, lembrando que para esse autor, o conceito de classe se define simultaneamente no nível econômico, político e ideológico, segundo ela ainda as demandas dos movimentos sociais não põem em xeque o caráter e a existência do modo de produção capitalista por não haver um caráter revolucionário mas de reivindicações imediatas em sua maioria. Ainda que em alguns desses movimentos haja luta antissistêmica que questiona o caráter e o modo capitalista e proponha uma nova ordem sistêmica seu projeto político não está bem definido, além disso os mais comuns são os de reivindicação de demandas pontuais ao Estado, lutas por moradia, educação, políticas públicas, reforma agrária e outros.

Essa breve definição contribui na discussão desse artigo quanto a pensar na contribuição da população negra na formação da classe operária brasileira e na possibilidade em de acordo com o momento histórico atuar e existir, ou até resistir como fração de classe para reforçar essa perspectiva voltamos a Moura (1978) que afirma em “Rebeliões da senzala” que a participação dos escravos nos movimentos políticos que ocorriam durante a colônia e o Império foi decorrente da situação em que estavam, uma vez que eram escravos e constituíam a força produtiva mais importante, mas que tinha contra si a alienação em que se encontrava, que no caso particular do escravo tem características específicas que devem ser analisadas.

“Em primeiro lugar, dentro do conjunto da sociedade, não era a classe que estava ligada aos meios de produção mais avançados. Pelo contrário era fator de atraso no processo de desenvolvimento desses mesmos meios, Por outro lado o escravo não apenas produzia mercadorias dentro de um sistema que dificultava

o desenvolvimento das forças produtivas, mas se constituía também em mercadoria, em objeto de troca. Era então força produtiva em seu sentido global, dentro da sociedade escravista, mas, ao mesmo tempo, do ponto de vista do senhor de escravos, simples meio de produção, equiparado aos animais de tração que eram utilizados no funcionamento dos engenhos, e em outros setores da atividade econômica” (MOURA,1978:71).

Para Coutinho (2011) no livro “Cultura e Sociedade no Brasil”, reitera o caráter de modo de produção pré-capitalista da era colonial, afirma que é o elemento escravista que fornece a marca determinante da formação econômico-social, que por um lado interfere na produtividade econômica, que se mantém estacionária, pois o contrário do que ocorreria no feudalismo, com todas as consequências que nisso resultam para a criação ulterior de um mercado interno, e portanto para “**forma prussiana**”⁴ que prevaleceria quando da transição para o capitalismo. O autor ressalta ainda que a marca escravista sobre a estrutura de classes, a desagregação do trabalho manual que por sua vez é muito mais intensa no escravismo do que no feudalismo, opera no sentido de criar faixas médias, marginalizadas pelo sistema, seja na cidades em seus centros urbanos seja no campo, que então só podem se reproduzir a partir dos favores dos poderosos.

As exposições dos fatores acima não tem nesse artigo apenas a função de um recorte epistemológico, mas de buscar elementos, seja do caráter de classe do negro no regime escravista na relação de produção, com todas as especificidades já expostas quanto para compreender essas categorias, características econômicas e culturais são elementos fundantes da identidade do negro e que constituem a amalgama da população negra na classe trabalhadora e de seu papel na luta de classes.

Os modos de produção em suas várias formas ainda que pré-capitalistas sempre apresentarão classes sociais distintas ou melhor antagônicas, a grosso modo a dos explorados e a dos exploradores com as devidas características de seu tempo, de seu modo de produção, e da conjuntura político-econômica seja no seu território nacional ou na divisão internacional do trabalho

O teórico marxista Poulantzas (1977) em sua obra “Classes Sociais” traz profunda e reveladora análise das diversas expressões dessas classes. Tal análise é preponderante como colaboração para compreender a formação também da classes sociais no Brasil. Sua

⁴ Grifo do autor.

análise traz à luz um olhar para além da visão tradicional das duas classes sociais e chama a atenção para as classes populares e as frações de classe, sendo para ele, uma sociedade concreta. Na maioria das vezes, os estudiosos trataram de uma forma geral e abstrata, tal como modo ou forma de produção capitalista, feudal, escravista etc.

“Os debates sobre a centralidade do trabalho e sobre o trabalho imaterial baseiam-se em uma compreensão reduzida do trabalho, da formação política da classe trabalhadora e das possibilidades de sua luta política. Primeiramente, o trabalhador é vinculado diretamente ao seu posto de trabalho; suas qualificações técnicas informam, assim, as possibilidades de sua prática e consciência políticas como se não existissem práticas políticas para além do trabalho. A classe trabalhadora é definida como uma extensão de suas atribuições técnicas. Há, portanto, uma correspondência indevida entre as formas de apropriação concreta dos saberes empíricos e das potencialidades políticas da classe trabalhadora” (AMORIM, 2011:378).

Quando passamos a compreender classe social, não apenas pelo lugar que ocupa no processo produtivo, superando assim uma redução do conceito, os movimentos dos negros no período pós abolição até a República Velha tiveram várias vertentes e expressões seja nas entidades de ajuda mutua, seja em suas formas com mais consciência de classe e engajamento político mais avançado, não é possível entender a classe operaria brasileira se ignorarmos essa movimentação e a identidade negra forjada nas lutas, na identidade e em sua descendência africana.

Por exemplo, a imprensa negra teve grande papel nesse processo e para o despertar mais incisivo da consciência negra, valorizando e exaltando tudo que era negro, como não havia recursos era um veículo de imprensa alternativa, como por exemplo o jornal “O clarim da alvorada” que trazia páginas de luta e resistência contra a discriminação racial, uma das ações era a de dar visibilidade a biografia de abolicionistas negros como Luiz Gama, André Reboulças, Henrique Dias e Cruz e Souza, o referido jornal encerrou suas atividades em 1932, mas deixou sua marca na comunidade negra paulistana e um legado para futuros jornais da imprensa negra.

Já na década de 1930 o movimento negro dá um salto de organização, com a fundação da Frente Negra Brasileira (FNB) em São Paulo, considerada por muitos a sucessora do Centro Cívico Paulistas de 1926, a FNB, no tabizou-se por defender um programa autoritário e com elogios aos regimes fascistas e nazista, a entidade tinha a pretensão de disputar eleições, teve filiais em vários Estados e chegou inclusive a ser

recebida pelo presidente Getúlio Vargas tendo algumas de suas reivindicações atendidas, sendo uma delas a aceitação de negros na Guarda Civil em São Paulo, no entanto com a instauração do Estado novo em 1937 a Frente Negra Brasileira foi dissolvida.

Não podemos deixar de citar outros fatores importantes para o período, como a fundação do PCB – Partido Comunista do Brasil – Seção Brasileira da Internacional Socialista, em 1922. Em 1928 através de uma frente que o partido compunha o BOC – Bloco Operário Camponês foi eleito nas eleições municipais do Rio de Janeiro, o operário marmorista Minervino de Oliveira para uma vaga na câmara municipal do Rio de Janeiro. Vale lembrar que a referida cidade era então a capital do Brasil, o então operário comunista negro foi candidato a presidente da República em 1930 pelo mesmo Bloco, os comícios desse campo eram interrompidos e atacados a tiros pelo Estado autoritário que se instaurara no país.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há revisionismo histórico que de conta de explicar a formação da classe operária brasileira sem citar com densidade e respeito a contribuição negra nesse processo. Entender as diversas fases do movimento, levar em consideração que, ainda que alguns desse movimentos tivessem apresentado caráter reacionário, era também um esforço para compor a base indetentária nacional, enquanto o Estado aplicava uma política contrária, uma apolítica de extermínio da população negra, como já dito aqui não apenas de seus corpos, mas também de sua existência indetentária, cultural, de seu sagrado e de sua memória.

No começo da Primeira República podemos observar três frações da classe trabalhadora que tinha como eixo a questão racial, os trabalhadores estrangeiros brancos como força de trabalho de primeira categoria e prioritária para ocupar os postos de trabalho, o trabalhador nacional que não passara pelo cativo, que ocupava o trabalho que esses trabalhadores não queriam como trabalho doméstico e trabalho pesado, que exigia grande esforço físico e os trabalhos sazonais, ocupado por aqueles considerados trabalhador de segunda categoria e os negros recém libertos que não estavam em nenhum desses lugares, os que conseguiam uma posição em algum lugar do meio de produção formal não conseguiam espaço nas organizações sindicais extremamente hegemônicas

por estrangeiros em especial italianos, o que já demonstrava resquícios embrionários da oligarquia operária.

A população negra deixa de ter o valor de “mercadoria” para os senhores proprietários e por conta de uma política de branqueamento, também já não servem para o trabalho assalariado. Nota-se que se aprofunda uma estratégia de necropolítica contra a população negra, afim de exterminar sua existência em todos os sentidos, tais frações que dividiam a classe trabalhadora funcionavam quase que como um sistema de estratificação racial, uma vez que era esse o principal corte nesse processo

Embora não se tenha conseguido apagar a memória da população negra, sua cultura e sua identidade, concluo que a política de violência racial continua, e tomou as formas necessárias de acordo com seu tempo e da correlação de forças e do estágio da luta de classes em seus períodos históricos, a reorganização da forças produtivas, a ascensão ou o descenso dos movimentos sociais, sindical e negro, nesse sentido muito do que foi no período descrito nesse artigo ainda ocorre e toma formas de extermínio para além da violência beligerante e aprofunda o extermínio da existência da população negra ainda viva.

O *Biopoder*⁵ ainda é uma poderosa armas das elites, isto é do *Bloco histórico*⁶ ou (Bloco do Poder) para manter-se através da violência de estado no poder, o Estado detentor do monopólio da violência, aplica um projeto de classe, de exploração e extermínio, de

⁵ Biopoder é aquele domínio da vida sob qual o poder estabeleceu o controle. Decidindo quem vive e quem deve morrer, isso como projeto político e de dominação do livro *Necropolítica* de Achille Mbembe, 2018.

⁶ Coloca-se em outro plano, como dissemos, o conceito de bloco histórico, que se refere à questão teórica central do marxismo: a relação entre estrutura e superestrutura, entre teoria e prática, entre forças materiais e ideologia. Gramsci rejeita toda visão determinista e mecanicista desta relação. Não existe uma estrutura que mova de modo unilateral o mundo superestrutural das ideias, não há uma simples conexão de causa e efeito, mas um conjunto de relações e reações recíprocas, que devem ser estudadas em seu concreto desenvolvimento histórico. É fundamental quanto a isso a pesquisa empreendida nos Cadernos do cárcere. Gramsci tende a considerar abstrata a distinção entre estrutura (as relações sociais de produção) e superestrutura (as ideias, os costumes, os comportamentos morais, a vontade humana). Na concretude histórica, há convergência entre os dois níveis, uma convergência que conhece a distinção e a dialética, mas que se resolve numa “unidade real”. Num modo sintético, na forma como podemos como foi empregado no Texto entendemos Bloco Histórico enquanto aliança estratégica e por vezes tática da Burguesia e de agentes para defender seus interesses no Estado, para implementar e legitimar dando legalidade a seu projeto de classe. <https://www.acessa.com/gramsci/?id=632&page=visualizar>.

escolher quem vive e determinar quem morres, seja através das armas, da justiça burguesa e branca, seja através da precarização da vida e da ineficácia e inexistência de políticas públicas, essa política vem se acentuando e apenas um processo de grande mobilização com perspectiva revolucionária pode romper de fato com essa lógica fascista hoje braço armado do projeto ultra liberal.

5. REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. São Paulo: Editora Presença, 1970.

AMORIM, Henrique. *Centralidade e imaterialidade do trabalho: classes sociais e luta política*.

BENEDITO, Deise. *A favelização do complexo do curado e a ilicitude da existência: uma faceta das violações de direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro*. Universidade de Brasília, 2019.

BOITO, Armando. A (difícil) formação da classe operária. In: *Marxismo e Ciências Humanas*. São Paulo: Editora Xamã, 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Cultura e sociedade no Brasil*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2011.

GALVÃO, Andreia. Marxismo e movimentos sociais. *Revista Crítica Marxista*, n. 32, 2011.

JACQUES, Paola B. Estética da Ginga: *A arquitetura das favelas através da obra de Hélio Oiticica*. Rio de Janeiro: Editora Casa da Palavra, 2011.

MOURA, Clovis. *Rebeliões da senzala, quilombos, insurreições e guerrilhas*. 4. ed. São Paulo: Editora Mercado Aberto, 1988.

MOURA, Clovis. *Dialética Radical do Brasil negro*. Rio Grande do Sul: Editora Anita Garibaldi, 2018.

POULANTZAS, Nicos. *Poder Político e classes sociais*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *O Movimento negro e o Estado*. São Paulo: Editora Imprensa Oficial, 2011.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica, biopoder, soberania, Estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: M1 edições, 2018.

_____. DOMINGUES, Petrônio. *Tempo*. vol.12, n.23, 2007.

_____. *PCB 80 Anos de Luta, Hiran Roedel, Aquino, Fernando Vieira, Lucia Baere Naegeli e Luciana Martins*. Fundação Dinarco Reis, 2002.

Apresentação oral

**NEGROS DE BEM: RESPEITABILIDADE E PUNIÇÃO NA
IMPrensa NEGRA PAULISTA**

*GOOD BLACK MEN: RESPECTABILITY AND PUNISHMENT IN SÃO
PAULO BLACK PRESS*

Suzane Eulália de Castro Jardim

Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC.

Bacharel e licenciada em História pela FFLCH-USP.

E-mail: jardim.suzane@gmail.com

Resumo: O artigo apresenta reflexões e algumas conclusões preliminares da pesquisa de mestrado em andamento que têm buscado usar do método genealógico foucaultiano para catalogar e compreender quais foram os discursos criminológicos disseminados em periódicos da imprensa negra paulista entre as décadas de 1930 e 1970. Os marcos temporais se dão pelo surgimento do periódico *A Voz da Raça*, editado pela Frente Negra Brasileira na década de 1930 e pela criação e desenvolvimento do Movimento Negro Unificado (MNU), no final da década de 1970. Para além de identificar rupturas e continuidades entre o MNU e seus antecessores, têm-se como objetivos a compreensão de qual o lugar do negro desviante nessas publicações e a investigação em relação a existência e manifestação discursiva de uma política de respeitabilidade. Considera-se que tal política, apesar de método de sobrevivência e meio incontornável de ter a dignidade coletiva reconhecida na ‘democracia racial brasileira’, também atuou como parte do poder disciplinar, sendo parte intrínseca da construção da identidade negra, da formação da ação política organizada e da linha invisível que separa ainda hoje o nós – negros estudados, comportados e trabalhadores – do eles – negros desviantes, bandidos, matáveis.

Palavras-chave: história, política de respeitabilidade, movimento negro, poder disciplinar, negros de bem

Abstract: The article presents reflections and some preliminary conclusions of the ongoing master's research that have sought to use the Foucauldian genealogical method

to catalog and understand what were the criminological discourses disseminated in periodicals of the São Paulo black press between the 1930s and 1970s. The milestones are given by the appearance of the journal *A Voz da Raça*, published by the Frente Negra Brasileira – Black Brazilian Front in the 1930s and by the creation and development of the Movimento Negro Unificado – Unified Black Movement (MNU), in the late 1970s. In addition to identifying ruptures and continuities between the MNU and its predecessors, the objectives are to understand the place of the deviant black in these publications and to investigate the existence and discursive manifestation of a respectability policy. It is considered that such a policy, despite the method of survival and an indispensable means for the recognition of collective dignity in ‘Brazilian racial democracy’, also acted as part of the disciplinary power, being an intrinsic part of the construction of black identity, of the formation of organized political action and the invisible line that still separates us – behaved and hardworking blacks who studied – from them – deviant, thuggish, killable blacks.

Keywords: history, respectability policy, black movement, disciplinary power, good black men.

Sumário: Introdução. 1. Respeitabilidade e história do presente. 2. Do bom escravo ao mau cidadão. 2.1. Negando e combatendo o mau cidadão. 2.1.1. Termos de inclusão entre outsiders. 2.2. Questionando o negro de bem – o preso como voz. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Em 7 de julho de 1978, em meio a ditadura militar brasileira, o Movimento Negro Unificado (MNU) realizou o ato público que se tornou o símbolo de sua formação. Reunindo mais de duas mil pessoas nas escadarias do Teatro Municipal de São Paulo, o ato histórico teve como motivador o repúdio à expulsão de quatro estudantes negros do Clube de Regatas Tietê, porém Robson Silveira da Luz também figurava como estopim da revolta: Robson foi preso e levado para o 44º Distrito de Guaianases após ser acusado de roubar frutas em seu local de trabalho e de lá nunca mais voltou – terminou torturado até a morte pela polícia do extremo leste da cidade de São Paulo. Se Robson de fato cometeu

o roubo em questão jamais saberemos se usarmos o MNU como fonte – a questão quanto a culpa ou inocência de Robson não foi uma das pautas debatidas publicamente pelo movimento – em momento algum se discutiu se o feirante havia merecido ou não a morte pelas mãos do Estado por ser suspeito de uma infração penal.

A ausência de relativização quanto ao assassinato de Robson foi coerente com outra potência que subscreveu o manifesto de fundação do MNU – o Centro de Lutas Netos de Zumbi, grupo de apoio a causa que se comunicava com o MNU por cartas vindas de dentro da Casa de Detenção de São Paulo, popularmente conhecida como Carandiru. Eram detentos que denunciavam junto ao movimento racial as torturas, violências e arbitrariedades da prisão:

Do fundo do grotão, do exílio, levamos nosso sussurro a agigantar o brado de luta e liberdade dado pelo movimento unificado contra a discriminação racial... Nós presidiários brasileiros contamos com nosso grupo unificado contra a discriminação racial. E aqui estamos no lodo do submundo, mas dispostos a dar nossos corpos e mentes para a ação da luta, denunciar também a discriminação dentro do sistema judiciário. Aqui, no maior presídio da América do Sul (12ª Afro-Latino-América. Revista Versus, Julho/Agosto, 1978. p. 35)

Lá dentro, Neninho do Obaluaê – homem negro atuante nas escolas de samba paulistas e preso pela ditadura militar após conceder uma entrevista crítica ao regime para o jornal *O Pasquim* – dialogava com o MNU e tentava articular a união entre os negros em protesto e todos os detentos do local, detentos que não eram entendidos por ele como ‘presos comuns’ – modo ainda usado para se referir aos detentos que não são encarcerados por motivos diretamente relacionados a oposição ao regime político vigente – mas como presos tão políticos quanto ele. Neninho, em sua autobiografia, chega a reclamar para si a autoria da frase “todo preso é um preso político” (OBALUAÊ, 1999). Verdade ou não, nos importa saber que Neninho, enquanto encarcerado, foi coordenador do primeiro centro intra-cárcere do MNU e, em liberdade, se tornou o único ex-detento da executiva do movimento. Em sua luta, buscou apoio para integrar o Comitê Brasileiro pela Anistia, onde pretendia defender a anistia a presos comuns e a extinção da tortura. Apesar de ter sido incorporado à delegação de negociação, suas petições foram rejeitadas – a aceitação da proposta radical de Neninho dificultaria o êxito da prioridade do momento, trazer os exilados de volta ao país (SANTOS e BORGES, 2018).

Conheci essa história durante minha atuação como professora e militante contra o encarceramento e confesso que me surpreendeu que não fosse uma história conhecida, recontada e reivindicada por todos que atuavam nos coletivos negros e nos grupos críticos à prisão. Na verdade, são pouquíssimos os não-especialistas em história do movimento negro e do cárcere brasileiro que a conhecem. Do mesmo modo, me surpreendeu saber que havia um grupo negro comprometido com a crítica às prisões, conectado às demandas de prisioneiros, reconhecendo a carga política da prisão e disposto a pautar desencarceramento em plena negociação para a abertura política pós-ditadura, mas que teve essa parte de sua história praticamente apagada. Esse apagamento, no entanto, se tornou um disparador de questionamentos: outros grupos negros também lançaram ao público possibilidades radicais de crítica ao sistema penal e foram igualmente apagados ou o Movimento Negro Unificado trouxe uma novidade crítica, alterando padrões em relação aos grupos negros que se mobilizaram publicamente no século XX? Se houve uma alteração de paradigmas críticos, como o sistema penal-punitivo foi discutido entre os movimentos negros segundo os padrões anteriores e porquê? E como tais formulações do passado podem colaborar para pensarmos o modo que os ativistas negros têm tratado a questão penal na atualidade? São essas as perguntas que busco responder em minha pesquisa de mestrado e o presente artigo traz algumas reflexões e achados sobre esse processo que envolve, com destaque, um elemento central – a política da respeitabilidade.

1. RESPEITABILIDADE E HISTÓRIA DO PRESENTE

Pensar como os discursos e métodos de uma militância do passado podem impactar direta e indiretamente o presente têm sido um dos grandes desafios do debate sobre encarceramento em massa. Em *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*, Michelle Alexander (2017) faz uma breve contextualização do que foram os movimentos por Direitos Civis nos anos 1950 e 1960 para tentar explicar o porquê de seus militantes se engajarem tão pouco com o tema do encarceramento em massa, causando um afastamento da velha guarda e de líderes históricos em relação a essa pauta. Para a autora, tal afastamento se relaciona a uma estratégia política nascida nas discussões do pós-escravidão e adotada pelos militantes negros históricos em questão – a política da respeitabilidade. Tal estratégia “baseia-se na noção de que o objetivo da igualdade racial só pode ser alcançado se os negros forem capazes de provar com sucesso aos brancos

que merecem igualdade de tratamento, dignidade e respeito” (ALEXANDER, 2017, p. 298). Se o negro não quer sofrer preconceito, precisa então provar que não há motivo, que é um bom negro e tem capacidade de compor a sociedade de igual para igual sem ser hostilizado, sendo o que chamo nesse trabalho de um “negro de bem”. Nesse sentido, se a categoria ‘criminoso’ estigmatiza o sujeito a ponto de torná-lo inimigo social, o desafio estaria em provar que os negros não são confundíveis com essa categoria, sendo, portanto, ‘respeitáveis’ e merecedores de estima social, fator que termina por afastar aqueles que estão nessa empreitada da respeitabilidade de um engajamento em controversos, que podem borrar a linha que coloca o negro como bom cidadão merecedor de estima social.

A discussão sobre a questão da respeitabilidade entre os afro-americanos é, porém, muito anterior aos escritos de Michelle Alexander – os clássicos debates entre W.E.B Dubois e Booker T. Washington já traziam essa discussão como central no final do século XIX. Enquanto Dubois acreditava que a mobilização e organização política seriam as armas para a construção de uma democracia racialmente igualitária, Washington propunha a aceitação da segregação e um programa de educação intensiva antes que o negro pudesse reclamar por direitos ou questionar as opressões que sofria – para ele, a escravidão tornou o povo negro rude, incapaz de se adequar a norma e de fazer política, sendo necessário que os indivíduos provassem sua aptidão e adequação ou seriam tratados como os demais (DUBOIS, 1999). Já no século XX, a discussão sobre a formação de negros respeitáveis se manteve ativa, principalmente entre negros intelectuais, com vantagens econômicas e líderes religiosos. A análise desses discursos entre grupos levou a historiadora Evelyn Brooks Higginbotham (1993) a cunhar o conceito de ‘política da respeitabilidade’ ao estudar a ação do movimento de mulheres negras da Igreja Batista Afro-americana e notar como tais mulheres usavam os valores morais cristãos como método para aumentar a estima social que recebiam, tentando assim, alavancar suas comunidades ao promover ações de aprimoramento moral.

Apesar de ser um termo cunhado dentro dos estudos sobre relações raciais, a política de respeitabilidade, assim como a falta de centralidade em relação ao problema do encarceramento e punição, obviamente não é particularidade dos movimentos negros. Bernard Harcourt (2014), ao pensar o encarceramento em massa desenvolvido nos Estados Unidos, o percebe como invisível na teoria democrática desde o surgimento da mesma. Segundo o autor, essa invisibilidade se justifica, entre outras coisas, pela política

de respeitabilidade, agora usada de modo abrangente enquanto estratégia de conquista política focada no trabalho com os respeitáveis e morais, não sendo interessante sequer aos movimentos sociais a representação dos presos dada a noção de “imoralidade” do crime. O fato da prisão ter impacto e peso desproporcional entre os afro-americanos e as classes menos favorecidas economicamente também foi visto pelo autor como elemento determinante no desinteresse dos grandes teóricos da democracia liberal pela temática – por não afetar o poder e os grupos dominantes, não parecia tão importante o estudo e denúncia da contradição em planejar uma sociedade democrática unida às retiradas e violações de direitos intrínsecos ao cárcere

Todas as reflexões acima nos trazem novamente para a questão negra brasileira e ao desafio de compreender se a política da respeitabilidade também teve papel definidor no entendimento do negro desviante e do papel do sistema punitivo entre os grupos em luta por reconhecimento social. Longe de entender a história do negro brasileiro como algo a ser comparado com a história afro-americana sem que se leve em consideração os devidos contextos políticos, sociais e raciais, a discussão aqui pretendida não visa usar a história norte-americana como espelho, mas sim, compreender como os grupos e intelectuais negros construíram discursos sobre a questão levando em conta o contexto nacional e negociando espaço dentro da ‘democracia racial’ nacionalmente vendida. Nesse sentido, compreendo a questão de modo similar a historiadora Paulina A. Alberto (2017) que discute quais eram os termos de inclusão postos pela sociedade brasileira aos ativistas e intelectuais negros e como tais sujeitos negociaram seus direitos e identidades em torno dessas possibilidades utilizando a imprensa negra como ferramenta. Pensar a política da respeitabilidade unida aos termos de inclusão para os negros brasileiros existentes no século XX é levar em consideração nossa construção particular de racialidade evitando assim o erro de cunhar juízos de valor comparativos onde a luta afro-americana se torna o modelo e a luta afro-brasileira apenas responde de modo mais ou menos próximo a um padrão sobre o que é ser verdadeiramente combativo ou não.

Grande parte dos estudos sobre as agremiações, coletivos e grupos negros do pós-abolição aponta para a ênfase na necessidade de conquista de respeito e de educar o negro para que pudesse viver em sociedade segundo a moral e a ética vigente, mostrando em diversos momentos como o pedido por certos padrões de conduta e pelo aperfeiçoamento moral dos negros foi parte significativa dos discursos públicos que circulavam pela

imprensa negra nacional.¹ Ou seja, a política da respeitabilidade aparece entre os grupos negros brasileiros do século XX, entretanto, faltam estudos que relacionem essa política da respeitabilidade afro-brasileira com a questão penal, pensando-a como parte que influencia a respeitabilidade desejada e molda identidades e pautas políticas.

A discussão sobre a construção do criminoso enquanto inimigo social passível de desumanização e extermínio é vasta.² O negro brasileiro, desumanizado pela escravidão e marcado como o *Outro*, o *Não-ser* em relação ao saber, progresso, civilização e conhecimento (CARNEIRO, 2005), lutou pelo reconhecimento de sua humanidade, de sua capacidade de participar do mercado de trabalho formal, da educação e da política. Lutou para ter seu lugar de *Ser* reconhecido em uma construção da humanidade que, por certo, passou por um afastamento dos elementos formativos do *Não-ser* – os elementos considerados não humanos. É como parte dessa luta por respeito e reconhecimento que a literatura inclui intelectuais e grupos negros da primeira metade do século XX que centraram seus escritos e lutas na necessidade de criação e ampliação de um corpo de negros respeitáveis, cultos, criativos, trabalhadores, não ligados a vícios e a banalidades mundanas, negros aptos a dividir e se localizar entre os símbolos culturais, morais e econômicos da sociedade vigente – “negros de bem”, os não matáveis. Mas por mais que pareça uma época superada, os tempos atuais ainda nos trazem ecos sobre essa divisão.

Um balanço do Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgado em julho de 2019, indicou que o Brasil tem hoje cerca de 812.564 pessoas encarceradas.³ Segundo análise detalhada sobre a composição dessa população, 54% dela tem entre 18 e 29 anos e 63,6% dos encarcerados no Brasil são negros, uma super-representação que se agrava quando analisamos a situação de cada estado brasileiro: em Santa Catarina, por exemplo, apesar de 15,3% da população ser negra, 42% dos encarcerados do estado estão nessa categoria.⁴ Nas prisões femininas, o

¹ Como exemplo, de autores que trabalharam a luta negra por formação e criação de negros cultos, temos Paulina Alberto (2017), Maria Claudia Ferreira (2005), Marcelino Félix (2001), Michael Hanchard (2001), George Reid Andrews (1998), Maria Aparecida Silva (1997, 2003) entre outros.

² Como exemplo estão as obras de Zaffaroni (2006), Jakobs (2007), Agamben (2007), Boldt e Krohling (2008), Misse (2010 e 2011) e Carvalho (2013).

³ BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. G1, Brasília. 17 de julho de 2019.

⁴ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2017.

número de internas cresceu 656% entre os anos 2000 e 2016. Em estados como Alagoas, Amazonas, Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo e Goiás, Paraíba e Rondônia, mais de 70% das mulheres encarceradas são negras. Em estados como Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Pernambuco, Piauí e Tocantins as mulheres negras compõem mais de 85% das encarceradas.⁵ O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, revelou que mais de 47 mil pessoas foram vítimas de homicídio em 2019 – 74,4% do total das vítimas eram negras, porcentagem que chega a 79,1% entre as vítimas de intervenção policial.

Para além de revelar uma política em segurança pública desastrosa em exercício há décadas, esses números revelam que é a juventude negra que vem sendo mais atingida pelo encarceramento em massa, a violência urbana e a violência de Estado. Esses dados são conhecidos pelos movimentos da atualidade que denunciam os números, fatos e injustiças desse processo, entretanto, parte parece não focar em um dos principais pontos em comum entre todos esses elementos: a lógica criminal-punitiva, sua manutenção e naturalização. Estudos como os de Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006) apontam esse esquecimento iluminando o central da questão: o sistema penal é uma das ferramentas mais elaboradas e efetivas do histórico genocídio da população negra brasileira, fator que foi minimizado pela criminologia crítica e segue com dificuldades de ser incorporado em sua plenitude pelos movimentos sociais racializados:

Têm sido possível criar e acompanhar mobilizações de grande porte alavancadas por movimentos negros, muitas das quais participei, porém percebe-se que as mobilizações e a atenção dada para temas relacionados ao cárcere e a violência de Estado terminam por impactar, engajar e se tornar de fato pauta de ativistas em massa quando estão relacionadas a pessoas inocentes – aqueles que melhor se encaixam no discurso pré-formulado sobre ‘vítima’, que cumpriram as regras sociais e demonstravam ser bons trabalhadores, estudantes, pessoas cheias de vida que foram encarceradas por engano ou assassinadas a sangue frio por uma força policial que não quer ou só não sabe diferenciar o trabalhador do bandido.

A campanha pela liberdade de Rafael Braga Vieira, a Chacina de Costa Barros, o desaparecimento do pedreiro Amarildo, execuções brutais como a de Luana Barbosa

⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres (2. ed.). 2018.

e Cláudia Ferreira e, mais recentemente, o assassinato dos jovens Ágatha Félix e João Pedro Mattos são exemplos óbvios e cruéis da falência de nosso sistema que chegaram a mobilizar grupos, organizações e movimentos antirracismo – foram campanhas, textos, esforços para pautar as grandes mídias, denúncias, vigílias, atos e manifestações que levaram centenas às ruas em diversas ocasiões.⁶ Sem diminuir a necessidade e a importância das manifestações e ações focadas em apontar a injustiça contra inocentes, chama a atenção o fato de que as torturas em penitenciárias, execuções de dezenas sob tutela do Estado em rebeliões e conflitos na prisão, a violência das facções e a execução a queima roupa do traficante varejista também são exemplos que surgem do mesmo sistema em colapso, mas que não costumam fazer parte das demandas por mobilização dos movimentos. São casos que atingem pessoas que fugiram do modelo da boa cidadania, da ética do trabalho, da meritocracia e de certa moralidade. Para a massa, são os inimigos da sociedade – os desviantes que merecem o sofrimento –, já para os movimentos sociais, são elementos complexos demais, difíceis demais, incapazes demais de gerar a comoção necessária para campanhas de massa e que ainda possuem em si a potencialidade de fazer com que questionem a ética e a moral das demandas dos grupos em luta.

Compreendendo essa dificuldade atual, muitas vezes não comentada às claras, se pretendeu seguir o exemplo de Michael Foucault em *Vigiar e Punir* onde o autor afirma que a motivação que o levou a estudar as prisões do passado foi justamente as condições das prisões que lhe eram contemporâneas. Nesse sentido, o autor se propôs a investigar o passado a partir de desconfortos do presente, tentando entender como o poder lidou antes com as questões que lhe eram caras, sem desse modo “fazer a história do passado com os termos do presente”, mas sim realizando uma “história do presente” (FOUCAULT, 2010, p.33-34). Com tais questões em mente, a pesquisa tem o objetivo de contribuir com a

⁶ Sobre o caso Rafael Braga – <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/stf-concede-prisao-domiciliar-para-rafael-braga.ghtml>;

Sobre a Chacina do Costa Barros: <https://anistia.org.br/cinco-vidas-interrompidas-um-ano-da-chacina-de-costa-barros/>; caso Amarildo: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/caso-amarildo/caso-amarildo-a-historia.htm>; caso Luana Barbosa: <https://ponte.org/a-historia-de-luana-mae-negra-pobre-e-lesbica-ela-morreu-apos-ser-espancada-por-tres-pms/>; caso Cláudia Ferreira: <https://pt.globalvoices.org/2014/03/24/claudia-ferreira-da-silva-morta-em-acao-policial-tornada-invisivel-pela-midia/>; caso Ágatha Félix <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/23/entenda-como-foi-a-morte-da-menina-agatha-no-complexo-do-alemao-zona-norte-do-rio.ghtml> e caso João Pedro <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/20/o-que-se-sabe-sobre-a-morte-a-tiros-de-joao-pedro-no-salgueiro-rj.ghtml>.

construção de uma história do presente focada em como a questão da respeitabilidade transitou no discurso negro militante em conflito e em diálogo com o poder e a punição – o alimentando e sendo alimentado por ele em um relacionamento intrínseco com a disciplina e a biopolítica. A análise das fontes virá com o objetivo de “traçar a curva lenta de uma evolução, mas para reencontrar as diferentes cenas onde eles desempenharam papéis distintos” (FOUCAULT, 2017, p. 57). A lógica de ‘negro de bem’ não é a mesma nos anos 1930, nos anos 1970 e hoje – não define as mesmas coisas e não tem o mesmo sentido, assim como o entendimento das prisões, da punição e do caráter do sujeito desviante – o desafio metodológico é o de encontrar elementos discursivos no material empírico que permitam o entendimento sobre a quais jogos, quais lutas e quais disputas o discurso de cada época pertence.

Para alcançar tais objetivos, se optou por buscar os discursos criminológicos produzidos por periódicos da imprensa negra paulista – um conjunto de jornais e revistas produzidos por negros letrados, editados e postos em circulação em diversas cidades do estado de São Paulo entre as décadas de 1930 e 1970. Os marcos temporais escolhidos se dão pelo surgimento do periódico *A Voz da Raça*, editado pela Frente Negra Brasileira na década de 1930, o maior movimento negro de massas da história do país, e pela criação e desenvolvimento do *Movimento Negro Unificado* (MNU), no final da década de 1970. A busca por discursos criminológicos na imprensa negra paulista vem metodologicamente de encontro com o pressuposto teórico de que o crime, o criminoso, a prisão e os sentidos comuns e jurídicos sobre tais questões não são absolutas, mas frutos dos poderes em ação em determinado momento político (CIRINO DOS SANTOS, 2014). Tais definições são alimentadas e se tornam verdades não verticalmente, mas de modo horizontal, o que leva a compreensão de que a imprensa negra também criou discursos criminológicos em seus escritos, influenciados pelo poder e os influenciando, mutuamente.⁷ Analisando os discursos desses escritos, busco compreender se e como a política da respeitabilidade teve impacto na construção discursiva do movimento negro paulista e quais as possíveis ligações dos discursos produzidos com o poder e a questão criminal. Não há aqui a pretensão por

⁷ Para além da obra foucaultiana, esse entendimento quando aos discursos criminológicos é aqui influenciado pela produção dos professores Nilo Batista e Vera Malaguti Batista, principalmente em relação a criação da revista *Discurso Sediciosos*, do Instituto Carioca de Criminologia e a obra ‘O medo na cidade do Rio de Janeiro’ (2003) onde Vera Malaguti faz um excelente trabalho mostrando a formação de “discursos do medo” como instrumento de políticas repressivas brasileiras.

uma história do progresso do movimento negro ou uma investigação sobre a origem dos problemas atuais – busca-se fragmentos sobre o poder e relações desses movimentos com ele, compreendendo que tais periódicos só puderam existir e chegar até nós por serem expressões de uma relação de grupos negros com o poder, um espaço onde “se chocam com o poder, se debatem com ele, tentam utilizar suas forças ou escapar de suas armadilhas (FOUCAULT, 2003, p. 207)”.

Ao todo foram identificados um universo de 24 periódicos produzidos e/ou circulados no estado de São Paulo, em um total de 253 edições acessíveis. Até o momento, 135 edições já foram analisadas, ultrapassando assim metade do corpo documental. O que se segue serão algumas reflexões e conclusões preliminares sobre o corpo documental analisado até o momento, com a apresentação de algumas hipóteses de como compreender toda a questão.

2. DO BOM ESCRAVO AO MAU CIDADÃO

Para além da oposição entre respeitabilidade e desvio, existem ainda os marcadores sociais que sempre relacionaram certos grupos ao desvio e incorporaram no imaginário nacional estereótipos os quais o negro se viu obrigado a lidar e combater no seu dia-a-dia. Clóvis Moura, em *O negro: de bom escravo a mau cidadão?* (1977) foi um dos intelectuais que apontou para a existência de uma construção imagética e simbólica do negro ditada pelas classes dominantes e massivamente disseminada na sociedade. Tal construção, segundo o autor, prendia a população negra em uma dicotomia exemplificada pela oposição entre bom escravo e mau cidadão. Cada uma dessas categorias carrega significados e processos que afastam ou aproximam o negro do que chamo de demanda branca por respeitabilidade.

O bom escravo foi uma imagem construída baseada naquele negro que, apesar da violência e dos maus tratos da escravidão, manteve-se servil e fiel a seus senhores, aceitando a precariedade e os maus tratos para quem sabe um dia e nos termos do branco, ter sua redenção tutelada. A figura da mãe – preta, a qual Clóvis Moura categoriza como “símbolo masoquista” (MOURA, 1977, p.18) é símbolo dessa alegoria – aquela que cuida e cria as crianças brancas, alimenta a família sempre com um sorriso no rosto e responde a escravidão com harmonia e doçura. Esse bom escravo tem como oposição a figura do

escravo rebelde – o que se aquilombou, participou de revoltas e se manteve em guarda construindo resistência ao regime escravocrata.

Com o pós-abolição, a figura do escravo rebelde se reformula e o negro passa a ser associado pelos brancos a uma imagem abstrata de mau cidadão construída com base na desconsideração das condições a que a negritude foi legada no pós-abolição e nos padrões morais racistas da branquitude. Tal categoria aparece, segundo o autor, de duas formas:

O mau cidadão negro seria, desta forma, o radical contestador ou descontente, que se insere nas diversas organizações ou grupos que procuram dinamizar a realidade social a fim de integrá-lo definitivamente no nível de cidadão, ou o que foi atirado, por um longo e inexorável processo de marginalização, ao alcoolismo, a prostituição, ao crime, a mendicância e outras formas de comportamento social assimétrico. (MOURA, 1977, p. 27 – 28)

O negro radical e contestador é entendido como mau cidadão por ser a versão liberta do escravo rebelde – aquele que se coloca politicamente em denúncia ao racismo sem mostrar gratidão aos brancos, reclamando do pouco que a sociedade lhe dá e buscando táticas radicais de mudança. Já o negro marginalizado, o que se associa ao desvio, têm sua imagem retoricamente utilizada como prova de que o negro não sabe desfrutar de sua liberdade, sendo inferior ao branco e incapaz da vida em sociedade:

A imagem abstrata que os estratos superiores que se julgam brancos têm do negro é reflexa dessa realidade social, econômica e cultural na qual ele se encontra imerso. Concluem daí que ele não tem condições para desfrutar da liberdade, pois dissipa-a na cachaça, no amor livre e na maconha. Para esses estratos, o negro, desde que conseguiu livrar-se do cativeiro vem demonstrando como, por uma questão de inferioridade congênita, incurável, não tem condições de competir com o branco, que é visto como membro de uma raça mais inteligente, limpo, culto, que pauta o seu comportamento por padrões morais mais elevados aos quais o negro não poderá chegar (MOURA, 1977, p. 19)

Tais categorias – o mau cidadão enquanto marginal ou enquanto contestador, são entendidos pelo autor como tipos ideais que sintetizam a “essência contraditória dos valores da sociedade capitalista brasileira em relação aos seus estratos inferiorizados e marginalizados” o que acaba por se transformar em “uma série de medidas práticas de controle social e atos repressivos que servirão para manter inalterados os padrões e valores tradicionais.” (Idem, 1977, p. 28). Tal fator o leva a afirmar que

(...) a ruindade e bondade são conceitos criados por uma classe social que detém condições de estabelecer o que é bom e o que é mau de acordo com os

valores e ideias dominantes. São valores já estabelecidos e que se chocam com os emergentes na sociedade, pois, nem sempre, ou melhor, quase nunca, aquilo é bom para os estratos que se situam no cume da pirâmide. Por outro lado, o conceito de moral e a formalização de uma ética são também condicionados pelo tipo de estrutura social existente que lhe imprime o ethos fundamental e dominante (MOURA, 1977, p. 28)

Nesse sentido é possível afirmar que a luta pela respeitabilidade torna-se também uma luta para que se possa ser enquadrado dentro dos preceitos dominantes sobre moral e bondade, tornando-se assim parte de um desejo que é o desejo branco em relação ao comportamento negro, um desejo passível de controle e punição exemplar quando é quebrado. Nesse sentido, a punição, o controle e a respeitabilidade possuem uma ligação intrínseca, sendo impossíveis de serem pensados separadamente. Os esforços para se manter respeitável são também esforços de auto proteção para se manter dentro do esperado e longe da repressão.

Pensando o corpo documental consultado junto as categorias de Clóvis Moura, foi possível até o momento identificar dois momentos distintos dos discursos sobre o crime encontrados nos periódicos da imprensa negra paulista. Um deles, vai dos anos 1930 até a década de 1960 e é marcado por forte silêncio em relação aos temas da violência policial, prisões e desvios criminais, mas, principalmente, por uma negação da categoria e um combate a ligação do negro com qualquer tipo de desvio, principalmente o alcoolismo, a criminalidade e a vadiagem. Nesse período, a luta pela respeitabilidade se faz amplamente presente. Já no segundo período, a década de 1970, se percebe uma ruptura onde os jornais passam a enfrentar as categorias morais, não silenciando mais para temas antes raros e dando voz àqueles que antes não surgiam ou apenas apareciam como indesejáveis – os detentos. Apresento agora alguns exemplos sobre os dois períodos identificados.

2.1 Negando e combatendo o mau cidadão

Nos periódicos consultados escritos e circulados durante as décadas de 1930, 1940, 1950 e início da década de 1960, têm-se um fenômeno – quem os lê pode vir até mesmo a acreditar que a violência e o assédio policial não eram uma questão para os negros, senão muito raramente. As pautas são muitas: denúncias de discriminações cotidianas como impedimentos de negros em entrarem em clubes e hotéis, textos que tentam incentivar a autoestima e a solidariedade entre negros, celebrações a artistas, escritores e heróis negros

esquecidos e convites para festas, bailes e outros espaços para socialização entre negros, entretanto são poucas as menções a episódios que envolvem a polícia. Isso, porém, não significa que a polícia não esteja presente nesses periódicos: uma série de homenagens, visitas e elogios são feitos a chefes e inspetores de polícia, principalmente quando negros. Reclamações e denúncias de fato, quando aparecem, surgem de um modo específico: na primeira edição do periódico da Frente Negra Brasileira, o *A Voz da Raça*, surge uma nota endereçada ao chefe de polícia da região em protesto a ordem de prisão dada por inspetores de segurança a jovens negros que deixavam a sede da organização após um ensaio teatral.

(...) realmente não havia o menor motivo para que tal medida fosse tomada: todos se portavam dignamente e os rapazes daqui saíram acompanhando as senhoritas para gentilmente conduzi-las às suas residências, por cautela, devido ao adeantado da hora. É necessário que o Sr. Dr. Chefe da Polícia tome uma providência a fim de coibir tais abusos de seus subordinados. A Frente Negra não é uma organização suspeita ou clandestina e por isso deve ser merecedora de respeito, não devendo os seus sócios serem detidos ou passar por vexames ao saírem da sede da mesma. Aí fica, pois, a nossa justa reclamação a S. EX. para que tal fato não mais se reproduza. (*A Voz da Raça*, n. 1, 18/03/1933)

A ordem de prisão não foi merecida, dado que todos os jovens se portavam dignamente e, principalmente por não ser a Frente Negra uma organização suspeita ou clandestina. É o comportamento exemplar e o status da organização que tornam a prisão injusta e os jovens merecedores de respeito. Do mesmo modo, o episódio parece desconectado de práticas comuns da polícia – surge como equívoco injusto diante de tão bons negros abordados, mas não como conduta comum a qual diversos outros negros também estão sujeitos. É algo episódico, um equívoco contra quem não merece, dando a entender que, em alguma parte existe aqueles que não se comportam dignamente e merecem tal abordagem.

Também raras são as poucas menções dadas a prisões e crimes urbanos em geral. O jornal *O Progresso* foi um dos poucos a quebrar essa lógica ao noticiar um crime de morte contra um operário, cometido por um assassino reincidente. Ao término da nota, apontam que “Um criminoso reincidente em liberdade é um atestado flagrante de que ainda carecemos de um local para instalar esses indivíduos que os anos de reclusão não conseguiram indicar o caminho do dever.” (*O Progresso*, n. 26, de 31/07/1930). Entende-se então que a função da prisão seria a de indicar o caminho do dever, endireitar o ser, o

resignar para a vida em sociedade – torna-lo, talvez, respeitável. Uma missão que falhou em relação ao caso indicado, deixando no ar a possibilidade de a prisão não ser suficiente para casos do tipo. Se carece de um espaço para casos do tipo – que tipo de espaço e qual o seu caráter não se sabe.

Apesar dessas raras passagens, o que de modo algum é raro são as negações e afastamentos discursivos às categorias de mau cidadão postas por Clóvis Moura. Em relação ao negro radical e questionador, os discursos encontrados nesse período apontam para como as demandas e questionamentos raciais expostos pelos movimentos e periódicos são justos e não possuem intenção de criar conflitos. Há todo um trabalho de diálogo e legitimação da iniciativa de colocar um periódico sobre raça em circulação, com textos endereçados a brancos, mas também a negros que possam desconfiar das intenções de quem escreve. A ênfase aparece sempre em reafirmar que não se quer segregação, revolução ou supremacia – o que querem é chances de se colocar na sociedade de um modo digno, sem prejuízo ou risco a nenhuma das partes e, principalmente, focando no desenvolvimento da instrução e no erguimento moral do negro, uma demanda que aparece em todos os periódicos, sem exceção.

Já em relação ao mau cidadão enquanto desviante, se vê um rechaço das categorias associadas a marginalidade que passa pela condenação do alcoolismo, denúncias de maus comportamentos nos bailes e passeios pela cidade de São Paulo, um regramento da vida e da descoberta sexual dos jovens, uma condenação da vadiagem e das demais condutas ligadas ao desvio. O crime é um tema do qual pouco se fala diretamente, entretanto, há a todo tempo tentativas de se diferenciar em relação ao que a sociedade entende como vil e desviante. Um exemplo está no modo como a Frente Negra Brasileira se colocou em relação a seus opositores:

A Frente Negra surgindo teve desde logo que lutar por toda parte contra certos negros que se insurgiram contra ela por negar-lhes certas coisinhas que todo homem normal sem distinção negaria: bailes, alcoolismo, prostituição e bagunça. É que tomados e escravizados pelo vício e pelos maus costumes e maus exemplos de que somos testemunhas já não suportam bom remédio. Esses são os soldados de que falamos nesta crônica e caso não tratem da sua saúde moral e mental, tornar-se-ão cadáveres ambulantes, então, nada mais nos restará senão fugir dos miasmas. (*A Voz da Raça*. São Paulo. n.º8, 06/05/1933. p.2)

Os frente negrinos seriam aqueles que negam a desordem, os representantes do ‘homem normal’ e aqueles negros com os quais disputam são os que estão ‘escravizados pelo vício e pelos maus costumes’, trazendo ‘maus exemplos’ que os transformarão em ‘cadáveres ambulantes’ dos quais os negros frente negrinos – negros de bem – devem se afastar. A metáfora do ‘cadáver ambulante’ é particularmente importante aqui: longe dos preceitos que formam um homem negro respeitável, educado e ‘de bem’, torna-se o negro sem vida ou passível de perde-la.

A demanda pela educação e levantamento moral do negro nos trazem outros exemplos de negação discursiva do marginal. Em um texto, de 1930, se comenta que apesar dos linchamentos de negros comuns a época nos Estados Unidos, os “americanos” conseguiam instruir os negros, lhes dando educação e os tornando “fortes, enérgicos, resistentes, trabalhadores e prósperos”. Diante da comparação, o autor afirma que “a prova é que o negro nos Estados Unidos levanta a cabeça, tem audácia e desassombro, ao passo que o nosso negro bebe cachaça e morre.” (*O Clarim da Alvorada*, n. 20, de 28/10/1929, p. 4). Novamente a morte como destino daquele que não se instruí, não trabalha, não prospera, mas também temos aqui o álcool, como marca do desvio que leva a essa morte.

É essa mesma cachaça que aparece como causadora de boa parte dos desvios em um grande número de periódicos onde se apoiam campanhas contra o alcoolismo, se elogia a Lei Seca norte-americana e se pede para que o negro de bem se afaste de tal mal.

(...) aí está o motivo da prostituição, do roubo e do assassinato; mulheres pedintes, crianças doentes, pequenos principiantes do roubo, e as cadeias e hospitais cheios de gente, a Polícia sem sossego e a Medicina a estudar, os sociólogos a procurar a causa de tantos problemas. (...) Irmãos negros, combatamos o álcool, nas suas diferentes formas, que seja lenta essa marcha, mas constante para que desta geração que morre, ressuscite uma outra fonte, mas de gigantes em matéria e em espírito. (*A Voz da Raça*. São Paulo. n.8, 06/05/1933. p.2)

Em 1946, o jornal *O Novo Horizonte* já lança sua primeira edição com seu lema em primeira página – “Para ser bom negro, se culto – o futuro de nossa raça o exige” (*Novo Horizonte*, n.1, maio de 1946, p. 1). Compreende-se que o futuro da raça aparece como ameaçado e dependente da união de negros cultos para ser garantido. O ‘bom negro’ aparece como figura desejável em oposição ao mau negro que não quer estudar, se perde em meio a bebedeira e a vadiagem, mas o mesmo periódico publica o quanto a formação de bons negros está ameaçada. Em uma matéria onde entrevistam Professor Eusébio,

homem negro, dono de uma escola de nome Cruz e Souza, lhe perguntam se os negros têm aparecido em busca de aulas, a resposta afirma:

- Doí-me o coração em dizer a pura realidade, mas o negro não quer escolas nem de graça, pois tenho franqueado alguns dos meus cursos com intuito de ajuda-los porque conheço a dificuldade com que a certos elementos de minha raça lutam, mas eles decepcionam me rejeitando minha oferta ou prometendo aparecer, mas nunca aparecem. Francamente, não sei como se há de resolver o problema do negro, se a maioria rejeita a parte principal que é a instrução. (*Novo Horizonte*, n.7, novembro de 1946)

Têm-se aí uma impossibilidade: para que seja um bom negro é preciso instrução e só aos bons negros cabe a estima social, mas a maioria rejeita essa instrução quando ela é oferecida. Diversas outras notas e matérias apontam esse fato e culpam o negro por sua própria marginalidade – ele não consegue pois não tenta, não se esforça, não vai procurar se instruir mesmo quando lhe oferecem isso gratuitamente. Têm-se aí uma tensão onde um grupo de bons negros se põe como forçado a representar os maus negros que não buscam a instrução ao mesmo tempo que os repelem, não querendo o contato pois o contato com o mau cidadão pode colocar em risco a luta daquele que se esforçou para ser visto como bom. É um convite aberto para que o negro vá se instruir, mas, fora desse espaço de elevação, pouco há de ser feito. Se esboça nesses discursos uma linha divisória entre os negros de bem, os bons negros e os negros que nada querem da vida, os marginais – uma linha que é reforçada em discursos como o abaixo:

Moços e moças batalhando por este lado, o lado certo e honrado é querer ver, num futuro próximo, menos bêbados e mais homens, menos casebres e mais casas, menos crimes e mais respeito, menos miséria e mais prosperidade. Sim-encontraríamos mais felicidade e menos infelicidade. (*Niger*, n.3, setembro de 1960)

Fala-se em lados, frentes de batalha onde os negros de bem tentam erguer os demais com bons exemplos, mas precisam sempre lidar com o outro lado, mais numeroso e promotor de infelicidade. Aqui, o contrário de crime é justamente o ‘respeito’ – ser respeitável é também não ser criminoso e é preciso lutar por isso. Segundo o jornal *Novo Horizonte*, essa batalha é urgente, pois existe um “câncer social”, composto por “malandragem, crime e sentimentos mesquinhos”, por isso, o periódico propõe “que se reúnam os indivíduos ainda não contaminados por esse vírus terrível”, e que “sejam infiltrados nesses meios viciados, hábitos, atitudes dos antepassados que tinham uma sociedade rígida, metódica,

antiquada talvez, mas sensata de nobres sentimentos e elevadas atitudes” (*Novo Horizonte*, n. 65, outubro de 1954). Há aqui um convite para que os não infectados pelo vírus do crime e da malandragem infiltrem hábitos mais rígidos entre os meios viciados – é preciso promover a disciplina e combater aqueles que a põe em risco.

3.1.1 Termos de inclusão entre *outsiders*

Tais discursos, presentes entre demandas pela educação e união do negro, ao invés de nos oferecerem uma postura anacrônica para criticar o conservadorismo dos movimentos e lutadores negros do passado, nos ajudam a compreender os termos de inclusão (ALBERTO, 2017) a que eram expostos e submetidos. Para garantir a vida, o trabalho, a aceitação, a não violência e a assimilação pacífica em uma sociedade racista, foi necessário negociar com seus valores e fortalecer a comunidade negra para que se desenvolvessem enquanto aptos para desfrutar da sociedade paulista. Tal estratégia, creio eu, construiu a figura do negro de bem – respeitável e disciplinado – em uma autodefesa que visava um fortalecimento necessário para que o negro pudesse se integrar à época, um meio incontornável de ter a dignidade coletiva reconhecida.

Percebe-se então uma busca por integração na sociedade branca paulista que tem como um dos seus efeitos a criação e alimentação de uma relação do tipo estabelecidos-*outsiders* dentro do seio de um grupo *outsider*, grupo não plenamente estabelecido na ‘democracia racial’ brasileira. Ao explicar o papel desempenhado pelas diferenças entre normas e padrões de autocontrole nas relações estabelecidos-*outsiders*, Norbert Elias nos diz:

A aprovação da opinião grupal, como veremos no estudo sobre Winston Parva, requer a obediência às normas grupais. A punição pelo desvio do grupo ou, às vezes, até pela suspeita de desvio, é perda de poder, acompanhada de rebaixamento do status. (...) A auto-regulação dos membros de um grupo estabelecido muito coesa está ligada à opinião interna que esse grupo faz de si. Nesse caso, a susceptibilidade desses indivíduos à pressão do “nós” [*we group*] é particularmente grande, pois pertencer a tal grupo instila em seus membros um intenso sentimento de maior valor humano em relação aos *outsiders*. (Elias, 2000, pp 40 – 41)

Os grupos estabelecidos exercem pressão dentro do seu grupo – o *we group* – uma pressão que faz com que todos os seus membros se mantenham eternamente alertas para não serem punidos ou rebaixados diante de desvios. Com os dados coletados nos periódicos

paulistas de 1930 a 1960, percebe-se que há uma outra configuração: existe uma pressão de conformação, mas não apenas por parte do *we group* dos negros de bem ligados aos periódicos analisados pois esse *we group* não é de fato parte dos estabelecidos da São Paulo do século XX. O estabelecido é o branco. O respeito que se busca é o respeito do branco e de seus representantes na alta classe, na academia, na política e também na polícia. Os negros que escrevem e se posicionam na maioria dos periódicos, estão susceptíveis não só às pressões de seus semelhantes, mas, e principalmente, às pressões de uma sociedade racista, disciplinar e punitiva que o quer ‘de bem’ ou o vê enquanto marginal – bom escravo ou mau cidadão, um corpo dócil ou um corpo matável (FOUCAULT, 2010, p. 135 e AGAMBEN, 2004).

Entretanto, ao enfatizar seu lugar junto a norma para se manter enquanto corpo não matável, se reforça a diferença em relação a parte do grupo negro que não o faz e vê-se desenvolver o profundo constrangimento apontado por Elias na relação de estabelecidos e *outsiders* onde o medo do contato com o grupo marginalizado está no fato de que os últimos infligem normas que os que buscam se estabelecer são obrigados a observar e de “cuja observância dependem seu autorrespeito e o respeito dos semelhantes” (ELIAS, 2000, pp 49).

Desse modo, os vínculos entre grupos que produziam os periódicos em questão e sua tentativa/necessidade de fazer parte do grupo estabelecido de uma sociedade branca exerceu função reguladora no modo como escreveram seus discursos e colocaram suas pautas. Isso termina por colocar como relativa à autonomia do sujeito – ele precisa viver de acordo com a regulação social para se manter, não só enquanto pertencente a seu grupo de negros de bem, mas enquanto respeitável em uma sociedade racista e punitiva.

2.2 Questionando o negro de bem – o preso como voz

A segunda metade da década de 1960 e o início da década de 1970 deixaram poucos periódicos para análise. A perseguição aos coletivos negros e a censura da ditadura militar podem ser causadoras de tal fenômeno que criou um buraco documental que se interrompe a partir de 1974, com alguns periódicos acessíveis ao pesquisador disponíveis para a análise. O curioso está, principalmente, no fato de que ao iniciar a leitura dos periódicos escritos na década de 1970, tudo parece mudado e diferente: nota-se um

enfrentamento quase inédito no material das categorias de mau cidadão e da moral imposta. Esse enfrentamento já aparece, em primeiro plano, com as constantes exposições sobre violência policial contra sambistas, favelados e estudantes negros.

Na madrugada de 02 de dezembro, o Centro de Vivência dos Alunos da UNICAMP foi invadido pela polícia militar, que usou e abusou da violência. (...) Como sempre, com os negros os policiais se tornam muito mais autoritários, agressivos e violentos. “Pior raça do mundo”, “negros e vagabundos”, “prostitutas”, “marginais” foram os menores insultos ouvidos. Na sociedade em que vivemos, ser negro é ser “bandido”, “marginal”, “prostituta”, “viciado”, um cidadão de segunda classe. A polícia é o braço armado da sociedade e, em se tratando de negros, é o braço implacável que acoberta sevícias e espancamentos. O clima de repressão que paira sobre a comunidade negra está insuportável. Fatos como esses acontecem corriqueiramente. Os responsáveis pela violência continuam impunes. Mas já está na hora de darmos um basta nisso, não?” (*Jornegro*, n. 6, 1979, p. 4)

Ao apontar que ser negro na sociedade em questão já é ser ‘bandido’ e ‘marginal’, apontam para o processo de estigmatização e perseguição policial que por certo não havia começado na década de 1970, mas agora tinha um novo ambiente para ser denunciado. Esse novo ambiente trouxe como novidade, além das denúncias e reconhecimento da ação racista da polícia, a inserção do cárcere enquanto tema e o desviante como sujeito com direito a voz, algo que os periódicos de 1930 a 1960 sequer pincelavam. As sessões “Cartas do Cárcere” de periódicos como a sessão *Afro-Latino-América* da revista *Versus* enfrentavam a lógica da respeitabilidade, abrindo caminho para uma crítica às prisões vinda dos próprios prisioneiros.

Em uma carta datada em 09 de outubro de 1975 e enviada para publicação no periódico *Árvore das Palavras*, Negro Maninho, escreve de dentro da cela forte do Centro de Detenção onde contou que após 60 dias na prisão, se sentia como em um colégio onde dizem que irão ensinar boa educação, mas onde os direitos humanos foram totalmente esquecidos. Em seu relato, descreve sua cela e alguns dos seus colegas que sempre tentavam a fuga sem sucesso. Fala dos desrespeitos e provocações dos funcionários e das condições precárias de vida em um relato cru que o humaniza ao mesmo tempo que denuncia suas condições. (*Árvore das Palavras*, n. 12, junho de 1976, p. 3).

A pesquisa atualmente encontra-se em fase de análise dessa virada, tentando compreender como as categorias crime, criminoso, punição e as ideias que formam o

negro de bem aparecem nesse novo momento. Apesar do corpo setentista dos periódicos ainda estar em análise, é visível que a ruptura tem base e que se sustenta nos poucos textos já lidos. Um leitor escreveu ao periódico *Jornegro* para se queixar quanto ao fato de que não via na publicação notas sobre formaturas, recém ingressos nas universidades e outros dados que antes eram comuns em periódicos negros por serem usados como elementos para demonstrar os que estavam vencendo, trazendo assim orgulho e esperança aos que ainda aguardavam sua chance. Para quem se acostumou a ler as publicações de 1930 a 1960, se torna uma surpresa ler a resposta dada pelos editores do *Jornegro* a essa indagação:

A ascensão social de uns quase sempre mascara a dificuldade de muitos. Já não se trata apenas, de entrar na universidade e nela se “formar”, mas, ter a noção do afastamento e da inconsciência do sucesso pessoal. Lamentos. As verdadeiras estacas para a construção, só serão firmadas, sobre o cadáver do individualismo estéril. Enquanto está difícil chegar ao agricultor, continuamos plantando o mutirão. (*Jornegro*, n. 07, 1979, p. 19).

A resposta rompe com os preceitos da respeitabilidade a incluindo enquanto avanço individualista que pouco colabora para o progresso da raça negra como um todo. O que antes era inevitável e necessário, se torna algo a que pretendem levantar estacas sob o cadáver. Ao mesmo tempo, tal passagem nos mostra que não é apenas no campo da respeitabilidade que as coisas mudaram. Toda a década de 1970 trouxe uma série de questões nacionais e internacionais que alteraram o direcionamento do movimento negro, o radicalizando e o tornando menos dependente dos filtros morais da sociedade. Abre-se aí o caminho para o questionamento das figuras do mau cidadão e dos negros de bem, questionando a lógica disciplinar a que se estava sujeito. É nesse contexto que a história mencionada na introdução e o Centro de Lutas Negras de Zumbi puderam existir – em uma negação do negro de bem como única possibilidade de vida e dignidade para o negro. Em um despertar de enfrentamento.

Enfrentamento, pois não se pode afirmar que o surgimento de tais modos contestadores alteraram toda a lógica de movimentos negros pelo Brasil, apagando totalmente as marcas que a respeitabilidade deixou em cada negro que escreveu ou leu os periódicos em questão. Clóvis Moura cita um texto exposto em um boletim entregue e distribuído em 1975 como “resultado do encontro da comunidade negra preocupada em discutir e esclarecer uma série de fatos de interesse”. No texto, se lia:

O que deixamos de guardar foi enriquecer ainda mais aos senhores. Daí hoje verificamos a extrema situação posta: de um lado uma fortuna antiga; guardada no decorrer do século, do outro lado uma pobreza sem par no nosso quadro social. A diferença entre quem guardou 330 anos e que (sic) ficou sem nada é muito grande e a superação desta diferença torna-se praticamente impossível. É como se estivéssemos em uma corrida, que (sic) vai a nossa dianteira, está 330 anos à frente. Como alcançá-lo? Nem mesmo com um grande desempenho. Portanto, a igualdade econômica é algo muito difícil. Este fato serve de explicação a uma série de fatos que sofre nossa comunidade: marginalidade, indigência, não é, pois, sem motivo que muitos dos nossos são assaltantes e trombadinhas. Todos sabemos que há uma relação entre a miséria e o crime, somente pessoas de espíritos fortes não se transviam. O que se pode esperar de uma pessoa que desde a infância só conhece a miséria? A sociedade que mantém tal situação sabe o risco que corre. (MOURA, 1977, p. 21 – nota 6A)

Vê-se uma preocupação com a demanda do crescimento econômico do negro que, além de não contestar a lógica econômica de acumulação, se apresenta em termos que incluem o risco que o negro pobre tende a trazer para a sociedade. Não se questiona o vínculo entre miséria e crime e ainda afirma uma relação entre falta de força de espírito e crime. Não há um questionamento das lógicas do negro de bem, porém há a novidade de incluir a sociedade como elemento que causa o risco ao manter o negro na situação de miséria. O que não é novo é a aparente linha divisória que se mantém – os ‘assaltantes e trombadinhas’ são os outros. Os de espírito fraco. Aqueles que não conseguiram manter-se respeitáveis. Ou seja – na década de 1970 provavelmente houve uma convivência e um embate entre discursos da respeitabilidade e discursos que a questionavam. A questão é: saberíamos hoje dizer, afinal de contas, se houve um vencedor definitivo nessa guerra?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dificuldades dos movimentos negros em questionar a efetividade do direito penal e da punição como soluções para problemas sociais relacionados ao racismo brasileiro é complexa e não pode ser explicada por um único elemento, mas entende-se que o histórico racista de nossa sociedade e a influência de uma política de respeitabilidade posta como possibilidade de ser em meio às hierarquias raciais e disputas do cotidiano faz parte dessa equação e precisa ser investigada como parte da ação bem-sucedida do dispositivo disciplinar na formação dos sujeitos, na manutenção da ordem e do poder, mas também como parte da dificuldade geral de desmontar e desnaturalizar o sistema punitivo.

Vemos, pelo material analisado, que por boa parte do século XX a política da respeitabilidade foi tática marcante do movimento negro, criando uma separação discursiva entre negros de bem – os cultos, trabalhadores e disciplinados socialmente – e aqueles negros marginalizados, conectados ao crime, ao alcoolismo e a vadiagem. Essa separação não pode ser lida como simples elitismo de negros letrados que dialogavam com o poder buscando um melhor lugar social, pois precisamos nos questionar se havia como existir e pleitear espaço numa sociedade marcada pelo racismo sem a tática em questão. A disciplina e o respeito a certa moral eram imperativos e as condições para o negro que rompia tais termos por certo eram mais duras dado seu lugar como outro na sociedade paulista. Nesse sentido, a política de respeitabilidade foi uma estratégia de sobrevivência, uma autoproteção e proteção de grupo que entendia que o negro, para ter futuro e prosperar, precisava estar vivo, seguindo assim certos padrões de comportamento e se afastando dos desvios criminais. O criminoso então é uma folha a parte, um capítulo de mácula, um sinal do negro que falhou e não um entre os demais negros que também precisa de proteção, cuidados e direito a vida.

A questão se torna mais interessante quando pensamos que tal estratégia de sobrevivência pode ter se tornado um dos exemplos apontados por Foucault de “uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, *um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores*” (2017, p. 73, grifo meu), ou seja, o tentar pertencer pode ter criado limites e separações que terminaram mobilizados pelo poder na hora de aplicar a violência e a repressão. A antiga estratégia de sobrevivência e respeitabilidade baseada na construção de negros de bem e no afastamento em relação ao desvio, parece ter sido incorporada ao poder punitivo, dando novos significados e reforçando a dicotomia entre os negros de bem e os negros matáveis.

Na década de 1970, além do contexto efervescente nacional e internacional, têm-se uma mudança no tom dos discursos sobre o crime que me parece ter relação com o fato de que, com a ditadura militar, se fez presente de modo mais direto o uso das do mau cidadão para justificar ações de repressão, prisão e extermínio negro. Tais categorias, historicamente usadas para punir, disciplinar, controlar e exterminar, foram também alimentadas pelas categorias firmadas sobre o que seriam os negros de bem da sociedade paulistana, dando um corpo ainda maior para a distinção entre aqueles que merecem e os que não merecem a repressão e a morte. O discurso que antes servia para proteger passa a

ser usado, de modo mais direto, para punir e exterminar aqueles que não se encaixavam no padrão fortalecido por negros letrados do século XX que queriam que o negro fosse um exemplo de moral e ordem para que assim pudesse pleitear um lugar na sociedade. Têm-se então, uma ruptura dos termos de inclusão postos inicialmente e isso pode ter sido um dos elementos a propiciar a ascensão de outros olhares – olhares que compreenderam a armadilha que a figura do negro de bem impunha a maioria dos negros, fazendo com que fosse possível a existência de discursos que quebraram a barreira de separação que impedia a elevação das prisões como campo de disputa e debate.

A questão está no fato de que, apesar dos avanços e das rupturas da década de 1970, a lógica da política da respeitabilidade e dos negros de bem pode ainda ser identificada em nosso meio. Poderiam dizer que tal lógica só tem lugar na atualidade entre negros conservadores, ligados aos movimentos de direita, mas, como mencionado anteriormente, não creio na transposição de tal lógica sem alterações e sim que atualmente os dois movimentos do século XX – o da política da respeitabilidade e sua ruptura – criaram um elemento novo que, com o encarceramento em massa, tem novos traços a serem analisados para que possamos entender como os discursos se alteraram e transitaram. Ainda somos tocados por esses elementos? Ainda precisamos provar que somos inocentes para sermos ouvidos? Ainda é preciso que tenhamos vítimas imaculadas para que se tornem centro de demandas negras coletivas que extrapolam o nosso círculo de militância anti-cárcere e anti-punitiva? Ao meu ver, tudo indica que sim. E a respeitabilidade tem papel nisso, por certo.

Nutro então, como hipótese, que a luta por estima social negra dentro de uma sociedade moldada por lógicas racistas e punitivas torna a política da respeitabilidade e seus resquícios atuais inevitáveis, dificultando assim a crítica pública ao sistema penal e aos padrões de moralidade que permitem a criminalização. Desse modo, pode-se afirmar que as lógicas punitivas e racistas se casam, em uma conformação que influencia a formação do sujeito negro, atuando na definição de seus discursos, métodos e ação política racial. A moralidade corrente fez no passado – e ainda faz – com que o lema ‘vidas negras importam’ seja, no Brasil, um discurso apenas válido para as vidas negras de bem. Enfrentar essa realidade é enfrentar toda uma lógica que faz parte da roda que manteve e ainda mantém em funcionamento o genocídio da juventude negra.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2004.

ALBERTO, Paulina L. *Termos de Inclusão: intelectuais negros brasileiros no século XX*. Campinas, SP, Editora Unicamp, 2017.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa* – 1. ed – São Paulo, Boitempo, 2017.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não ser como fundamento do ser. Tese de doutorado em Educação*. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Os discursos sobre crime e criminalidade. In: Márcia Adriana Fernandes; Roberta Duboc Pedrinha. (Org.). *Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. 1ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 561-574.

DUBOIS, WEB. *As almas da gente negra*. Rio de Janeiro. Lacerda/Nova Aguilar, 1999.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia de relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Ano 14. São Paulo, 2020.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. MACHADO, Roberto. (Org.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *Segurança, Território, População*. Trad. Eduardo Brandão. SP: Martins Fontes, 2008.

_____. “A vida dos homens infames”. In: _____. *Ditos & Escritos IV: Estratégia, Poder Saber*. Tradução: Vera L. Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HARCOURT, Bernard E. *The invisibility of the prison in democratic theory: a problem of “virtual democracy”*. The Good Society, v. 23, n. 1, p. 6-16, 2014

HIGGINBOTHAM, Evelyn B. *Righteous Discontent: The Women’s Movement in the Black Baptist Church, 1880-1920*. Harvard University Press. Cambridge, MA, 1993

MOURA, Clóvis. *O Negro, de bom escravo a mau cidadão?* Ed. Conquista. Rio de Janeiro, 1977.

OBALUAÊ, Neninho de. *Beco Sem Saída – Eu Vivi no Carandiru*. São Paulo: Rosa dos Tempos, 1999.

SANTOS, Fernanda Barros dos; BORGES, Caroline Amanda Lopes. Neninho de obaluaê – o intelectual insurgente do subterrâneo tropical e os movimentos sociais negros. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, [S.l.], v. 10, n. 25, p. 294-316, jun. 2018.

GT 5

Sistema de Justiça Criminal e a população LGBTQIA+

Apresentação oral

**O ENCARCERAMENTO DO CORPO: A MANUTENÇÃO
DE MULHERES TRANSGÊNERO E TRAVESTIS EM
ESTABELECIMENTOS PENAIAS MASCULINOS**

*THE BODY INCARCERATION: THE MAINTENANCE OF
TRANSGENDER WOMEN AND TRANSVESTITES IN MALE PENAL
ESTABLISHMENTS*

Beatriz Borges e Silva

Bacharela em Direito pela UFG. Advogada.

E-mail: biaborgessilva13@gmail.com

Franciele Silva Cardoso

Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP. Professora adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Criminalidade e Violência da Universidade Federal de Goiás (NECRIVI/UFG).

Coordenadora no Estado de Goiás do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

E-mail: francielecardoso@gmail.com

Resumo: A questão da identidade de gênero tem se tornado tema altamente debatido graças à luta de movimentos sociais oriundos da população LGBTQIA+, contudo no âmbito do Direito, ela ainda caminha a passos lentos. Apesar de discussões acadêmicas e as possibilidades de uma criminologia *queer*, a realidade das mulheres transexuais e travestis que se encontram recolhidas em presídios masculinos ainda é difícil, tendo que lidar cotidianamente com violações de seus direitos e garantias fundamentais. Nestes ambientes, é flagrante o desrespeito ao uso do nome social, ausência de agentes femininas para a realização de revista íntima, falta acesso à terapia hormonal, proibição de uso de roupas femininas, bem como recorrentes casos de abusos e estupros por parte de outros detentos. Diante desse cenário, o presente trabalho tem por objetivo trazer à discussão

acadêmica a situação mulheres submetidas ao cárcere em estabelecimentos prisionais masculinos, buscando-se demonstrar a importância da conciliação entre o Direito e as novas perspectivas de gênero para a superação dos ideais binários do sistema prisional brasileiro. Valendo-se de pesquisa bibliográfica e documental, ter-se-á como referencial teórico a obra *O Lugar das Trans na Prisão*, de autoria de Natália Macedo Sanzovo, bem como o relatório *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento*, somado a um mapeamento dos documentos, jurisprudência e leis nacionais e internacionais sobre o tema e análise do posicionamento do STF em decisões do HC 152.491 e ADPF 527. Assim, empregando-se o método hipotético dedutivo, pretende-se verificar a hipótese de que as mencionadas violações decorrem de uma percepção errônea acerca dos gêneros, carregada de estigmas e preconceitos, pelos próprios legisladores e aplicadores do Direito. Por meio desta pesquisa, pretende-se contribuir para a consolidação de uma agenda que permita a transformação do Direito e das Políticas Públicas para que as suas formulações, disposições e, principalmente, a sua operacionalização pelos atores que lidam nesses campos compreendam o lugar dessas pessoas na sociedade e assim, possam efetivamente atender suas reivindicações políticas e jurídicas, garantindo a preservação de seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: sexualidade; identidade de gênero; transgênero; travestis; sistema carcerário.

Abstract: The issue of gender identity has become a highly debated topic thanks to the struggle of the LGBTQIA + population social movements, however within the scope of Law, it is still moving at a slow pace. Despite academic discussions and the possibilities of queer criminology, the reality of transsexual and transvestite women who are held in male prisons is still difficult, having to deal with violations of their fundamental rights and guarantees on a daily basis. In these environments, the disrespect to the use of the social name is flagrant, there is a lack of access to hormone therapy, prohibition of the use of women's clothing, as well as recurrent cases of abuse and rape by other detainees. Given this scenario, the present work aims to bring to the academic discussion the situation of women subjected to prison in male prisons, seeking to demonstrate the importance of reconciling the Law and the new gender perspectives to overcome the system's binary ideals in Brazilian's prisons. Using bibliographical and documentary research, the work

“The place of the trans in prison”, by Natália Macedo Sanzovo, as well as the LGBT report in prisons in Brazil: Diagnosis of institutional procedures and experiences of the incarceration, added to a mapping of documents, jurisprudence and national and international laws on the subject and analysis of the position of the Supreme Court in decisions of HC 152.491 and ADPF 527. Thus, using the hypothetical deductive method, we intend to verify the hypothesis of that the aforementioned violations stem from an erroneous perception about genders, laden with stigma and prejudice, by lawmakers and enforcers of law. Through this research, we intend to contribute to the consolidation of an agenda that allows the transformation of Law and Public Policies so that its formulations, provisions and, mainly, its operationalization by the actors who deal in these fields understand the place of these people in society and thus, can effectively meet their political and legal demands, guaranteeing the preservation of their fundamental rights.

Keywords: sexuality; gender identity; transgender; transvestites; prison system

Sumário: Introdução. 1. Estudos de gênero e sexualidade. 1.1. Da diversidade sexual e identidade de gênero. 1.2. Diferenças entre transexual e travesti. 2. O encarceramento das mulheres trans e travestis 2.1. O contexto social do encarceramento da população trans sob o olhar da criminologia. 2.2. A realidade prisional das mulheres trans e travestis. 3. O tratamento legislativo e jurisdicional à questão da prisão da população trans. 3.1. O panorama internacional: *Regras de mandela*, *princípios de Yogyakarta* e *Regras de Bangkok*. 3.2. Panorama nacional: a ausência de legislação específica. 4. Conclusões.

INTRODUÇÃO

As questões referentes à liberdade sexual e identidade de gênero são historicamente marcadas por processos de muita luta e protestos, mas também intolerância e preconceito. Os movimentos e estudos sociais já alcançaram muitas conquistas nesses aspectos, contudo, no âmbito jurídico tais realizações não foram completamente incorporadas. Metaforicamente, pode-se dizer que, enquanto os estudos sociais alçam voos em relação a essa temática, o Direito ainda engatinha, tanto nas leis propriamente ditas, quanto nas discussões acadêmicas que, mesmo tendo avançado nos últimos anos, ainda não são suficientes para gerar mudanças concretas nessa realidade.

Apesar de garantidos constitucionalmente, os direitos à liberdade e diversidade sexual, não passam de meros dispositivos legais. A sociedade ainda é marcada, em todos os seus setores, pelas normas dicotômicas e heterossexuais de coerência entre sexo, gênero e desejo e somos ensinados, desde pequenos, que tudo que foge à esse padrão deve ser reprimido. Diante desse cenário, as chamadas pessoas transgêneras (aquelas que se identificam com o gênero oposto àquele que lhe é atribuído ao nascer), são extremamente estigmatizadas por romperem completamente a esses padrões.

Tais padrões sociais são repetidos também dentro dos muros das prisões. Diante disso, tem-se um sistema carcerário também pautado na lógica binária de gênero, que passa a acolher as pessoas de acordo com o sexo e não com a sua identidade de gênero. Desta feita, as mulheres transexuais e travestis passam a ser recolhidas, em sua maioria, nos presídios masculinos, locais em que suas subjetividades não são respeitadas, sendo constantemente atacadas. Diversos são os relatos de que a elas é vedado o uso de roupas femininas e tratamento hormonal, são proibidas de manterem seus cabelos longos, não tem seu nome social respeitado e sofrem constantemente com violência moral e física, tanto por parte dos agentes prisionais quanto dos demais detentos.

Em razão disso, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a realidade das mulheres transgênero mantidas em estabelecimentos penais masculinos, buscando verificar como as travestis e transexuais vivenciam o aprisionamento, bem como examinar o tratamento legal e jurisprudencial sobre o tema, tanto no cenário nacional quanto internacional. A problemática, apesar de ampla à primeira vista, não pretende generalizar a situação dessas pessoas no ambiente carcerário, uma vez que, o Brasil possui um território extenso e cada região possui suas particularidades, contudo, ressalta-se que, a princípio, o presente trabalho tinha o intuito de analisar, por meio de pesquisa de campo, a situação carcerária das mulheres trans e travestis no Estado de Goiás, contudo, devido à pandemia do Covid-19; portanto, o que será verificado neste estudo, são as intersecções comuns observadas no panorama geral nacional: quais sejam a vulnerabilidade e ausência de leis específicas sobre o tema. Desta feita, para compreender a situação das transexuais e travestis no cárcere, este artigo se valeu de trabalhos publicados sobre a questão, bem como pesquisa documental, analisando relatórios oficiais do governo e jurisprudência nacional.

Por questões de ética, cabe ressaltar que as autoras, enquanto mulheres cis, hétero e brancas, não possuem lugar de fala sobre o tema, estando, inclusive, em um lugar de privilégio, devendo caber, portanto, às próprias transsexuais e travestis ter a palavra sobre a situação. No entanto, a sociedade brasileira é bastante desigual e, como será explicado no decorrer da pesquisa, as pessoas transgênero em cárcere, além de sofrer com questões de gênero, muitas vezes também lidam com questões raciais e de classe social, fazendo com que, na maioria das vezes, esses lugares de fala sejam inviabilizados (SANZOVO, 2020, p. 30).

Assim, tem-se que as autoras não pretendem tirar o lugar de fala dessas mulheres trans, mas sim, valer-se de seu privilégio para dar visibilidade no meio acadêmico a uma questão que, muitas vezes, não pode ser discutida por aquelas que são diretamente interessadas, pois suas vozes são silenciadas dentro dos muros das prisões. Pretende-se então, por meio desta pesquisa, trazer à luz as vivências dessas mulheres trans nos estabelecimentos penais, a fim de analisar, juridicamente o que tem sido feito para lidar com esse cenário.

Cabe ressaltar, ainda, que, ao utilizar os termos “mulheres trans”, “trans” e “população trans” a presente pesquisa se refere a todas as formas e categorias de travestilidades, transexualidades e transgeniridades.

Quanto ao desenvolvimento do artigo, primeiramente foi trabalhado o estudo de gênero e sexualidade, valendo-se principalmente dos trabalhos de Adriana Piscitelli, Joan Scott e Judith Butler para melhor compreender a diversidade de gênero e o advento das novas perspectivas de gênero.

Em seguida, foi realizada uma análise criminológica acerca da questão da população LGBT e o crime, traçando a possibilidade de uma criminologia *queer*, pelo pensamento de Salo de Carvalho. Após, tendo como referencial teórico a obra *O lugar das Trans na prisão*, de Natália Macedo Sanzovo e *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento*, elaborado pelo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MDH), pretendeu-se verificar a situação das transsexuais e travestis em presídios masculinos.

Por fim, para compreender o panorama internacional e nacional do tratamento dessas pessoas, analisou-se os documentos das *Regras de mandela*, *princípios de Yogyakarta* e *Regras de Bangkok*, assim como as decisões do STF no HC 152.491 e ADPF 527.

1. ESTUDOS DE GÊNERO E SEXUALIDADE

O desenvolvimento de um conceito de gênero é algo que há muito tempo traz debates e divergências dentro das sociedades. Há uma grande parcela de pessoas que defendem a noção de gênero como algo natural, pré-determinado e diretamente relacionado ao sexo, mais precisamente, à genitália, em uma concepção biológica e binária de gênero, pela qual se predomina a dicotomia do masculino vs. feminino. Por outro lado, há aqueles que compreendem o gênero enquanto uma imposição sócio-cultural construída ao longo da história, compreendendo-o como uma forma de demonstrar relações de poder.

Aponta-se que o termo gênero foi introduzido pelo psicanalista americano Robert Stroller no Congresso Psicanalítico Internacional em Estocolmo em 1963, ao tratar sobre a questão de identidade de gênero. Segundo ele, o termo sexo estaria ligado à biologia, ao passo que o gênero relacionava-se com a cultura, em um verdadeiro resultado da ação da cultura sobre a biologia (PISCITELLI, 2009, p. 5).

Destacam-se, ainda, os trabalhos da antropóloga estadunidense Gayle Rubin, que se difundiram por todo mundo e cuja principal contribuição foi a criação do *sistema sexo/gênero*, pelo qual a sociedade transforma a sexualidade biológica em resultados da atividade humana. Através de tal sistema é possível perceber que a produção artificial de identidades de gênero fixas e duais de feminino e masculino busca apenas atender aos interesses da heterossexualidade e da regulação da sexualidade no âmbito reprodutivo (PISCITELLI, 2009, p. 16).

O movimento feminista também foi de imprescindível importância para o desenvolvimento de um conceito de gênero. A partir da década de 1970, o pensamento feminista, que buscava a igualdade de direitos entre homens e mulheres, passou a atribuir as distinções entre masculino e feminino à esfera do social, assim como a discussão de gênero. Nesse sentido, tem-se que o chamado feminismo de segunda onda, ao enxergar que a subordinação feminina não era algo fixo, pré-determinado, mas sim passível de mudanças;

trouxe discussões acerca do espaço social a ser ocupado pelas mulheres, reivindicando igualdade de direitos ao mesmo tempo em que buscava estudar as origens culturais dessas desigualdades. Ao fazer um estudo social de gênero, as análises feministas permitiram enxergar que os sistemas de opressão e subordinação de dualidade entre feminino e masculino não atingem apenas as mulheres, mas todos aqueles que vão de encontro à lógica heteronormativa. (PISCITELLI, 2009, p. 11).

Inúmeras foram as tentativas de se tentar dissociar a noção dicotômica de gênero para alcançar a possibilidade de gênero pautado em fluidez e performance que aos poucos vem ganhando espaço nos dias atuais. Destacam-se os trabalhos de Joan Scott e Judith Butler. Para Scott, o gênero é apresentado como um elemento analítico, contestando as pré-definições dadas como fixas e naturais que apresentariam certas “essências” sobre os gêneros (PRADO, 2018, p. 521). Segundo a autora, os gêneros funcionariam como uma espécie de significação de relações de poderes.

O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as “construções sociais” – a criação inteiramente social das idéias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado (SCOTT, 1990, p. 7).

A filósofa estadunidense, Judith Butler, por sua vez, também amplia essa discussão ao tecer críticas a noção de uma subjetividade construída pelas normas sociais, ou seja, a masculinidade e feminilidade são fruto de regras sociais criadas ao longo da história, em uma relação de subordinação entre corpo e gênero, as quais implicam na desconsideração de outras formas de expressão dos sujeitos, como ocorre com as pessoas trans e travestis, por exemplo.

Todos esses estudos contribuíram para o desenvolvimento do que se conhece hoje como “Nova Política de Gênero”, que, ao compreender que a perspectiva de gênero não se limita apenas ao masculino e feminino, acaba por incluir e lutar pelos direitos e reconhecimentos daqueles que não se enquadram nessa linearidade.

Nesse sentido, ao analisar a trajetória e desenvolvimento do conceito de gênero, a antropóloga Adriana Piscitelli explica que

(...) vemos que um termo, que se difundiu aludindo às diferenças e desigualdades que afetam as mulheres, adquire outros sentidos. Continua referindo-se

a diferenças e desigualdades e, portanto, continua tendo um caráter político. Entretanto, nas suas reformulações, o conceito de gênero requer pensar não apenas nas distinções entre homens e mulheres, entre masculino e feminino, mas em como as construções de masculinidade e feminilidade são criadas na articulação com outras diferenças, de raça, classe social, nacionalidade, idade; e como essas noções se embaralham e misturam no corpo de todas as pessoas, inclusive aquelas que, como intersexos, travestis e transexuais, não se deixam classificar de maneira linear como apenas homens e mulheres (PISCITELLI, 2009, p. 16).

Assim, tem-se que a nova conceituação de gênero vai além da dicotomia masculino e feminino, devendo ser compreendido sob a perspectiva da fluidez e performance, a fim de incluir aquelas pessoas que não se encaixam na antiga visão engessada de gênero. Além disso, os estudos de gênero devem se dar em conjunto com a análise social e política, levando em consideração outras diferenças como raça e classe social, para melhor compreender o contexto em que essas pessoas, antes tidas como desviantes, estão inseridas.

No entanto, apesar da crescente difusão e aceitação desse novo conceito de gênero no meio acadêmico e ainda entre parte das novas gerações, há que se ressaltar que o caminho para romper de vez com a dicotomia homem e mulher como únicas formas de gênero, bem como com a antiga relação de gênero e sexo, ainda é longo e árduo.

1.1 Da diversidade sexual e identidade de gênero

Antes mesmo do nascimento de uma criança, as imposições de gênero já começam a fazer parte da vida do feto, ainda dentro da barriga da mãe. A grande tendência mundial atualmente consiste nos chamados chás de revelação, em que grandes festas e eventos são organizados para revelar à família o sexo do bebê esperado. A partir de então são criadas inúmeras expectativas em relação a um corpo que sequer terminou de ser formado. Tais expectativas são construídas em uma complexa teia de pressuposições acerca de comportamentos, gostos e subjetividades que supostamente estariam ligados ao sexo, antecipando o efeito que se supunha causa (BENTO, 2011, p. 550).

As determinações de que “meninas vestem rosa, meninos vestem azul”, “meninas brincam de boneca, meninos de carrinho”, aparentemente pautadas em uma concepção natural ligada ao sexo, na verdade decorrem de expectativas e construções sociais pré-existentes ao próprio nascimento. Nesse sentido, Berenice Bento expõe

Como afirmar que existe um referente natural, original, para se vivenciar o gênero, se ao nascermos já encontramos as estruturas funcionando e determinando o certo e o errado, o normal e o patológico? O original já nasce “contaminado” pela cultura. Antes de nascer, o corpo já está inscrito em um campo discursivo (BENTO, 2011, p. 550).

Além disso, Bento também aponta a existência de um chamado heteroterrorismo a que as pessoas são submetidas desde a infância, pelo qual qualquer desvio do padrão tido como “normal” deve ser reprimido de imediato.

Há um heteroterrorismo a cada enunciado que incentiva ou inibe comportamentos, a cada insulto ou piada homofóbica. Se um menino gosta de brincar de boneca, os heteroterroristas afirmarão: “Pare com isso! Isso não é coisa de menino!”. A cada reiteração do/a pai/mãe ou professor/a, a cada “menino não chora!”, “comporta-se como menina!”, “isso é coisa de bicha!”, a subjetividade daquele que é o objeto dessas reiterações é minada (BENTO, 2011, p. 552).

Analisando-se essas situações, percebe-se que é comum a confusão entre identidade de gênero e sexualidade. A repressão das crianças que apresentam qualquer tipo de desvio do padrão das atividades tidas como próprias pelo seu gênero não se dá pela questão identitária, mas sim pelo medo social de que elas possam se tornar homossexuais em razão disso.

Essa ideia se baseia na concepção de que deve haver uma coerência entre sexo (genitália masculina ou feminina), gênero (aparência da pessoa masculina ou feminina) e desejo (supostamente heterossexual) (PISCITELLI, 2009, p.15). Portanto, a existência de pessoas trans e travestis, por exemplo, causam estranheza ao romper totalmente com essa suposta coerência.

É possível que uma mulher trans, nascida com genitália masculina, se identifique como mulher e sinta desejo por homens. Tal descrição, portanto, faz dela uma mulher heterossexual, afinal, não importa a sua genitália, mas sim como ela se identifica. Da mesma forma, pode existir um homem trans, nascido com genitália feminina, mas que sente desejo homossexual. Assim, tem-se que a questão da transgressão do padrão dicotômico de gênero não implica necessariamente em homossexualidade, como se acredita popularmente, afinal tratam-se de elementos distintos, quais sejam, a identidade e o desejo. Sobre o assunto, Natália Macedo Sanzovo aduz

(...) enquanto a travestilidade e a transexualidade estão relacionadas com questão de identidade e performance de gênero, as categorias gays, lésbica e bissexual, por exemplo, dizem respeito à orientação sexual da pessoa. Significa dizer que uma pessoa pode se identificar como travesti e/ou transexual e ter uma orientação homo, hetero ou bissexual, vez que uma coisa é gênero (ou gêneros) e outra é seu desejo, ou seja, sua orientação sexual (SANZOVO, 2020, p. 85-86).

Nesse sentido, as pessoas trans questionam a coerência entre o trinômio sexo/gênero/desejo, materializando o que até então era tido como impossível e transcende a capacidade de compreensão.

Em relação à classificação dos tipos de identidade de gênero, há que se destacar três categorias principais: cisgênero, aqueles que se identificam com sexo biológico determinado no momento do nascimento; transgênero, quem se identifica com sexo diferente do seu sexo biológico; e não-binário, que consiste em quem não se identifica completamente com nenhum gênero, podendo não se ver em nenhum dos papéis masculinos ou femininos, ou mesmo vivenciar ambas as experiências ao mesmo tempo, em uma espécie de gênero fluido.

Já quanto aos tipos de gêneros, tem-se atualmente uma enorme gama que vai muito além do masculino e feminino. No ano de 2017, a Comissão de Direitos Humanos de Nova York passou a reconhecer 31 gêneros diferentes e esse número tende a aumentar de acordo com as possibilidades de performance de gênero que vão surgindo conforme os avanços da sociedade e liberdade do sujeito se expressar conforme sua identidade.

Assim, tem-se que há uma pluralidade de gênero que vem sendo estudada e compreendida aos poucos pelas chamadas “Novas perspectivas de gênero”. No entanto, tais perspectivas ainda não são bem compreendidas por grande parte da sociedade, que, sem o devido acesso informação, educação e cultura, ainda se restringem à concepção binária e heteronormativa de gênero, contribuindo para a manutenção de preconceito e ataques a essa população que transgride a linha do padrão tido como “normal” socialmente.

1.2 Diferenças entre mulher transexual e travesti

Historicamente, transgeneridade foi por muito tempo tratada como um tipo de patologia, utilizando-se, inclusive, o termo “transexualismo” para se referir à

transexualidade como uma doença. Estudar a transgeneridade é estudar a transgressão às regras de comportamento sociais pautadas na lógica binária de gênero.

Transgênero não quer dizer um gay (ou lésbica ou bi) mais afetado, nem uma patologia mental do indivíduo. Não é tampouco o nome de mais uma identidade gênero-divergente (como travesti, transexual, *crossdresser*, *drag queen*, transhomem, etc) mas um termo guarda-chuva, que reúne debaixo de si todas as identidades gênero-divergentes, ou seja, identidades que, de alguma forma e em algum grau, descumprem, violam, ferem e/ou afrontam o dispositivo binário de gênero (LANZ, 2014, p. 24 *apud* SANZOVO, 2020, p. 45).

Portanto, considera-se transgênero todo aquele que transgride os padrões binários impostos socialmente, pois a sua própria existência vai de encontro às expectativas de coerência e entre sexo/gênero/desejo. Ao passo que transexual e travesti consistem em formas de identidades gênero-divergentes, dentro do conceito de transgeneridade.

A nomenclatura “transexualpsíquico” foi utilizada pela primeira vez em 1910 pelo sexólogo Magnus Hirschfeld referindo-se à travestis fetichistas e, posteriormente, em 1949 em um artigo de David Cauldwell, ao tratar sobre cirurgia de transgenitalização. À época, não havia distinção entre transexuais, travestis e homossexuais (BENTO, 2006, p. 10 *apud* SANZOVO, 2020, p. 50).

A partir da segunda metade do século XX, com os avanços da medicina, psicologia e psiquiatria, as questões de identidade de gênero passaram a ser mais estudadas, contudo, marcadas pelo caráter patológico. O termo transexual foi usado inicialmente em 1950. Em 1989, a nomenclatura transexualismo foi introduzida ao DSM-III (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais e, até os dias atuais, a transexualidade está classificada no DSM-V sob o termo disforia de gênero (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013 *apud* SANZOVO, 2020, p. 51).

Corroborando essa definição, tem-se a previsão do transexualismo¹ como transtorno mental, na categoria “Transtornos da identidade sexual”, no CID-10, Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados (SANZOVO, 2020, p. 51).

¹ Termo aqui utilizado fazendo-se referência à forma como a transexualidade é descrita no CID-10, deixando claro que as autoras não concordam com tal expressão linguística.

Dessa forma, criou-se uma visão de anormalidade patológica daqueles que não se identificam com o gênero de nascimento, criando classificações médicas e biológicas para tentar encaixar de maneira objetiva as subjetividades dessas pessoas. Assim, a transexualidade passou a ser resumida à simples incoerência entre sexo e gênero, marcada pelo incômodo e rejeição da genitália.

A travestilidade, por sua vez, também foi incluída nessas classificações, nas modalidades travestismo fetichista (CID-10 – F65.1; DSM-IV -302.3) e travestismo bivalente (CID-10 – F64.1) (SANZOVO, 2020, p. 52). Assim, do ponto de vista da classificação médica, tem-se a travestilidade como uma performance temporária ou que não há uma vontade permanente de alteração da genitália.

Tais classificações, pautadas em meras definições biomédicas acabam por alimentar o preconceito destinado a essas pessoas, transformando suas particularidades em doença e contribuindo para uma estigmatização de anormalidade.

A patologização das identidades trans fortalece estigmas, fomenta posturas discriminatórias e contribui para a marginalização das pessoas. A “doença” trans é social: é a ausência de reconhecimento destas pessoas como cidadãs, é a ausência do reconhecimento de seu direito de existir, de amar, de desejar e de ser feliz (CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO, 2011 *apud* SANZOVO, 2020, p. 56).

Além disso, ressalta-se que travestilidades e transexualidades consistem em formas de manifestação da transgeniridade, compreendendo categorias performáticas que vão além da mera rejeição ou não de seu órgão sexual, mas que devem ser entendidas conforme suas experiências pessoais, levando em conta suas histórias, classes e gerações, cabendo às próprias mulheres trans e travestis determinar as diferenças entre essas categorias. Existem diversas formas que a travestilidade e transexualidade podem assumir, não havendo que considerar menos ou mais mulher a pessoa trans por sua relação com sua genitália (SANZOZO, 2020).

2. O ENCARCERAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS

O sistema prisional brasileiro é marcado pela constante violação aos direitos humanos de seus detentos. Em um ambiente marcado pela superlotação de presídios, o

Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo com, pelo menos, 726 mil pessoas, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de dezembro de 2017, divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), das quais 89% estão em unidades superlotadas (DEPEN, 2017 *apud* MDH, 2020, p. 9).

O ambiente prisional, no entanto, oferece ainda mais sofrimento às mulheres trans e travestis, principalmente aquelas que são submetidas à penas privativas de liberdade em estabelecimentos masculinos. Em um espaço marcado pelo machismo e preconceito, essas mulheres são submetidas a situações degradantes em razão de sua identidade, tanto por parte dos detentos quanto pelos responsáveis pela administração do presídio. Diversos são os relatos de desrespeito ao nome social, manutenção de corte de cabelo padronizado, dificuldades de acesso ao tratamento hormonal e até mesmo estupro por outros presos.

Tal situação, somada à invisibilidade dessas pessoas perante o Estado, resulta em uma ausência de legislação específica para lidar com esses problemas, deixando essas mulheres completamente abandonadas do ponto de vista jurídico, sofrendo muito além das penas a elas imputadas.

2.1 O contexto social do encarceramento da população trans pelo olhar da criminologia

As figuras da mulher trans e da travesti desafiam os padrões heteronormativos e binários da sociedade pela sua própria existência. A vida toda, desde o momento de seu nascimento, as pessoas são inseridas em uma cultura de gênero pré-existente, repleta de expectativas de padrões de comportamentos que são depositados e socialmente esperados. Assim, tudo aquilo que se afasta a essa média de “normalidade”, conforme os estudos de Howard Becker, passam a ser considerados como fenômenos patológicos, havendo um desvio do que se é considerado comum (BECKER, 2008).

Em razão disso, a naturalização da norma heterossexual, ao limitar as subjetividades desses indivíduos que fogem aos padrões binários, cria mecanismos de saber e de poder pelos quais a diferença é exposta como um desvio ou como uma anomalia. Tais mecanismos se dão a partir de um controle social formal e informal, instrumentalizado nos processos de

criminalização (direito penal) e de patologização (psiquiatria) da diferença (CARVALHO, 2012, p. 154).

Desta feita, segundo Salo de Carvalho, essas pessoas são submetidas a três níveis de violência:

o primeiro, da violência simbólica (cultura homofóbica), a partir da construção social de discursos de inferiorização da diversidade sexual e de orientação de gênero; o segundo, da violência das instituições (homofobia de Estado), com a criminalização e a patologização das identidades não-heterossexuais; o terceiro, da violência interpessoal (homofobia individual), no qual a tentativa de anulação da diversidade ocorre através de atos brutos de violência (violência real) (CARVALHO, 2012, p.154).

As mulheres trans sofrem, então, em três graus de preconceito, que partem muitas vezes das próprias famílias e Estado que, por meio de uma transfobia enraizada socialmente, acaba por deixar essa população na invisibilidade, sem pensar em políticas públicas ou leis que forneçam qualquer tipo de apoio a esse segmento da sociedade.

No âmbito criminal, analisado nessa pesquisa, entende-se que a população LGBT em geral ainda hoje sofre os estigmas trazidos pelo positivismo criminológico que defende a ideia do criminoso nato e a questão da periculosidade. Segundo corrente positivista, aqueles que trazem em si características tidas como anormais são tidos como seres patológicos e, em razão disso, tendentes ao crime, razão pela qual a pena adquire um caráter mais preventivo em detrimento do repressivo.

Isso tudo, somado aos longos anos de atribuição das questões de identidade de gênero e orientação sexual como verdadeiras doenças no âmbito da psiquiatria, contribuiu para que se formasse a visão social de que as mulheres trans e travestis, fossem tidas como seres patológicos que ameaçam a ordem da sociedade, tanto pelo seu existir como pela falsa noção de periculosidade presumida. Assim, cria-se a falsa noção de que as transexuais e travestis estão diretamente ligadas à degradação e já nascem condenadas ao crime e à violência.

Em razão desses estereótipos, grande parte dessa população não é aceita por suas famílias, sendo expulsas de casa muito cedo, passando a lutar por sua sobrevivência diariamente. Por causa do preconceito, encontram dificuldades de encontrar trabalho e

aceitação social, restando-lhes poucas (ou nenhuma) opção além de ingressar nos caminhos da prostituição, crime e drogas.

Além disso, há que se relacionar também o contexto da discriminação de gênero com fatores de classe social e raça, que também colaboram para a marginalização dessas pessoas, afinal, uma travesti preta e pobre sofre triplamente com a exclusão social e preconceitos, sendo muitas vezes excluída dentro da própria população que já está à margem da sociedade pelo pontos de vistas raciais e classistas.

Esses estigmas acompanham a vida dessas pessoas até mesmo dentro dos muros das prisões, afinal, estas consistem em microssistemas que reproduzem os meios de controle informais existentes na sociedade. Portanto, o heteronormativismo e heteromoralismo também se fazem presentes nas prisões, determinando as normas de conduta internas, tanto por parte dos agentes quanto dos demais detentos, construindo uma hierarquia nos presídios, fazendo com que as transexuais e travestis, principalmente nos presídios masculinos, sejam marginalizadas sob o aspecto que Sanzovo descreve como subgrupos dentro dos guetos (SANSOVO, 2020, p. 153).

Portanto, para o estudo do fenômeno criminológico envolvendo a população LGBT, deve-se valer de uma criminologia que abarque os marcadores sociais de classe, raça e gênero. Nesse sentido, a criminologia crítica, apesar de ter sucesso em romper com a criminologia ortodoxa e discutir as questões das violências institucionais, falha por não abordar a temática de gênero.

A criminologia feminista, por sua vez, também se mostra insuficiente para estudar e compreender todas as questões de gênero que envolvem os LGBT, pois se ocupa em investigar a hierarquização dos papéis masculinos e femininos, ainda dentro de uma dicotomia de gênero, não abrangendo, portanto, as transexuais e travestis, pois elas extrapolam a noção binária de gênero e a expectativa de coerência entre sexo, gênero e desejo.

Diante disso, Salo de Carvalho defende a criação de uma criminologia *queer*² que abranja todos os marcadores sociais de gênero, raça e classe, para atender a complexidade

² O autor opta pela manutenção do termo *queer* no vernáculo inglês em razão de sua consolidada adoção pelas ciências sociais na tradição ibero-americana (CARVALHO, 2012, p. 153). Tal termo pode ser compreendido como excêntrico ou mesmo esquisito, referindo-se àquilo que foge aos padrões do que é tido como normal.

e interesses da população LGBT. Segundo o autor, é necessário o desenvolvimento de uma criminologia aberta ao diálogo com os estudos sociais da população *queer*, bem como relacionada aos preceitos da criminologia crítica, para que assim se possa compreender as opressões sociais e jurídicas que incidem sobre a população trans nas prisões.

2.2 A realidade prisional das mulheres trans e travestis

Inicialmente, cabe ressaltar que a realidade de mulheres transexuais e travestis em situação de privação de liberdade varia muito de acordo com as particularidades de cada região do país, portanto, seria difícil, à título de artigo científico, tratar todas essas individualidades. Além disso, devido à pandemia do Covid-19, tornou-se impossível a pesquisa de campo com visitas aos presídios e entrevista estruturada com as detentas. Em razão disso, valendo-se de pesquisa documental e bibliográfica, o presente estudo trabalhou com aquelas questões comuns a todas as regiões do país, quais sejam, a vulnerabilidade da população T (travestis e transexuais) e a ausência de leis que orientem o tratamento prisional de pessoas LGBTQIA+.

No mesmo sentido entende o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MDH) conforme os dados obtidos em seu relatório *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento*

As particularidades regionais se mostraram determinantes na produção dos procedimentos institucionais, na percepção de importância/emergência da criação de celas/alas para a população LGBT, bem como nos relatos de experiência dessas pessoas.

(...) Um dos pontos generalizáveis nacionalmente é a percepção de vulnerabilidade muito específica a qual os homens gays, bissexuais, travestis e transexuais estão sujeitos nas prisões masculinas (MDH, 2020, p. 121)

Desta feita, para tentar traçar um panorama da situação geral da população T nos presídios masculinos, esta pesquisa utilizou o trabalho de Natália Macedo Sanzovo, que apresentou entrevistas e dados demográficos sobre as travestis e transexuais do Centro de Detenção Provisória de Pinheiros – CDP II de São Paulo Capital (unidade masculina) e nas alas destinadas à população LGBT da penitenciária Jason Soares Albergaria e do Presídio Vespasiano do Estado de Minas Gerais. Além disso, foi usado também o trabalho

de Isabella Petrocchi Rodrigues dos Santos e Camila de Magalhães Gomes, *Travestis no sistema carcerário do Distrito Federal: gênero e cárcere entre narrativas e normas*. Por fim, valeu-se também dos dados obtidos pelo já mencionado relatório do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

O tratamento discriminatório se inicia desde o momento da prisão, onde ocorre o processo de identificação. A grande maioria das mulheres trans e travestis ainda não possuem a retificação de registro civil, razão pela qual são identificadas como homens no processo de triagem. A partir de então, não é dada outra oportunidade de ouvir essas mulheres, que são encaminhadas para presídios masculinos, sendo tratadas como homens também pelo judiciário. Em relação a tal situação, Isabela Santos e Camila Gomes destacam a realidade do distrito federal

Perceba-se a impessoalidade do contato: depois do momento em que a travesti é civilmente identificada na Divisão de Controle e Custódia de Presos, parece não haver outra oportunidade na qual lhe é perguntado seu nome. E, como a travesti já é classificada ali dentro como “homem” logo de início, também não parece que o sistema considera relevante a consulta sobre o nome social dessas mulheres (SANTOS; GOMES, 2018, p.410).

Em relação às revistas íntimas, conforme disposto pela regra 19 das Regras de Bangkok, a serem trabalhadas mais adiantes, as revistas íntimas devem ser realizadas por agentes do mesmo gênero da pessoa vistoriada. Contudo, a regra observada é de que, em se tratando de detentas travestis e transexuais, as revistas são realizadas por agentes masculinos.

Todas as travestis entrevistadas afirmaram que as revistas íntimas são feitas por agentes carcerários homens seguindo as mesmas formas e métodos com que são feitas nos homens presos. Isso reafirma o que observamos anteriormente sobre as travestis presas serem consideradas “homens” dentro do sistema e não receberem o tratamento condizente com seu gênero (SANTOS; GOMES, 2018, p.410)

De acordo com as pesquisas realizadas, as possibilidades de encarceramento da população T no Brasil podem ser: alas destinadas aos custodiados LGBTs, presídios masculinos e presídios femininos, no entanto, de acordo com a jurisprudência nacional, a ser analisada mais adiante, este último é destinado apenas à mulheres trans que passaram pela cirurgia de transexualização.

Conforme as informações obtidas, a situação de mulheres transexuais e travestis em presídios masculinos é de longe a pior, pois, além das questões inerentes ao próprio sistema carcerário deficitário do Brasil, como má qualidade de alimentação, falta de higiene, dificuldade para trabalhar e estudar, superlotação e acesso à saúde, elas ainda precisam lidar diariamente com situações de preconceito, transfobia e violência, tanto por parte dos presos quanto dos agentes penitenciários.

Em relação a superlotação, essa é ainda mais grave nos presídios que possuem alas destinadas à população LGBT, uma vez que o número de celas reservadas a essas pessoas é pequeno em relação ao número de presos. O CDP-II de São Paulo, por exemplo, pesquisado por Sanzovo, destina apenas 6 celas em toda a unidade prisional para abrigar, aproximadamente, 360 pessoas da população LGBT, resultando em uma média de 60 pessoas por cela, sendo o problema da superlotação 2,4 vezes pior que para os demais encarcerados (SANZOVO, 2020, p. 128).

O acesso a itens femininos também é difícil, sendo muitas vezes até proibidos no âmbito das unidades prisionais masculinas. A manutenção de cabelos longos também é vedada na maioria dos presídios, sendo os cabelos cortados de forma padronizada assim que adentram os muros da unidade prisional.

(...) aqui não tem acesso a quase nada. Em relação a roupa, produtos de beleza, não temos nada, é proibido. Tanto que a gente, aqui dentro da prisão, fica maltratada, a raiz do cabelo cresce, a gente não tem uma maquiagem, a gente não faz unha, sobrancelha, não tem um creme para a pele. Ah, se pudesse usar tintura, se pudesse cuidar do nosso cabelo, poder fazer nossas unhas. Aí ia me sentir um pouco melhor (Fernanda, CDP-II, São Paulo) (SANZOVO, 2020, p.136)

Em Goiás, o relatório do MDH identificou que as presas trans e travestis são abrigadas em uma única cela destinada à presos LGBT no Centro Regional de Triagem (CRT), local cuja população é formada majoritariamente por presos provisórios. Além disso, elas precisam dividir essa cela com pessoas doentes ou que precisam de algum tratamento de saúde. Roupas femininas não permitidas e os cabelos também são cortados, conforme o depoimento de uma presa transexual ouvida pelo MDH

Meu cabelo não foi cortado, ele foi mutilado. Eu tinha o cabelo na cintura e chegou uma portaria, não se de onde, que mandou que cortasse o cabelo de todo mundo. Não só meu, como das outras meninas e dos outros presos. Fomos

forçadas a cortar o cabelo. Estamos lutando por isso com o diretor porque já veio uma conversa pra que a gente corte o cabelo de novo. Estamos tentando conversar com ele pra ver se ele deixa o nosso cabelo crescer porque querendo ou não a nossa aparência é feminina. Deixando o cabelo curto parece que eles querem nos obrigar a ser homem, mas nós não somos homens (MDH, 2020, p. 45).

Quanto ao acesso à terapia hormonal, todos os estudos usados como referenciais na presente pesquisa foram unânimes: a grande maioria das presas transexuais e travestis não possuem acesso ao tratamento hormonal dentro dos presídios. Na pesquisa realizada no distrito federal, todas as entrevistadas afirmaram que não podem continuar o tratamento hormonal nos estabelecimentos prisionais, ainda que façam requerimentos nesse sentido (SANTOS; GOMES, 2018, p. 412).

(...) depois do cabelo, o hormônio é o que deixa a gente melhor, a auto estima da gente se eleva muito, entendeu? Nossa, meu Deus, tinha que ter hormônio aqui, hormônio é crucial (Anita, ala LGBT, Jason, MG) (SANZOVO, 2020, p.142).

A ausência desses itens privam as mulheres transexuais e travestis de expressarem sua própria identidade/performance, causando sofrimento que muitas vezes, em casos mais graves, podem chegar a causar depressão e problemas psicológicos oriundos dos traumas sofridos na prisão. Ainda, há que se relacionar tal questão com o próprio comportamento e disciplina das detentas, uma vez que, caso fosse condicionado o acesso a tais itens como benefícios por bom comportamento, haveria maior adesão dessa população às normas internas das unidades prisionais.

Quanto a relação com os agentes penitenciários, tem-se que esta é marcada pelo desrespeito ao nome social, preconceito, transfobia, humilhação e violência. O diretor do CDP em Brasília, questionado sobre a forma de se chamar as travestis que ingressam ao presídio, respondeu:

É o nome de registro. Nós ainda não temos condições de...porque aqui a gente lida com um público muito grande, muito reduzido de servidores e seria... complicado, muitos vem com nomes falsos. Então você ainda fazer...trazer o tratamento pelo nome social, né? Esse é o termo. A gente ainda não consegue ((SANTOS; GOMES, 2018, p.410).

Conforme os relatos trazidos pelas próprias presas, elas são constantemente chamadas por nomes pejorativos, ouvem ameaças e piadas de cunho sexual e, diversas vezes,

os agentes ultrapassam a violência verbal, partindo para a agressão física e tortura, em uma reprodução ainda mais cruel do que viviam no mundo além dos muros dos presídios, mas agravada em razão da vulnerabilidade decorrente da privação de sua liberdade.

Isso demonstra a completa falta de preparo dos agentes penitenciários para lidar com essas pessoas, bem como a inércia estatal em criar leis e normas que orientem o tratamento da população LGBT dentro dos presídios brasileiros, transformando esses espaços em verdadeiras terras sem lei.

A relação com os outros presos também não foge desse cenário. Dentro dos presídios são formados o que chama de subgrupos dentro dos guetos, em que, a população presa, já excluída da sociedade, produz mais uma forma de segregação em razão de uma hierarquia interna em que as pessoas trans, por não se adequarem à lógica binária dos presídios, são ainda mais excluídas e maltratadas (SANSOVO, 2020, p. 153).

Em razão disso, muitos são os relatos de serem chamadas por nomes preconceituosos, de casos de estupro ou mesmo de terem que realizar atividades sexuais com os demais detentos em troca de benefícios ou produtos, já que, na maioria das vezes, não há qualquer apoio da família a essas mulheres.

Diante disso, ainda que haja particularidades de cada região no tratamento destinado à população T em unidades prisionais, sendo necessário estudá-las individualmente para propor as soluções adequadas, não há como negar que há muitos elementos comuns que ensejam a vulnerabilidade dessas pessoas dentro do sistema prisional brasileiro; fazendo com que os efeitos da pena incidam, além de seu próprio corpo, em seu íntimo, atingindo o seu existir.

3. O TRATAMENTO LEGISLATIVO DE JURISDICIONAL À QUESTÃO DA PRISÃO DA POPULAÇÃO TRANS

Diante do breve panorama traçado acerca da realidade prisional de mulheres transexuais e travestis no Brasil, cumpre analisar o tratamento legislativo e jurisdicional acerca do tema. Desta feita, a seguir, será verificado o cenário internacional através do exame dos *princípios de Yogyakarta* e *Regras de Bangkok* e *Regras de Mandela*. Após, passa-se à análise do panorama nacional, por meio do estudo da Resolução Conjunta n. 1/2017

do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), bem como pelos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal nas decisões do HC 152.491 e ADPF 527.

3.1 O panorama internacional: *Regras de Mandela, Princípios de Yogyakarta, e Regras de Bangkok*

O primeiro documento a ser analisado são as chamadas Regras de Mandela, criadas em 2015 como uma forma de atualização das antigas Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, buscando incorporar novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade (CNJ, 2016, p. 6).

O novo Estatuto levou em consideração instrumentos internacionais vigentes no país, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo (CNJ, 2016, p. 6).

Tais regras trouxeram inovações, considerando-se a situação específica de crianças, adolescentes e mulheres submetidos à administração da justiça, passando a trabalhar também questões de gênero, a exemplo das regras de número 7, 11 e 52, como se vê:

Regra 7 – Nenhuma pessoa será admitida em um estabelecimento prisional sem uma ordem de detenção válida. As seguintes informações serão adicionadas ao sistema de registro do preso quando de sua entrada: **(a) Informações precisas que permitam determinar sua identidade única, respeitando a sua autoatribuição de gênero;** (*grifo nosso*) (CNJ, 2016, p.22)

Regra 11 – As diferentes categorias de presos devem ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes setores de um mesmo estabelecimento prisional, levando em consideração seu sexo, idade, antecedentes criminais, razões da detenção e necessidades de tratamento. Assim: (a) Homens e mulheres devem, sempre que possível, permanecer detidos em unidades separadas. Nos estabelecimentos que recebam homens e mulheres, todos os recintos destinados às mulheres devem ser totalmente separados; (CNJ, 2016, p.23)

Regra 52 1. Revistas íntimas invasivas, incluindo o ato de despir e de inspecionar partes íntimas do corpo, devem ser empreendidas apenas quando forem

absolutamente necessárias. As administrações prisionais devem ser encorajadas a desenvolver e utilizar outras alternativas apropriadas ao invés de revistas íntimas 32 33 REGRAS DE MANDELA REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE PRESOS invasivas. As revistas íntimas invasivas serão conduzidas de forma privada e por pessoal treinado do mesmo gênero do indivíduo inspecionado. 2. As revistas das partes íntimas serão conduzidas apenas por profissionais de saúde qualificados, que não sejam os principais responsáveis pela atenção à saúde do preso, ou, no mínimo, por pessoal apropriadamente treinado por profissionais da área médica nos padrões de higiene, saúde e segurança (CNJ, 2016,p.31-32).

Outro documento relevante para as novas perspectivas de gênero são os Princípios de Yogyakarta, organizado pela Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, contando com 29 eminentes especialistas de 25 países, com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, dispondo sobre orientações acerca das obrigações de direitos humanos dos Estados (YOGYKARTA, 2006, p. 7).

Trazendo princípios pautados na igualdade, não discriminação, reconhecimento perante à lei, segurança das pessoas em razão de gênero e orientação sexual, os princípios de Yogyakarta discutem também especificamente sobre a questão do tratamento prisional dessas pessoas, como se vê:

Princípio 9 – DIREITO A TRATAMENTO HUMANO DURANTE A DETENÇÃO: Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa. Os Estados deverão: a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais; b) Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que se refere à saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de redesignação de sexo/gênero, quando desejado; c) Assegurar, na medida do possível, que pessoas detidas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero; d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso

por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; e) Assegurar que as visitas conjugais, onde são permitidas, sejam concedidas na base de igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro; f) Proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não-governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero; g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero (YOGYKARTA, 2006, p. 18).

Princípio 10 – DIREITO DE NÃO SOFRER TORTURA E TRATAMENTO OU CASTIGO CRUEL, DESUMANO OU DEGRADANTE Toda pessoa tem o direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive por razões relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero. Os Estados deverão: a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para evitar e proteger as pessoas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero da vítima, assim como o incitamento a esses atos; b) Tomar todas as medidas razoáveis para identificar as vítimas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, oferecendo recursos jurídicos, medidas corretivas e reparações e, quando for apropriado, apoio médico e psicológico; c) Implantar programas de treinamento e conscientização, para a polícia, o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão em posição de perpetrar ou evitar esses atos (YOGYKARTA, 2006, p.19).

Também demonstrando a necessidade de atenção especial para as questões de gênero, surgem as chamadas Regras de Bangkok elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), com participação efetiva do Brasil, voltadas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Tais regras propõem uma cuidado para especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo

da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Cabe ressaltar que, ao mencionar encarceramento feminino, as regras não se destinam apenas à concepção binária de gênero, mas sim à todas as novas concepções e manifestações de gênero que se identificam como mulheres, a exemplo das mulheres transexuais e travestis.

Os mencionados documentos são de extrema importância para balizar, internacionalmente, a aplicação das penas privativas de liberdade da população LGBT, servindo de inspiração, inclusive, para a criação de resoluções sobre o tema no Brasil. Contudo, apesar da participação direta do Governo Brasileiro em algumas de suas elaborações,

faltam políticas públicas consistentes acerca desse assunto, havendo ainda um longo caminho a ser percorrido.

3.2 Panorama nacional: a ausência de legislação específica

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, inciso IV, garante o direito à sexualidade ao dispor que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (*grifo nosso*)

Assim, pautando-se na defesa dos direitos humanos fundamentais de igualdade, liberdade e dignidade, a Constituição Federal, ao trazer o direito à sexualidade pretende romper com preconceitos, buscando a igualdade de todos, independentemente de sexo e/ou gênero.

Contudo, sabe-se que a realidade brasileira está muito distante do que é trazido pela Magna Carta. A sociedade brasileira ainda é marcada por muitos preconceitos em relação a população LGBT e isso se reflete na elaboração de leis voltadas a essas pessoas, afinal, com legisladores retrógrados e conservadores, não há como esperar leis progressistas.

No que concerne à prisão de pessoas LGBT, esse preconceito fica ainda mais visível. A Lei n. 7.210/84, também chamada de Lei de Execução Penal Brasileira (LEP), não traz nenhuma previsão sobre o encarceramento de pessoas LGBT e, apesar do princípio constitucional da individualização da pena, trazido pelo art. 5º, inciso XLVI da CF, no Brasil não há que se falar em individualização da pena para população LGBT, uma vez que sua identificação de gênero, bem como orientação sexual, raramente é levada em consideração ao determinar o seu local de cumprimento de pena; descumprindo também o art. 5º, inciso XLVIII da CF, que determina que a pena será cumprida de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado (BRASIL, 1988).

Segundos dados do levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, até 2017, apenas 8% dos estabelecimentos penais brasileiros tinham celas exclusivas para o público LGBT. Conforme o relatório do MDH de 2020, das 508 unidades prisionais inspecionadas, apenas 106 possuíam esse tipo de cela. Além disso, como foi exposto ao longo de toda essa pesquisa, grande parte da população de mulheres trans e travestis ainda cumprem penas em estabelecimentos penais masculinos.

Diante a ausência de leis específicas sobre o assunto, a tentativa de traçar diretrizes acerca da aplicação das penas da população LGBT fica à cargo de resoluções e de decisões do judiciário. Nesse sentido, em âmbito federal, destaca-se a Resolução conjunta n. 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), publicada no Diário Oficial da União em 2014, que trouxe diversas diretrizes acerca do tratamento destinado à população LGBT em privação de liberdade, de forma à preservar seus direitos humanos.

Tal resolução apesar de trazer avanços como a defesa do uso do nome social nos presídios, o direito à visita íntima e a proibições de sanções em razão da condição da pessoa LGBT, ela peca ao fazer distinções entre transexuais e travestis por critérios biológicos ao descrever:

Art. 1º – Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Parágrafo único – Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

I – Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres;

II – Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens;

III – Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos;

IV – Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

V – Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico. (CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO, 2014) (*grifo nosso*)

Portanto, diferencia-se transexuais e travestis unicamente pela rejeição ou não de sua genitália, dando a entender que uma seria mais “feminina” que a outra em razão disso. Conceito que, como já foi trabalhado ao longo dessa pesquisa, é completamente errôneo e limitante, afinal, existem diversos tipos de transexualidades e travestilidades, não havendo como determinar padrões de comportamento para identificar os vários tipos de identidade de gênero.

Em razão desse conceito equivocado, a resolução determina que

Art. 3º – Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

(...)

Art. 4º – As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único – Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. (CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO, 2014)

No mesmo sentido, decidiu o Ministro Luís Roberto Barroso do STF, no ano de 2019, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

n. 527, pelo qual determinou-se a transferência de presas transexuais para presídios femininos

DIREITO DAS PESSOAS LGBTI. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSEXUAIS E TRAVESTIS. UNIDADES PRISIONAIS EM QUE DEVE OCORRER O CUMPRIMENTO DE PENA. PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS FÍSICOS E PSÍQUICOS. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. 1. Interpretação judicial controvertida da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação n. 1/2014, acerca das unidades prisionais e demais condições em que deve ocorrer o cumprimento de pena de transexuais e travestis. **2. Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Percebem seu corpo como inadequado e buscam ajustá-lo à imagem de gênero que têm de si. Travestis são pessoas que se apresentam para o mundo com o gênero oposto àquele correspondente a seu sexo biológico, mas não percebem seu corpo como inadequado e não desejam modificá-lo.** 3. Direito das transexuais femininas ao cumprimento de pena em presídios femininos, de acordo com a sua identidade de gênero. Incidência do direito à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CF/1988, art. 1º, III; e art. 5º, caput, III). Normas internacionais e Princípios de Yogyakarta. Precedentes: ADI 4275, red. p/ acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, rel. Min. Dias Toffoli. 4. Divergência quanto ao tratamento a ser conferido às travestis. Notícia de minuta de resolução em debate entre órgãos com expertise na matéria. Insuficiência das informações constantes dos autos para proporcionar uma decisão segura. Necessidade de complementação da instrução do feito quanto a este ponto. Presença de periculum in mora inverso. 5. Cautelar parcialmente deferida para assegurar que transexuais femininas cumpram pena em presídio feminino.

(STF. ADPF 27 MC/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 26/06/2019)

Contudo, no ano de 2018, no julgamento do HC 152.491, Barroso fez uma interpretação diversa ao conceder a ordem de ofício para a realocação de duas travestis em estabelecimento prisional compatível à sua identidade de gênero (STF, 2018).

Diante desse quadro, percebe-se que a questão acerca do local de cumprimento de pena das transexuais e travestis ainda é bastante controversa, mesmo entre a alta cúpula judiciária brasileira, sendo ainda muito marcada pela noção biológica de sexo e dicotômica de gênero.

Além disso, ressalta-se que a referida resolução, bem como aquelas de caráter estadual e a jurisprudência nacional não possuem caráter impositivo, servindo apenas

como orientação, não havendo qualquer tipo de sanção àqueles estabelecimentos que não as cumprem. Portanto, demonstra-se o completo descaso do Estado para com essa população que tanto sofre dentro e fora dos presídios.

4. CONCLUSÕES

Por todo o exposto ao longo do presente artigo, não restam dúvidas de que a noção heteronormativa e binária de gênero ainda é regra no Brasil, sendo a vida de transexuais e travestis marcadas diariamente por violência, seja simbólica, física ou institucional. O Brasil é um dos países que mais mata pessoas transgêneras no mundo. Conforme pesquisa realizada pela Organização Não Governamental “Trangender Europe”, mais de 900 pessoas transgêneras foram assassinadas entre janeiro de 2008 e setembro de 2016 (TGEU, 2016).

Tal situação interfere diretamente na vida dessas pessoas dentro dos muros dos presídios masculinos, que se torna ainda mais difícil em razão da vulnerabilidade a que estão expostas, sofrendo os efeitos da pena muito além do usual, afinal, a sua própria existência já implica em sofrimento exagerado nesses locais.

Diante dessa situação, surge a questão: o que fazer? Qual seria então o local mais adequado para abrigar as transexuais e travestis? Seria nas alas LGBT? Seria nos presídios femininos? Seria em uma instituição reservada exclusivamente a elas?

Em resposta a essas perguntas, o relatório desenvolvido pelo MDH demonstrou que não há um consenso quanto a essas indagações nem mesmo dentro dos movimentos sociais organizados. Há aquelas que dizem não se incomodar em ficar nos presídios masculinos, desde que haja um espaço separado para sua alocação e que possam exercer sua identidade, ao passo que outras já preferem a transferência para presídios femininos em razão destes oferecerem menor risco de violência e vulnerabilidade (MDH, 2020, p. 124).

De acordo com os dados obtidos pela obra de Sanzovo, do total de 23 detentas que participaram de sua pesquisa, 48% disseram preferir ser alocadas em um presídio destinado somente à travestis e transexuais; 35% prefeririam uma ala LGBT; 9% optaria por cumprir sua pena em presídio masculino; 4% escolheria os estabelecimentos penais femininos e os

outros 4% gostariam de uma ala trans, dentro do presídio feminino (SANZOVO, 2020, p. 159).

Diante disso, o presente trabalho não pretende oferecer a solução de qual seria o local mais adequado para o cumprimento das penas privativas de liberdade de transexuais e travestis, até mesmo pelo fato de as autoras acreditarem que cabe apenas à população T, essa escolha, sugerindo, inclusive, que elas sejam ouvidas na elaboração de leis a esse respeito ou mesmo em cada caso concreto acerca de onde gostariam de cumprir sua pena.

Contudo, o objetivo principal desta pesquisa foi atingido, uma vez que pretendeu-se trazer à discussão o cenário geral de vulnerabilidade e invisibilidade dessa população aos olhos do Estado brasileiro, demonstrando-se a urgência de monitoramento e criação de leis e políticas públicas específicas que visem orientar, de modo nacional, a aplicação das penas da população trans, bem como da LGBT em geral, em uma tentativa das autoras de, usando seu papel de privilégio social e por meio do debate das novas perspectivas de gênero, fazer ouvir as vozes dessas mulheres que são tão silenciadas pela sociedade e ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Salo de. *Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. Salo de Carvalho e Evandro Piza Duarte. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul. 2012.
- CNJ. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020
- CNJ. *Regras de Mandela*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans*. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-t%C3%A9cnica-processo-Trans.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. *RESOLUÇÃO CONJUNTA N. 1, DE 15 DE ABRIL DE 2014*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MDH). LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

MORAIS, Neon Bruno Doering; MELO, Marília Montenegro Pessoa de; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Direito e População LBGT em cárcere: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 145, ano 26. p. 241-280. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; MENDES, Bárbara Gonçalves; CARNEIRO, Júlia; VIDAL, Júlia Silva; LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira; FREITAS, Rafaela Vasconcelos. A construção institucional do gênero criminoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 146, ano 26. p. 515-537. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018.

Presas trans têm rotina humilhante em Goiás. *O Popular*. Goiânia, 06 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.opopular.com.br/noticias/cidades/presas-trans-t%C3%AAm-rotina-humilhante-em-goi%C3%A1s-1.2009329>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

SANTOS, Isabella Petrocchi Rodrigues dos; GOMES, Camila de Magalhães. Travestis no sistema carcerário do Distrito Federal: Gênero e Cárcere entre narrativas e normas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 146, ano 26. p. 397-433. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018.

SANZOVO, Natália Macedo. *O lugar das trans na prisão*. 1 ed., 1 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

STF. *ADPF 527*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

STF. *Ministro determina transferência de travestis para estabelecimento prisional compatível com identidade de gênero*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369997>. Acesso em: 17 nov. 2020.

TGEU – Transgender Europe. *Almost 300 trans and gender-diverse people murdered in the last year*. TDoR 2016 TMM Update, Press Release, 2016. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT_TMM_TDoR2016_PR_EN.pdf>

VARELLA, Drauzio. Mulheres trans presas enfrentam preconceito, abandono e violência. *Fantástico*. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/03/01/mulheres-trans-presas-enfrentam-preconceito-abandono-e-violencia.ghtml>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

YOGYKARTA. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Apresentação oral

**TRANSGÊNEROS: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO JURÍDICA
DOS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS ENCARCERADOS À LUZ DOS
DIREITOS HUMANOS**

*TRANSGENDERS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL SITUATION OF
TRANSSEXUALS AND TRANVESTITES INCARCERATED IN LIGHT OF
HUMAN RIGHTS*

Beatriz Luchetta Garcia

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Advogada.

E-mail: beatrizluchettagarcia2@gmail.com

Resumo: Neste trabalho, foi realizada pesquisa bibliográfica com o intuito de analisar e entender qual a real situação dos transgêneros em cumprimento de pena privativa de liberdade. Esta pesquisa teve como marco inicial o estudo do que é identidade de gênero, com as conceituações de gênero, sexo e orientação sexual. Após, foi realizada uma análise das normas e princípios constitucionais, penais e internacionais acerca da execução penal, focando nos Princípios de Yogyakarta, que é um documento internacional que rege sobre os direitos dos LGBTs. Por fim, foi realizado um estudo fático da situação carcerária brasileira, sobretudo em relação aos transgêneros e quais as violências sofridas por essa parcela durante toda a execução da pena, momento em que se realizou, além da pesquisa doutrinária, o estudo de diversas notícias veiculadas nas mídias sociais e redes de informação. Utilizou-se ainda a análise do Habeas Corpus n. 152.491/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, pois foi uma decisão inédita proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que desencadeou uma grande discussão jurídica acerca do tema. Nesse sentido, analisou-se também outros entendimentos jurisprudenciais, sendo feita, ao final, breve reflexão acerca de qual estabelecimento prisional seria o mais adequado para o cumprimento de pena pelos transgêneros.

Palavras-chave: Transgênero; Execução penal; Direitos Humanos; Violência.

Abstract: In this project, a bibliographical research was carried out with the purpose of analyzing and understanding the real situation of transgender people in custodial sentence. This research had as its starting point the study of what is gender identity, with the conceptualizations of gender, sex and sexual orientation. Afterwards, an analysis of constitutional, criminal and international norms and principles on criminal enforcement was carried out, focusing on the Yogyakarta Principles, which is an international document governing the rights of LGBTs. Finally, a factual study of the Brazilian prison situation was carried out, especially in relation to the transgenders and what the violence suffered by this portion during the whole execution of the sentence, at which time, in addition to the doctrinal research, the study of several stories in social media and information networks. The analysis of Habeas Corpus n. 152.491/SP, judged by the Federal Supreme Court, was also used, since it was an unprecedented decision issued by the Minister Luis Roberto Barroso, which triggered a great juridical discussion about the subject. In this sense, other jurisprudential understandings were also analyzed, being made, at the end, a brief reflection about which prison establishment would be the most appropriate for the fulfillment of punishment by transgenders.

Keywords: Transgender, Penal Execution, Human Rights, Violence

Sumário: Introdução. 1. Binário de gênero: uma construção social. 1.1. Processo histórico-cultural do binário de gênero. 1.2. Identidade de gênero versus orientação sexual: distinção necessária. 2. Dimensões principiológicas e jurídicas do transgênero no cumprimento da pena privativa de liberdade. 2.1. Os princípios de Yogyakarta. 2.2 Os princípios penais referentes ao cumprimento de pena e os aspectos relevantes da execução penal. 2.3. Resolução n. 1 de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Resolução n. 348 do Conselho Nacional de Justiça 3. A situação do transgênero no sistema prisional brasileiro. 3.1. A questão corporal: dos cosméticos à hormonoterapia e assistência médica especializada. 3.2. O despreparo dos agentes estatais no atendimento à população LGBT. 3.3. A violência sofrida pelos LGBTs: das sanções às agressões físicas. 3.4. Análise do julgamento do HC 152.941/SP e outros entendimentos jurisprudenciais. 3.5 Reflexões acerca do estabelecimento prisional adequado aos transgêneros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No bojo da Constituição Federal de 1988, torna-se evidente o dever do Estado de prover a segurança e a dignidade da pessoa humana para todos os cidadãos sem distinções de qualquer natureza. Ainda, resta vedado o tratamento desumano ou degradante e, pela legislação constitucional pátria, todo preso deve ter respeito à sua integridade física e moral. Isso acontece em virtude da adoção, pelo Brasil, da função da pena como a reprovação e prevenção de crimes, e, sobretudo, a ressocialização do condenado.

Ocorre que não é novidade que o sistema penitenciário brasileiro não oferta condições adequadas para o alcance de seus objetivos precípuos, com um sistema falido, superlotado, sem a infraestrutura ideal para garantir aos presos nem mesmo os direitos humanos mais básicos. Daí nota-se que a legislação referente aos direitos do preso e aos próprios direitos humanos em geral não está sendo corretamente aplicada, de maneira que os detentos se encontram a mercê do Estado dentro de um sistema hostil e ultrajante.

Assim, se para os presos cisgênero a situação já é preocupante, muito mais alarmante é para as pessoas trans encarceradas, em virtude de sua maior vulnerabilidade nas questões sociais, que passam a ser hiperbolizadas dentro do ambiente já hostil do sistema carcerário, devendo o Estado ter um maior cuidado na proteção dessas pessoas frente a preocupação, de no mínimo, haver um tratamento igualitário.

Entende-se que o respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano, consagrados na Constituição Federal, bem como em pactos internacionais de que o Brasil é signatário, há de ser aplicado em toda sua plenitude a todos os cidadãos indistintamente, mesmo que se esteja tratando de pessoas transgressoras da lei.

Em decorrência disso, portanto, é que se justifica o estudo do tema escolhido.

A metodologia de pesquisa utilizada para o desenvolvimento do trabalho, exploratória e qualitativa, baseou-se em pesquisas bibliográfica. Tal método foi escolhido uma vez que se considera o mais adequado para realização de um estudo doutrinário, jurisprudencial, legal e de todos os documentos acadêmicos e científicos acerca do assunto, bem como a utilização de notícias veiculadas nas mídias sociais, que são de extrema importância na abordagem do tema proposto. Procurou-se mostrar as diversas opiniões

e argumentações de doutrinadores e estudiosos, apontando os possíveis caminhos para a resolução do problema proposto.

A pesquisa foi organizada e dividida em três partes. Na primeira, será abordada como foco as questões concernentes ao gênero e sexualidade que, defendem estudiosos, são construções sociais e históricas, não obedecendo aos padrões atuais que catalogam biologicamente o gênero em atenção exclusivamente à respectiva genitália.

Na sociedade atual, em tese, dois são os sexos existentes: masculino e feminino, com base exclusivamente na análise do órgão genital. Em virtude disso, costuma-se associar o gênero do indivíduo diretamente a este sexo biologicamente definido, vinculando necessariamente as duas categorias e criando, naquele indivíduo, expectativas de comportamentos sociais tidos como adequados.

Acontece que existem pessoas cuja identidade de gênero foge a este padrão estabelecido, de modo que a pessoa se identifica com o gênero oposto ao que lhe foi atribuído geneticamente. A esses indivíduos a medicina deu o nome de transgênero.

Mais adiante na pesquisa, far-se-á uma distinção referente a identidade de gênero e orientação sexual, já que, também em razão da construção social, as pessoas confundem e associam todos os termos, categorizando os indivíduos trans de maneira equivocada e, por conseguinte, ferindo direitos desse grupo. A orientação sexual não tem mais a ver com homem ou mulher, mas sim com critérios de atração física e laços românticos do indivíduo, que nada tem a ver com o gênero pelo qual a pessoa se identifica e muito menos com seu sexo biológico.

No segundo momento, será feita a análise da dimensão jurídica específica dos transgêneros em cumprimento de pena privativa de liberdade, trazendo sempre à baila as legislações internacionais de direitos humanos. Para tanto, serão estudadas as normas gerais, aplicáveis a execução da pena de quaisquer detentos, bem como as possíveis normas específicas ao tema.

A intenção é realizar um efetivo apanhado de todas as normas que sejam aplicáveis aos trans inclusos no sistema penitenciário, vislumbrando qual a real situação jurídica desses indivíduos, bem como quais são seus direitos e, até mesmo, os deveres estatais para com essas pessoas.

Na terceira e última parte da presente pesquisa, far-se-á a observância propriamente dita da situação fática dos transgêneros em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Será abordada a realidade dos detentos transexuais e travestis, vislumbrando as particularidades desse grupo e adentrando profundamente nas questões de direitos humanos vinculadas à essa problemática.

Por fim, será realizado um apanhado jurisprudencial para refletir acerca do entendimento do Poder Judiciário na execução penal de pessoas trans. Nesta seara, estudar-se-á o julgamento do Habeas Corpus 152.491/SP, no qual o Ministro Luís Roberto Barroso deu uma decisão inédita sobre o estabelecimento prisional adequado para o cumprimento de pena dos transexuais e travestis, a qual acarretou os mais diversos entendimentos e reflexões jurídicas do assunto, além de uma análise do relatório “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento”, documento mais recente do Governo Federal, objeto também do presente capítulo.

1. BINÁRIO DE GÊNERO: UMA CONSTRUÇÃO SOCIAL

Circunda a sociedade hodierna, uma forte discussão relativa à questão de gênero. Isso decorre de movimentos sociais cada vez mais organizados e ativos, obtendo um grande crescimento de visibilidade, seja em virtude dos meios de comunicação, da maior acessibilidade a informações, dentre outras razões. O movimento feminista e, sobretudo, o movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros) discute e expande para a sociedade cada dia mais os princípios e teorias relativos ao gênero. Dessa forma, torna-se importante entender melhor o que é sexo e gênero, bem como suas definições e distinções, para que se possa compreender melhor acerca do foco desta pesquisa científica, qual seja, os transgêneros.

1.1 Processo histórico-cultural do binário de gênero

Segundo os estudos de Joan Scott, gênero é uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado (SCOTT, 1995, p. 75). A autora não nega que haja distinções biológicas e genéticas entre tais corpos, porém o que importa são os significados criados culturalmente para essas diferenças. Dessa forma, ao nascer um indivíduo, analisa-se a genitália e,

consequentemente, já se atribui àquele órgão genital um significado. Como exemplo disso, é possível perceber que as roupas para meninas são, em maioria, em tons de rosa e lilás, enquanto para os meninos são em tons de azul, como um verdadeiro padrão criado socialmente.

Simone de Beauvoir, importante escritora feminista, afirma que não se nasce mulher, torna-se mulher (BEAUVOIR, 1967, p. 09), ou seja, ser de um determinado sexo, analisado pela genitália, não necessariamente significa ser do gênero correspondente. Tal ponderação relaciona-se com esse processo histórico e cultural do binarismo de gênero, de forma que a autora defende que um indivíduo não nasce com seu gênero definido, mas a sociedade, historicamente, assim o impõe de acordo com sua genitália.

Nesse contexto, nascendo com um pênis, automaticamente será um homem e assumirá responsabilidades típicas de tal, bem como nascendo com uma vagina, assumirá as atribuições sociais de uma mulher. Nos dizeres de Berenice Bento:

Quando o médico diz: “é um menino/uma menina”, produz-se uma invocação performativa e, nesse momento, instala-se um conjunto de expectativas e suposições em torno desse corpo. É em torno dessas suposições e expectativas que se estruturam as performances de gênero. (BENTO, 2006, p. 88)

Viver de acordo com o binário de gênero é portanto viver em uma sequência de atos performáticos criados ao longo do tempo, de forma que a continuidade desses atos produz o efeito de veracidade e padronização.

Nesse ínterim, a sociedade contemporânea ocidental se pauta na divisão de papéis com base no sexo biológico de cada pessoa. A partir disso é que se define qual a performance que o indivíduo adotará durante a vida.

Sendo assim, a ideia do gênero deve ser vista como algo construído histórico e culturalmente. Dessa forma, o transgênero, objeto do presente estudo, é tido como um desestabilizador da hegemonia sedimentada no binário de gênero, conquanto não se identifique com o sexo a que lhe foi atribuído biologicamente, ferindo toda a lógica e o padrão construídos até então.

1.2 Identidade de gênero *versus* orientação sexual: distinção necessária

Ainda, nesse contexto binário homem/mulher, junta-se a padronização da heterossexualidade que, segundo Berenice Bento, se reproduz cultivando os corpos em sexos diferentes. Para ela, “a heterossexualidade constitui-se em uma matriz que conferirá sentido às diferenças de sexo” (BENTO, 2006, p. 87).

Além disso, sintetiza que:

A heterossexualidade não surge espontaneamente em cada corpo recém-nascido, inscreve-se reiteradamente por meio de operações constantes de repetição e de recitação dos códigos socialmente investidos como naturais. O corpo-sexual e a suposta ideia de complementaridade natural, que ganha inteligibilidade por intermédio da heterossexualidade, representam uma materialidade saturada de significado, não sendo uma matéria fixa, mas uma contínua e incessante materialização de possibilidades, intencionalmente organizada, condiciona e circunscrita pelas convenções históricas. (BENTO, 2006, p. 88)

Neste diapasão, a sociedade culturalmente impôs que uma mulher, por exemplo, ao nascer com uma vagina, além da performance de gênero relacionada ao seu sexo, ainda gostará de homens, porque esse foi o estipulado historicamente. Em síntese, na construção dos papéis sociais de cada indivíduo, ao analisar a genitália externa da pessoa, chega-se à conclusão de que será homem/mulher e heterossexual, a partir de um raciocínio lógico em um padrão preexistente socialmente, porém errôneo do ponto de vista em que não se leva em consideração questões intrínsecas de per si de cada ser humano.

É claro que, na maioria das vezes e pelos mais diversos motivos, o indivíduo que nasce com genitália masculina, por exemplo, se identifica como homem e se sente atraído por mulheres, até mesmo em razão de, desde crianças, terem sido ensinados nesse sentido e, inclusive, forçados a ter atitudes compatíveis a esse padrão.

Entretanto, existem pessoas que não se compatibilizam com tal parâmetro, sentindo atração por indivíduos do mesmo gênero ou mesmo que independe do gênero do parceiro para que sintam atração sexual. Essas se identificam com o sexo biológico, porém sua orientação sexual diverge da padronizada.

Por outro lado, a identidade de gênero não tem relação com a atração sexual por outrem, mas sim com a maneira do indivíduo de se sentir, em seu interior, como

pertencente a determinado gênero. Ela se traduz num sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como homem ou mulher.

Há, ainda, uma pequena distinção entre identidade de gênero e papel de gênero. A performance de gênero é a forma como o indivíduo se mostra perante a sociedade, ou seja, a maneira pela qual se exterioriza essa identidade de gênero, podendo ser, inclusive, uma falsa performance, como nos casos de pessoas que não assumem a verdadeira identidade por medo de represálias familiares ou religiosas, preconceitos, ou quaisquer outros motivos.

Ainda sobre as falsas performances, é possível e, no Brasil, extremamente comum, que essas pessoas consideradas fora do padrão, como transgêneros e homossexuais, se apresentem para a sociedade de maneira diversa do que realmente são. Isso porque, como citado supra, ainda persiste um enorme preconceito social e, por medo de represálias, tais indivíduos preferem viver de acordo com o padrão, ainda que se distanciem de suas verdadeiras identidades.

Esse preconceito está intrinsecamente ligado a toda a produção histórica e cultural do binário de gênero, e com a frustração e ojeriza que os indivíduos categorizados no considerado contexto “natural” dos sexos possuem para com os que são diferentes.

Assim, quando se pensa que a sociedade está construída, desde os primórdios, baseada no padrão da heterossexualidade e da identificação dos genitais com o respectivo gênero, é natural que um indivíduo que se identifica de maneira distinta seja visto com maus olhos pela sociedade e, conseqüentemente, colocado em uma periferia social, uma vez que ameaça a hegemonia do contexto “natural” dos sexos.

Defendem Bento e Pelúcio, de maneira hiperbolizada, que:

Os ‘desviantes sexuais’, em especial travestis, transexuais e intersexuais, são os “monstros pálidos” da contemporaneidade, porque foram alocadas/os nos limites do pensável, autorizando, por meio de um longo e persistente percurso histórico, a escrutinação dos seus corpos, pelo nojo ou fascínio; a desautorização dos seus desejos; a suspeita em torno da sua sanidade; a violação de seus direitos. Por isso, insiste, Leite Junior, é preciso dilatar as fronteiras do inteligível, derrubando teórica e politicamente as barreiras que pressupõem que existe um nós-humanos e um eles-monstros. (BENTO, PELÚCIO, 2012, p. 485-488).

É em razão de todo esse preconceito, e consequente violência e marginalização, que Joan Scott defende que “temos necessidade de uma rejeição do caráter fixo e permanente da oposição binária, de uma historicização e de uma desconstrução genuínas dos termos da diferença sexual” (SCOTT, 1995, p. 84), para que seja alcançada essa desconstrução da repulsa àquele que foge aos padrões sociais.

1. DIMENSÕES PRINCIPIOLÓGICAS E JURÍDICAS DO TRANSGÊNERO NO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Na primeira parte desta pesquisa, discorreu-se acerca das questões de gênero, aprofundando nos conceitos e definições em relação ao foco do trabalho – os transgêneros, a fim de situar o leitor dessa problemática, tão importante para a compreensão do tema de forma ampla.

Entendidas essas distinções no tocante aos transgêneros, passa-se, agora, a analisar a situação jurídica desse grupo. Para tanto, serão abordados os direitos essenciais desse fragmento social, à luz dos Direitos Humanos e os princípios importantes no que concerne ao cumprimento de pena privativa de liberdade, com objetivo de se fazer uma análise crítica, posteriormente, da atual conjuntura dos presos transgêneros.

Ante as considerações realizadas acima, é interessante tecer breves apontamentos acerca dos Direitos Humanos. Esta denominação, pelo entendimento de parcela da doutrina, diz respeito a uma expressão de direito internacional público, ou seja, são garantidos por declarações ou tratados celebrados entre Estados. Entretanto, no linguajar cotidiano, utiliza-se também o termo “direitos humanos”, em detrimento do termo correto “direitos fundamentais”, em relação à proteção garantida pelo ordenamento jurídico interno (estatal) (MAZZUOLI, 2018, p. 23).

Tal categorização possui estreito contato com a amplitude da proteção fornecida. Pelas palavras do jurista Valério Mazzuoli,

No que tange à *proteção* dos direitos das pessoas, tem-se que os “direitos humanos” (internacionais) são mais amplos que os chamados “direitos fundamentais” (internos). Estes últimos, sendo positivados nos ordenamentos jurídicos internos, não têm um campo de aplicação tão extenso quanto o dos direitos

humanos, ainda mais quando se leva em conta que nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais modernos são exercitáveis por *todas* as pessoas, indistintamente. (...). Os direitos humanos, diferentemente dos direitos fundamentais, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional aceita pelo Estado em cuja jurisdição se encontre. (MAZZUOLI, 2018, p. 28)

Em razão dessa maior amplitude de proteção, na presente pesquisa, será adotado o termo “direitos humanos”.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, documento publicado pela Organização das Nações Unidas em 1948, serviu de base para a redação da Constituição Federal brasileira vigente. Em conformidade às lições de Valério Mazzuoli:

No âmbito do direito interno brasileiro a Declaração de 1948 serviu de paradigma para a Constituição Federal de 1988, que literalmente “copiou” vários dos seus dispositivos, o que demonstra que o direito constitucional brasileiro atual está em perfeita consonância com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2018, p. 97)

À vista do narrado nas linhas anteriores é que se afirma que, no Brasil, há uma aplicação direta dos direitos humanos previstos nas ordens internas e mundiais, trazendo ao país uma responsabilidade de proteção de todos os cidadãos presentes em território nacional, indistintamente, sob pena de se aplicar, até mesmo, uma responsabilização em âmbito internacional.

Em interpretação ao artigo 5º, §1º da Constituição Federal, que diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, pode-se concluir que, além de direta, há também a imediata aplicação dos tratados que garantem direitos humanos.

Como entende Valério de Oliveira Mazzuoli:

A Constituição não especifica se elas devem provir do Direito interno ou do Direito Internacional (por exemplo, dos tratados internacionais de direitos humanos), dizendo apenas que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas pela maioria qualificada. Tal significa que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser *imediatamente aplicados* pelo nosso Poder Judiciário, com *status* de norma constitucional, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do

§3º do art. 5º. Se a promulgação e publicação de tratados têm sido exigidas para os tratados *comuns*, tais atos são dispensáveis quando em jogo um tratado de *direitos humanos*. (MAZZUOLI, 2016, p. 941)

Dessa forma, perfeitamente factível que se explique e entenda os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos como parte do ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, aplicáveis por obrigação e passíveis de requerimento ao poder público (tanto na seara executiva, como na legislativa e jurídica).

1.1 Os princípios de Yogyakarta

Tendo em consideração as bases dos direitos humanos e, principalmente, os dois primeiros artigos da Declaração Universal, tem-se que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, podendo gozar os direitos e as liberdades sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, etc.

Por essa razão, e em atenção à violência sofrida cotidianamente pelo grupo LGBT, os países resolveram adotar alguns princípios de proteção a esse grupo. A este apanhado de direitos e regulamentos, deu-se o nome de Princípios de Yogyakarta, tendo a reunião de especialistas sede na cidade de Yogyakarta na Indonésia, em novembro de 2006, e que se tornou uma grande referência na questão de proteção ao público LGBT.

Trata-se de 29 princípios que normatizam objetivos a serem almejados pelos Estados para proteção daquela comunidade. Assim, orientam os Estados na maneira de aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos concernentes à problemática da orientação sexual e identidade de gênero.

Em relação aos efeitos dos referidos princípios, explica Valério Mazzuoli:

Apesar de se tratar de norma de *soft law*, o certo é que os *Princípios de Yogyakarta* devem ser levados em consideração pelos Estados na condição de guia interpretativo para aplicação das normas internacionais (*hard law*) assumidas pelo governo relativas à proteção dos direitos da comunidade LGBTI. (MAZZUOLI, 2018, p. 384)

O Brasil é signatário dos Princípios de Yogyakarta, devendo, portanto, seguir tais orientações, que devem ser aplicadas diretas e imediatamente, em atenção à Constituição

Federal e ao ordenamento jurídico pátrio, não perdendo de vista, também, a Declaração Universal de Direitos Humanos ratificada pelo país.

Os princípios contidos no documento tratam de diversos direitos muito relevantes à população LGBT encarcerada, como o direito de usufruir de todos os direitos humanos livre de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero, o direito ao reconhecimento perante a lei, o direito à segurança pessoal, o direito ao tratamento humano durante a detenção, o direito à vedação a tortura e ao tratamento cruel, desumano ou degradante, entre outros.

Tal documento, além de garantir os direitos acima delimitados, também serve de orientação de quais as medidas e atitudes que os Estados devem tomar no âmbito interno para o efetivo cumprimento desses direitos. Assim, prevê diversas diretrizes como o treinamento dos funcionários públicos, a implantação de medidas legislativas, administrativas etc. que sejam necessárias, bem como orienta o Estado a garantir que a detenção evite uma maior marginalização do detento motivada pela sua orientação sexual ou identidade de gênero.

1.2 Os princípios penais referentes ao cumprimento de pena e os aspectos relevantes da execução penal

Embora anterior a reunião que resultou nos Princípios de Yogyakarta, em perfeita consonância com os supramencionados direitos se encontra a legislação brasileira na questão das garantias do público LGBT, tanto na Constituição Federal, como nas leis penais.

Ainda que o entendimento doutrinário se refira ao Direito da Execução Penal como ramo autônomo do Direito, deve-se analisar sempre em conjunto com todo o ordenamento jurídico, sobretudo em atenção ao Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Sob esse viés, portanto, é que serão examinados os princípios e procedimentos da execução penal.

Na Carta Magna brasileira estão presentes algumas normas importantes da execução penal, como por exemplo, a individualização da pena, a vedação a penas cruéis, o

cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, sexo e idade do apenado, bem como o respeito à integridade física e moral desse preso.¹

Nessa seara, a União promulgou a Lei n. 7.210, conhecida também como Lei de Execução Penal (LEP). Esta norma, datada de 1984 e, portanto, anterior à Constituição Federal, dita a maneira com que deve ser realizado o cumprimento da pena pelos apenados, seja ela restritiva de direitos ou não.

Apesar de anterior, o diploma rege-se em consonância com os princípios e regras constitucionais, quando preceitua em seu artigo 40, por exemplo, que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”

Correlacionando-se a todos os princípios mencionados até agora nesta pesquisa, na Lei n. 7.210 há, ainda, previsão acerca dos estabelecimentos prisionais. Estes, lembrando, devem possuir condições de prover uma ressocialização do apenado baseada na dignidade humana, no respeito à integridade física e moral, na segurança pessoal, dentre outros direitos e princípios já estudados.

Cita-se como exemplo alguns dos mais notórios, como o princípio da legalidade, em que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa senão em virtude de lei, da igualdade e da humanização da pena, cujos teores já foram abordados anteriormente, do contraditório, consistente no direito de ciência e manifestação a todos os atos processuais, o princípio da proporcionalidade, em que deve haver uma vinculação proporcional entre o delito e a pena aplicada, bem como o princípio da individualização da pena que, em virtude da importância para a presente pesquisa, será melhor esmiuçado.

¹ Art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

(...)

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Tal princípio de execução preceitua que deve ser aplicada a pena devida a cada caso concreto, atendendo aos fatores sociais de cada indivíduo, para que, assim, se garanta a possibilidade real de reinserção social após o cumprimento da pena.

Acerca disso, defende Guilherme de Souza Nucci que

a individualização executória da pena, corolário natural do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLV1, primeira parte, CF), demonstra a sua importância ao, aparentemente, mitigar até mesmo a igualdade de todos perante a lei. Em verdade, segundo o nosso pensamento, a individualização aproxima-se da isonomia, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais, fazendo com que a autêntica forma de igualdade seja observada. Na realidade, todos os presos devem ser tratados com igualdade, porém *na forma da lei* (NUCCI, 2010, p. 484)

Com a devida vênia ao doutrinador supracitado, não se defende que haja uma mitigação do princípio da igualdade, mas sim uma interpretação da norma com base na igualdade aristotélica, na qual os iguais são tratados igualmente e os desiguais de forma desigual, na medida da sua desigualdade.

Assim, no tocante aos transgêneros em cumprimento de pena privativa de liberdade, importante que se analise a igualdade sob o prisma material e não somente formal. Isso porque, como já se discorreu ao longo de toda a pesquisa, essa parcela da população, sobretudo a carcerária, não possuem as mesmas condições pessoais do que os demais presos.

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico como um todo, assegura aos presos uma execução penal garantista e humanitária, provendo, em teoria, os direitos previstos tanto na ordem nacional, quanto na internacional.

1.3 Resolução n. 1 de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Resolução n. 348 do Conselho Nacional de Justiça

Apesar da legislação brasileira relativa à execução penal abordar acerca dos vários direitos garantidos aos presos, em perfeita simetria com os direitos humanos e fundamentais, não há qualquer previsão legal específica em relação aos apenados LGBTs. Entretanto, a necessidade de se estabelecer diretrizes próprias para esse público-alvo,

fez com que, conjuntamente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT (CNCDD/LGBT) divulgassem a Resolução n. 1 de 2014.

A resolução prevê que as pessoas travestis e transexuais têm direito de ser chamadas pelo nome social, de acordo com seu gênero. Outrossim, para que haja efetiva segurança, determina a possibilidade, mediante expressa manifestação de vontade, das travestis e dos gays recolhidos em unidade prisional masculina de ficarem em espaços separados, devidamente isolados. Entretanto, tal local não deve ser utilizado para aplicação de medida disciplinar ou outro método coercitivo, sob pena de se recrudescer arbitrariamente uma pena imposta, sem quaisquer justificativas.

Fato importante consta na previsão do artigo 4º, que estabelece a unidade prisional feminina como a adequada para pessoas transexuais masculinas e femininas, facultando-se o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção dos cabelos compridos, garantindo seus caracteres secundários e, conseqüentemente, sua identidade de gênero.

A resolução segue garantindo a visita íntima ao preso LGBT, o atendimento integral à saúde, com a manutenção do tratamento hormonal às pessoas transgêneros, bem como o acesso à educação e o auxílio-reclusão aos dependentes, inclusive aos companheiros e cônjuges do mesmo sexo. Estabelece-se, também, que a transferência compulsória para outra cela ou outra sanção em razão de sua condição sexual ou de gênero é característica de tratamento desumano e degradante, sendo, portanto, vedada.

Por fim, é dever do Estado a capacitação continuada dos profissionais incluídos nos estabelecimentos prisionais, considerando os direitos humanos e os princípios da igualdade e não-discriminação, em relação a orientação sexual e identidade de gênero.

Por ser apenas uma resolução, tal documento não possui poder coercitivo. Entretanto, é notória a preocupação dos Conselhos Nacionais em fazer valer a premissa da igualdade para àqueles cuja orientação sexual ou a identidade de gênero difere daquela considerada padrão pela sociedade.

Pelo exposto, a Resolução n.1 de 2014, elaborada pelos Conselhos, reflete um avanço no interesse estatal de prezar pelo ponto mais digno do ser humano, qual seja, sua

personalidade. O estabelecimento de novas alas destinadas somente a este público facilita a manutenção do estado psíquico e emocional dos apenados LGBTs e, conseqüentemente, a sua ressocialização. Ademais, possibilita a diminuição da violência sofrida por essas pessoas, que acabam tendo uma exposição bem menor aos instintos animais presentes no ambiente carcerário brasileiro, extremamente hostil ainda hoje.

Além do referido documento, o Conselho Nacional de Justiça, no corrente ano, publicou a Resolução n. 348, cuja vigência ainda não foi iniciada.

Esse documento teve como base diversos estudos referentes ao tema e trouxe à baila algumas recomendações um pouco mais ‘atualizadas’ do que a Resolução Conjunta n. 1 de 2014.

O documento prevê que o reconhecimento da pessoa LGBT será feito exclusivamente por meio de autodeclaração, devendo esta ser colhida pelo magistrado em qualquer fase do processo penal. Se o magistrado, por algum meio diverso, souber que o acusado faz parte da população LGBT, deve informá-lo acerca da possibilidade de autodeclaração. Tais informações devem ser cadastradas nos sistemas do Poder Judiciário, de forma sigilosa, em alguns casos, ou não.

O artigo 7º da Resolução, talvez o mais importante artigo do documento, prevê que o local de privação de liberdade será determinado pelo magistrado em atenção à consulta de qual a escolha da pessoa reclusa.

Em sequência, o artigo 8º descreve de qual forma será realizada essa consulta, sendo dever do magistrado indagar à pessoa transexual, travesti ou intersexo se prefere pela custódia em unidade masculina, feminina ou específica, se houver, e se prefere convivência em alas específicas ou geral. Aos autodeclarados gays, lésbicas ou bissexuais, deve ser indagada a preferência pelo convívio em cela ou ala específica ou convívio geral.

Ainda, o documento traz diversas garantias que o Estado deve promover para assegurar o cumprimento de pena digno à população LGBT. Por fim, instrui que a Resolução cabe, também, aos adolescentes apreendidos.

Assim, em atenção ao já explanado nesta pesquisa, constata-se que esse grupo de presos LGBTs é duplamente marginalizado, posto que possuem uma orientação sexual ou

identidade de gênero destoante e, ainda, são condenados penalmente. Portanto, essencial é que se sigam as recomendações presentes na legislação brasileira e, sobretudo, nas citadas Resoluções, para que haja essa preservação aos direitos e à segurança das pessoas LGBTQs, e resultante diminuição das violências e marginalizações sofridas por essa parcela.

2. A SITUAÇÃO DO TRANSGÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

De maneira geral, a presente pesquisa objetivou analisar a realidade das pessoas transgênero encarceradas, de início, passando pelas conceituações relativas ao gênero, e mais adiante, pelos direitos e princípios jurídicos, tanto do ordenamento interno quanto externo, pertinentes ao tema trabalhado. Isto posto, passa-se a explorar, de fato, a situação carcerária brasileira, focando, ao final, no objeto do estudo: os presos transgêneros.

Importante, portanto, mencionar e explanar o efetivo panorama da prisão na sociedade, para que haja uma integral compreensão do tema.

Não é novidade que a situação carcerária brasileira, embora haja leis assegurando direitos e garantias, está à beira de um colapso. Não é de hoje, também, que existe esse cenário. Em verdade, há muitos anos que se fala em crise do sistema penitenciário, não só no Brasil, como em diversas partes do mundo.

É cotidiano nas mídias sociais e redes de informações a divulgação da situação dos diversos presídios brasileiros. Isso porque o país possui a terceira maior população carcerária, não tendo, entretanto, estrutura para tanto. É o que apontam os dados reunidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que realizou um projeto denominado Projeto Sistema Prisional em Números, o qual mostra os diversos problemas existentes.

Um dos dados coletados pelo documento é que a taxa de ocupação do sistema prisional é de 165,13%, considerando 1.498 estabelecimentos prisionais existentes no país, dentre eles as cadeias públicas, casa do albergado, centro de observação criminológica e remanejamento, colônias agrícolas e industriais, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, e por fim, as penitenciárias.

Outro dado alarmante é que, no ano de 2017, houve mortes em 473 estabelecimentos por todo o território nacional. Só no estado de São Paulo, os casos dentro das áreas prisionais totalizaram a quantia de 503 mortes.

Não por outro motivo é que, em 2013, o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, deu uma polêmica declaração em que declarou, *ipsis litteris*, “do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer”. Tal declaração, feita em um evento em São Paulo, confirma e ilustra a afirmação de que a situação prisional brasileira é caótica.

Seguindo na mesma linha, a realidade da execução penal dos presos transgêneros é igual, se não pior, a dos demais detentos. Isso porque, como se sabe, a população LGBT já é marginalizada mesmo fora dos presídios.

Sendo assim, quando adentram o ambiente carcerário, são marginalizados duplamente, já que os que ali estão carregam em si os preconceitos que aprenderam durante toda a vida, além de já terem a carga negativa do próprio meio prisional, hostil e violento. Não obstante, não se fala aqui, como será demonstrado, da violação dos direitos apenas pelos presos companheiros de cela, mas também do aparelho estatal que não trata das questões de gênero como algo relevante.

Na verdade, trata-se de um Estado que mal diferencia as questões masculinas/femininas no âmbito biológico no contexto do cárcere, dificultando o acesso à itens básicos como absorventes, por exemplo, ou seja, um Estado que negligencia as mulheres, que embora não sejam maioria nos presídios, são maioria da população mundial.

É claro que todos os problemas do sistema penitenciário também são enfrentados pela população LGBT, como a superlotação, falta de infraestrutura, entre outros, de modo que será analisado de forma mais aguda tão somente aqueles problemas que são inerentes e exclusivos da parcela *trans* em privação de liberdade.

3.1 A questão corporal: dos cosméticos à hormonoterapia e assistência médica especializada

Ao determinar o presídio que serão encaminhadas as pessoas transgênero, o juízo, na grande maioria dos casos, analisa tão somente o registro documental do nome e sexo. O que ocorre, em virtude disso, é que mulheres transgênero, por exemplo, acabam cumprindo pena em estabelecimentos masculinos, tendo que utilizar o vestuário, corte de cabelo,

banho de sol sem camisa, dentre outras adequações inerentes aos estabelecimentos do sexo masculino, com o qual não se identificam.

Pode parecer fútil que a preocupação gire entorno da questão cosmética, entretanto, para essas pessoas, sobretudo às travestis, a necessidade de feminilização do corpo e o processo de montagem para se transformar em mulher influencia diretamente na autoestima, saúde mental e, até mesmo, na própria identidade de gênero daquela presa.

Para mais disso, a assistência médica especializada, essencial para o tratamento hormonal e cirurgias de transição, por exemplo, é extremamente falha e problemática. Um estudo empírico feito na Penitenciária Central de Porto Alegre (PCPA) confirma a situação descrita:

A respeito do tópico da saúde é importante dizer que as travestis e mulheres transexuais no PCPA permanecem sem possibilidade de acesso à hormonoterapia e não há cuidados específicos sobre a questão dos silicones, por exemplo. A falta de acesso a essas questões, importantes para produzir o corpo, afetam diretamente a autoestima e a autoimagem das travestis e mulheres transexuais, além do que, o uso de colchões deitados sob pedras de cimentos e os ataques transfóbicos que sofriam (e eventualmente ainda sofrem) faz com que o silicone industrial se desloque pelo corpo, provocando agravos à saúde e expressando também um certo tipo de tratamento degradante. (SOUZA, FERREIRA, 2016, p. 31)

O caso não é um isolado. Em verdade, no Estado de Mato Grosso, segundo a implantar a ala LGBT nos presídios, há o problema com assistência hormonal e médica. Foi o que restou demonstrado pelo relatório realizado pelo projeto Passagens – Rede de Apoio a LGBTs nas Prisões, de iniciativa da ONG Somos – Comunicação, Saúde e Sexualidade, financiada pelo Fundo Brasil de Direitos Humanos, na Penitenciária Mata Grande em Rondonópolis:

Não há hormonoterapia e nem mesmo há a autorização para entrada de anticoncepcional, ainda que viesse pela família. Isso porque não há médicos que prescrevam o medicamento. Essa justificativa (a de uma pretensa preocupação com a saúde dos presos) não se sustenta e é contraditória, já que a mesma instituição deixa de oferecer uma série de recursos necessários para a saúde, como aqueles relacionados à higiene pessoal.

Na mesma seara, o projeto visitou a Ala Arco-Íris, existente no Centro de Ressocialização de Cuiabá, onde fizeram uma ação de atividades e debates com os detentos e detentas. Neste debate, foi lida em conjunto a Instrução Normativa n. 001/2017/GAB-

SEJUDH, que rege as normas de atendimento e acolhimento do público LGBT privados de liberdade nos estabelecimentos prisionais mato-grossenses, ocasião em que os presos puderam expor o que está sendo respeitado e o que ainda falta conquistar. Segundo eles, há, mesmo na ala específica para LGBTs, a falta de hormonoterapia, bem como o desrespeito ao nome social e a transferência como castigo.

Assim, ainda que conste especificamente na Resolução Conjunta n. 1 de 2014 e nos Princípios de Yogyakarta, bem como em outros dispositivos legais, não estão sendo respeitadas as pessoas transgênero privadas de liberdade, uma vez que lhes é dificultada a manutenção de seus caracteres secundários de identidade de gênero, como cabelos e roupas, o tratamento hormonal, além da assistência à saúde especializada e à cirurgias, necessários para a efetiva transição e garantia de seus direitos básicos.

3.2 O despreparo dos agentes estatais no atendimento à população LGBT

Já consta nesta pesquisa a explicação acerca do preconceito social, como um todo, ao público LGBT, sobretudo às pessoas transgênero, seja por falta de informação, seja por quaisquer outros motivos. Posto isso, não é surpreendente que os agentes estatais atuantes na execução penal tenham o mesmo pensamento e, conseqüentemente, sejam despreparados para atender esse tipo de demanda.

Aqui, deve-se ter em mente a perseguição penal como um todo, desde seu início na prisão em flagrante ou durante a investigação, passando pelo trâmite da ação penal até a condenação e, finalmente, o cumprimento da pena privativa de liberdade. Isso porque, conforme amplamente mencionado durante a pesquisa, o juiz não analisa a identidade de gênero das pessoas, mas tão somente o registro documental.

O projeto Passagens – Rede de Apoio a LGBTs nas Prisões, que trabalha com visitas técnicas aos estabelecimentos prisionais de todo o país fazendo atividades e análises com os funcionários e com os detentos, denunciou em seu relatório técnico algumas considerações ouvidas em debate com os servidores penitenciários:

Embora valorizemos a participação dos servidores que estiveram dispostos a estar conosco naquele momento, entendemos que profissionais representantes do Estado não podem argumentar práticas de tratamento penal baseadas em crenças religiosas (...).

Se por um lado argumentavam que respeitavam a diversidade sexual e de gênero, por outro lado, diziam que ser homem ou mulher era um dado da natureza e feito assim por Deus, e que continuariam acreditando nisso e em uma educação baseada nos binarismos de gênero, o que nos parece, no mínimo, contraditório. Dessa maneira, a discussão sobre gênero como uma categoria cultural motivou diferentes participantes a falarem também que a família heterossexual está sendo destruída; que o natural é homem e mulher (a partir de uma concepção genitália do que isso significa); que enquanto organizações como a nossa estavam organizadas para debater sobre homossexualidades, não havia discussão suficiente sobre a heterossexualidade; e que a verdade está na Bíblia.

O relato citado apenas demonstra e confirma a tese de que a população no geral ainda é bastante preconceituosa e despreparada, possivelmente pela ausência de informações acerca da realidade *trans* e homoafetiva. Entretanto, não é correto que agentes estatais, como representantes do Estado por excelência, ajam de acordo com suas convicções internas, sobretudo religiosas, posto que o Brasil, após a Constituição de 1988, tornou-se um país laico e que todos os cidadãos devem ser tratados igualmente, sem distinções de qualquer natureza, assim preconiza nossa Carta Magna.

Entende-se que a visão social de mundo de cada indivíduo influencie na forma com que exerce suas funções durante a vida, seja no âmbito privado ou profissional, porém, é preocupante que os estigmas sociais e a vivência de cada funcionário público atuante na execução penal seja determinante para definir o modo com que serão tratadas as pessoas transgênero durante seu processo judicial e o cumprimento da pena. Entende-se, também, que não são todas as pessoas que possuem o conhecimento mais aprofundado acerca das questões de gênero e sexo, contudo, não é possível permitir que esse despreparo prejudique os direitos das pessoas sem motivação idônea baseada na legislação brasileira.

Aliás, é preocupando-se com esses fatores que a Resolução Conjunta n. 1, de 2014, o documento de Yogyakarta e, mais recentemente, a Resolução n. 348 preveem e determinam que o Estado capacite os profissionais que irão atender a demanda do público LGBT, sobretudo na questão carcerária que, por si só, já é um ambiente mais hostil e violento.

3.3 A violência sofrida pelos LGBTs: das sanções às agressões físicas

Embora seja comumente abordado o tema da violência no cárcere, o assunto merece maior destaque no caso dos LGBTs, já que a violência sofrida por eles é motivada, muitas

vezes, exclusivamente por conta de sua identidade de gênero ou orientação sexual. Dessa forma, é certo que as agressões sofridas dentro do estabelecimento prisional não é algo que acontece somente com essa parcela, porém, a motivação faz com que seja necessário tecer algumas considerações específicas sobre o assunto.

Nessa seara, deve-se também levar em consideração desde o momento da abordagem policial, no caso das prisões em flagrante, até o cumprimento da pena em si. Assim, um caso emblemático que trouxe à baila as discussões sobre o direito dos *trans* é o episódio da travesti Verônica Bolina.

Ela foi presa em 2015, suspeita de tentar matar uma vizinha idosa e, durante o tempo no 2º DP, no centro de São Paulo, teve seu rosto completamente desfigurado e fotos divulgadas na internet, nas quais estava com vários hematomas, olhos inchados e com os peitos de fora.

Após a abordagem, no momento em que adentram à vida do cárcere, a situação piora. Como já dito, o ambiente dentro das paredes do estabelecimento prisional reproduz todo o preconceito existente em toda a sociedade de forma hiperbólica, já que o ambiente em si já é hostil e violento.

Em verdade, para além das agressões em primeiro momento, na abordagem policial e prisão em flagrante, há também diversas formas de violência perpetradas pelos agentes durante o cumprimento de pena. O projeto Passagens – Rede de Apoio a LGBTs nas Prisões denunciou o uso de transferência como sanção e castigo para aqueles que não se comportam dentro do presídio:

É importante que nos detenhemos um pouco mais sobre esse tema do castigo. Além de ele contrariar a Instrução Normativa, é uma violação intensa de direitos humanos e, na nossa opinião técnica, se baseia em tortura. Ele consiste em um período na galeria dos reeducandos evangélicos, já que a instituição não possui outro espaço para o cumprimento de medida disciplinar àqueles que cometem faltas. Durante esse período, a pessoa da Ala Arco-Íris fica em convívio com esses religiosos e passa a experimentar uma série de violações, como a impossibilidade de vestir as roupas femininas (no caso das travestis e mulheres transexuais) e a obrigação de participação nos cultos (cujo tema, quando há um preso homossexual, passa a ser o exorcismo da homossexualidade).

Em síntese, a agressão sofrida por esse grupo é uma questão que já nasce dos agentes estatais, na forma de uma violência direta em momento em que estão como representantes

do Estado, o mesmo que deve zelar e tutelar os direitos de todos os cidadãos. Além disso, há uma dita violência indireta que se permeia na omissão do poder público ao permitir que haja agressão de preso com preso dentro dos estabelecimentos penais, onde há o dever de resguardar a integridade física e psíquica e a dignidade da pessoa humana.

3.4 Análise do julgamento do HC 152.491/SP

Bem se sabe que os juízes e tribunais são os responsáveis pela aplicação do direito, de forma que não podem deixar de julgar alegando lacunas ou obscuridade na lei. Dessa forma, por vezes, o judiciário se vê obrigado a definir casos em que não há lei específica, tendo que utilizar de princípios, analogias ou outros documentos que possam embasar uma fundamentação jurídica.

É essa a situação em que se veem os juízes quando se deparam com causas de execução penal de transgêneros. Como já dito, não há qualquer legislação ou norma específica sobre o assunto, de forma que esse grupo fica à mercê da decisão do juiz, que julga de acordo com suas convicções, acarretando várias decisões em sentidos opostos espalhadas pelo judiciário de todo o país.

Em fevereiro de 2018, o ministro Luis Roberto Barroso, no julgamento do Habeas Corpus 152.491/SP, concedeu de ofício a transferência de uma presa *trans* para estabelecimentos compatíveis com sua orientação sexual. O remédio constitucional, com paciente conhecida como Laís Fernanda, pleiteava a concessão para responder em liberdade até o julgamento da apelação que estava pendente pelo Tribunal Estadual, argumentando ausência de fundamentação idônea para manutenção da prisão cautelar e que a paciente, transexual, estava presa em prisão masculina sofrendo todo tipo de influências psicológicas e corporais. O advogado de Laís pediu, ainda, subsidiariamente, que fosse transferida para local adequado.

A decisão monocrática restou assim ementada:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REGIME INICIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Não cabe habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional. 2. A fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime justificam a decretação

da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. 3. Acarreta indevida supressão de instância a análise de matéria que não foi submetida a exame da autoridade impetrada. 4. A notícia de que a parte acionante está recolhida em estabelecimento prisional incompatível com a sua orientação sexual autoriza a concessão da ordem de ofício. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 152491, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 14/02/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 19/02/2018 PUBLIC 20/02/2018)

O Habeas Corpus não foi conhecido por ter sido utilizado em substituição ao recurso ordinário constitucional, entretanto, o ministro ordenou de ofício a transferência da presa e de sua corré. A fundamentação utilizada foi a Resolução Conjunta n. 1, de 2014:

(...) 10. Sem prejuízo disso, a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta n. 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP n. 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo. 11. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA POLO (nome social Laís Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais. (...)

Não há dúvidas de que a intenção do ministro foi das melhores, nem que tal julgado abriu precedentes para outros tantos casos existentes nos presídios brasileiros. Entretanto, com a devida vênia, nota-se que há dois problemas na decisão supracitada. Primeiramente, a persistência na utilização dos vocábulos masculinos para tratamento das presas, declaradamente transexuais, violando o direito à identidade de gênero dessas mulheres. Ainda, a confusão entre termos, utilizando-se de “orientação sexual” onde deveria ser dito “identidade de gênero”. Isso porque, conforme exposto no primeiro capítulo desta pesquisa, a orientação sexual tem a ver com critérios de atração física, de modo que não há nenhuma prisão no mundo compatível com orientações sexuais.

Desse modo, a decisão, por mais acertada que tenha sido no quesito de proteção às presas e cumprimento da Resolução Conjunta n. 1, certo é que a utilização do termo “orientação sexual”, além de equivocada, é também muito vaga, dando margem à interpretação diversa da pretendida pelo relator.

Porém, ainda que o ministro relator não tenha sido objetivo, a decisão inédita do Supremo Tribunal Federal foi acertada e necessária para o objetivo de melhorar a situação carcerária dos presos transgêneros, já que uma decisão do órgão citado, ainda que sem caráter vinculante, possui grande relevância jurídica e abre precedentes para todo o país.

3.5 Reflexões acerca do estabelecimento prisional adequado aos transgêneros

Embora tenham sido abordados alguns posicionamentos acerca de qual seria o estabelecimento prisional compatível com os detentos *trans*, é necessário tecer algumas considerações mais específicas, de modo a expor ao leitor cada corrente sobre o assunto.

No Brasil, um dos únicos documentos pertinentes ao tema que já se encontra em vigência, ainda que sem caráter de lei, defende que aos gays e às travestis, cumprindo pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional masculino, é reservado o direito a um espaço de vivência específica. Os transexuais, entretanto, devem ser encaminhados às unidades prisionais femininas.

No caso do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, ao decidir no Habeas Corpus 152.491, abordado anteriormente, o posicionamento implícito é que devem ser encaminhadas a “estabelecimento compatível com orientação sexual”. Malgrado o uso não técnico do termo, entende-se que o ministro defende que o critério para encaminhamento dos presos é com base na identidade de gênero de cada um.

Outros especialistas do assunto, porém, defendem que o estabelecimento adequado é aquele que o detento *trans* escolhe, sem a obrigatoriedade de transferência que prevê a Resolução Conjunta n. 1 no caso dos transexuais. Márcio Zamboni, antropólogo e integrante do Grupo de Trabalho (GT) Mulher e Diversidade da Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo, diz que:

Essa transferência só é desejável quando a pessoa que está presa quer. Ela pode, por uma série de razões, querer continuar na prisão masculina. Temos que entender que grande parte dos presos continuam mantendo relações sexuais e afetivas entre eles, especialmente as pessoas trans e LGBTQs, que uma vez que estão na prisão masculina, conseguem vivenciar esses desejos. (CARCERÁRIA, 2018)

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, ao protocolar a petição inicial da ADPF 527, pedia, inicialmente que o Supremo Tribunal Federal decidisse de modo que os transexuais e travestis pudessem tão somente cumprir pena em estabelecimentos femininos. Entretanto, em virtude de entendimentos como o acima mencionado, a associação realizou um pedido de aditamento da inicial, para que constasse que as transexuais de gênero feminino cumprissem pena no presídio feminino, enquanto às travestis fosse reservado o direito de escolha entre o estabelecimento masculino ou feminino.

O relatório “LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento”, após visita técnica a vários presídios brasileiros, concluiu que há:

Os dados coletados no âmbito desta pesquisa apontam para duas grandes narrativas no ponto de vista das pessoas privadas de liberdade. De um lado, existem as travestis, mesmo em número notavelmente reduzido, que desejam alocação em unidades femininas por acreditar que lá estariam sujeitas a um tratamento mais humanizado e mais próximo do reconhecimento de feminilidade conferido às mulheres cisgêneras. Por outro, existe a narrativa das travestis e mulheres trans que não desejam transferência para unidades femininas por motivos de ordem material e de formação de vínculos.

A Resolução n. 348 do Conselho Nacional de Justiça, em consonância, prevê que o estabelecimento no qual deve ser custodiada a pessoa trans é aquele que ela escolher, sendo em ala separada ou não.

À luz de todo o exposto, percebe-se que a grande maioria dos estudiosos defende que deve haver uma ala específica para os LGBTs, pois provável é que, no meio de iguais, serão tratados de forma igualitária, sem espaço para violências e abusos de demais detentos, minimizando destarte o desrespeito a direitos individuais e, ademais, respeitando os direitos previstos na legislação nacional e nos pactos internacionais de direitos humanos.

Não obstante, deve-se sempre ter em mente que a escolha do indivíduo trans é a que deve ser considerada, podendo ele, inclusive, optar por cumprir a pena privativa de liberdade no convívio geral e não em ala específica, devendo o Estado buscar a adequada proteção e assegurar os direitos à essa pessoa independentemente do local de custódia escolhido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Malgrado as tentativas de regulação pelo ordenamento jurídico, notou-se, em análise aos resultados da pesquisa ora apresentada, que a execução penal como um todo encontra-se caótica no país, com presídios superlotados, violentos e degradantes.

Torna-se nítido que a situação é ainda mais complicada quando se adiciona o elemento gênero ao cárcere, uma vez que, embora seja um tema presente há muitos anos, as discussões acerca do assunto estão sendo fomentadas de maneira recente, com o avanço das mídias sociais e consequente pulverização das informações, em razão do avanço do estado democrático de direito em que vivemos.

Como sabido, o Direito é reflexo de influências e demandas sociais, devendo ser adaptado de acordo com as necessidades da população, o que nem sempre ocorre em razão dos mais diversos fatores, como a enorme carga de trabalho do Legislativo, a burocracia para aprovação de normas e, até mesmo, pelas impressões pessoais de cada pessoa que se encontra em posição de editar as regras.

Assim, não é difícil compreender o motivo para a silenciosa legislação acerca dos problemas de gênero, sobretudo quando se foca no sistema penitenciário.

Constatou-se, durante a pesquisa, que os detentos LGBT são duplamente marginalizados, uma vez porque sofrem preconceitos na sociedade somente pela sua orientação sexual ou de gênero, e após, porque aqueles que estão no ambiente prisional são, por excelência, excluídos da sociedade.

Por consequência, tais pessoas sofrem violências diárias que vão muito além da privação de liberdade, com ofensas físicas e verbais por parte dos agentes estatais e dos companheiros de presídio, com a impossibilidade dos transgênero de acesso a tratamento médico e hormonal, dentre outras já explanadas durante todo o trabalho. Demonstrado restou, aqui, que a população deve ser tratada de maneira a fomentar a igualdade material, ou seja, tratando os desiguais de maneira diferente na medida da sua desigualdade.

Logo, as travestis e os transexuais devem ter um acesso diferenciado à proteção estatal, com tratamento e legislações específicas, de modo que seus direitos e garantias como pessoa humana sejam respeitados e dignamente aplicados. Entretanto, ainda que

seja notadamente emblemática e recente essa questão, em pesquisa aos acervos legais e jurídicos, não foi possível encontrar muitos documentos que regram sobre a execução penal do público LGBT.

Em decorrência disso, os transgêneros em cumprimento de pena privativa de liberdade ficam à mercê de um Judiciário que, em geral, não possui o conhecimento necessário para julgar as questões de gênero, momento que acabam destinando as pessoas trans a um estabelecimento prisional inadequado, além de dependerem de um sistema carcerário falido e hostil, com funcionários também despreparados, infraestrutura precária e uma população carcerária preconceituosa e violenta.

Tal fato restou claro quando da análise das jurisprudências relativas ao tema, na qual foi vista que até mesmo o Ministro Luís Roberto Barroso se equivocou na utilização dos termos relacionados ao estudo de gênero e sexualidade. Com isso, nota-se que os profissionais que atuam na persecução penal não possuem conhecimento e preparo para lidar com a situação em voga, o que piora com a inexistência de regras específicas.

Esse silêncio legislativo no tocante aos LGBTs, de certa forma, auxilia a perpetuação das violências sofridas por esses encarcerados, já que o ordenamento jurídico no geral não é suficiente para protegê-las e não há nenhum tipo de preparo estatal, seja na infraestrutura prisional ou na capacitação dos agentes.

Restou cristalino que um dos principais motivos para tal violência sofrida por essa parcela está diretamente ligado ao preconceito e a discriminação com o que é socialmente diferente e, por óbvio, certo é que o ideal seria que não houvesse preconceitos em razão do gênero ou da sexualidade de cada indivíduo. Todavia, sabe-se que tal realidade está muito próxima da utopia, já que, conforme visto, a discriminação com aquilo que é diferente é uma questão enraizada na sociedade desde os primórdios, principalmente por se tratar do desconhecido e de algo fora dos padrões, além de ser um instrumento de manutenção social de seu status quo.

Por todo o exposto, notou-se que o cumprimento de pena privativa de liberdade pelos detentos LGBT, principalmente pelos transgêneros, ou seja, travestis e transexuais, é extremamente hostil, violando sobremaneira os tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário. Dessa forma, se mostra urgente a necessidade de voltar olhares à

situação desses indivíduos, haja vista, em essência, tratar-se de pessoas humanas e serem igualmente merecedores de quaisquer direitos reconhecidos para todos os cidadãos em geral.

Além disso, conclui-se pela necessidade de que o Estado, em primeiro instante, aplique e cumpra aquilo que está previsto nos tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como nos Princípios de Yogyakarta e na Resolução Conjunta n. 1 de 2014 e, em segundo momento, crie novas formas e regramentos capazes de promover a igualdade e a proteção devida às pessoas LGBT em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Malgrado a importância da concretização das medidas teóricas acima sugeridas, é essencial tecer breves considerações sob a ótica prática, no momento do efetivo cumprimento da pena, com soluções mais palpáveis para um prazo imediato.

Sendo assim, o ideal utopista é que não houvesse a necessidade de segregação do grupo LGBT para realizar a execução penal. Entretanto, como dito, esta é uma realidade longínqua que depende de uma desconstrução histórico-social muito profunda. Desse modo, com base na pesquisa realizada, se vislumbra a criação de presídios ou alas específicas como uma das formas mais viáveis e eficazes de mitigação da violência sofrida pelas pessoas trans encarceradas.

Conquanto haja essa necessidade, é notório que o Estado não possui orçamento suficiente para construção de presídios ou alas voltadas aos LGBTs. Para mais disso, alguns estabelecimentos prisionais não possuem infraestrutura para abrigar uma ala específica, o que dificulta sobremaneira a aplicação dessa medida.

Em verdade, um caminho viável é que os diretores de presídios realoquem os presos de modo a criar um espaço reservado, dentro das possibilidades de cada estabelecimento, da mesma maneira que são feitas as alas evangélicas, por exemplo.

Contudo, nos casos em que ainda assim se resulte impossível em um primeiro momento a segregação desses detentos, entende-se que o cumprimento de pena deve se dar no presídio em que a pessoa transgênero se sinta mais à vontade, sendo certo que devem ser garantidos todos os demais direitos independente do estabelecimento indicado (como tratamento hormonal, por exemplo). Para tanto, porém, crê-se que a possibilidade de deixar a escolha nas mãos tão somente dos presos poderia acarretar uma pressão por

parte de outros detentos e carcereiros, resultando em uma vontade viciada, o que não é desejável.

Por isso, interessante é que os magistrados indiquem o estabelecimento de cumprimento de pena na sentença, ouvindo a vontade do preso, utilizando-se de todo o conjunto para decidir, sempre devidamente fundamentada a decisão.

Não pretende-se com esta pesquisa, esgotar a discussão acerca do tema, o que seria deveras pretensioso, todavia, buscou-se tão somente fomentar os debates e alertar para a situação vivida por estas pessoas trans encarceradas, que são diuturnamente violentadas sob vários aspectos em seus direitos fundamentais como seres humanos, visando o auxílio no surgimento de soluções a curto, médio e longo prazo, para poder assegurar a esse grupo os direitos humanos em todas as esferas existentes.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, 1969.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. (2). Tradução de: Sérgio Millet.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é Transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice; PELUCIO, Larissa. *Vivências trans: desafios, dissidências e conformações-apresentação*. Rev. Estud. Fem. [online]. 2012, vol.20, n.2, p.485-488. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200009> Acesso em: 31 jul 2018.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de: Renato Aguiar.

BRASIL. República Federativa do. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 aug. 2018.

BRASIL, República Federativa do. *Lei n. 7210, de 11 de jul. 1984. Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 29 aug 2018.

BRASIL, República Federativa do. *Código de Processo Penal. Decreto lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 29 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 152.491/SP*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 14/02/2018. DJe em 19/02/2018. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 527*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 out. 2018.

CARCERÁRIA, Pastoral. *Associação defende que mulheres trans possam cumprir pena em presídios femininos*. 2018. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/associacao-defende-que-mulheres-trans-possam-cumprir-pena-em-presidios-femininos>> Acesso em: 29 set 2018.

KIEFER, Sandra. *Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação*. Jornal do Estado de Minas. Belo Horizonte, 25 nov 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml>. Acesso em: 29 set 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCOTT, Joan Wallach. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995.

SOMOS – Comunicação, Saúde e Sexualidade. *Relatório técnico das atividades*. Cuiabá, 2018.

SOUZA, Bruna Caldieraro de; FERREIRA, Guilherme Gomes. *Execução Penal e População de Travestis e Mulheres Transexuais: o caso do presídio central de Porto Alegre*. Cadernos de gênero e diversidade, Bahia, Vol 02, n. 01-Jan.-Jul. 2016.

TJDFT.HC n.00022531720188070015. Vara de Execução Penal. Julgado em 15/05/2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/>> Acesso em: 03 out 2018.

UNIDAS, Organização das Nações. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 24 aug. 2018.

YOGYAKARTA, Princípios de. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf> Acesso em: 24 aug 2018.

Apresentação oral

**VIOLÊNCIA LESBOFÓBICA E INTERSECCIONALIDADE:
REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A IDEIA DE CRIMINALIZAÇÃO¹**

*LESBOPHOPIC VIOLENCE AND INTERSECTIONALITY: CRITICAL
REFLECTIONS ON THE IDEA OF CRIMINALIZATION*

Else Freire de Castro Amorim

Especialista em Política e Gestão da Segurança Pública (FAL) e Pedagogia Estratégica (UNIT). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Bacharela em Jornalismo pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Membro do Laboratório (2015) e do Grupo de Estudos Avançados (2018) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCrim/Maceió-AL.
E-mail: elsefreirecastro@gmail.com

Me. Francisco de Assis de França Junior

Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Psicologia Jurídica e em Ciências Penais. Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Coordenador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM em Alagoas. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).
E-mail: francajuniorDireito@gmail.com

Resumo: O trabalho tem como objetivo abordar o atual debate sobre a criminalização da homofobia dentro da perspectiva de prevenção e enfrentamento da violência lesbofóbica no Estado de Alagoas e no Brasil, bem como questionar a demanda pela efetivação dos Direitos Humanos por meio da intervenção penal. Nesse sentido, algumas considerações de ordem empírica, sobretudo com vistas sobre estudos produzidos em Alagoas, pelo Grupo de Trabalho Segurança Pública LGBT,² e, em nível nacional, pelos relatórios

¹ Este artigo é fragmento de versão submetida e aprovada na Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas (RFDP). e-ISSN 2448-3303.

² Em Alagoas, o Grupo de Trabalho é composto por membros natos e convidados, dentre os natos, estão: Núcleo de ensino integrado da Secretaria de Segurança Pública; Secretaria da Mulher Cidadania e dos

anuais do Ministério dos Direitos Humanos e do GGB (Grupo Gay da Bahia). Entre os anos de 2012 e 2017 foram desenvolvidos a fim de demonstrar como as lésbicas são afetadas pela violência. Os dados estatísticos foram utilizados como técnica de pesquisa, a partir desse material, foram desenvolvidas análises, sob o ponto de vista da Vitimologia, da Criminologia, da Teoria *Queer*, do Movimento Feminista e Negro e da Criminologia Interseccional. No mais, o estudo versou sobre o tratamento dos Direitos Humanos da população LGBTQIA+ e a complexidade de suas formas de hierarquização sexual. Por fim, questionou se a legitimidade do tratamento penal da homofobia, discutida numa perspectiva crítica e minimalista do Direito Penal seria usada para corroborar a heteronormatividade.

Palavras-chave: Criminologia Interseccional. Minimalismo Penal. Lesbofobia. Teoria *Queer*. Vitimologia.

Abstract: The work aims to address the current debate on the criminalization of homophobia from the perspective of preventing and confronting lesbophobic violence in the State of Alagoas and Brazil, as well as questioning the demand for the effectiveness of human rights through criminal intervention. In this sense, some empirical considerations, regarding studies produced in Alagoas, by the LGBT Public Security Working Group, and, at the national level, by the annual reports of the Ministry of Human Rights and the GGB (Gay Group of Bahia). Between 2012 and 2017 were developed to demonstrate how lesbians are affected by violence. The statistical data were used as a research technique, from this material, analyses were developed, from the point of view of Victimology, Criminology, Queer Theory, the Feminist and Black Movement and Intersectional Criminology. As said, the study focused on the treatment of human rights of the LGBTQIA+ population and the complexity of their forms of sexual hierarchy.

Direitos Humanos; Superintendência de Políticas de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos; Núcleo da Diversidade; Polícia Civil; Polícia Militar; Superintendência Geral de Administração Penitenciária e ainda Ministério Público Estadual, Comissão da diversidade sexual da Ordem dos Advogados do Brasil seccional Alagoas e representantes de cada seguimento da população LGBTQIA+. Desde o ano de 2012 produzem relatórios de crimes envolvendo homossexuais, os quais foram cedidos via correio eletrônico, pois não estão disponíveis para consulta em nenhum sítio eletrônico, como também não são divulgados amplamente. Tais documentos trazem dados colhidos do cruzamento do relatório oficial desenvolvido pelo Grupo Gay de Alagoas – GGAL, com informações das delegacias alagoanas, de sites jornalísticos locais e do Tribunal de Justiça de Estado.

Finally, it questioned whether the legitimacy of the criminal treatment of homophobia, discussed from a critical and minimalist perspective of criminal law, would be used to corroborate heteronormativity.

Keywords: Intersectional Criminology. Penal Minimalism. Lesophobia. Queer Theory. Vitimology.

Sumário: Introdução – 1. Percepções sobre a tutela dos Direitos Humanos LGBTQIA+ – 2. Nuances da criminalização da homofobia – 3. Análise do Minimalismo Penal: Uma aparente antinomia – 4. Um recorte da Criminologia Interseccional sobre a violência lesbofóbica em Alagoas e no Brasil – 5. Proposta da Teoria Queer – 6. Considerações Finais – Referências.

INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira, a homofobia ainda é muito presente e reflete o preconceito social baseado na aversão à homossexualidade e por conseguinte a violência homofóbica. Diante de um cenário tão grave,³ indaga-se acerca do tratamento dos direitos humanos da população LGBTQIA+,⁴ da complexidade das formas de hierarquização sexual, da iminência da criminalização da homofobia, e, ainda, se a legitimidade da tutela penal da homofobia, discutida dentro de uma perspectiva crítica, racional, minimalista do direito penal seria usada para corroborar a heteronormatividade. Em outras palavras, se a utilização residual penal, no que tange à penalização dos crimes de ódio, baseados na orientação sexual e/ou identidade de gênero, seria usada para validar os discursos dos que são contrários ao projeto de lei.

Desta forma, apesar da homossexualidade ser um atributo da personalidade, a questão da orientação sexual e da identidade de gênero permanece como um obstáculo à

³ De acordo com o Relatório Anual de Assassinato de Homossexuais relativo ao ano de 2012, produzido pelo Grupo Gay da Bahia, foram documentados 338 assassinatos de gays, travestis e lésbicas no Brasil, perfazendo um assassinato a cada 26 horas, deixando o Brasil na posição de primeiro lugar no ranking mundial de assassinatos homofóbicos, concentrando 44% do total de execuções de todo o planeta.

⁴ Abreviação de Lésbica, Gay, Bissexual, Transexual, Travesti, Transgênero, Queer, Intersexual e Assexual e o símbolo “+” representa outras sexualidades ou identidades de gênero que não estão incluídas nas restantes letras.

plena realização dos direitos. Com efeito, o Brasil, mesmo agrupando o maior número de pessoas em paradas de orgulho LGBT no mundo,⁵ ainda é uma sociedade marcada por altos índices de violência e de violação dos direitos sociais em razão de orientação sexual não heterossexual e identidade de gênero discordante do sexo biológico.⁶

Observa-se que, na medida em que o movimento LGBT reivindica a criminalização de condutas homofóbicas, efetua, semelhantemente, o mesmo percurso trilhado pelos movimentos de negros e de mulheres, que também buscaram tutela penal. Assim, o referente artigo destina-se a abordar o debate sobre a criminalização da homofobia dentro da perspectiva de prevenção e repressão da violência lesbofóbica, bem como visa questionar a demanda pela efetivação dos Direitos Humanos por meio da intervenção penal.

Com a pretensão de criminalizar a homofobia, o movimento social manteria a crença no Direito positivo e punitivo, o que à primeira vista pode parecer paradoxal, pois luta por transformações culturais e busca a igualdade e liberdade sexual. Versa ainda acerca do tratamento dos Direitos Humanos da população LGBTQIA+ e da complexidade das formas de hierarquização sexual.

Nesse contexto, no presente estudo, foi realizado um recorte interseccional da violência lesbofóbica (fobia de lésbica) em Alagoas e no Brasil, de 2012 e 2017, demonstrando como lésbicas são afetadas pela violência. A pesquisa empírica foi obtida pelo cruzamento de estatísticas produzidas em Alagoas, pelo Grupo de Trabalho Segurança Pública LGBT, e, a nível nacional, pelos relatórios anuais do Ministério dos Direitos Humanos e do GGB (Grupo Gay da Bahia). A metodologia utilizada foi tanto o recurso da revisão bibliográfica, quanto da pesquisa empírica, com a coleta de dados

⁵ Em média 3,3 milhões de pessoas por ano na Parada de São Paulo/SP, segmento acrescentou cerca de R\$ 60 milhões na economia da cidade. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/turismo/2014/05/parada-lgbt-movimenta-economia-do-turismo-em-sao-paulo>. Acesso em: 20 mar 2019.

⁶ Sobre a temática existe uma série de debates por parte de especialistas e movimentos sexuais, Cf. LA-QUEUR, Thomas. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840778/mod_resource/content/0/Thomas-Laqueur-Inventando-o-Sexo%281%29.pdf; WOLFF, Cristina Scheibe; SALDANHA, Rafael Araújo. Gênero, sexo e sexualidade: Categorias do debate contemporâneo. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840778/mod_resource/content/0/Thomas-Laqueur-Inventando-o-Sexo%281%29.pdf.

estatísticos, tendo como base perspectivas interdisciplinares acerca da temática de cunho jurídico, criminológico e sociológico.

A pesquisa bibliográfica e documental foi realizada na doutrina, no Projeto de Lei da Câmara n. 122 de 2006 (PLC 122/2006) que trata da criminalização da homofobia, bem como, em diversos estudos criminológicos e jurídicos sobre a problemática. A pesquisa documental tratou da técnica de documentação indireta, por meio da coleta dos dados estatísticos. Apesar de existir inúmeras formas de violência optou-se trabalhar o número de crimes violentos contra lésbicas que resultaram em morte.

Continuando, foi realizado um corte metodológico por meio de uma revisão bibliográfica, cujo referencial teórico consistiu em obras sob ótica da Vitimologia, da Criminologia, da Teoria Queer e do Minimalismo Penal. Trabalhou-se, ainda, com estudos que versam sobre violência homofóbica, criminalização da homofobia, movimento feminista, movimento negro e Direitos Humanos da população LGBTQIA+. Por fim, questionou-se a legitimidade da tutela penal da homofobia, discutida dentro de uma perspectiva crítica e minimalista, e se eventualmente reitera a heteronormatividade.

1. PERCEPÇÕES SOBRE A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS LGBTQIA+

As pessoas LGBTQIA+ enfrentam o desafio da garantia de direitos humanos e de cidadania, uma vez que ainda são vistas por muitos como sujeitos ilegítimos para reivindicar direitos na arena política a fim de receberem provimento estatal pela sua integridade física, autonomia moral e liberdade existencial.

A Constituição Brasileira vigente (BRASIL, 1988) elenca o princípio da prevalência dos Direitos Humanos como princípio fundamental a reger os Estados e as relações internacionais como o art. 4º inciso II, art. 1º III (dignidade da pessoa humana)

Todavia, de nada adianta afirmar o respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade de todos perante a lei, tampouco, é inútil instituir a igualdade formal entre homens e mulheres livres de preconceitos, se não existirem instrumentos, que, efetivamente, obstem tais situações.

Dentro da temática do movimento homossexual, em 2002, o poder executivo federal divulgou o Programa Nacional de Direitos Humanos 2 (PNDH 2),⁷ que trazia (dentre suas 518 ações), cinco relacionadas à “orientação sexual” como uma dimensão da “garantia do direito à liberdade, opinião e expressão”, e dez relativas à “garantia do direito à igualdade” de “Gays, Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais”. Entretanto, não chegaram a ser assumidas por nenhum órgão de governo como um conjunto de diretrizes para a formulação de políticas públicas. Nesse enfoque, considera-se:

[...] As políticas públicas voltadas para o combate à homofobia e à garantia de direitos para a população LGBT igualmente são incipientes e pouco consistentes ou mesmo inexistentes, embora estejam previstas em programas e planos importantes do Governo Federal, como o Brasil sem Homofobia, o Plano Nacional LGBT e o Programa Nacional de Direitos Humanos 2 e 3 (BRITO; MAROJA; MELLO, 2012, p. 418).

Como abordam Brito, Maroja e Mello (2012), a análise das conexões entre direitos sexuais e direitos humanos é central para a compreensão das transformações que caracterizam as sociedades contemporâneas. Novos cenários afetivos, sexuais e familiares se colocam como desafio às interpretações tradicionais nas ciências humanas.

Ademais, não observou-se pautas lésbicas com demandas específicas nem nos programas governamentais nem nas propostas formuladas pela ABGLT, o que conflui para a problematização da invisibilidade das relações entre mulheres ou uma maior dificuldade das mulheres lésbicas em se organizar politicamente e reivindicar sua especificidade sexual e de gênero.

Nessa temática, Roger Raupp Rios (2011) esclarece que a luta pelo reconhecimento e a promoção dos direitos de homossexuais é um caso emblemático da necessidade de uma compreensão dos direitos sexuais na perspectiva dos Direitos Humanos.

Assim, o Direito ainda é produzido como instrumento de reforço e de conservação dos padrões morais sexuais majoritários e dominantes, atuando na confirmação de relações e práticas sexuais hegemônicas (RIOS, 2011). Com a emergência de movimentos sociais reivindicando a aceitação de práticas e relações divorciadas dos modelos hegemônicos,

⁷ Cf. em II Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)- 2002, disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-no-Brasil/ii-programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-2002.html>.

levou-se à arena política e ao debate jurídico a ideia dos direitos sexuais, especialmente dos direitos de gays, lésbicas, travestis e transexuais.

Cabe aqui destacar, que, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, reconheceu as relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132.⁸

Neste sentido, Norberto Bobbio aborda: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (2004, p. 23, grifos no original), todavia, os direitos humanos permanecem como meio de induzir mudança social, que produz um constante aprimoramento da sociedade (PINHEIRO; SOUZA, 2016).

Nessa trajetória, a população lésbica, marcada por rótulos discriminatórios, sofre reiteradas violações de direitos, e, com certa frequência, é forçada a desenvolver vidas duplas, uma vez que é oprimida pela angústia omitir sua sexualidade, para não arcar com eventuais prejuízos para suas relações sociais (WELZER-LANG, 2001).

2. NUANCES DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Consoante acima aludido, são diversas as demandas do movimento homossexual por reconhecimento de direitos. É neste contexto que se encontra a demanda por criminalização da homofobia, por meio do Projeto de Lei da Câmara n. 122 de 2006 (PLC 122/2006). Com a possível criação da nova lei pretende-se instituir punições por meio de alterações da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) (BRASIL, 2006). Para tanto, pretende-se definir os “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero” (BRASIL, 2006), estabelecer as tipificações e delimitar as responsabilidades do ato e dos agentes.

⁸ Cf. Sobre a ADI e ADPF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>, Acesso em: 20 mar. 2019.

O surgimento de novas leis penais, como aborda Masiero (2013) é percebido no Brasil, nas últimas décadas, em especial nos anos que sucederam a Constituição de 1988, com a aprovação de vários diplomas legais que indicam criminalização primária de setores, que, até então, estavam fora do controle penal. Entretanto, no que tange à sexualidade, percebe-se uma resistência.

Ao considerar o PL 122/2006, convém pontuar que foi analisado o conteúdo de cada uma das etapas do trâmite na Câmara dos Deputados (originário PL 5.003/2001) e no Senado Federal. Entretanto, não se objetivou avaliar detalhadamente os votos dos parlamentares, o que poderia conduzir para um novo objeto de pesquisa. Nesse sentido, observou-se que muitos foram os arquivamentos e desarquivamentos, porém, ainda não se tem uma definição sobre o seu futuro. “Esta situação torna-se curiosa, na medida em que, ao se considerar a política criminal brasileira dos últimos anos, percebe-se uma crescente tendência à expansão penal, com uma grande facilidade, por parte do parlamento, na aprovação de leis penais” (MASIERO, 2013, p. 173).

Em meio aos debates sobre aprovação ou não da nova lei, Carvalho (2012, p. 200) levanta questões que cabem ser ressaltadas:

De forma mais específica, a pergunta que gostaria de propor é se do ponto de vista da construção histórica dos direitos humanos esta diferenciação qualitativa estaria adequada e justificada constitucionalmente [...]. Sob o ponto de vista (garantista), não percebo *a priori* como ilegítima a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos dos demais crimes [...] condutas que implicam em danos concretos a bens jurídicos tangíveis, como a vida.

O crime de homofobia, poderia ser qualquer conduta típica prevista em lei e que tivesse como motivação um preconceito ou discriminação de orientação sexual. O autor trata da legitimidade jurídica da criminalização sob o “*direito penal mínimo* e o *garantismo penal* da livre orientação sexual” (CARVALHO, 2012, p. 198). Nessa faceta, é preciso ficar atento para que o minimalismo penal não seja utilizado voltado apenas para a homofobia e apenas para os crimes de ódio, gerando hierarquização de opressões, configurando, portanto, como “minimalismo seletivo” (CARVALHO, 2012, p.198).

Nessa toada, faz-se oportuno contextualizar a jurisprudência atual, que, no ano de 2019, importante e controversa decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), ampliou o conceito de racismo social, para incluir também a criminalização da homofobia. Assim, a

partir do *Habeas Corpus* 84.424/RS, julgado pelo STF no ano de 2003, o Tribunal cunhou o conceito de racismo e citou o discurso de ódio. Segundo o entendimento, racismo seria a “superioridade de um grupo sobre outro, independente de origem, raça, orientação sexual ou qualquer outra forma de discriminação” (KESKE, MARCHINI, 2019, p.12). Portanto, valeu-se do racismo social, com viés não biológico, mas político-social.

Diante desse cenário, no dia 13 de junho de 2019, o Plenário do STF entendeu que a não edição de leis que criminalize atos de homofobia e de transfobia representa “omissão inconstitucional do Congresso Nacional” (KESKE; MARCHINI, 2019, p. 43). Tratou-se de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF (ADO 26) e do Mandado de Injunção 4.733/DF. Embora a decisão do STF não criminalize a homofobia, visto que a criminalização somente pode ocorrer através de lei editada pelo legislativo, a decisão entendeu que deve ser aplicada a Lei 7.716/1989 quando ocorrer violações de direitos em razão da LGBTfobia.

Na análise do STF, por maioria, fixou-se a tese de que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018, e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. Prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações “não configurem discurso de ódio e o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis” (AMORIM; MACHADO, 2019, p. 59).

Amorim e Machado (2019, p. 61) esclarecem que: “O reconhecimento do crime de ódio homofóbico, lesbofóbico e transfóbico, mesmo que apenas pelo STF, carecendo ainda de Lei editada pelo Legislativo, representa um grande avanço”. A conquista do movimento LGBT de uma proteção formal precisa se materializar em ações e medidas pelos governos e operadores do direito a quem compete aplicar a interpretação dada pelo STF.

3. ANÁLISE DO MINIMALISMO PENAL: UMA APARENTE ANTINOMIA

As tendências político-criminais não punitivistas das correntes abolicionistas e minimalistas serão apresentadas neste artigo através de um esboço frente à imensa complexidade que o tema exige, uma vez que, como demonstra Andrade (2006, p. 165),

“é que ‘o’ abolicionismo e ‘o’ minimalismo, no singular, não existem. Existem diferentes abolicionismos e minimalismos”.

Em relação ao abolicionismo, “a variedade de literatura que surgiu deste contexto social trata temas que vão desde as estratégias para uma reforma radical até as questões filosóficas concernentes à culpa e à pena” (SCHEREER, 1989, p. 20). A postura abolicionista aqui abordada levará em conta o abolicionismo em sentido lato:

Abolicionismo em sentido mais amplo quando, não somente uma parte do sistema de justiça penal, mas o sistema em seu conjunto é considerado como um problema social em si mesmo e, portanto, a abolição de todo sistema aparece como única solução adequada para este problema (DE FOLTER, 1989, p. 58).

Trata-se do “abolicionismo radical do sistema penal, ou seja, sua radical substituição por outras instâncias de solução de conflitos, que surge nas duas últimas décadas como resultado da crítica sociológica ao sistema penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 97). Abolicionismo, em sentido mais amplo, almeja a superação de todo o paradigma punitivo e não somente de algumas categorias, uma vez que o objeto de sua crítica é sistema penal em seu conjunto (DE FOLTER, 1989). E, neste sentido, difere de outros abolicionismos em sentido estrito historicamente existentes, como a abolição da pena de morte e da escravidão.

Zaffaroni (1991, p. 98) afirma que “O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos”. E, na mesma direção, DE FOLTER (1989, p. 58) afirma tratar-se do “desafio mais radical no âmbito desta nova teoria criminológica”, pois não reconhece justificção ao Direito Penal e propõe sua eliminação, assim a abolição traduz-se em rompimento, em extinção de uma determinada prática. Desta feita, ao apontar que o sistema de justiça criminal tradicional não é uma forma efetiva e legítima de reduzir a criminalidade, o discurso e prática abolicionista se fortalecem já que são “justamente o sistema penal que se revela como o agente da criminalização por excelência – teoria do etiquetamento” (BARATTA, 1999, p. 85).

Observa-se que há um enlace bastante evidente entre o abolicionismo e as teorias do etiquetamento,⁹ bem como com os postulados da Criminologia Crítica.¹⁰ Como exposto, o abolicionismo é considerado o mais radical dos pensamentos que surgiram da Criminologia Crítica, por considerar que o sistema punitivo legitima e reproduz as desigualdades e injustiças sociais, e, portanto, deveria desaparecer.

Sendo assim, em linhas gerais, requerem o desaparecimento do atual sistema penal, por considerar, que, as normas do sistema estão distantes de cumprir suas funções iniciais. Contudo, o abolicionismo é criticado principalmente por ser um movimento de difícil implementação. O que traz mais possibilidade para a outra tendência de pensamento decorrente da Teoria Crítica da Criminologia: a Teoria do Minimalismo Penal.

Para os minimalistas, a tendência político-crimal aplicada para o direito penal deve proteger apenas bens jurídicos importantes, ser aplicado de forma subsidiária e como “*ultima ratio*” (CERVINI, 1993, p. 163). A corrente minimalista procura impedir o exagero da impetração do Estado nas relações sociais. Deve-se antes observar o grau de lesividade da conduta, para então saber se é necessária a intervenção estatal.

O minimalismo penal, enquanto uma proposta de política criminal tida como alternativa, para Baratta (1999), surgiu como uma crítica ao direito penal desigual, este modelo não quer dizer rejeição total ao uso da pena, como para o sistema abolicionista, mas sim, um critério de modelo de sociedade baseado no Estado Democrático de Direito. Ademais, cumpre indicar que “os modelos minimalistas estão às voltas com a limitação

⁹ Este fenômeno é estudado pela criminologia, através do *Labelling Approach* ou etiquetamento, movimento criminológico, surgido nos anos 60, que volta sua base de reflexão ao sistema de controle social e suas consequências, como bem coloca Shecaira (2014, p.286): “somente nos anos 60, surge um caldo de cultura suficientemente forte para engendrar a criação da teoria de rotulação”

¹⁰ Criminológica crítica – Criminologia da reação social, Nova Criminologia, Criminologia radical, Criminologia crítica stricto sensu, Criminologia feminista, segundo a qual a Criminologia não mais se define como uma ciência que investiga as causas da criminalidade, mas as condições da criminalização, ou seja, como o sistema penal, mecanismo de controle social formal: Legislativo- Lei penal-Polícia-Ministério Público Judiciário- Prisão- ciências criminais-sistema de segurança pública, etc. Constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal: família-escola universidade-mídia-religião-moral-mercado de trabalho-hospitais-manicômios, funcionalmente relacionados às estruturas sociais (ANDRADE, 2017, p. 3).

da violência punitiva e com a máxima contração do sistema penal, mas também com a construção alternativa dos problemas sociais (ANDRADE, 2006, p. 174).

Do pensamento minimalista, apreende-se, que, o Direito penal, quando chamado a atuar na diminuição da violência, dada a sua característica repressiva, acaba por gerar, também, violência (a formal), razão pela qual há que trazê-la a limites mínimos e estritamente necessários. Isso representa a preocupação central das correntes minimalistas, assim como adverte Roberti (2001, p. 88) a intervenção do Direito Penal só se justifica nas hipóteses em que “há ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes”.

De acordo com Andrade (2006, p. 175), no modelo de Baratta, o minimalismo seria uma tática a ser usada com base nos “Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal”, culminando no modelo do “Direito Penal da Constituição”, e, o Direito Penal mínimo de Ferrajoli, estaria legitimado pela necessidade de proteger, a um só tempo, as garantias dos “desviantes” e “não desviantes”. E, esclarece-nos também o próprio Zaffaroni:

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘unfinished’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’. O sistema penal parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculos à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal, tal como o demonstra a experiência histórica e antropológica (ZAFFARONI, 1991, p. 106).

Por certo que os modelos minimalistas se contrapõem à tendência repressiva dominante na sociedade moderna. Se de um lado, há a ideia do minimalismo penal, reformista, despenalizador, do princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como *ultima ratio*, da busca de penas alternativas, do outro, há tendência punitiva.

Machado (2012, p. 101-102) assevera que a proposta de destruição de todo e qualquer Direito penal é um discurso que está mais para “retórica que realidade, pois a questão real não está em saber se o direito penal deve desaparecer ou não, mas, isto sim, em definir o uso (legítimo) que se deve fazer do sistema penal numa sociedade igualitária e socialmente justa”.

De igual modo, Roxin (2006, p. 17) aduz que a função precípua do Direito penal é garantir aos cidadãos uma “existência pacífica, livre e socialmente segura”, sempre que essas metas não são alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem, ainda que em menor medida, o sistema de liberdades conferido a todos.

Num exame pouco profundo, poder-se-ia arrazoar que a legitimidade jurídico-penal da criminalização da homofobia, estaria comprometida sob o prisma do minimalismo penal, já que o garantismo constitucional propõe uma intervenção penal mínima. Por outro lado, ao se analisar a demanda, percebe-se que não se trata de criminalizar condutas ainda não tipificadas no Código Penal (“neocriminalização”), pelo contrário, os tipos penais que se relacionam com a violência homofóbica já existem. Trata-se da necessidade de proceder-se a uma diferenciação qualitativa (MASIERO, 2014, p. 126).

A partir do debate de que se há legitimidade na tutela penal de homofobia, interessa, nesse momento, ingressar no cenário da vitimologia, na discussão a respeito das demandas do lesbianismo dentro de um recorte interseccional, conhecendo os números da violência lesbofóbica.

4. UM RECORTE DA CRIMINOLOGIA INTERSECCIONAL SOBRE A VIOLÊNCIA LESBOFÓBICA EM ALAGOAS E NO BRASIL

Conforme apontado no início deste trabalho, o foco central que justificou o desenvolvimento da análise corresponde à intenção de conhecer o panorama da violência lesbofóbica no Brasil e em Alagoas. Neste ensaio, analisou-se o número de crimes violentos contra homossexuais, e logo após, fez-se um recorte de crimes contra lésbicas que resultaram em morte, entre os anos de 2012 e 2017.

A dificuldade inicial concerniu ao fato de que a Secretaria de Estado da Segurança Pública e Polícia Civil de Alagoas, órgãos oficiais subordinados ao poder executivo local, não apresentavam dados sistemáticos, transparentes e acessíveis como também em seus procedimentos padrão, tais como boletins de ocorrência e relatórios de local de crime não havia menção referente à identidade de gênero, orientação sexual ou motivação homofóbica presumida, o que poderia impossibilitar a pesquisa.

Nesse sentido, objetivou-se extrair as informações necessárias para o estudo dos relatórios anuais produzidos pelo Grupo de Trabalho de Alagoas da Segurança Pública para LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros), dos relatórios produzidos pelo Grupo Gay da Bahia, onde são catalogados caso a caso, os crimes considerados, por eles, com características homofóbicas.

Cabe a ressalva importante de que existe grande dificuldade em obter dados públicos e sistemáticos, tanto no âmbito nacional, quanto entre os estados da federação sobre a violência lésbofóbica. Compreende-se que dar visibilidade a essas estatísticas, em parte, ajuda a pautar o debate público e talvez iniciar uma mudança social, midiática e até política para coibir casos de violência baseado na discriminação e preconceito sexual.

Após superada a dificuldade inicial passou-se à fase seguinte de coleta de dados. Realizou-se o cruzamento das informações catalogando os registros das mortes, para construir uma reflexão preliminar sobre os casos de violência. Os relatórios utilizados apresentam uma extensa quantidade de informações, a exemplo de: perfil das vítimas; tipo de morte; instrumento utilizado; tipificação; motivação; resolutividade e ainda trazem informações sobre conclusão das investigações e se alcançaram ou não a fase processual. Informações que podem ser exploradas em futura pesquisa. Neste ensaio, pretende-se compartilhar o número da violência mortal contra lésbicas.

Conforme os dados coletados, em Alagoas foram notificadas 93 mortes violentas de pessoas LGBTQIA+, no Brasil o número de mortes chegou a 2.087. Entretanto, sabe-se que os levantamentos estadual e nacional são atingidos pela subnotificação, fenômeno conhecido como cifras negras, que ocorre quando os “crimes praticados não correspondem aos crimes comunicados, comprometendo a estatística criminal, que não pode ser considerada absoluta” (JESUS; CALDERONI, 2015, p. 21). Da mesma forma constata o relatório sobre violência homofóbica no Brasil, do ano de 2012, produzido pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos:

Esse cenário se torna ainda mais preocupante ao se levar em conta a subnotificação de dados relacionados a violências em geral, e a este tipo de violência em particular. Muitas vezes, ocorre a naturalização da violência como único tratamento possível, ou a autoculpabilização. Cabe reiterar que as estatísticas analisadas ao longo dessa seção referem-se às violações reportadas, não correspondendo à totalidade das violências ocorridas cotidianamente contra LGBTs,

infelizmente muito mais numerosas do que aquelas que chegam ao conhecimento do poder público (BRASIL, 2012).

O levantamento estatístico mostrou que no Brasil, no ano de 2012, foram mortas 338 pessoas LGBTQIA+. Em 2013, as mortes chegaram a atingir 314 homossexuais, no ano seguinte, foram 329 mortes. O ano de 2015 mostrou pequena redução passando a totalizar 318 mortes e, a partir daí, um acréscimo a cada ano. Em 2016 foram mortas 343 homossexuais, e, em 2017, a violência homofóbica chegou a vitimar 445 pessoas.

O panorama alagoano foi proporcionalmente assustador com 21 mortes em 2012, no ano de 2013 foram mortas 14 homossexuais, o mesmo número de mortes homofóbicas (14) se repetiu em 2014, no ano seguinte, foram 13 mortes e nos anos de 2016 e 2017 foram 15 e 16, respectivamente. Quando trabalha-se com o percentual total das mortes homofóbicas, o estado atinge 4,46% da totalidade do país, fato que faz surgir indagação sobre os parâmetros impostos ao comportamento social da comunidade aqui estudada, talvez a intolerância em relação à sexualidade esteja muito mais presente nos costumes no nordeste do país.

Nesta conjuntura Almeida, Cerqueira e Mott (2011) apresentam:

O Nordeste confirma ser a região mais homofóbica: abriga 30% da população brasileira e registrou 43% dos LGBT assassinados. [...] O risco de um homossexual do Nordeste ser assassinado é aproximadamente 80% mais elevado do que no sul/sudeste (ALMEIDA; CERQUEIRA; MOTT, 2011, p.01).

Assim como demonstrado no presente estudo, a região também se destaca negativamente:

Se relacionarmos a população total dos estados com o número de LGBT assassinados, Alagoas repete a mesma tendência dos últimos anos: é o Estado que oferece maior risco de morte para os homossexuais, cujo número de vítimas ultrapassa o total de todos os estados juntos da região Norte do país. Maceió igualmente é a capital onde mais gays são assassinados (ALMEIDA; CERQUEIRA; MOTT, 2011, p. 01).

Como já colocado anteriormente, existe grande dificuldade em ter acesso a informações sobre a violência homofóbica, e, quando trata-se da violência lesbofóbica, a dificuldade é ainda maior. Contudo, realizou-se o recorte interseccional feminista a partir da perspectiva da lesbofobia. Constatou-se que no Brasil, no mesmo período de 2012 a

2017, 116 mortes foram catalogadas e em Alagoas, 7 mortes, corresponderam às lésbicas e suas formas de identidade de gênero.

A disparidade entre os dados totais da violência homofóbica e o percentual da violência lesbofóbica coaduna com a ideia de que as lésbicas tendem a ser pouco percebidas, inclusive no que diz respeito à violência. Percebe-se, inclusive, que as lésbicas têm sua sexualidade diminuída, desacreditada e questionada, não apenas pela sociedade, mas dentro do movimento homossexual, como também do movimento feminista. Nesse sentido, deixa-se de considerar as lésbicas como pessoa comum e total, reduzindo-a a uma pessoa estragada e diminuída. O indivíduo estigmatizado pode descobrir que se sente inseguro em relação à maneira como os “normais” o identificarão e o receberão (GOFFMAN. 2004. p. 15).

De acordo com Navarro-Swain (2004, p. 32), o movimento feminista tem a preocupação de encontrar uma maneira de se relacionar com as lésbicas sem “se contaminar”, sem partilhar o estigma das radicais, sexistas, machonas, feiosas, mal amadas, anormais e tantas outras imagens forjadas. Mesmo que a categoria “mulher” admita a diversidade, a defesa da heterossexualidade tem tido o seu lugar assegurado num acordo tácito entre as feministas que acreditam que a lésbica desnaturaliza o gênero, pois este traria a heteronormatividade intrínseca.

Este tema foi trazido também por Chamberland (2002), que afirmou que o problema não foi o acesso das lésbicas ao movimento feminista, mas a visibilidade dada à sua participação, tanto no interior dos movimentos quanto em suas intervenções públicas. O reconhecimento da contribuição dessas mulheres, a discussão de suas especificidades, a cobrança de seus direitos e o interesse na sua história estão entre as razões que levam as lésbicas a questionar o feminismo. As demandas específicas das lésbicas foram ocultadas e evitadas. De acordo com a autora, essas mulheres foram aceitas no movimento, desde que se mostrassem discretas.

Assim, a visibilidade lésbica não é muito explorada e os questionamentos aumentam quando lésbicas apresentam performatividade feminina, demonstrando outras narrativas além dos corpos, ou seja, comportamento que se enquadra dentro de um padrão, historicamente heterossexual.

Neste contexto urge lembrar que lésbicas passam por experiências de vida diferentes das mulheres cisgêneros, além de serem alvos de pressões diferentes. Destarte, a análise interseccional feminista envolve movimentos de cruzamento ou de oposição ao lesbianismo, Chamberland (2002) esclarece que, no tocante ao questionamento da heterossexualidade, é tarefa árdua diante dos caracteres sexuais entre fêmea e macho, em razão da força das representações sociais a que, ao longo do tempo, as mulheres foram submetidas. Tais condições, exigem delas, ainda hoje, um esforço libertário, e, sobretudo, empenho para inserir demandas das mulheres não-cis.

Tal diferença tão marcante se deve à maior fragilidade social das lésbicas, devido ao estigma e discriminação que a mulher tradicionalmente ainda sofre, somada à opressão de serem homoafetivas, portanto, mais vulneráveis. Nesse sentido, o relatório do Grupo Gay da Bahia registrou, no ano de 2017, suicídio de 15 de lésbicas, demonstrando sofrimento psíquico, propensão aos quadros de depressão.

Com efeito, é necessário questionar os pressupostos que colocam uma superioridade dos homens e do masculino, uma vez que relações patriarcais são apenas uma das formas específicas de relação de gênero em que as mulheres são colocadas numa posição subordinada. Em teoria, pelo menos, deveria ser possível imaginar um contexto social em que relações de gênero não estejam associadas à desigualdade. Estruturas de classe, racismo, gênero e sexualidade não podem ser tratadas como “variáveis independentes” porque a opressão de cada uma está inscrita dentro da outra – é constituída pela outra e é constitutiva (BRAHN, 2006, p. 351).

A perspectiva interseccional busca compreender quais são os efeitos sociais da multiplicidade de identidades da mulher, assim como, defender que a pesquisa sobre as mulheres negras deve se guiar considerando que essas mulheres não são afetadas pelo gênero e pela raça isoladamente, mas sim, que as “opressões de gênero e raça operam juntas” (SANTOS, 2018. p. 448), sem esquecer, ainda, a sua orientação sexual.

Dentro dessa temática, a interseccionalidade reflete a relação de múltiplas formas de discriminação e de dominação – classe, raça, gênero, geração:

Por meio de interseccionalidade entende-se que, embora resida no patriarcado a ideologia fundante de opressões contra o público feminino, as mulheres negras estão estruturalmente posicionadas em dinâmicas sociais que possibilitam

as mesmas serem atingidas simultaneamente e várias vezes por marcadores sociais além da raça e identidade de gênero (AKOTIRENE, 2014, p. 01).

Ao realizar-se uma sobreposição dos grupos de mulheres lésbicas, negras e pobres, a intersecção destes grupos, mostrará o entrelace de formas diferentes de discriminação, opressões e preconceitos, que são sofridas de forma combinada e as afetam simultaneamente. São, portanto, realidades sociais associadas. A interseccionalidade sugere que, na verdade, “nem sempre se lida com grupos distintos de pessoas e sim com grupos sobrepostos” (CRESHWAN, 2012, p. 10). É imprescindível olhar para a realidade do preconceito de gênero e de raça para compreender como os dois podem se unir para causar ainda mais danos. A interseccionalidade descreve esse fenômeno, se a mulher estiver na interseção onde múltiplas formas de exclusão se cruzam, ela é atingida por todas elas ao mesmo tempo.

Presente a perspectiva interseccional, torna-se possível lidar com os desafios da desigualdade e da discriminação, sem desconsiderar as subjetividades e as identidades concretas das envolvidas. A intersecção de diversos critérios (tais como raça, classe, gênero, religião, idade e orientação sexual) é “reveladora de maneiras particulares de opressão e privilégio” (OLIVEIRA, 2006, p. 66). Diante disso, compreende-se que, no caso das mulheres negras e lésbicas, as opressões se acumulam de diversas formas, dentre as quais, androcentrismo, sexismo, racismo e machismo. Portanto, são postas em situação de maior vulnerabilidade social.

5. PROPOSTA DA TEORIA *QUEER*

Gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, assexuais, *queers* e *intersexes* carregam, outra identidade, fruto do estigma da discriminação. Contra eles, estão presentes à intolerância e a rotulação. Dentro dessa temática, o sociólogo americano Howard S. Becker, discutiu a problemática sob o ponto de vista das condutas desviantes, que identificam pessoas não aceitas como membro de uma sociedade, por se portarem em desacordo com o padrão instituído pelo grupo social em que estão inseridos.

“Para todo o tipo de atividade, observando que em toda parte pessoas envolvidas em ação coletiva definem certas coisas como ‘erradas’, que não devem ser feitas, e, geralmente tomam medidas para impedir que se faça o que foi assim definido” (BECKER, 2008. p.

13). De maneira simplista, o *outsider* seria aquele que se desvia da regra geral, que se difere do comum.

Importante perceber, portanto, como este processo de identificação e rotulação anula a diversidade, pois atinge a subjetividade, a essência do indivíduo. Uma seletividade, que torna alguns sujeitos marginalizados e distantes da vida social, sendo esta violência e discriminação silenciada (ou negada) e indo de encontro ao que retrata parte significativa de um país plural. Dos questionamentos do pensamento de desviado (normal), surge uma nova teoria crítica, a *Queer*, com bases nos estudos bastante desenvolvidos das ciências sociais, em estudos pós-estruturalistas, psicanalíticos e feministas (CARVALHO, 2012).

Adentrando na área da criminologia, de acordo com Salo Carvalho (2012a, p.189) o tema é pouco desenvolvimento “[...] foi possível verificar a inexistência de diálogo entre teoria *queer*, direito (penal) e criminologia (crítica)”, o que o levou a se aprofundar na temática e numa “nova perspectiva criminológica (*queer criminology*)”. O termo *queer* (“estranho”, “anormal”, “não natural”) remete a uma forma antiga e pejorativa, e, para Carvalho (2012, p. 153).

A teoria *Queer* propõe que os sujeitos e sua sexualidade são formados posteriormente à sua existência, a partir de sua contextualização na sociedade, com isso, rompem os modelos binários fixados na heteronormatividade, partindo do entendimento de que o intuito de privilegiar certa parcela da sociedade entende-se que não são naturais. Carvalho (2012b, p. 160) entende que diante da mudança do conceito de sexualidade, não mais percebida como “natural”, mas reconhecida como a construção mediante a contextualização social, exista a possibilidade de uma criminologia *queer*, “creio viável a construção de uma lente criminológica *queer* com a delimitação de um preciso *objeto* de análise: a *violência homofóbica*”.

Clara Moura Masiero (2014, p. 44) assim discorre sobre o termo *Queer*:

O termo é utilizado pelo movimento *Queer* com toda sua carga de estranheza e deboche, para caracterizar sua perspectiva de oposição e de contestação à normalização e a estabilidade de propostas pela política de identidade [...] converteu-se também no sujeito da sexualidade desviante pluralismo sexual pós-moderno.

Nesse passo, a perspectiva *Queer* se caracteriza por retirar o sexo da ordem natural para situá-lo em terrenos mais plásticos (CORRÊA, 2006). Assim sendo, rompe a lógica

binária homem/mulher, uma vez que recusam o “fechamento identitário no plano da orientação sexual e do gênero” (MASIERO, 2014, p. 46). Busca questões suscitadas pelo binarismo hétero/homo, Além disso, propõe atenção mais crítica a uma política do conhecimento e da diferença.

A Teoria *Queer* aponta para uma nova forma de crítica política. “Em uma perspectiva *queer*, é possível querer algo diverso do que nos é oferecido como meio único de adquirir a igualdade” (MISKOLCI, 2011, p. 67).

As condições que possibilitam a emergência do movimento *queer* ultrapassam, pois, questões pontuais da política e da teorização gay e lésbica, e precisam ser compreendidas dentro do quadro mais amplo do pós-estruturalismo. Efetivamente, a teoria *Queer* pode ser vinculada às vertentes do pensamento ocidental contemporâneo, que, ao longo do século XX, problematizaram noções clássicas de sujeito, de identidade, de agência, de identificação (LOURO, 2001, p. 547).

Judith Butler (2006, p.16) comenta que as sociedades constroem normas que regulam e materializam o sexo dos sujeitos e que essas “normas regulatórias” precisam ser constantemente reiteradas para que tal materialização se concretize.

Assim, a teoria *Queer* busca ir de encontro às relações sociais que enquadram cada um em uma identidade (normalização identitária), ou adequam os corpos em determinado gênero, dentro de uma normalidade construída pela sociedade, que moldam os sujeitos para que sejam aceitos. Pelo contrário, a perspectiva *Queer* percebe que as identidades socialmente prescritas são uma forma de disciplinamento, de controle, de normalização, portanto, questiona e propõe algo distinto, não normalizador ou compulsório, uma resignificação da realidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da constante luta pelos direitos humanos das pessoas LGBTQIA+, a violação dos direitos fundamentais é facilmente percebida na sociedade brasileira. A homofobia persiste tanto de forma velada, como através dos crimes de ódio, que apresentam números alarmantes. Essa realidade decorre, em parte, do enraizamento de uma visão

normativa estigmatizante e discriminatória, que aflige milhares de pessoas que vivem uma sexualidade diversa do viés heteronormativo.

Conforme revelado pela Teoria *Queer*, que propõe uma abordagem a se desconstruir a ideia de que existe sexualidade normal, como também definições de gênero e identidade de gênero fixas ou estáveis. Ao contrário, a Teoria *Queer* rompe com a lógica binária homem/mulher, uma vez que recusa o fechamento identitário no plano da orientação sexual e do gênero. Sua perspectiva apoia uma desconstrução crítica, que desafia o próprio regime da sexualidade, ou seja, os conhecimentos que constroem os sujeitos como sexuais, marcados pelo gênero, e que assumem a heterossexualidade ou a homossexualidade como categorias que definiriam a verdade sobre eles.

Os dados sobre a violência, levantados durante esta pesquisa, levam a ponderar o instrumento penal como meio de proteção desta população, sobretudo quando outros movimentos sociais já foram amparados pela tutela penal (negros e mulheres). De fato, à primeira vista o que pode parecer paradoxal, um movimento social que luta por transformações culturais e busca a igualdade e liberdade sexual mantendo a crença no Direito positivo e punitivo. Entretanto, justificado no real problema empírico vivenciado pelos homossexuais é inegável pensar no instrumento penal.

Nesse contexto, entende-se que a atuação estatal pode e deve facilitar uma mudança na percepção da sociedade frente aos homossexuais e, segundo os mais engajados integrantes dos movimentos nesse contexto, o que se tem defendido, o que obviamente respeitamos, é que a criminalização da homofobia poderia auxiliar no enfrentamento da violência que os coloca na condição de vítima.

Abordando o debate sobre a criminalização da homofobia dentro da perspectiva de prevenção e repressão da violência lesbofóbica, questiona se é possível atender a demanda pela efetivação dos Direitos Humanos por meio da intervenção penal. Entende-se que para que esta não seja tão somente simbólica, deve ser acompanhada de um aparato, um cuidadoso planejamento pedagógico, que demonstre que a heterossexualidade pode ser confrontada, não compartilhada por todos e nem soberana sobre as diversas sexualidades. Por fim, também, a intervenção no controle social informal (escola, família, mídia), pode ser eficaz se buscar desconstruir as estruturas sociais que fortalecem o preconceito e a discriminação.

Assim, aliás, estabeleceu-se no STF, uma adequação do conceito de racismo, para que fosse compreendido em sua dimensão social, projetando-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos.

Diante disso, há o PLC 122/2006, que continua a gerar polêmica no Legislativo e na sociedade, sofre constante pressão popular e oposição interna de bancada religiosa, que se posiciona contrária à adoção do projeto, por entenderem que o mesmo violaria as liberdades religiosas e de expressão.

Importante frisar que a homossexualidade não viola qualquer norma jurídica, tampouco, é capaz de, por si só, afetar a vida de terceiros. Inúmeros foram os debates sobre as temáticas expostas, que buscam não somente discutir, mas também aprovar propostas de políticas públicas para o enfrentamento da discriminação e ainda promover a cidadania. Entretanto, percebeu-se uma ausência explícita de proteção de seus direitos, que necessita ser considerada à luz de um entendimento amplo dos direitos da pessoa humana.

O prisma interseccional, vertente abordada durante a pesquisa, leva em consideração que as violências contra os corpos lésbicos são naturalizadas pela sociedade de herança escravocrata, patriarcal e classista. O feminismo negro descortina o debate da invisibilidade da mulher negra dentro da pauta feminista, que perpetra a essa mulher não ter seus problemas sequer nomeados. Situação que é agravada se a mulher for lésbica, quando é atingida pela intersecção de diversos critérios (tais como raça, classe, gênero, religião, idade e orientação sexual) reveladores de maneiras particulares de opressão e privilégio.

Mostrou, ainda, que o entrelace de formas diferentes de discriminação, opressões e preconceitos, sofridas de forma combinada as afetam em conjunto e ao mesmo tempo. Compreende-se, que, neste caso (mulheres negras, lésbicas, pobres), as opressões se acumulam de diversas formas, seja pelo androcentrismo, sexismo, racismo e machismo, pois processos normalizadores justificam o uso das diferenças como marcadores de hierarquia e opressão.

Conclui-se que, uniformizar corpos, sentimentos e comportamentos reforçam o sexismo, o racismo, a lesbofobia. É, portanto, primordial realizar práticas inclusivas baseada na desconstrução e reconfiguração dos paradigmas atuais para além dos discursos,

das representações unívocas, que colocam todas no grupo de pessoas estigmatizadas e as conduzem para invisibilidade interseccional. É necessário questionar os pressupostos que reafirmam a superioridade dos homens e do masculino, uma vez que relações patriarcais são apenas uma das formas específicas de relação de gênero em que as mulheres são colocadas numa posição subordinada.

Desconstruir o ser humano paradigmático: macho, plenamente hábil, física e mentalmente, heterossexual e branco, desconstruindo os estereótipos de grande parte da sociedade, é o desafio a ser enfrentado. É preciso, então, existir para além dos guetos, que não se questionem o quê os LGBTQIA+ são, mas pelo que os héteros são. Mais que tolerar o outro, necessita-se de reconhecimento e tratamento digno.

Enfim, buscar uma expressão livre da sexualidade, de gênero, de raça, crença, dentre todas as outras, alicerçadas no amor como condição humana, livre de restrições impostas pela sociedade. A mutabilidade social demonstra, cada vez mais, as diversas possibilidades identitárias individuais, a fim de superar a obrigatoriedade de encaixá-las nas normas sociais impostas.

REFERÊNCIAS

ALMEIRA, Claudio; CERQUEIRA, Marcelo; MOTT, Luiz. *Epidemia do ódio 260 homossexuais foram assassinados no Brasil em 2010*. Disponível em: <http://www.ggb.org.br/Assassinatos%20de%20homossexuais%20no%20Brasil%20relatorio%20geral%20completo.html>. Acesso em: 20 dez. 2018.

AKOTIRENE, Carla. *A igreja evangélica, o candomblé e as violências contra as mulheres*. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/carla-akotirene-a-igreja-evangelica-o-candomble-e-as-violencias-contras-as-mulheres>. Acesso em: 04 mar. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Movimentos contemporâneos do controle do crime*. Disponível em: <http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolucionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista sequência*, n. 52,

2006, Santa Catarina. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/sequencia/article/view/15205/13830>. Acesso em: 22 abr. 2019.

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

AMORIM, Elba Ravane Alves; MACHADO, Leonardo Breno de Oliveira Silva. *A Luta pela Criminalização: Dos crimes Lgbtfóbicos Debates e reflexões sobre direitos da diversidade sexual e de gênero*. COSTA, Regina Alice Rodrigues Araujo; MENDES, Maria Goretti Soares; HARTMANN, Rebeca Spencer (org.). Recife. FASA, 2019. p. 41- 61. Disponível em: <https://oabpe.org.br/wp-content/uploads/2019/12/E-BOOK-LIVRO-DEBATE-OAB.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BECKER, Howard S. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Tradução de: Luiza X. de Borges; Revisão técnica: Karina Kuschinir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOBIO, Noberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 [1989].

BRAH, Avtar. *Diferença, diversidade, diferenciação*. Cadernos Pagu (26). Jan-jun, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30396.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940*. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei N. 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/Del3689.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Proposta do novo Código Penal*. Disponível em: [www.12.senado.gov.br /noticias/arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas](http://www.12.senado.gov.br/noticias/arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas). Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Dia do Orgulho LGBT*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/junho/dia-do-orgulho-lgbt>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Relatório sobre violência homofóbica Brasil: ano de 2012*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/ssuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n.122, de 2006* – (Criminaliza a Homofobia). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. STF. *ADI 4.277 DF 2011*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela; MELLO, Luiz. *Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n39/14.pdf>. Acesso em: Mar.2019.

BUTLER, Judith. *Desbacer el género*. Barcelona: Paidós, 2006.

CARVALHO, Salo. Sistema Penal & Violência. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. v.4, n.2, Porto Alegre: EDIPUCS, 2012a. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/12210/8809>. Acesso em: 04 dez. 2018.

CARVALHO, Salo. Sobre a Criminalização da Homofobia: Perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM. Ed. Revistas dos Tribunais, ano 20.99, nov./dez. 2012b.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CERVINI, Raul. *Los procesos de decriminalizacion*. 2. ed. Montevideo: Editorial Universidad Ltda., 1993.

CHAMBERLAND, Line. *O lugar das lesbianas no movimento das mulheres*. Labrys, estudos feministas. Disponível em: http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1_2. Acesso em: 14 mar. 2019.

CORRÊA, Sônia. *Cruzando a linha vermelha*: questões não resolvidas no debate sobre direitos sexuais. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200005&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em: 22 mar. 2019.

CRENSHAW, Kimberle. *A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero*. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf> Acesso em: 12 mar. 2019.

DE FOLTER, Rolf S. Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Uma comparación de lãs ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

GOFFMAN, Erving. *Estigma* – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 1891. Disponível em: <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201702/20170214-114707-001.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019.

JESUS, Maria Gorete Marques de; CALDERONI, Vivian. **Julgando a tortura**: Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010). Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>>. Acessado em: 04 de jan. de 2016.

KESKE, Henrique Alexander Grazzi; MARCHINI, Veronica Coutinho. A Criminalização da Homofobia no Brasil: Análise jurisprudencial e doutrinária. Revista *Práxis*, Novo Hamburgo, A. 16, N. 2, Mai./Ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraxis/article/view/1761>. Acesso em: 04 jan. 2020.

LOURO, Guacira Lopes. *Teoria queer* – uma política pós-identitária para a educação. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639>. Acesso em: 01 abr. 2019.

MACHADO, Antônio Alberto. Minimalismo Penal: Retórica e Realidade. BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*: Homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012. p. 95-104.

MASIERO, Clara Moura. Sistema Penal & Violência. Criminalização da homofobia e política criminal brasileira: Análise crítica do PLC 122/2006 dossiê do pensamento político e criminológico. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. v.5, n.2, Porto Alegre:

EDIPUCS, 2013. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/15243>. Acesso em: 02 nov. 2018.

MASIERO, Clara Moura. *A tutela penal diante da homofobia e o PLC 122/2006 sobre a legitimidade da demanda político-criminal do movimento LGBT*. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4922/1/448471.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MASIERO, Clara Moura. *O Movimento LGBT e a Homofobia*. Novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MISKOLCI, Richard; SIMÕES, Júlio Assis. Apresentação. *Cadernos Pagu*. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero Pagu-UNICAMP, n. 28 p. 9-19, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n28/02.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MISKOLCI, Richard. Não ao sexo rei: da estética da existência foucaltiana à política queer. MAGALHÃES, Boris Ribeiro de; SABATINE, Thiago Teixeira; SOUZA, Luiz Antônio Francisco de (Orgs.). *Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito*. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 47- 68.

NAVARRO-SWAIN, Tania. O normal e o “abjeto”: a heterossexualidade compulsória e o destino biológico das mulheres. LOPES, Denilson. *et. al.* (orgs.). *Imagem e Diversidade Sexual – estudos da homocultura*. São Paulo: Nojosa edições, 2004.

OLIVEIRA, Vanilda Maria. *Um olhar interseccional sobre feminismos, negritudes e lesbianidades em Goiás*. Disponível em: <https://portais.ufg.br/up/109/o/Vanilda.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

PINHEIRO, Vitor Sales; SOUZA, Elden Borges. O Paradoxo de Bobbio. Pode um positivista defender os Direitos Humanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Editora Unijuí. 2016. p. 59-84. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia2016>. Acesso em: 10 mar. 2019.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos humanos, direitos sexuais e homossexualidade*. Centro Universitário Ritter dos Reis, Brasil, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/781/1086>. Acesso em: 03 mar. 2019.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. *Revista Brasileira*

de Ciência Política, n. 16. Brasília, 2015. Disponível em: <https://search.proquest.com/openview/b92b6faf9dfec8c8889cd0c97aadf0fa/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1626348>. Acesso em: 23 abr. 2019.

ROBERTI, Maura. *A Intervenção Mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. [S.I.]: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2001.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari, Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Isaac Porto dos. Reflexões Epistemológicas sobre a formação da Criminologia Queer. Boiteux, Luciana; Magno, Patrícia Carlos, Benevides, Laize. (Orgs.). *Gênero, Feminismo e Sistema de Justiça*. Discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Freita Bastos, 2018. p. 441-456.

SCHEERER, Sebastian. Hacia el Abolicionismo. SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN. *Abolicionismo Penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

WELZER-LANG, D. A. *Construção do masculina: dominação das mulheres e homofobia*. Estudos Feministas. Florianópolis: 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Apresentação oral

**A PROBLEMÁTICA ENVOLTA NO CUMPRIMENTO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR TRANSGÊNEROS**

*THE PROBLEMATIC THAT SURROUNDS SERVING THE SENTENCE OF
DEPRIVATION OF LIBERTY BY TRANSGENDER PEOPLE*

Giulianna Elisa Rodrigues Schiavon

Graduada em Direito pela PUCPR.

E-mail: schiavon.giu@gmail.com

Resumo: O presente artigo trata das experiências sociais de transexuais no cárcere, visto que o sistema penal é alicerçado no binarismo de gênero, de forma que se revela uma representação do contexto social excludente fora da prisão. Primeiramente, faz-se uma análise dos princípios constitucionais aplicáveis à execução da pena privativa de liberdade. Em seguida, são tratadas as noções preliminares da terminologia que envolve as questões de gênero através dos conceitos trazidos por autores e autoras especialistas no tema. Por fim, são expostas as violações de direitos a que estão submetidos esses grupos dentro do cárcere. Para tratar das políticas públicas adotadas até então, são examinados casos emblemáticos no país e a efetividade das medidas de proteção na promoção de direitos fundamentais para essa população.

Palavras-chave: Prisões, Transexuais, Execução Penal, Identidade de Gênero, Violências.

Abstract: The following paper intends to expose the social experiences of the transsexuals during their time in prison considering the gender binarism that sustains the penal system, a reflexion of the excludent social context that exists out of jail. First, we analyse the constitutional principles that are applicable to the execution of custodial sentences. Secondly, the preliminary notions of the terminologies that involve gender issues are presented by specialized authors. Lastly, the violation of rights this specific group is submitted inside the prison system are exhibited as well. To address the current public policies, we examine iconic brazilian cases and the effectiveness of the protective measures in the promoting of the fundamental rights for this population.

Keywords: Prisons, Transsexuals, Penal Execution, Gender Identity, Violence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos princípios constitucionais aplicáveis à pena privativa de liberdade. 2.1. Princípio da dignidade humana. 2.2. Princípio da humanidade. 2.3. Princípio da individualização da pena. 2.4. Princípio da legalidade. 2.5. Princípio da igualdade. 3. Noções preliminares acerca da terminologia que abrange “gênero”. 3.1. Identidade de gênero e orientação sexual. 3.2. Transexualidade. 4. Violências sofridas pela comunidade transexual no cumprimento da pena privativa de liberdade. 4.1. Relatos de violência. 4.2. As “alas gays”. 4.3. A Resolução Conjunta n.1 de 2014. 5. Considerações finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a fazer uma análise da situação do indivíduo transgênero no sistema carcerário brasileiro, através de uma revisão bibliográfica. A partir de um estudo sobre os direitos respaldados na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e demais legislações e tratados que vem sendo desrespeitados, busca-se expor os equívocos e descuidos das políticas públicas que versam sobre o assunto.

O dossiê, publicado em janeiro de 2020, da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), mostra o crescimento dos crimes envolvendo violências de gênero no nosso país.¹ Essa situação tende a se agravar dentro do ambiente carcerário brasileiro, que historicamente carrega um aspecto de desumanização do indivíduo. Assim, tratando-se de indivíduos transgêneros, que já sofrem todo tipo de violência antes mesmo de ingressar no sistema penitenciário, essa transgressão de direitos é ainda mais explícita.

Tendo em vista que a esfera prisional é guiada pelo modelo binário, que considera apenas o sexo biológico dos encarcerados, há uma estigmatização social vivenciada pelos transexuais ao adentrarem no sistema carcerário, resultando em violências de todos os tipos a essa população vulnerável.

¹ Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019/Bruna G. Benvides, Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs). – São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020. Retirado de: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>

Em que pese existam direitos positivados de proteção, transexuais, quando no cárcere, são submetidos a tratamentos desumanos. Tendo em vista que este é um grupo vulnerável, observa-se que essas pessoas têm desrespeitadas suas características individuais, desde as mais simples. Sua identidade de gênero, integridade e dignidade são constantemente maculadas.

Desta forma, questiona-se a efetividade de políticas públicas voltadas a proteção da população transexual no sistema carcerário, bem como considera-se a necessidade de criação de novas políticas nesse sentido.

2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A execução da pena foi sofrendo mudanças no decorrer dos tempos, acompanhando as alterações sociais e políticas da humanidade. Foucault (2014) chama de “burocratização da pena” o processo que muda a relação castigo-corpo na execução penal, antes baseada no suplício e sofrimento físico:

(...) o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos.²

No Brasil o sistema carcerário resulta de processos históricos que ameaçaram direitos fundamentais por diversas vezes. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 garante a dignidade da pessoa humana e a proibição de submissão a tratamento desumano e degradante.

A Lei de Execução Penal (1984) regulamenta a situação dos cumprimentos das penas e condiciona as mesmas a um caráter ressocializador e de prevenção, pautado nos princípios da legalidade, da individualização da pena, da humanidade e da igualdade. A LEP tem o intuito de contemplar todos os direitos do preso, desde alimentação e higiene até igualdade de tratamento, chamamento nominal, etc.

² FOUCAULT, 2014. p. 14.

Porém, o que se percebe através de documentos técnicos, que serão abordados posteriormente, e até da mídia, é que a realidade prisional submete o indivíduo a situações de degradação, perda da dignidade e até da própria identidade vez que, ao adentrar o sistema, o indivíduo passa a ser um número, alguém que a sociedade como um todo não quer ver. No fim das contas, o encarceramento é custoso e falho na recuperação do apenado, pois o que temos são prisões superlotadas, ambientes insalubres, falta de acompanhamento psicológico, médico e de assistência social, inviabilizando o processo de ressocialização.

Para coibir tais violações, a Constituição Federal possui princípios que abrangem todo o ordenamento jurídico, e não poderia ser diferente ao tratar do cumprimento da pena privativa de liberdade. A execução da pena deve ser toda pautada nesses princípios com o objetivo de proporcionar o exercício de direitos e valores éticos fundamentais.

2.1 Princípio da dignidade humana

A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais inerentes a todas as pessoas em igual proporção, pois vem da própria condição humana. Isso significa dizer que, independentemente de qualquer conduta que venha a ter, por mais grave que seja, o indivíduo continua possuindo o direito a dignidade. Tal princípio encontra-se no art. 1º, III, da Constituição, e, no que tange a matéria penal, encontra respaldo constitucional no art. 5º, III e XLIX do mesmo dispositivo.

O princípio da dignidade humana é um dos construtores da interpretação de todo o sistema jurídico brasileiro. O Estado, como detentor do poder e do dever de proteger seus cidadãos, cria normas para traçar uma ordem social com o objetivo de manter a integridade dos bens jurídicos mais importantes dessa população.

Por ser um princípio norteador de todos os outros, a dignidade humana não depende de qualquer condição concreta para ser invocada. Assim, todos são detentores de dignidade. Tal entendimento vai de acordo com o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), que esclarece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito. O ordenamento fica então obrigado a promover as ferramentas para a efetivação deste princípio.

Não obstante, o Direito Penal, visando assegurar a defesa dos bens jurídicos dos cidadãos, limita os direitos daqueles que venham a afrontar os de outrem através de penas que vão desde multas até privação de liberdade.

Quando se fala em penas privativas de liberdade, trata-se daquelas que afetam diretamente o direito de ir e vir de um indivíduo. O direito de locomover-se livremente é também um direito fundamental. Contudo, é legítimo que o Estado prive de sua liberdade a pessoa que afronte o ordenamento jurídico, respeitando o devido processo legal, com a finalidade de manter a ordem social.

Deve-se recordar, todavia, que o poder do Estado não é ilimitado, tendo como norte o princípio constitucional supramencionado. Este tem como função, na execução penal, justamente limitar o poder estatal para coibir excessos por parte do aplicador da pena. A partir da necessidade de adequar o ordenamento jurídico aos princípios constitucionais, a lei penal é pensada de forma que consiga cumprir sua função respeitando os limites impostos pela Constituição.

A dignidade humana é ainda um assunto muito sensível no Brasil, visto que a nossa sociedade tem uma tendência a rejeitar a ideia de que o encarcerado é também sujeito de direitos. A aplicação da lei penal incide diretamente sobre uma pessoa, razão pela qual as interpretações do direito, bem como seus efeitos, devem estar pautadas no respeito a esse princípio.

A Lei de Execução Penal (1984) vem para disciplinar os institutos relacionados à execução da pena reforçando a obrigatoriedade de observação dos princípios norteadores da nossa Constituição, ao reconhecer o preso como sujeito de direitos. Logo em seu primeiro artigo, já esclarece que “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”.¹

A exemplo de aplicação do princípio, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu quanto ao regime inadequado de cumprimento de pena:

¹ BRASIL, 1984

A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena. *In casu*, as autoridades locais demonstraram que o apenado tem a atenção devida do sistema prisional, em respeito ao primado da dignidade da pessoa humana e à preservação da vida, situação a exigir o apuro probatório não possível na via do procedimento heroico” (RHC 34325 – ES, 6.^a T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 13.03.2013, v.u.).

A realidade da situação prisional em nosso país ainda promove transgressões de direitos básicos inerentes à condição humana, violando sua dignidade objetiva e subjetiva. Na forma objetiva, tem-se como exemplo a precariedade no tocante à saúde dos presos, higiene, infraestrutura dos presídios, etc. Subjetivamente trata-se do sentimento de respeito para consigo e com os outros, de valores que se perdem quando o indivíduo se encontra em ambiente hostil e de estigmatização.

Essa inclinação a ideia de que o preso, por ter cometido delitos, tem sua dignidade perdida, dificulta a aplicação de um direito básico. A própria sociedade legitima a retirada da condição de humano quando se trata de sujeitos que já cometeram algum tipo de delito, reforçando que estão em situação de cárcere pessoas que “mereceram” e, portanto, devem ser largadas a própria sorte.

2.2 Princípio da Humanidade

Do princípio anterior, deriva o princípio da humanidade das penas. O princípio da humanidade implica em uma execução humanizada da pena, considerando principalmente que o objetivo é a reinserção do indivíduo na sociedade e não mais o castigo e a repressão. Não se pode, então, condicionar o tratamento humanizado à conduta moral do cidadão apenado.

Tal princípio tem por objetivo afastar punições que contrariam a dignidade humana como as penas de morte, as de caráter perpétuo e cruéis. A Convenção Americana de Direitos Humanos restringe a pena de morte, incentivando sua abolição. No item 2 de seu art. 5º, preceitua:

Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.²

² CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969.

No mesmo sentido, o Brasil adotou tal posição ao vedar penas que contrariem o ideal de humanidade. Os incisos III e XLVII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinam, *in verbis*:

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...)

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Contudo, é relevante destacar que o princípio da humanidade não se resume apenas a proibição de aplicação de penas cruéis, mas também da proibição de concreta execução cruel de penas legais ao condenado.

A partir de uma visão de alteridade, que reconheça o preso como sujeito de direitos, é possível exercer a humanização da pena, pautada no reconhecimento do outro. No viés de redução de danos, Roig (2018) pontua:

(...) o princípio da humanidade revela também como mandamento primordial a vedação ao retrocesso humanizador penal, demandando assim que a legislação ampliadora ou concessiva de direitos e garantias individuais em matéria de execução penal se torne imune a retrocessos tendentes a prejudicar a humanidade das penas. Recorre-se, para tanto, à analogia em relação a própria determinação constitucional de que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, da CF).³

A Lei de Execução Penal (art. 45, §1º e §2º) faz alusão a este princípio ao estabelecer limites para as sanções impondo que elas não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado e vedando, também, o emprego de cela escura.

Assim, no que tange a Execução Penal, o princípio funciona como ferramenta para conter qualquer irracionalidade por parte do poder punitivo, efetivado com a proibição de

³ ROIG, 2018. p. 35

tortura e tratamento cruel e degradante, com a própria individualização da pena e com a proibição das penas de morte, de caráter cruel ou perpétuo.

Apesar de haver tantas normas positivadas protegendo o princípio da humanidade, o que vemos em nossa realidade prisional é justamente essa aplicação cruel de penas previstas em lei, posto que os presídios, na maioria das vezes, não possuem o mínimo de estrutura em suas dependências. Além de problemas de superlotação, por exemplo, vem outras dificuldades estruturais como ventilação, adequação térmica, condições sanitárias, que impossibilitam a viabilização de um cumprimento de pena humanizado.

Tais condições não demonstrariam, então, uma aplicação de pena cruel? Nosso ordenamento considera cruel a aplicação de castigos físicos, ao mesmo tempo em que tem como razoável a privação de liberdade do indivíduo em condições precárias. Esse paradoxo aponta a urgência de repensar a realidade brasileira, com vistas a efetivar o princípio da humanidade. Nas palavras de Nucci (2015):

A concretude do princípio da humanidade depende da clara conscientização dos Poderes do Estado, mais particularmente do Judiciário. Registre-se, ainda, a possibilidade de se atingir outras penas consideradas cruéis no cenário real – e não apenas no trato abstrato da matéria. O presídio superlotado, onde reine a insalubridade, a violência sexual, as doenças infectocontagiosas, a carência de assistência médica e de alimentação adequada, dentre outros males, pode levar o preso à morte. Assim ocorrendo, estar-se-ia diante da pena de morte, aplicada na prática, mas rejeitada em teoria.⁴

Pode-se dizer, então, que o princípio da humanidade constitui também uma limitação à intervenção penal estatal para que o Estado não viole nenhum direito humano ao executar o que manda a lei, visto que, como ente abstrato, não poderia infringir normas básicas ao fazer valer o direito quando um crime é cometido. Busca, portanto, uma menor afetação individual na execução da pena, a fim de reduzir danos para proporcionar uma política prisional mais humanizada.

2.3 Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, prevê o princípio da individualização da pena ao exigir que sua aplicação considere todas as características

⁴ NUCCI, 2015. p. 158

particulares do ser humano condenado, prezando pela adequação de suas peculiaridades ao cumprimento da pena imposta para que, assim, sua aplicação seja efetiva no sentido de educar e repelir o cometimento de novos delitos.

Visto que a pena é uma sanção destinada especificamente a pessoa do condenado, o princípio da individualização busca particularizar a situação de cada apenado para obter assim maior eficácia na execução, proporcionando uma punição justa ao considerar as especificidades do agente e do caso concreto. Embora todos sejam iguais perante a lei, cada indivíduo é diferente entre si, cada caso possui sua particularidade. Portanto, a pena não mostraria eficácia e não estaria cumprindo sua função ressocializadora caso fosse padronizada. O próprio Código Penal traz esse cuidado com o princípio ao tratar das circunstâncias judiciais:

Art. 59 – 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: (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)⁵

Assim, qualquer que seja o tipo penal praticado pelo indivíduo, o juiz, no momento da aplicação da pena, deverá analisar todas as circunstâncias nas quais o delito foi executado, bem como o grau de culpabilidade de cada agente, considerando também características pessoais do acusado. Isso significa dizer que o preso deve ser, de fato, visto como indivíduo, considerando todas as suas reais necessidades enquanto ser humano e sujeito de direitos.

Importante ressaltar, todavia, que a individualização não deve ser praticada de forma a causar qualquer prejuízo ao condenado, ou seja, deve sempre ser empregada no sentido de reduzir os danos ao indivíduo. Nesse sentido, pontua Roig (2018):

⁵ BRASIL, 1940

(...) partindo das premissas de que o princípio individualizador possui assento constitucional e que a Constituição de 1988 instituiu o dever jurídico-constitucional de minimização de danos, faz-se necessário concluir que a individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como, por exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto de lei, mas em virtude da necessidade de individualização). De fato, como excepcionalização do princípio da legalidade, a individualização da pena não pode ser empregada em prejuízo do condenado (tal como ocorre na requisição de exame criminológicos).⁶

Ainda, segundo Nucci (2015), a individualização da pena torna o Estado arejado e atencioso, pretendendo visualizar todos os membros da sociedade como indivíduos, com características, interesses e necessidades particulares.⁷ Desta forma, podemos dizer que a pena para cada indivíduo será única, ainda que o delito tenha sido o mesmo, porque sua aplicação levará em consideração aspectos individuais do caso concreto. Esse princípio obriga as autoridades a enxergarem o preso como indivíduo de fato, considerando suas necessidades pessoais.

2.4 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade veio do direito material e funciona como uma limitação ao Estado. Deriva da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege* (nulo o crime, nula a pena sem lei). A Constituição Federal reitera essa ideia quando dispõe que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (art. 5.º, XXXX, CF).

Essa ideia está relacionada à tipicidade, visto que o operador do Direito deve adequar o caso concreto ao texto positivado que está previsto no tipo penal. Assim, a conduta criminosa deve estar perfeitamente descrita no texto de lei para que se possa falar em tipicidade.

Os artigos 2º e 3º da Lei de Execução Penal determinam que a jurisdição seja exercida na forma dela própria e do Código de Processo Penal. Então, a restrição de direito deve decorrer da lei. No mesmo sentido, a Constituição Federal, no art. 5º, II,

⁶ ROIG, 2018. p. 65

⁷ NUCCI, 2015. p. 172.

estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Ainda, na exposição de motivos da Lei de Execução Penal (1984), fica claro que tal princípio sustenta a aplicação das penas, regulando e limitando a atuação do ente público:

O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.⁸

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 11 também institui que “ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

Isso significa que o Estado Democrático de Direito, embora seja detentor do poder de punir, não possui poder ilimitado. Este poder deriva do Direito e, portanto, é subordinado a ele. Sendo assim, o poder de punir deve se desenvolver dentro tão somente dos limites disciplinados pelo Ordenamento Jurídico. Por esse motivo todos os processos executórios devem atentar a este princípio, para que não haja violação de direitos por parte do próprio Estado quando da aplicação da norma penal. Nesse sentido, Goulart sustenta:

Assim, o princípio da legalidade, enquanto informador do sistema da execução penal e, pois, uma de suas verdades fundantes, tem extrema importância no interior de um ordenamento que se diz democrático e humanizador, atuando no sentido de conferir-lhe dignidade e estabilidade, proporcionando-lhe, pois, a indispensável funcionalidade, possibilitando que a execução da pena se desenvolva de forma orientada.⁹

Pela mesma lógica, instrui Roig (2018):

O princípio da legalidade representa afinal a grande amarra ao discricionarismo na execução da pena, no intuito de, por um lado, obstar a criação de um Direito próprio (dentro do espaço do não direito) às pessoas privadas de liberdade e, por outro, conter as tentações positivistas e inquisitoriais de reificação do ser humano em situação de encarceramento.¹⁰

⁸ BRASIL, 1984

⁹ GOULART, 1994. p. 95

¹⁰ ROIG, 2018. p. 50

Na prática, embora as decisões administrativas e judiciais relacionadas a execução penal possam ser discricionárias, todas devem ser motivadas com base legal. Quaisquer benefícios ou restrições devem ser fundamentados e previstos em lei.

Por fim, quando esse princípio é observado, é assegurado ao apenado uma certeza quanto ao seu futuro dentro do processo de execução. Além de conferir legitimidade ao poder de punir, é também uma garantia ao cidadão contra os abusos e excessos que podem ocorrer no curso do processo executório enquanto perdurar a pena.

2.5 Princípio da Igualdade

Falar em igualdade ou isonomia não implica apenas em discutir a simples equiparação de todos os presos, considerando que, como visto anteriormente, os indivíduos não são iguais entre si, tendo cada um suas particularidades. Essa ideia não descarta, contudo, a obrigação do ente estatal promover a igualdade de oportunidades de tratamento entre todos.

O princípio da igualdade é considerado sob duas perspectivas: a da igualdade formal e a da igualdade material. A primeira é pautada na ideia de que todos são iguais perante a lei, não podendo existir tratamento diferenciado a determinadas pessoas ou grupos por motivos de raça, sexo, classe social, religião e convicções filosóficas e políticas, conforme o art. 3º, IV, da Constituição Federal. Já a igualdade material se baseia no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

A igualdade é um dos preceitos norteadores mais básicos da nossa Constituição. Logo no caput do artigo 5º, ao CF já estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, de forma que fica o aplicador da norma obrigado a observar e garantir tratamento igualitário a todos os cidadãos de acordo com a lei.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas traz em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

A título de exemplo de aplicação desse princípio em conjunto com os demais, temos o seguinte julgado do STJ sobre progressão de regime:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959/SP, declarou inconstitucional o óbice contido na Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime prisional aos condenados pela prática dos crimes hediondos ou equiparados, tendo em vista os princípios constitucionais da individualização, da isonomia e da humanidade das penas, sendo que, com a publicação da Lei 11.464/2007, restou afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena” (HC 77.591-MS, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 03.04.2008, v.u.)

Para efetivar esse princípio que está intimamente ligado ao sentimento de justiça, o Estado é responsável por promover políticas públicas voltadas para ações afirmativas com o intuito de amenizar as desigualdades entre os seres humanos que pertencem às classes desfavorecidas ou marginalizadas. Dessa forma é possível prover a igualdade de forma concreta

3. NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA TERMINOLOGIA QUE ABRANGE “GÊNERO”

É através de nossa identidade de gênero e orientação sexual que elaboramos nossa subjetividade no contexto social. Aprendemos o que é ser mulher e o que é ser homem, como mulheres e homens devem se relacionar entre si, quais suas posições dentro da sociedade e seus significados. Esses aspectos são sociais e culturais, não biológicos.

O conceito de gênero, na forma em que é usado, surge em meados da década de 1970, a partir dos diálogos entre o movimento feminista e suas teóricas, constituindo-se como um conceito das ciências sociais referente à construção social do sexo.

Simone de Beauvoir foi uma grande representante da discussão quando, em 1949, publicou “*O segundo sexo*”, propondo uma nova reflexão acerca das desigualdades entre homens e mulheres, questionando os motivos pelos quais nos sistemas de relações de poder das sociedades ocidentais modernas as mulheres encontravam-se sempre em posição de inferioridade. É dela a famosa frase: “*não se nasce mulher, torna-se mulher*”. Para Beauvoir, a determinação natural não servia para explicar as diferenças e desigualdades

entre as condutas e comportamentos femininos e masculinos. As relações sociais seriam mais determinantes no comportamento do que o sexo biológico.

Para Joan Scott (1989), a categoria de gênero expressa um campo de disputas teóricas e políticas. Não pode ser pensado apenas no âmbito privado das relações familiares, posto que a forma como a sociedade pensa e lida com os diferentes gêneros afeta a vida das pessoas no ambiente público e político. Da mesma forma que Beauvoir, entende gênero como uma categoria que mede a diferença biológica e as relações sociais historicamente construídas:

O uso do “gênero” coloca a ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade (...) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder.¹¹

Na área da antropologia, Margaret Mead (1901-1978) concluiu que não existe relação entre sexo do corpo e a conduta social dos indivíduos. Na obra *“Sexo e Temperamento em Três Sociedades Primitivas”* investiga os papéis sexuais, como era chamado o conceito de gênero na época, dos indivíduos de três tribos da Nova Guiné. A partir desse estudo, entendeu que os papéis não eram determinados por questões biológicas. As concepções eram construídas através das interações sociais. O que na nossa sociedade pode ser considerado padrão, em outra pode ser considerado estranho.

No final dos anos 1980 o movimento feminista estava em um contexto em que se discutia o limite da categoria mulher. Judith Butler, em *“Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”*, começa a pensar por que a categoria mulher era insuficiente para as bandeiras feministas daquele momento. O movimento estava chegando perto de um esgotamento, pois era impossível falar em nome de uma mulher universal.

Essa mulher universal teria sido uma possibilidade nos anos 1950 quando Beauvoir lançou o segundo sexo, mas no final dos anos 1980 percebe-se insuficiente como categoria, visto que não dava conta de toda a diversidade que há dentro do grupo mulher. Basta pensar que temos mulheres negras, mulheres brancas, mulheres índias, mulheres pobres, mulheres de classe média etc. Sendo assim, como pensar o feminismo para além do sujeito mulher?

¹¹ SCOTT, 1989.

Para Butler, a cada indivíduo é atribuído um gênero quando do nascimento. Assim, estamos diante de uma “ordem compulsória” que exige a compatibilidade entre sexo, gênero e desejo. Essa ordem é, em regra, heteronormativa. Passamos, então, a ter que discutir o privilégio da heterossexualidade frente a homossexualidade.

Assim, Butler mostra a necessidade de subverter essa ordem, desmontando a obrigatoriedade entre sexo, gênero e desejo. Propôs que o sexo é também discursivo e cultural, tal como o gênero. Nesse sentido, afirma:

O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (...) tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.¹²

A questão seria, portanto, uma questão de performatividade, atos e gestos que produzem significados. Nesse contexto é que se discute os assuntos referentes aos transexuais e travestis, pois podemos facilmente notar nestes grupos a subversão da ordem compulsória apontada por Butler (2018).

3.1 Identidade de Gênero e Orientação Sexual

É importante fazer a diferenciação entre identidade de gênero e orientação sexual, visto que são manifestações diferentes da individualidade de uma pessoa. Segundo Jaqueline Gomes de Jesus (2012), enquanto esta é definida pela atração sexual e afetiva, a identidade de gênero é aquela que diz respeito a qual gênero uma pessoa sente pertencer.

O gênero passa por um processo social de auto identificação, de performance e de manifestação corporal. Por conter muitos aspectos subjetivos, não pode ser definido simplesmente pelos órgãos genitais de uma pessoa. É como ela se identifica, podendo considerar-se homem, mulher, ou até mesmo nenhum dos dois. Nas palavras de Jaqueline Gomes de Jesus (2012):

Sexo é biológico, gênero é social. E o gênero vai além do sexo: O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a

¹² BUTLER, 2018. p. 22.

conformação genital, mas a auto percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente.¹³

A autora traz, ainda, a seguinte diferenciação no que diz respeito a gênero:

Chamamos de cisgênero, ou de “cis”, as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído quando ao nascimento. (...) Denominamos as pessoas não-cisgênero, as que não se identificam com o gênero que lhes foi determinado, como transgênero ou trans¹⁴

Os Princípios de Yogyakarta, um documento elaborado por especialistas em direito internacional dos direitos humanos, de orientação sexual e de identidade de gênero, em 2005, com o objetivo de mapear as experiências de violação de direitos humanos sofridas por pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas. Na introdução há uma definição para o conceito de orientação sexual:

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.¹⁵

Já identidade de gênero é conceituada da seguinte forma:

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.¹⁶

Imprescindível, também, destacar a diferença entre identidade de gênero e expressão de gênero. A expressão de gênero está relacionada com a apresentação e comportamento do indivíduo frente a sociedade, envolvendo nesse ponto uma expectativa de ordem social, por isso está diretamente ligada a cultura na qual essa pessoa está inserida. Já a identidade,

¹³ JESUS, 2012. p. 8.

¹⁴ Idem. p. 10.

¹⁵ *Princípios de Yogyakarta*. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

¹⁶ Idem.

como mencionado anteriormente, tem um caráter pessoal e íntimo, vem da identificação individual da pessoa com determinado gênero.

Urbano Félix Pugliese do Bomfim (2015) comenta acerca da vulnerabilidade diante da expressão de gênero:

(...) não está calcada na comunicabilidade do masculino ou do feminino, mas sim na não correspondência do quanto afirmado como natural, normal, regular diante da sociedade. Assim, torna-se vulnerado um homem que expresse o gênero feminino e uma mulher cuja expressão seja masculina¹⁷

Portanto, expressão de gênero é ato comunicativo, é como cada um externa seu aspecto íntimo e pessoal diante das normas socializadas ao conceito de gênero. Esse conceito está ligado à exteriorização do gênero do indivíduo perante o mundo, de forma que há homens que expressam o feminino e mulheres que expressam o masculino. Trata-se da vivência do indivíduo perante o mundo, que ainda hoje estigmatiza pessoas que não se enquadrem em um padrão heteronormativo de identidade e expressão.

3.2 Transexualidade

Jaqueline Gomes de Jesus (2012) elaborou um guia de orientação sobre as identidades de gênero, conceituando transexual, travesti e transgênero. Na referida obra, a pesquisadora destaca que o termo transgênero ainda não é muito explorado em nosso país por conta do debate histórico:

(...) Existem ainda as pessoas que não se identificam com qualquer gênero, não há consenso quanto a como denominá-las. Alguns utilizam o termo queer, outros, a antiga denominação “andrógino”, ou reutilizam a palavra transgênero (...) dois aspectos cabem na dimensão transgênero, enquanto expressões diferentes da condição. A vivência do gênero como: 1- Identidade (o que caracteriza transexuais e travestis); ou como, 2- Funcionalidade (representado por cross-dressers, dragqueens, drag kings e transformistas).¹⁸

Isto significa dizer que um indivíduo transgênero não identifica seu gênero pelo sexo biológico com o qual nasceu. Já o cisgênero é o indivíduo cuja identidade de gênero

¹⁷ BONFIM, 2015. p. 129.

¹⁸ JESUS, 2012. p. 10.

condiz com o sexo biológico com o qual nasceu, ou seja, o sexo biológico é o mesmo que o sexo psíquico. Ainda nas palavras da autora:

Para a pessoa transexual, é imprescindível viver integralmente, exteriormente, como ela é por dentro, seja na aceitação social e profissional do nome pelo qual ela se identifica ou no uso do banheiro correspondente à sua identidade de gênero, entre outros aspectos.¹⁹

Assim, por tratar-se de uma questão de identidade, pode-se dizer que o homem transexual é a pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como homem. Já a mulher transexual é a pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como mulher.

Ainda se difere o conceito de transexual e travesti. A travesti veste-se e comporta-se das formas associadas ao sexo oposto. É uma identidade feminina. Mas, apesar dos fatores ligados a expressão de gênero (nome, cabelo, roupas, modos e até uso de hormônios), geralmente não há o desconforto com seu sexo de nascimento e, por isso, não costumam fazer a cirurgia de redesignação.

Nesta perspectiva, entende-se como travestis aquelas pessoas que experimentam os papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, e sim como integrantes de um terceiro gênero ou até mesmo de um não-gênero. Contudo, o pronome correto para referir-se a pessoas desse grupo é o feminino: a travesti.

Berenice Bento (2008, p. 18) sugere que a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. Afirma ainda que a transexualidade é um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a intelegibilidade dos gêneros no corpo.

O uso da sigla trans* ou da letra T* (ambas com asteriscos) foi aprovado no Congresso Internacional sobre *Identidad de Género Y Derechos Humanos* (Barcelona, 2010), e abrange todas as demonstrações de transgêneridade. Assim, denomina-se transgêneros todos aqueles que rompem a barreira delineada pela sociedade que define gênero como feminino ou masculino.

¹⁹ Idem. p. 16.

A realidade do transexual deve ser considerada no âmbito antropológico, psicológico e médico, visto que este seria o meio ideal de possibilitar a formação de uma identidade psicológica e socialmente consolidada. Na Argentina, a Lei de Identidade de Gênero (lei n. 26.743) possibilitou uma série de garantias de direitos para a população LGBT. Em seu artigo 2º, traz uma definição de identidade de gênero:

ARTICULO 2º — Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.²⁰

Nota-se que na América Latina, países como Uruguai e Argentina já estão um passo à frente no que se refere aos direitos envolvendo gênero, oferecendo suporte em seus ordenamentos jurídicos a população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais),²¹ a fim de promover cidadania e efetivar direitos fundamentais.

Durante a 72ª Assembleia Mundial da Saúde da Organização das Nações Unidas, realizada em Genebra em maio de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) removeu de sua Classificação Internacional de Doenças o “transtorno de identidade de gênero”. Na nova edição a transexualidade passou para a área de condições relacionadas à saúde sexual e agora é classificada como incongruência de gênero.

Desta forma, transexuais passaram a ser reconhecidos como pessoas que podem necessitar de cuidados médicos, durante um processo de transição de gênero, por exemplo, e não mais como pessoas com transtornos mentais. Essa decisão, além de reduzir o estigma, garante o acesso as intervenções de saúde necessárias para essa população.

No mesmo ano, A Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o relatório sobre Reconhecimento dos Direitos das Pessoas LGBT nas Américas. O relatório analisa os avanços obtidos nos Estados em prol da comunidade LGBT e registra as ações necessárias para avançar na inclusão e representatividade dessas pessoas.

²⁰ ARGENTINA, 2012.

²¹ A sigla LGBT é adotada no Brasil para se referir à diversidade sexual (BRASIL, 2009)

O documento também evidencia pontos que podem causar regressão nos direitos dessa população. Entre eles estão: a violência ainda existente contra estas pessoas; a criminalização de orientações sexuais, identidades e expressões de gênero não normativas em alguns Estados; o crescimento de movimentos contrários ao reconhecimento dos direitos das pessoas LGBT; campanhas que promovem desinformação acerca do tema e estigmatizam pessoas LGBT.

4. VIOLÊNCIAS SOFRIDAS PELA COMUNIDADE TRANSEXUAL NO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Dados trazidos no relatório da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), divulgado no dia 29.01.2020, apontam que no ano de 2019 foram informados pelo menos 124 assassinatos de pessoas trans, sendo 121 travestis e mulheres transexuais e 3 homens trans. Apesar da queda desses números nos últimos 02 anos, não se pode dizer que a violência contra transexuais diminuiu, visto que no ano passado também foi registrado um aumento de 800% das notificações de agressões contra a população trans, o que representa 11 pessoas agredidas diariamente no Brasil.

Isso mostra que os transexuais já são expostos à violência antes mesmo de cometerem qualquer ato ilícito. Há uma cultura de exploração e marginalização desses grupos que, além de serem excluídos pela própria sociedade, ainda sofrem com a desídia do Estado, o que viabiliza o cometimento de atividades ilícitas por parte dessas pessoas. O transexual enfrenta, além dos problemas que já são suportados por presos cisgêneros, a omissão do nosso sistema de justiça frente as questões que envolvem gênero no cárcere.

O sistema penitenciário leva em conta o gênero associado ao sexo biológico, divide os encarcerados entre homens e mulheres a partir de sua genitália, fazendo assim uma classificação binária. Aliado a isso, há também o problema da precariedade de dados estatísticos acerca desse assunto, o que gera uma precariedade de informações que possam sistematizar denúncias dos casos de transgressões de direitos e violências.

4.1 Relatos de Violência

São muitos os casos de violência contra transexuais nos presídios. Violências que partem tanto dos outros presos quanto do próprio Estado. O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos publicou um relatório chamado “*LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*”,²² que trata da realidade da população LGBT no cárcere. Um consultor percorreu os 26 estados brasileiros e o Distrito Federal visitando ao menos uma unidade prisional por unidade da Federação, durante 10 meses.

O documento mostra que travestis e transexuais são vítimas constantes de violências físicas, sexuais e psicológicas, bem como de torturas específicas por sua condição de gênero. É comum, por exemplo, que travestis e mulheres trans sejam tratadas como homens, dentro dos presídios masculinos.

Um exemplo trazido pelo relatório refere-se à situação da Cadeia Pública Masculina de Boa Vista – Roraima, onde travestis têm descaracterizadas suas expressões de gênero. Quando essa descaracterização não ocorre de maneira compulsória ao adentrar a prisão, ela acaba ocorrendo como estratégia de sobrevivência:

Dentro da cadeia eu fui obrigada a me transformar em outra pessoa. Na rua eu sou 24h por dia travesti. Dentro da cadeia a gente não tem essa... como eu posso falar... não tem esse livre acesso de ser quem a gente é realmente. O próprio sistema impõe as regras deles, que presos são todos iguais. Pra administração nós somos considerados homens como os outros presos. Hoje eu não consigo ser a [nome omitido]. Eu deixei ela lá trás quando eu entrei na cadeia. Quando eu entrei eu tive que entrar como [nome masculino omitido].²³

Outro caso, publicado em matéria veiculada pelo portal G1, foi apontado o caso de uma mulher trans²⁴ de 41 anos, presa de 2013 a 2018 em um grande presídio masculino de São Paulo relatou algumas das violências que sofreu:

²² MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (Brasília). Marina Reidel (coord.). *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. 2019. Retirado de: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>

²³ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2019. p. 117.

²⁴ O verdadeiro nome não foi divulgado na reportagem para proteger a identidade da vítima.

Quando cheguei na cadeia, a primeira coisa que os agentes penitenciários fizeram foi mandar eu trocar minhas roupas íntimas femininas por masculinas e cortar meu cabelo (...) na minha primeira noite na cadeia, fui mandada para uma cela com 12 homens. Fui estuprada aquela noite toda. Depois, ao longo da pena, era comum ser estuprada no banheiro²⁵

A matéria mostra, ainda, que a vítima foi duas vezes para o “Seguro”, uma ala específica para a população LGBT, que deveria ser um local de acolhimento, porém acabou tendo a finalidade de castigo para trans e travestis. Na primeira vez foi para o local após tentar enviar uma carta à Defensoria Pública pedindo acesso à terapia hormonal²⁶ e denunciando os estupros sofrido, “mas o diretor do presídio interceptou a minha carta. Como castigo, fui mandada para o Seguro por 13 dias. Mal me davam água e quase nada de comida. Fiquei só pele e osso”, relatou.

Em 2015, no Ceará, uma transexual relatou em sua audiência de custódia que não queria voltar à prisão, e que se mataria caso isso acontecesse. Na ocasião, ela se encontrava com marcas de espancamento, chorando e vomitando. Contou que durante os 26 dias que permaneceu presa na Unidade Penitenciária Francisco Adalberto de Barros Leal, em Caucaia, sendo espancada e estuprada por quatro detentos.²⁷

Outro caso é o de Vitória R. Fortes, que motivou a criação da “ala gay” em Minas Gerais. Vitória começou a mutilar os próprios braços para chamar a atenção da diretoria do presídio masculino onde se encontrava. Ela relatou o seguinte:

[...] era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir.²⁸

²⁵ Retirado de: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/06/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-encarceradas-em-presidios-masculinos.ghtml>

²⁶ É importante ressaltar que o tratamento hormonal, além do viés estético, é essencial para a saúde do transexual, visto que a falta de sua reposição pode causar doenças.

²⁷ Retirado de: <https://tribunadoceara.com.br/noticias/segurancapublica/defensoria-publica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-de-presidio/>

²⁸ Retirado de: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml

4.2 As “Alas Gays”

No Brasil, apenas os Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Paraíba possuem, em alguns estabelecimentos penais, uma ala específica para a comunidade LGBT, a “ala gay”. A primeira “ala gay” foi criada em Minas Gerais, no presídio de São Joaquim de Bicas II, em 2009. A segunda foi no Rio Grande do Sul, no Presídio Central de Porto Alegre, em 2012, e em 2013, os Estados da Paraíba e Mato Grosso também implementaram a separação de algumas alas específicas.

A ideia é coibir as diversas violências e promover o cumprimento do dever estatal de zelar pela integridade de seus encarcerados, inclusive com a diminuição de doenças e oferecimento de tratamento de saúde adequado. Além de prover trabalho e estudo a uma população que, na maioria das vezes, não teve acesso externamente a educação.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) divulgou em fevereiro deste ano um levantamento²⁹ que mostrou que apenas 3% das cadeias brasileiras têm alas exclusivas para presos que se declaram LGBT. Ainda, 7% das cadeias brasileiras possuem cela exclusiva para a população LGBT. Hoje, a população carcerária é de 755.274. A maioria esmagadora dos presídios brasileiros não possuem alas ou celas exclusivas para essa comunidade. O levantamento reuniu dados de janeiro a junho de 2019.

Visto que essas porcentagens significam um total de 1593 vagas em alas exclusivas e 1468 vagas em celas exclusivas, é notável apesar do avanço em algumas políticas públicas de inclusão e proteção de direitos dos grupos vulneráveis, ainda há muito a se pensar para que essas minorias não sigam prejudicadas. Isso ocorre porque a resolução que trata de um espaço para as pessoas LGBTs é uma instrução, não obrigando os Estados a prover essas alas.

O documentário *Passagens: ser LGBT na prisão (2019)*, produzido pela ONG Somos – Comunicação, Saúde e Sexualidade, evidencia que, apesar de proteger os presos LGBTs de violências causadas por outros presos, ainda é precário o acesso a políticas públicas. Em uma das cenas, uma das pessoas entrevistadas conta que suspeitava estar com HIV e pediu uma escolta para acompanhá-la para realizar o exame. Porém, a resposta

²⁹ Retirado de: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>

que recebeu do agente penitenciário foi “por mim, que você morra de AIDS”. Além disso, uma queixa comum em relação aos agentes públicos seria o desrespeito ao nome social das pessoas trans.

Para lidar com a questão das pessoas transexuais nos presídios, a princípio, juízes e promotores costumavam condicionar a transferência de uma mulher trans para a prisão feminina à comprovação de cirurgia de redesignação sexual. Isso acabava por excluir aquelas que ainda não tinham passado pelo processo cirúrgico.

Para resolver esse problema, foi proposta a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527, em junho de 2018, perante o STF. Esta tem como objetivo afastar a necessidade de cirurgia e comprovação de tratamento hormonal para que mulheres trans sejam transferidas para prisão de mulheres e expandir a Resolução n.º 1/2014 para permitir que travestis possam escolher serem também transferidos a um presídio feminino.

No que se refere às travestis, há um precedente do Ministro Luís Roberto Barroso. No HC 152.291/SP, o Ministro determinou de ofício a transferência de duas travestis para uma prisão feminina, “compatível com as respectivas orientações sexuais”. Pode-se apontar, contudo, um equívoco ao vincular orientação sexual a experiência travesti, visto que são conceitos que não necessariamente possuem relação entre si.

Em sua decisão, o Ministro citou a Resolução n. 1/2014. Porém, faz-se necessário destacar que a Resolução determina a criação de espaços de vivência especiais em presídios masculinos para abrigar travesti, de forma que se questiona sobre o a integridade física e a liberdade sexual de mulheres cisgênero que tenham que ficar no estabelecimento prisional junto a travestis e mulheres transexuais.

A Procuradora-Geral da República Raquel Dodge emitiu parecer na referida ADPF defendendo que os supostos riscos à integridade física e à liberdade sexual das mulheres presas não podem impedir que mulheres transexuais e travestis compartilhem com elas o mesmo espaço prisional, tratando esses riscos como hipotéticos, enquanto as violências contra trans e travestis são reais e recorrentes.

Assim, hoje basta assinar um Termo de Autodeclaração de Homossexualidade para que uma pessoa possa tentar a transferência. Isto revela outra problemática: o aumento do número de homens cisgênero heterossexuais nos espaços reservados para essa população.

De acordo com o relatório do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos³⁰ anteriormente mencionado, muitos dos presos que se encontram atualmente nesses espaços são homens heterossexuais que se autodeclaram gays para pedir a transferência com o intuito de fugir de ameaças e rixas com outros presos.

No dia 02 de outubro de 2020, o CNJ aprovou decisão que determina que as pessoas condenadas devem ser direcionadas a presídios e cadeias conforme sua autoidentificação de gênero. A resolução representa um passo importante para tutelar a população LGBTQIA+ em situação de cárcere.

A aplicação ocorrerá por meio de autodeclaração colhida pelo magistrado em audiência e será estendida também aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, analisadas as particularidades de cada caso concreto. Apesar de positiva a decisão, é necessário chamar atenção para a o acompanhamento da efetividade da aplicação da norma, tendo em vista que cerca 90% das penitenciárias brasileiras não possuem cela ou ala destinada a esse público.

4.3 A Resolução Conjunta N.1 de 2014

Em 2014 foi publicada a resolução conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) estabelecendo novos parâmetros para o tratamento da população LGBT no sistema prisional. Logo no primeiro artigo, o parágrafo único traz os parâmetros considerados para efeitos da resolução:

- I – Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres;
- II – Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens;
- III – Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos;
- IV – Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

³⁰ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2019. p. 50.

V – Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.³¹

O documento sugere a instauração de nova ala destinada a gays, bissexuais e travestis, a possibilidade de transexuais cumprirem pena em estabelecimentos femininos, tendo o direito de vestir-se, apresentar-se e nomear-se conforme sua identidade de gênero.

Por outro lado, os homens transexuais não têm o direito de serem presos em estabelecimento masculino, por conta da proteção da dignidade sexual, considerando o risco de ocorrência de violências sexuais. Há então uma limitação da escolha de identificar-se como o sexo oposto quando se trata desses grupos, justificada pela proteção destes.

O art. 7º garante assistência integral à saúde, isso inclui a manutenção do tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico para travestis e transexuais. Também é garantido à pessoa travesti ou transexual o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, a manutenção de cabelos compridos, no art. 5º, o direito à visita íntima, no art. 6º e ao auxílio reclusão, no art. 11.

A resolução, contudo, não foi suficiente para proteger Veronica Bolina, vítima de sucessivas violações por parte da sociedade e do Estado. Sua primeira prisão foi em 2015, por agressão, em uma penitenciária de São Paulo. Foi nessa ocasião que sofreu a agressão que repercutiu na mídia: após arrancar a dentadas parte da orelha de um agente penitenciário, foi brutalmente agredida por policiais. Seu cabelo foi raspado e o rosto totalmente desfigurado após o espancamento que sofreu dos agentes. Ela foi despida, algemada pelos pés e mãos e fotografada no chão. Tais imagens logo se espalharam na internet.

Um mês depois do ocorrido, o Ministério Público de São Paulo instaurou o incidente de insanidade mental. O laudo saiu no mesmo ano, mas apenas em 2017 a Justiça declarou que Veronica era absolutamente inimputável e ela passou a cumprir medida de segurança com tratamento ambulatorial.

No final de 2017 foi presa pela segunda vez. Na maior parte do tempo em que ficou presa, ficou em uma unidade prisional masculina para presos comuns. Em janeiro

³¹ CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO, 2014.

de 2018 passou a cumprir medida de segurança, onde finalmente começou a receber os atendimentos médicos necessários para o seu caso.

O caso de Veronica foi amplamente divulgado na mídia e mostra que ainda há muito descaso do Poder Público no tratamento de transexuais em situação de cárcere. Apesar das lutas constantes dos movimentos sociais, das organizações não governamentais, da sociedade civil etc., a desídia por parte do Estado em proteger as pessoas LGBTs vai contra o que já foi conquistado até aqui. Esse caso tornou-se um símbolo da violência do Estado contra as mulheres trans.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando principalmente os princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais, é possível perceber que não há como tratar do assunto do presente artigo sem considerar as diferenças entre os seres. O reconhecimento dessas diferenças possibilita a criação de políticas públicas inclusivas e humanizadoras. A população LGBT é estigmatizada dentro e fora do cárcere, tanto pela cultura do preconceito que a nossa sociedade ainda mostra quanto pela desinformação acerca das questões de gênero.

Como visto anteriormente, o Brasil ainda é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, esse tipo de padrão de violência se repete dentro das prisões, segundo dados do Dossiê da ANTRA. A Constituição, a Lei de Execução Penal, os Tratados Internacionais e vários instrumentos como a Resolução Conjunta n. 1 e a ADPF 527, embora favoráveis a essas minorias, buscando a promoção de direitos e garantias fundamentais, ainda não são suficientes para combater o problema da homofobia, da transfobia, da estigmatização suportada pela comunidade LGBT dentro do cárcere.

É necessária e urgente uma mudança estrutural e cultural para que todas as medidas possíveis sejam discutidas e amplamente concretizadas, para que o Brasil saia das estatísticas como um dos países que mais viola direitos LGBTs. Para que essa nova visão acerca do tema seja abordada amplamente, o Estado precisa incentivar a informação entre a sociedade e principalmente a melhor preparação de seus agentes públicos para que nenhum direito seja violado quando se trata de sujeitos em situação de cárcere.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA, *Ley n. 26.743 de mayo de 2012*. Retirado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*; tradução Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. 2. ed. São Paulo, SP: Brasiliense, 2008.
- BONFIM, Urbano Félix Pugliese do. *O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades*. Salvador: 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17762>> Acesso em: 22/05/2020.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 abr. 2020.
- _____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 23 abr. 2020.
- _____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 23 abr. 2020.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Plano nacional de promoção da cidadania e direitos humanos de LGBT*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.arco-iris.org.br/wp-content/uploads/2010/07/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020.
- BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*; tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2018.
- CASTRO, Annie. *Documentário mostra violências enfrentadas pela população LGBT nos presídios brasileiros*. Sul21, Porto Alegre, 21 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2019/07/documentario-aborda-violencias-enfrentadas-pela-populacao-lgbt-nos-presidios-brasileiros/>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CONGENID – *Congreso Internacional sobre Identidad de Género y Derechos Humanos*. 2010. Barcelona. Disponível em: <<http://www.congenid.org/>> Acesso em: 22 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. *Resolução Conjunta n. 1*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx> Acesso em: 30 abr. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Departamento Penitenciário Nacional*: Ministério da Justiça e Segurança Pública. SisDepen. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>> Acesso em: 30 abr. 2020.

DOSSIÊ dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019/ Bruna G. Benevides, Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs). – São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contrapessoas-trans-em-2019.pdf>> Acesso em: 22 maio 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2018. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> Acesso em: 25 abr. 20.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero*: conceitos e termos. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%80NERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>> Acesso em: 25 abr. 20.

KIEFER, Sandra. *Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação*. O Estado de Minas, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml> Acesso em: 30 abr. 20.

LGBTI: CNJ reconhece identificação de gênero no sistema prisional. CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/lgbti-cnj-reconhece-identificacao-de-genero-no-sistema-prisional>>. Acesso em: 05 out. 2020.

MEAD, Margaret. *Sexo e Temperamento em Três Sociedades Primitivas*. 4. ed. São Paulo, SP: Editora Perspectiva, 2000.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (Brasília). Marina Reidel (coord.). *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>> Acesso em: 22 maio 2020.

MODELLI, Laís. *Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans encarceradas em presídios masculinos*. G1, 06 de fevereiro de 2020. Ciência e Saúde. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/06/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-encarceradas-em-presidios-masculinos.ghtml>> Acesso em: 30 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PASSAGENS: ser LGBT na prisão. Direção de Gabriel Galli e Guilherme Gomes Ferreira. Somos – Comunicação, Saúde e Sexualidade, 2019. 1 vídeo (15 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=m0Qffx_fGyU&feature=emb_title> Acesso em: 22 maio 2020.

ROIG, Estrada, R. D. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo; Saraiva Educação, 2018. 9788553600526. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600526/>>. Acesso em: 23 abr. 20.

ROMÃO, Rosana. *Defensoria Pública investiga estupro sofrido por transexual em cela masculina de presídio*. Tribuna do Ceará, Ceará, 2 out. 2015. Segurança Pública. Disponível em: <https://tribunadoceara.com.br/noticias/segurancapublica/defensoria-publica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-de-presidio/>. Acesso em: 22 maio 2020.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. 1989. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf> Acesso em: 24 abr. 20.

Apresentação oral

**A CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA ÀS
MULHERES TRANS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

*THE CONCESSION OF URGENCY PROTECTIVE MEASURES TO
TRANSEXUAL WOMEN VICTIMS OF GENDER VIOLENCE*

Maria Tereza Orestes Taliberti

Bacharel em Direito pela FDF. Advogada.

Pós-graduanda em Prática Penal Avançada pelo Damásio.

E-mail: ttaliberti@hotmail.com

André Luis Jardini Barbosa

Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UNESP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Professor Universitário e Professor Titular das Cadeiras de Investigação Policial e de Inquérito Policial da Academia de Polícia “Doutor Coriolano Nogueira Cobra”.

E-mail: draljbarbosa@yahoo.com.br

Resumo: A presente pesquisa teve por objetivo analisar o discurso das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do país no que toca à concessão de medidas protetivas de urgência às mulheres transexuais e transgêneras vítimas de violência de gênero. O estudo se justifica em razão das recentes e progressivas provocações ao Poder Judiciário de revisão de decisões proferidas em primeira instância, que, em parte expressiva, denegavam a medida protetiva de urgência nos casos de vítimas trans, baseando-se fundamentalmente em estereótipos que circundam o que é ser mulher e o que é tido como feminino em nossa sociedade. Pretendeu-se avaliar como tem se dado a efetivação do provimento jurisdicional em segundo grau em tais situações, os fundamentos utilizados na decisão recorrida e nos acórdãos, a correta ou inadequada utilização de conceitos concernentes à temática envolvida, além do uso dos pronomes e nome social através da Análise Crítica do Discurso e, com isso, verificar como o Direito vem operando o gênero enquanto dispositivo analítico e dessa maneira permitido ou inviabilizado o acesso à justiça, em

especial no tocante à concessão da cautelar da medida protetiva de urgência, prevista pela Lei n. 11.340/06. Dos acórdãos coletados na busca pelos Tribunais de Justiça de todo o país, foi possível constatar um emprego inadequado de conceitos como identidade de gênero, papel de gênero e orientação sexual, o que, além de indicar o desconhecimento (ou desinteresse) dos operadores do Direito e um provimento jurisdicional insatisfatório, pode em parte explicar a subnotificação dos casos, já que o Sistema de Justiça acaba por refletir a prática social de um controle dos corpos merecedores ou não da tutela estatal, funcionando a chancela do Judiciário unicamente para legitimar ou deslegitimar vítimas que buscam, acima de tudo, reconhecimento e aceitação social como mulheres que são.

Palavras-chave: Violência de gênero. Mulheres transexuais. Mulheres transgêneras. Medida protetiva. Lei Maria da Penha.

Abstract: The objective of this research was to analyze the discourse of the decisions made by the Courts of Justice of the country regarding the granting of emergency protective measures to transexual and transgender women victims of gender violence. The study is justified due to the recents and progressives provocations to the Judiciary to review decisions made in the first instance, which, in na expressive part, denied the protective measure of urgency in the cases of transgender victims, justified fundamentally on stereotypes that surround what it is to be a woman and what is considered feminine in our society. The intention was to evaluate how the judicial provision in second degree has been made in such situations, the grounds used in the appealed decision and in the judgments, the correct or inadequate use of concepts related to the theme involved, besides the use of pronouns and social name through the Critical Analysis of the Speech and, with this, to verify how Law has been operating the gender as an analytical device and, in this way, allowed or made impossible the access to justice, especially regarding the concession of the protective measure of urgency, foreseen by Law n. 11.340/06. From the judgments collected in the search by the Courts of Justice throughout the country, it was possible to verify an inadequate use of concepts such as gender identity, gender role and sexual orientation, which, besides indicating the lack of knowledge (or disinterest) of the Law operators and an unsatisfactory judicial provision, can partly explain the underreporting of cases, since the Justice System ends up reflecting the social practice of a control of bodies deserving or not of state tutelage, with the Judiciary's seal working only to legitimize or

delegitimize victims who seek, above all, recognition and social acceptance as women who they are.

Keywords: Gender violence. Transsexual women. Transgender women. Protective measure. Maria da Penha Law.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, em breve síntese, foi promulgada em razão de as mulheres terem sido historicamente relegadas a um plano de hipossuficiência política, social, cultural e jurídica. Foi resultado de uma pressão de grupos articulados, com incisiva participação do Movimento Feminista, atuante no Brasil desde o início do século XX.

Essa condição de hipossuficiência, que permeou por séculos, demonstrou ser necessária a implementação de uma verdadeira política constitucional e multifacetada de enfrentamento à violência de gênero, principalmente pautada pela prevenção e assistência às vítimas. Nesse sentido, as medidas protetivas de urgência, previstas pelo artigo 22 do Diploma Legal, consolidaram a finalidade assistencial proposta pela lei, além de pretender diminuir o risco da reiteração delitiva e de prevenir a progressão criminosa.

Apesar de não mais se questionar a necessidade da tutela estatal às mulheres incorporada ao ordenamento jurídico através da Lei Maria da Penha, principalmente se analisada sob a perspectiva de política de efetivação e promoção do direito constitucional à igualdade, é impensável desconsiderar que diversos outros marcadores sociais incidem sobre essas mulheres: raça, classe, crença, etnia, orientação sexual, idade, deficiências são algumas das condições dentre tantas outras que recaem sobre corpos femininos, produzindo vulnerabilidades específicas a cada uma delas, que as diferenciam umas das outras.

O gênero, enquanto marcador social, também constitui os sujeitos, suas identidades e a forma como se representam e são representados socialmente. E é por essa razão que a identidade de gênero de mulheres transexuais e transgêneras desperta a atenção quando analisada no contexto da violência de gênero.

Ao realizar esse recorte e analisar a concessão de medidas protetivas de urgência, que sintetizam em si a finalidade essencial da Lei n. 11.340/06, vê-se que nos casos de vítimas cisgêneras seu deferimento é ampliado e difundido pelos Tribunais de Justiça, ao passo que nas ocorrências em que as ofendidas são transexuais ou transgêneras, o indeferimento passa a ser a regra.

Logo, mostra-se relevante a análise dos porquês: quais foram os argumentos acolhidos e refutados no acórdão e na decisão recorrida, que trataram sobre a concessão da medida protetiva? Houve utilização do nome social ao se referir à vítima? Qual foi a linguagem utilizada pelos julgadores? Há domínio sobre a temática apreciada e emprego correto de conceitos como identidade de gênero, orientação sexual? Quais são os critérios, a par daqueles objetivos elencados em lei, considerados essenciais para o deferimento da medida? O que os Julgadores entendem ser gênero?

Isso porque, tendo sido o gênero incorporado pela Lei Maria da Penha como dispositivo analítico do Direito, discutir como o Sistema de Justiça tem operado essas questões pode, além propiciar uma análise de como tem se dado o provimento jurisdicional, evidenciar qual o discurso emanado das instituições jurídicas quando provocadas a se posicionar nesses casos, o que é determinante para que se examine se de fato a Lei Maria da Penha cumpre sua finalidade essencial, que é o atendimento especializado às vítimas da violência de gênero.

1. DE SEU ANTEPROJETO À PROMULGAÇÃO: QUAIS OS FINS SOCIAIS A QUE A LEI MARIA DA PENHA SE DESTINA?

A Lei Maria da Penha, desde seu anteprojeto, tinha por objetivo a construção de uma política constitucional e multifacetada de enfrentamento à violência contra as mulheres, principalmente pautada pela prevenção e assistência às vítimas de violência de gênero, que foram historicamente relegadas a um plano de hipossuficiência.

O Ministro Marco Aurélio, em julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19, sobre a relevância e constitucionalidade do Dispositivo Legal

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro

no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. (BRASIL; STF, ADC n. 19, 2012, p.15)

Rosa Weber votou pela constitucionalidade do dispositivo, sustentando que

Nessa ordem de ideias, impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio. Com efeito, a Constituição expressamente confere à mulher, em alguns dispositivos, tratamento diferenciado, protetivo, na perspectiva de, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida. (BRASIL; STF, ADC n. 19, 2012, p.15)

A Lei pretendia assegurar que, a partir de seu advento, mulheres fossem atendidas de forma integral e especializada pelo sistema de justiça, como forma de efetivar a existência de igualdade material entre os gêneros (ROCHA, 1990, p.39), a despeito da igualdade formal entre homens e mulheres já haver sido estabelecida ao tempo da Constituição de 1988, porque o dispositivo constitucional, a despeito de ser expresso, remanesce como mera disposição retórica em razão da ausência de implementação da efetiva proteção às mulheres.

Da simples leitura dos artigos que compõem o dispositivo legal fica claro que a abrangência da proteção estatal deveria alcançar a todas as mulheres, independentemente “de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião”. No mais, especificou que toda mulher “goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”, conforme se infere do artigo 2º da Lei em comento (BRASIL, 2006).

No mais, a própria Lei disciplina em seu artigo 4º (BRASIL, 2006) que para sua interpretação “serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Nos artigos subsequentes há previsão do objetivo da lei, qual seja o de coibir e prestar assistência às vítimas de “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006), perpetrada não só por parte de alguém com a qual se relacione intimamente (independente de orientação sexual), mas também aos familiares, aos agregados que frequentem sua residência, aos aparentados ou que se consideram como tal, mesmo que unidos por afinidade ou vontade expressa da vítima.

É evidente que discriminações e desigualdades entre os sexos e/ou gêneros não são ocasionados por um critério estritamente biológico, mas se mostram decorrentes, em grande parte, dos estereótipos que circundam as definições do que era ser mulher e o que é tido como feminino que “se não estão tão explicitados na lei formal, são parte dos componentes estruturais e político-culturais do Direito e, por isso, afetam o acesso à justiça para as mulheres de múltiplas maneiras.” (SEVERI, 2016, p. 21).

1.1 Das medidas protetivas de urgência

A previsão legal da viabilidade de concessão das medidas protetivas obedece a uma das funções essenciais da Lei Maria da Penha: prevenção de novos casos e assistência às vítimas de violência de gênero.

O procedimento para seu deferimento está disciplinado no Capítulo II do Título IV da Lei n. 11.340/06. O artigo 19 da Lei determina que as medidas poderão ser concedidas pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

Podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente as condições elencadas nos incisos do artigo 22 do Diploma Legal (BRASIL, 2006), *in verbis*:

- I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio

de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Válido o destaque, ademais, que a medida protetiva de urgência tem caráter cautelar. Isso porque ela objetiva unicamente resguardar a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência de gênero, encerrando, por si mesmas e por sua natureza, a finalidade desejada. Significa dizer que pode e deve ser concedida ainda que inexistia processo judicial criminal, desde que configurada a situação de risco e vulnerabilidade da ofendida.

Por fim, ainda que seja extremamente válido questionar na prática qual a real efetividade da medida cautelar, especialmente no que diz respeito à violência de gênero contra mulheres transexuais e transgêneras, essa proteção estatal, mesmo que considerada mínima, se justifica frente aos altos índices de agressões perpetradas contra elas, conforme se verá mais adiante.

2. O PROCESSO DE AUTODESCOBRIMENTO ENQUANTO MULHER TRANS

Faz-se necessário esclarecer que existem diversas e distintas compreensões e definições teóricas acerca do que é o gênero e da própria construção da identidade de gênero que circundam a temática da transexualidade e da transgeneridade, aqui postas em pauta.

Nesse sentido, Julia Vidal (2020, p.34) assevera que

É importante pontuar que há uma diversidade de usos conceituais possíveis da palavra “gênero”, sendo necessário considerar que sua utilização nos vários contextos é sempre complementar e nunca excludente. Gênero é, destarte, um termo polissêmico, que pode fornecer elementos para pensar sobre a experiência subjetiva de cada um de nós, apontar para a importância de se (re)pensar sobre a construção social do sexo, bem como para referir-se à trajetória pessoal, política e histórica de mulheres.

Muito embora não se pretenda esgotar o tema, é interessante destacar que o gênero e a identidade de gênero de cada sujeito já foram entendidos sob uma perspectiva relacional, como uma construção social relacionada estritamente a determinado sexo biológico. É o que ensina Joan Scott, por exemplo (1989). Assim, segundo a autora, as desigualdades se sustentam não em razão da diferença biológica entre homens e mulheres, mas em tudo aquilo que é historicamente, socialmente, culturalmente construído e individualmente assumido – em determinado período de tempo e grupo social – através de papéis, gostos, costumes, comportamentos e representações, ou seja, é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos.

Por outro lado, há pensadoras como Judith Butler, que analisam gênero e identidade de gênero como um processo de autopercepção extremamente íntimo, subjetivo e individual, desconectado de toda e qualquer relação automática com o critério biológico, podendo inclusive ser manifestada de forma fluida, não-fixa, notadamente consideradas as relações humanas quando analisadas de forma problematizada conjuntamente às relações com a história e cultura, em determinado período histórico e grupo social. Nesse caso, a análise se atém à performatividade assumida individualmente pelos sujeitos a partir da repetição de seus atos que são culturalmente construídos.

Evidente que, em uma sociedade heteronormativa, é comum que se analise performatividade a partir da perspectiva de oposição binária entre os conceitos de masculinidade ou feminilidade, tidos como pontos contrapostos. Entretanto dada a complexidade humana, o mais adequado seria entender que individualmente cada sujeito assume e expressa sua própria identidade, fugindo portanto do binarismo masculino e feminino.

De tal forma, a dificuldade e a sensibilidade que deve ser tida ao limitar a análise da transgeneridade e transexualidade à relação do sujeito com o sexo biológico é a de reforçar a existência de um binarismo quando na verdade existem diversas expressões de masculinidade e diversas outras formas de expressão de feminilidade, que são condições de autopercepção do próprio indivíduo, dotadas essencialmente dessa subjetividades.

Nas palavras de Vidal, o esforço ao abordar essa temática é o de constituir uma voz e assumir um papel que não seja explicativo ou representativo, pois, caso contrário, corre-se o risco de reduzir a alteridade de forma radical. (VIDAL, 2020, p.26)

E mais sensível ainda: condicionar a efetivação de direitos – aqui, mais especificamente a concessão de medida protetiva – a esse critério é algo que está fadado ao insucesso.

Feitas essas considerações iniciais, é oportuna a explanação no sentido de que esse processo de autopercepção enquanto pessoa trans¹ pode se dar em qualquer fase da vida. Na infância, ainda na esfera familiar ou na escola, na adolescência ou na vida adulta. O processo de perceber-se como um corpo dissidente repercute em diversas esferas na vida de uma pessoa trans.

Em São Paulo, por exemplo, dados colhidos pela Secretaria de Direitos Humanos demonstram que através do Disque 100 foram registradas 1.792 agressões contra LGBTs em 2014. Os mesmos dados indicam que um em cada seis desses crimes foi cometido por parentes das vítimas — “79 pelos pais; 74 por irmãos; 70 por companheiros, tios ou cunhados; e 57 por outros familiares.” (CORREIO BRAZILIENSE, 2019).

No mais, os números obtidos em pesquisa conduzida pelo defensor público João Paulo Carvalho Dias, presidente da Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), estimam que o país concentre 82% de evasão escolar de travestis e transexuais.

Segundo dados da Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil (RedeTrans), 82% das mulheres trans abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos em função da discriminação na escola e da falta de apoio familiar. Sem opção, 90% acabam na prostituição (EBC, 2019).

Não bastasse, de acordo com a Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fortaleza, 2017), na Região Nordeste, 26% das mulheres trans trabalham diretamente com serviços de embelezamento e cuidados pessoais (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p.19)

Isso indica a dificuldade de inserção dessas mulheres no mercado de trabalho formal. Essa exclusão em relação ao mercado de trabalho, leva mulheres trans a enxergarem a prostituição e a indústria pornográfica como saídas – muitas vezes as únicas – para subsistência.

¹ A denominação trans, neste trabalho, engloba pessoas transexuais e transgêneras.

Disso se extrai que, mulheres trans incorporam e vivenciam não somente a violência historicamente imposta às mulheres cis,² mas também outras próprias de sua condição, além do preconceito de parte da sociedade ao exercer esse seu direito de personalidade. (TANNURI; HUDLER, 2015, p. 96)

2.1 O direito brasileiro e os direitos de pessoas trans

Não se pode desconsiderar que há uma perceptível, muito embora extremamente lenta e gradual, conquista – melhor dizer efetivação –, de direitos às pessoas trans, decorrentes de provocações recentes ao Judiciário.

A garantia da facilitação de alteração do prenome e gênero em documentos de identificação pessoal na ADI 4275, julgada em março de 2018 é um exemplo que merece menção.

Naquela oportunidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram nome integral a personalidade da pessoa humana e que, nos casos de pessoas trans, compete ao Estado o reconhecimento da alteração, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

² A denominação cis, neste trabalho, engloba pessoas cissexuais e cisgêneras.

A adequação do presídio para o cumprimento de pena é outra amostra da atuação do Judiciário em questões atinentes à pauta da identidade de gênero. Em março de 2019, o Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, em uma decisão monocrática em Habeas Corpus, reconheceu como constrangimento ilegal o fato de uma pessoa trans ser mantida presa em presídio não compatível com sua identidade de gênero.

[...] não vejo como negar à paciente o direito de colocação em espaço de vivência específico, preferencialmente separado das demais pessoas privadas de liberdade, de modo compatível, portanto, com sua identificação de gênero e em conformidade com a dignidade da pessoa em cumprimento de sanção criminal, de sorte a lhe permitir quitar sua dívida social em condições que lhe preservem a integridade física e moral (art. 5º, incs. XLVIII e XLIX, da Constituição da República) [...] Assim, em que pesem essas relatadas carências, especialmente a falta de espaço adequado (ou adaptado para essa finalidade), no presídio local, para permitir o cumprimento da pena não somente pela paciente, mas também por todas as pessoas (de ambos os sexos e de qualquer orientação sexual) ali recolhidas, não se há de optar pela alternativa de manter a situação atual relatada nos autos, i.e., de pernoite da paciente em alojamento masculino, colocando-a sob iminente risco de sofrer violência psíquica, moral, física e, quiçá, sexual, como acentuado pela impetrante, riscos esses que, como é público e notório, efetivamente se fazem presentes, dada a característica ainda patriarcal e preconceituosa de boa parte de nossa sociedade, agravada pela promiscuidade que caracteriza ambientes carcerários masculinos.

Podem também ser mencionadas outras decisões judiciais, como por exemplo a viabilidade de realização de cirurgias de transgenitalização via SUS a regulamentação do uso de nome social em estabelecimentos públicos e privados.

Mas apesar dos quase quinze anos de vigência da Lei 11.340/06, só recentemente é que a questão da viabilidade de concessão de medidas protetivas às mulheres transexuais e transgêneras começou a ser analisada pelos Tribunais de Justiça do país.

3. A VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANS EM NÚMEROS

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará³ define a violência de gênero como “ofensa à

³ Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”, foi o primeiro tratado internacional legalmente vinculante que criminalizou todas as formas de violência contra a mulher, em especial a violência sexual, em 1994.

dignidade humana e manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens” (CIDH, 1994).

Alice Bianchini, ao escrever artigo sobre o tema, destaca algumas importantes características da violência de gênero

- 1) Ela decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher;
- 2) Esta relação de poder advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder;
- 3) A violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais;
- 4) A relação afetivo-conjugal, a proximidade entre vítima e agressor (relação doméstica, familiar ou íntima de afeto) e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, geração, etnia). (BIANCHINI, 2015)

Desse modo, ao considerarmos gênero como condição individual de autopercepção e, pelo fato de as mulheres trans se identificarem e performarem de forma reiterada através de atos socialmente tidos como “femininos”, nessa ótica, se pode atestar que sofre os mesmos estigmas e violências que uma mulher cis, além de outros próprios relativos à sua condição enquanto pessoa trans.

Dados colhidos pela ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), compilados em um dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais, demonstram com clareza a maior vulnerabilidade dessas mulheres.

Da análise dos casos, concluiu-se que, segundo a associação, “97,5% (aumento de 3% em relação a 2017) dos assassinatos foram praticados contra pessoas trans do gênero feminino (158 casos).” (ANTRA, 2018)

A pesquisa também comparou dados entre a violência perpetrada contra mulheres cis e trans. Dessa comparação, viu-se que “a taxa média de assassinatos de Travestis e Mulheres Transexuais em 2018 é de 5,11 a cada 100 mil pessoas trans, enquanto a

taxa entre mulheres cis é de 4,8 assassinatos para cada 100 mil Mulheres Cisgêneras”. (ANTRA, 2018)

Em relação à idade das vítimas, concluiu-se que, quanto mais jovem for a pessoa trans, mais chances ela tem de sofrer algum tipo de violência. Isso se explica muito em razão do alto índice de mulheres trans que trabalham na prostituição e que, portanto, se expõem infelizmente a diversas formas de violência, sejam elas psicológica, simbólica, física ou mesmo ao assassinato. (ANTRA, 2018)

Nesse ponto, evidencia-se que, conforme já exposto no segundo capítulo, os altos índices de mulheres trans que tem o trabalho sexual como fonte de renda guarda íntima relação com a evasão escolar, dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal e grande deficiência na qualificação profissional, somados ainda com o frequente desamparo familiar.

E mais, diante dos dados, verificou-se que a idade média das vítimas de assassinatos em 2018 é de 26,4 anos. (ANTRA, 2018)

Apesar de não haver estudos sistemáticos sobre a expectativa de vida das travestis e transexuais femininas, estima-se que a expectativa de vida das travestis e das mulheres trans é de 35 anos, ao passo que a média nacional, segundo dados do IBGE, é de 75,5 anos. (BORTONI, 2017)

No mesmo sentido, o Relatório de Violência Homofóbica no Brasil, no ano de 2012 (que também engloba a violência perpetrada contra pessoas trans), elaborado pela Secretaria dos Direitos Humanos, dentre todas as violências, determina que “as lesões corporais são as mais reportadas, com 59,35% do total de violências físicas, seguidas por maus tratos, com 33,54%”. (BRASIL, 2012)

A contrário do que se possa pensar acerca dos agressores, restou verificado que 42% dos assassinatos de mulheres trans foram cometidos por clientes fixos de trabalhadoras do sexo, por conhecidos ou ainda ex-companheiros da vítima (ANTRA, 2018). Assim é que se vê que, apesar de os crimes meramente de ódio (cometidos por desconhecidos e na maioria das vezes na via pública) serem maioria, há, nos demais casos, a possibilidade de se antever a prática delitiva e é justamente nesses casos, que se demonstra a necessidade e viabilidade da aplicação de medidas protetivas à mulher trans como forma de prevenir a ocorrência, tanto da reiteração criminosa, quanto da progressão para crimes mais graves.

Dentre os Estados Brasileiros, segundo o Dossiê dos Assassinatos e Violência contra Pessoas Trans (2018), Rio de Janeiro lidera o ranking de mortes de mulheres trans; ficando em segundo lugar a Bahia, e em terceiro São Paulo (ANTRA, 2018).

O estudo ainda concluiu que “53% foram cometidos por armas de fogo, 21% por armas brancas e 19% por espancamento, asfixia e/ou estrangulamento” (ANTRA, 2018)

Ainda segundo os dados da ANTRA em 2018, em 28 dos casos notificados, “houve a utilização de mais de uma ferramenta/meio para cometer o assassinato. A associação mais frequente é entre agressões físicas, torturas, linchamentos, espancamentos e facadas.” Foi possível visualizar ainda que 83% dos casos apresentaram requintes de crueldade como uso excessivo de violência, esquartejamentos, afogamentos e outras formas brutais de agressividade. Onze casos foram considerados de execução direta, e surpreenderam pelo número elevado de tiros (com variações entre 6 e 26 disparos), diversos apedrejamentos e decapitações.

E a ainda vigente pandemia do COVID-19 tem reiterado a importância da discussão sobre o assunto, já que os números parciais colhidos entre 1 de janeiro e 31 de agosto de 2020, demonstraram um aumento de 70% no número de assassinatos em relação a 2019, sendo que todas as 129 mortes foram de travestis e/ou mulheres transexuais (ANTRA, 2020, p.2).

Assim, a análise de que mesmo diante dos altíssimos índices de violência aqui destacados, mulheres trans vítimas de violência de gênero não conseguem obter do Judiciário o respaldo e o provimento jurisdicional adequados por serem vistas como “ilegítimas” para merecerem a tutela da Lei Maria da Penha, vê-se que são submetidas a mais uma espécie de violência: a institucional, que decorre do discurso emanado do Poder Judiciário através das decisões judiciais.

4. ACÓRDÃOS ACERCA DA CONCESSÃO DA MEDIDA PROTETIVA ÀS MULHERES TRANS

Assim, pretendendo analisar o mérito das decisões e o discurso emanado do Judiciário nos casos de vítimas transexuais ou transgêneras que pleitearam a medida protetiva, foi realizada pesquisa nos portais dos Tribunais de Justiça, buscando pelas

expressões “transexual” ou “transgênera” ou “violência de gênero” ou “medida protetiva” ou “Lei n. 11.340/06”, para compreender na busca todas as decisões que contivessem esses termos combinados entre si.

A escolha pela restrição da pesquisa aos casos apreciados em segunda instância se deu pela facilidade trazida pelo sistema digital de pesquisas de acórdãos e porque as decisões colegiadas gozam de maior autoridade, uma vez que reapreciam o mérito de decisões proferidas em instâncias hierarquicamente inferiores.

Victor Serra, ao pesquisar sobre o tema, mais precisamente sobre a criminalização de travestis e o discurso dos acórdãos dos Tribunais de Justiça já destacou sobre a importância do Discurso emanado das instituições jurídicas em casos tais.

Dessa forma, pensar quais conflitos envolvendo travestis chegam ao Tribunal de Justiça de São Paulo e como elas são representadas nos discursos jurídicos exige que se pense também sobre o funcionamento de todo o sistema de justiça criminal, sobre as condições concretas em que tais discursos são construídos e sobre os seus efeitos sociais. (...) Nos discursos jurídicos e nas argumentações que fundamentam as decisões criminais, é possível visualizar fragmentos desses processos, os tipos de racionalidade utilizados e os rastros ideológicos de quem ocupa o lugar de decidir, de quem tem o poder de dizer o direito.

Apesar da dificuldade para explorar as jurisprudências acerca do tema (o baixíssimo número de acórdãos encontrados pode estar eminentemente atrelado à subnotificação desses casos ao Judiciário), a Análise Crítica de Discurso permitiu que fossem analisadas as formas que estereótipos são produzidos ou reproduzidos pelo Sistema de Justiça, notadamente fortalecendo e contribuindo os processos sociais de controle e dominação (FIGUEIREDO, 1997, p. 49).

No acórdão n. 0004269-86.2017.8.14.0401, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará justificou a concessão da protetiva sob o argumento de que a Lei Maria da Penha prevê essa possibilidade “independente de orientação sexual, (lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros)” e que muito embora a norma protetora se referisse expressamente ao gênero feminino, sua proteção deveria “ser estendida aos casais homossexuais formados por dois homens”. A decisão a tratou com pronomes masculinos, apesar da vítima adotar nome social feminino, o que inclusive foi mencionado na decisão como um dos argumentos para o deferimento da medida, juntamente com sua aparência.

Em outro acórdão, n. 1520593-59.2019.8.26.0050 o Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou prejudicado o recurso contra a decisão denegatória de medidas protetivas à mulher trans, que na origem foi fundamentada por ilegitimidade ativa e incompetência da Vara Especializada em Violência Doméstica. Durante o processamento recursal, houve reiteração criminosa, a instauração de novo processo e nestes autos foi concedida a cautelar. Ou seja: a vítima ficou exposta a novo episódio de violência, que de fato chegou a acontecer, enquanto pendia a apreciação sobre sua legitimidade para gozar da proteção da Lei Maria da Penha.

Já o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao processar e julgar o Recurso em Sentido Estrito de n. 0006926-72.2017.8.07.0020, movido pelo Ministério Público, irresignado contra o deferimento das medidas protetivas à vítima trans, não acolheu o argumento de que a alteração do sexo no registro civil seria critério para definir a identidade de gênero e garantir a segurança jurídica, afastando a proteção legal “enquanto figurar “masculino” na cédula de identidade da vítima”, ainda que a ofendida já tivesse dado início ao processo de retificação registral e estivesse com cirurgia de redesignação agendada. A decisão contrariou o Enunciado 46 do FONAVID,⁴ que orienta a prescindibilidade da alteração registral do nome e cirurgia de redesignação sexual. Durante a decisão, houve menção ao nome de registro, mas posteriormente, houve utilização de pronomes femininos e do nome social.

Em outro caso, no mesmo Tribunal, o Ministério Público recorreu do indeferimento das protetivas em primeira instância, fundamentada pela necessidade de alteração do registro civil, apesar de a ofendida já ter procedido à cirurgia de transgenitalização. No acórdão de n. 0001312-58.2018.8.07.0020, a decisão pelo deferimento da cautelar se fundamentou pelo “comportamento da recorrida como mulher” e pelo modo como assume esse “papel na sociedade”, destacando que o registro civil seria a consolidação plena do “gênero que escolheu”. Notou-se aqui o discurso de gênero como mero desempenho de papéis e como opção da vítima, não como algo íntimo, subjetivo, que a constitui.

⁴ Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que adotou a sigla FONAVID foi criado em 2009, durante a III Jornada Maria da Penha, evento anual promovido pelo Conselho Nacional de Justiça e elabora enunciados para a elaboração das decisões judiciais, pretendendo erradicar a violência de gênero e melhorar o provimento jurisdicional.

O Tribunal de Justiça de Goiás, por sua vez, no acórdão n. 0388627-06.2014.8.09.012, denegou as medidas protetivas à mulher trans sob o argumento de desnecessidade, já que entre o fato e o julgamento do recurso não havia sido deflagrada qualquer ação penal e dada a inexistência de reiteração criminosa contra a vítima, como se fossem condições para a concessão da medida. Isso contraria inclusive o que decidiu o STJ no REsp n 1.419.421/GO, no sentido de as medidas protetivas terem caráter satisfativo, não sendo necessária a propositura de nenhuma ação principal ou o desenrolar de ação penal, o que converge com a redação da Convenção de Belém do Pará de que a prevenção da violência por instrumentos de qualquer natureza, inclusive civil ou administrativa.

O Tribunal de Justiça da Bahia já proferiu acórdão de n. 0306824-16.2015.8.05.0080 em apelação contra sentença proferida em primeira instância que julgou extinto o processo, sem resolução do pleito meritório quanto à concessão de medidas protetivas por considerar inaplicáveis ao caso concreto as normas contidas na Lei Federal n. 11.340/2006. O Tribunal deferiu a medida por entender que há uma extensão do conceito de mulher “a outros gêneros que se identificam com o sexo feminino, no caso, o transexual”.

5. ANÁLISE DO DISCURSO DOS ACÓRDÃOS: COMO O GÊNERO TEM SIDO OPERADO PELO DIREITO?

Verificou que, na maioria dos acórdãos encontrados, ainda que concedessem a medida protetiva, as decisões se limitaram a discutir e questionar a identidade de gênero das mulheres trans e sua legitimidade enquanto vítimas, quando o enfoque deveria ser a submissão à hipótese de violência de gênero e a necessidade de proteção no caso concreto.

Questões como as vestimentas e aparências das vítimas foram comumente citadas como elementos condicionantes para o deferimento da cautelar, o que pode indicar que mulheres que não se atenham à determinados estereótipos que circundam o que é tido como feminino possam estar postas à margem da concessão da cautelar e terem sua identidade questionada pelo Sistema de Justiça.

Cumprir destacar que nos acórdãos elencados houve também uma burocratização do acesso à medida protetiva de urgência. Em alguns casos o indeferimento foi justificado

pela incompatibilidade de dados entre documentos de identificação civil e a identidade de gênero assumida pela vítima.

Ainda que algumas ofendidas já tivessem requerido ou mesmo conseguido a retificação registral do nome constante dos documentos, foi frequentemente mencionada a cirurgia de redesignação como requisito para obter a proteção da Lei Maria da Penha. Do mesmo modo, alguns indeferimentos foram justificados às vítimas que apesar de terem procedido à cirurgia, não haviam regularizado seus documentos.

Note-se aqui que é comum a associação da identidade de gênero ao critério biológico, e à dissociação e não pertencimento ao corpo, quando na verdade a identidade de gênero é algo individualmente e subjetivamente assumido.

E mais, mostrou-se reiterado o uso dos nomes registrais nas decisões, ainda que as vítimas apresentassem nome social feminino, bem como de pronome de tratamento masculinos. Essa escolha de linguagem dos acórdãos reflete que prevalecem o ideário e os conceitos tido como “corretos” dos componentes político-culturais do Sistema de Justiça e de seus membros em detrimento da autopercepção da própria pessoa vítima de violência.

No mais, foi possível constatar uma utilização inadequada de conceitos como identidade de gênero, papel de gênero e orientação sexual, o que, além de indicar o desconhecimento (ou mesmo desinteresse) dos operadores do Direito e indicar um provimento jurisdicional insatisfatório, pode explicar em parte uma provável subnotificação dos casos.

A propósito, Figueiredo (1997), já destacou que os discursos jurídicos

refletem e ajudam a consolidar a estrutura social vigente, marcada por discriminações de gênero e relações de poder. Através da investigação das ideologias que permeiam estes textos legais, assim como das relações sociais que os mesmos criam para seus produtores (juízes, advogados, etc.) e seus consumidores (réus, vítimas, etc.), a análise do discurso jurídico aqui proposta pretende encorajar uma leitura crítica, e consequentemente uma forma de resistência, à visão sexista do mundo transmitida por muitas sentenças legais.

E especificamente, em relação à autoridade dos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça, Serra ainda acrescenta que

estas decisões de segunda instância exercem o duplo poder de legitimar (ou não) as práticas do sistema formal de controle e de consolidar entendimentos

em determinadas matérias. Por um lado, no julgamento dos recursos, o Tribunal exerce o controle de legalidade, decidindo sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal como um todo, estabelecendo legalidades e proibições, e consolidando uma narrativa sobre o conflito criminalizado e sobre as pessoas envolvidas. Por outro lado, acórdãos “são instrumentos importantes para fundar e consolidar paradigmas jurídicos”, pois devido à sua função processual e posição hierárquica, são utilizados na prática para indicar aos juízes (especialmente os de primeira instância) não apenas “a possibilidade de julgar da forma desejada, mas, também, indica a chance do tribunal, em sede de recurso, reformar a decisão caso não decida da forma requerida.

Assim, fica claro que escolha de termos das decisões judiciais, especialmente aquelas proferidas em sede recursal, acaba por refletir a estrutura e a prática social de um controle sobre os corpos que seriam merecedores ou não da tutela estatal, num duplo processo de vulnerabilização social em que a chancela do Judiciário funciona como legitimação ou deslegitimação de determinadas vítimas que buscam, acima de tudo, reconhecimento e aceitação social como mulheres que são.

6. CONCLUSÕES

A análise do discurso e do conteúdo das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do país no que tange à concessão de medidas protetivas de urgência às mulheres transexuais e transgêneras vítimas de violência de gênero, nos permite abordar sob uma perspectiva ainda pouco analisada como tem se dado a implementação e cumprimento dos fins sociais a que se destina a própria Lei Maria da Penha.

Isso porque se não é a diferença puramente biológica que explica e justifica a proteção estatal dada às mulheres, mas as diferenças sociais, históricas, culturais e políticas que ordenaram a construção de símbolos refletidos nos conceitos normativos, instituições jurídicas e nos discursos delas emanados – compreendido aqui, o Sistema de Justiça Criminal – e se a própria Lei objetiva e prevê que não deve haver distinções entre as mulheres para fins de aplicação de seus dispositivos, questionar a legitimidade ou ilegitimidade de mulheres trans significaria contrariar a própria razão de ser do Diploma Legal.

De rigor considerar-se, ainda, que as mulheres transexuais e transgêneras sofrem, além daquelas violências costumeiramente vivenciadas por mulheres cisgêneras e

cissexuais, sofrem processos de vulnerabilização próprios e peculiares, como baixo grau de escolarização e participação no mercado formal de trabalho, envolvimento com a prostituição como forma alternativa de sobrevivência e uma consequente maior exposição à violência.

Assim, a negativa de concessão da medida protetiva pelo Judiciário em segundo grau de jurisdição, principalmente quando justificada sob o argumento de ilegitimidade para figurar como vítima e ter a proteção estatal da Lei n. 11.340/06, acaba por legitimar os processos violentos aos quais mulheres trans são submetidas, já que questionam a própria identidade feminina das mulheres – ressalte-se aqui o fato de ser esse um processo de autopercepção, eivado de subjetivismos – e sua legitimidade enquanto vítimas, ao passo que o enfoque deveria ser sua submissão à hipótese de violência de gênero e a necessidade de proteção no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DO BRASIL (ANTRA). *Dossiê: assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018*. In: BENEVIDES Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (Org.). Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020. p. 20.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DO BRASIL (ANTRA). *BOLETIM N. 04/2020 – 01 de janeiro a 31 de agosto de 2020 ASSASSINATOS CONTRA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS BRASILEIRAS EM 2020*. In: BENEVIDES Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (Org.). Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/09/boletim-4-2020-assassinatos-antra-1.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020. p. 2.

BIANCHINI, Alice. *O que é “violência baseada no gênero”?* Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero>. Acesso em: 14 out. 2020.

BORTONI, Larissa. *Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial->

cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 497.226-RS*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. DJ: 13 de março de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93170280&num_registro=201900657731&data=20190315&tipo=0. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade n.º 19 Distrito Federal*. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 03 jun. 2020. p. 15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) 4275*. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 07 de março de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4275&processo=4275>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Apelação Criminal 0306824-16.2015.8.05.0080 BA*. Relator: Des. Aliomar Silva Britto. DJ: 12 de novembro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/de39290d-8fad-3c76-866f-9284ae8740fd>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal 1520593-59.2019.8.26.0050 SP*. Relator: Des. Gilberto Ferreira da Cruz. DJ: 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=3A8DAC3173D39368DE81F58D2612840F.cjsg3>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso em Sentido Estrito 0006926-72.2017.8.07.0020 DF*. Relator: Des. George Lopes. DJ: 20

de abril de 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569318431/20171610076127-df-0006926-7220178070020?ref=serp>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso em Sentido 0001312-58.2018.8.07.0020*, DF. Relator: Des. Silvanio Barbosa Dos Santos. DJ: 14 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569318431/20171610076127-df-0001312-582018070020?ref=serp>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Goiás. *Apelação Criminal 0388627-06.2014.8.09.012* GO. Relator: Des. Itaney Francisco Campos. DJ: 29 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=next>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Pará. *Conflito Negativo de Competência: 0004269-86.2017.8.14.0401* PA. Relator: Des. Ronaldo Marques Valle. DJ: 14 de novembro de 2006. Disponível em: http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=0004269-86.2017.8.14.0401&jp_search=1&client=consultas&proxystylesheet=consultas&site=jurisprudencia&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&aba=JP&entqr=3&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt. Acesso em: 04 out. 2020.

CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. *Pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_trabalho_ago_17.pdf. Acesso em: 02 jun. 2020. p. 19.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "convenção de Belém do Pará"*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. *Transexuais e travestis sofrem violência dentro de casa*. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/transexuais-e-travestis-sofrem-violencia-dentro-de-casa>. Acesso em: 02 jun. 2020.

EBC. *Visibilidade Trans: a luta pela vida e cidadania das pessoas trans*. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/estacao-plural/2018/01/visibilidade-trans-luta-pela-vida-e-cidadania-das-pessoas-trans>. Acesso em: 02 jun. 2020.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. Gênero e poder no discurso jurídico. *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-52, jan. 1997. ISSN 2178-4582. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23353/21030>. Acesso em: 03 out. 2020. p. 44.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação*. Uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 39.

SCOTT, Joan. *Gender: a useful category of historical analyses*. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*. Disponível em: <http://www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/RELATORIO%20VIOLENCIA%20HOMOFOBICA%20ANO%202012.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020. p. 35.

SERRA, Victor Siqueira. *“Pessoa afeita ao crime”: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista*. Franca, 2018, p.22.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 3 out. 2020 p. 21).

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. *Diversidade sexual e inclusão social: Uma tarefa a ser cumprida*. Franca, SP: Lemos e Cruz, 2014.

TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomeli. A aplicação da Lei Maria da Penha como forma de proteção às transexuais femininas: uma questão de gênero e

dignidade. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. v. 12 (nov./dez.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 96.

VIDAL, Júlia Silva. *Criminalização operativa: travestis e normas de gênero*. Belo Horizonte, 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2020, p. 26

Apresentação oral

**O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COMO
CONTROLE DE GÊNERO: ESTUDO DE CASO DOS PADS DE
TRANS E TRAVESTIS NA ALA GBT+ DA PENITENCIÁRIA
PROFESSOR JASON SOARES ALBERGARIA**

*THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCEDURE AS GENDER
CONTR: CASE STUDY OF TRANS AND TRANSVESTITE PADS IN THE
GTB+ WING OF THE PENITENTLARY PROFESSOR JASON SOARES
ALBERGARIA*

Regina Geni Amorim Juncal

Doutoranda em Direito Penal pela UFMG. Advogada criminalista.

Bacharel em Psicologia pela PUC-Minas.

E-mail: reginajuncal.advocacia@gmail.com

Emanuella Ribeiro Halfeld Maciel

Graduanda em Direito na UFMG.

E-mail: emanuellarhm@gmail.com

Ísis Alvim Machado Faria

Graduanda em Direito na UFMG.

E-mail: alvim.isis@gmail.com.

Resumo: O presente artigo teve como objetivo analisar a utilização do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) na única ala destinada à população LGBT em Minas Gerais, localizada na Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria (PPJSA), enquanto instrumento de controle de gênero. Para tanto, apresenta-se os resultados parciais da pesquisa desenvolvida pelo projeto Transpasse, mediante análise quantitativa e qualitativa de 76 PADs da Ala LGBT da PPJSA, aliada ao estudo do Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP) e da Lei de Execuções Penais. Com a análise dos PADs, foi possível perceber alguns problemas que parecem intrínsecos à aplicação do referido instrumento nas unidades prisionais, a exemplo

da prorrogação do PAD para além do máximo legal (30 dias, prorrogáveis por até mais 30, conforme art. 673 do RENP). Em seguida, a partir de um exame mais aprofundado dos processos de execução das pessoas trans e travestis reclusas na ala, acompanhado de revisão bibliográfica a respeito das teorias de gênero e controle social dos corpos, foi possível perceber que, para além das questões referentes aos PADs em geral, essas pessoas sofrem com arbitrariedades específicas à identidade de gênero em sede de apuração de faltas disciplinares: há na ala, por exemplo, pessoas que responderam a PADs por uso de “top” e por denunciar atitudes homofóbicas por parte dos agentes. Em decorrência disso, tendo em vista que responder a um PAD implica em consequências gravosas, deve-se verificar melhor o uso que pode ser feito desse instrumento como controle de gênero dentro de uma unidade prisional. As consequências de se responder a um PAD se mostram de especial gravidade principalmente em um contexto de pandemia, como é o caso do estado de Minas Gerais, que determinou óbice para a concessão de prisão domiciliar às pessoas presas em regime aberto e semiaberto que estejam respondendo a processo disciplinar por suposta falta grave. Portanto, a proposta do presente trabalho é compreender, na perspectiva da execução penal, os mecanismos de violência institucional, controle e criminalização dos corpos dissidentes das pessoas trans e travestis.

Palavras-chave: Procedimento Administrativo Disciplinar; travestis; sistema prisional; gênero; punição disciplinar.

Abstract: This article aimed to analyze the use of the Disciplinary Administrative Procedure (PAD) in the only prisional wing for the LGBT population in Minas Gerais, located at the Professor Jason Soares Albergaria Penitentiary (PPJSA), as a gender control instrument. For this purpose, the article presents partial results of the research developed by Transpasse, through a quantitative and qualitative analysis of 76 PADs from the LGBT Wing of the PPJSA, together with the study of the *Regulations and Procedures Rules of the System of the Minas Gerais Prison System* (RENP) and the Penal Executions Law. With the analysis of the PADs, it was possible to perceive some problems that seem intrinsic to the application of the referred instrument in the prison units, for example the extension of the PAD beyond the legal maximum (30 days, extendable for up to another 30, according to article 673 of RENP). Then, from a more in-depth examination of the execution processes of transgender and transvestite people imprisoned in the ward, accompanied by

a bibliographic review on gender theories and on social control of bodies, it was possible to realize that, in addition to the issues related to PADs in general, these people suffer from arbitrariness specific to their gender identity in order to apply disciplinary faults: there are, in the ward, for example, prisoners who responded to PADs for wearing “top” and for denouncing homophobic attitudes on the part of agents. As a result, bearing in mind that responding to a PAD implies serious consequences, one should better check the use that can be made of this instrument as a gender control within a prison unit. The consequences of responding to a PAD are especially serious in a pandemic context, as is the case in the state of Minas Gerais, which determined an obstacle to the granting of house arrest to prisoners in an open and semi-open regime who are responding to disciplinary proceedings for alleged serious misconduct. Therefore, the purpose of this paper is to understand, from the perspective of criminal execution, the mechanisms of institutional violence, control and criminalization of dissident bodies of trans and transvestite people.

Keywords: Disciplinary Administrative Procedure; transvestite; prison system; gender; disciplinary punishment.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos legais do procedimento administrativo disciplinar. 1.1 A fase preliminar. 1.2 Fase 2: a instrução do PAD. 1.3 Fase 3: Julgamento da falta disciplinar pelo Conselho Disciplinar. 1.4 Fase 4: Aplicação das faltas e sanções disciplinares. 1.5 A relevância dos PADs no contexto da Pandemia da COVID-19. 2. A aplicação do procedimento administrativo disciplinar na ala GBT de Minas Gerais: O PAD como instrumento de controle de gênero. 2.1 O caso do “top”. 2.2 A denúncia por homofobia enquanto desobediência. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Em 2020, o mundo mudou. Em janeiro deste ano, a humanidade se deparou com um desafio que afetou diversos setores políticos, econômicos e sociais: o surgimento da pandemia do novo coronavírus, que se alastrou rapidamente e de maneira trágica no mundo todo.¹ Esse estado de calamidade global forçou governos, instituições e sociedades

¹ Para saber mais, é possível acompanhar, em tempo real, os dados mundiais relacionados à pandemia do novo coronavírus no endereço eletrônico da Organização Mundial de Saúde, disponível em: <<https://>

inteiras a agirem de prontidão para conter o alastramento do vírus e proteger a saúde da população.

Não foi diferente com o Projeto Transpasse.² Em 17 de março de 2020, recebemos a notícia da publicação da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), que recomendava aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à proliferação do COVID-19 no sistema prisional, dentre elas a “concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto” (art. 5º, III). Enquanto estagiárias e orientadora do projeto, que trabalha, dentre outras frentes, com pessoas trans e travestis em situação de cárcere, nos deparamos com uma oportunidade de proteção à saúde dessas pessoas, que, caso cumprissem os requisitos da recomendação do CNJ, poderiam realizar isolamento social em seus respectivos domicílios e evitar a superlotação dos presídios.

Essa notícia veio acompanhada de outra menos animadora: a publicação da Portaria Conjunta n. 19 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)³ que, em âmbito estadual, impedia – além dos requisitos da recomendação nacional – a concessão da prisão domiciliar para aqueles que estivessem respondendo a Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) para apuração de falta grave. Nesse contexto nos despertamos para a gravidade de se responder a um PAD em sede de execução penal que, conforme demonstraremos neste artigo, se dá muitas vezes de maneira arbitrária⁴ e motivado por questões alheias ao descumprimento de normas disciplinares, que o PAD se propõe a apurar. Em função disso, voltamos nosso interesse para o estudo desse procedimento, especialmente no que tange aos contornos específicos que ele assume em relação a pessoas trans e travestis em privação de liberdade: a possível utilização do PAD como forma de controle de gênero no sistema prisional.

covid19.who.int/?gclid=Cj0KCQjAwMP9BRCzARIsAPWTJ_FALN15wZ44nEGgnBaT7zigVD-QpIy1LOTW69UUxxChTpD7i1SLC0c0aAueuEALw_wcB> Acesso em: 15 nov. 2020.

² Projeto de extensão da Universidade Federal de Minas Gerais que presta atendimento psicossocial e acompanhamento jurídico a pessoas trans e travestis em Belo Horizonte. O projeto surgiu em 2019 de parceria com a Divisão de Assistência Judiciária (DAJ), da Clínica de Direitos Humanos (CdH), e do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (NUH), todos da UFMG.

³ Sobre isso, ver: Portaria Conjunta n. 19/PR-TJMG/2020.

⁴ Reconhecemos, ainda que não tenha sido objeto deste artigo, a importância de se discutir se os PADs, ainda que fossem cumpridas estritamente as normas relacionadas ao procedimento, conforme dispostas na LEP e no ReNP, representariam um instrumento ‘justo’ de controle disciplinar.

O Transpasse, nesse cenário, tem realizado o acompanhamento das pessoas trans e travestis presas na única Ala LGBT do estado de Minas Gerais, localizada na Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria (MINAS GERAIS, 2013),⁵ sobretudo em relação a concessão de prisão domiciliar para as pessoas que cumpram os requisitos dispostos na Portaria do TJMG e na Recomendação CNJ. Para tanto, o projeto realizou parceria com a Defensoria Pública (DPMG) para realizar o levantamento da situação processual das 303⁶ pessoas presas na ala LGBT, cujos nomes e regime prisional nos foram disponibilizados pela diretoria da unidade prisional, verificando quais teriam o perfil para a concessão da prisão domiciliar dado o disposto nas duas normativas supramencionadas.

A partir desta atuação, como primeira etapa de nosso estudo, levantamos todos os PADs de 76 pessoas⁷ reclusas na ala LGBT da PPJSA, ocorridos desde janeiro de 2019 até julho de 2020. Em um segundo momento, identificamos, dentre as 76 pessoas reclusas na ala cujos processos foram analisados por nós, 11 pessoas trans e travestis. Foram consideradas, para tanto, as pessoas trans e travestis que possuíam nome social registrado no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), que informaram possuir nome social em sede de declaração em algum PAD ou cuja foto indicava identidade de gênero diversa do sexo biológico registrado no SEEU. Pelo estudo de seus respectivos processos de execução penal, percebemos que 4 de 11 pessoas trans e travestis na ala respondiam ou haviam respondido a PADs desde janeiro de 2019, PADs sobre os quais nos debruçamos mais profundamente, mediante a realização de análise de conteúdo qualitativa e quantitativa.⁸ Essa pesquisa se deu acompanhada de revisão bibliográfica, realizada através do grupo de estudos e pesquisas do Transpasse, que se reúne semanalmente na discussão de textos sobre teoria de gênero, controle social dos corpos e criminologia crítica. Além disso, para a

⁵ A Ala LGBT da PPJSA, única do Estado de Minas Gerais, foi criada por Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

⁶ Dos 303 nomes pesquisados no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), apenas 238 processos foram encontrados.

⁷ Este artigo apresenta resultados e conclusões preliminares de uma pesquisa ainda em andamento. Em função disso, não foi possível análise de todos os 238 processos encontrados e apenas dos 76 primeiros.

⁸ Análise de conteúdo qualitativa é realizada de acordo com o método de Cellard (2008, p. 299 e s.), dividida em duas etapas: a primeira, de exame e crítica dos dados obtidos, de modo a desvendar o contexto global no qual estão inseridos, levando em conta a preocupação com a confiabilidade das informações e com o contexto subjetivo do responsável pela produção dos dados. Em um segundo momento, os dados são submetidos à organização, classificação e análise, em si, à luz do problema inicial de pesquisa.

compreensão do tema e análise dos PADs, temos nos utilizado do estudo da lei processual penal, da lei de execução penal e do Regulamento de Normas e Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP).

No primeiro capítulo deste artigo, expusemos o que é o Procedimento Administrativo Disciplinar nos termos da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal – (BRASIL, 1984) e do Regulamento e Normas do Sistema Prisional (MINAS GERAIS, 2016). Nessa etapa, buscamos analisar como o PAD é aplicado nas unidades prisionais mineiras, os seus impactos na execução penal das pessoas em privação de liberdade e as consequências do óbice à concessão da prisão domiciliar para as pessoas que estivessem respondendo a um PAD, imposta pelo TJMG. Na seção seguinte, procuramos entender, a partir do conceito de gênero como norma, se – e como – opera o PAD como mecanismo de controle disciplinar-prisional de gênero. Na oportunidade, estudamos dois casos específicos que nos pareceram exemplificar como o PAD se dá enquanto instrumento de controle, criminalização e re-criminalização dos corpos dissidentes das pessoas trans e travestis (VIDAL, 2019, p. 150) em situação de encarceramento.

Importa ressaltar que este artigo apresenta resultados preliminares de uma pesquisa ainda em andamento. Não há pretensão por nossa parte de esgotamento do tema ou da discussão, nosso objetivo se deu no sentido de compreender um pouco mais sobre a articulação de mecanismos de violência institucional e gerência sobre as experiências de pessoas trans e travestis em privação de liberdade, visibilizar e denunciar a normalização dessas ocorrências, incentivar o debate acadêmico-científico sobre a temática e provocar reflexões sobre o controle de gênero no sistema prisional.

1. ASPECTOS LEGAIS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Para dar continuidade à atuação do Transpasse durante a pandemia do novo coronavírus nos foi necessário, enquanto equipe, aprofundar o conhecimento teórico sobre a execução penal e os mecanismos disciplinares que operam no cumprimento da pena. Três foram nossas principais fontes de estudo: a Lei de Execução Penal (Lep),⁹ o Regulamento

⁹ Lei Federal n. 7.210/84

e Normas de Procedimento do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP)¹⁰ e a cartilha elaborada pela Diretoria de Articulação e Atendimento Jurídico (DAJ) do Departamento Penitenciário de Minas Gerais (Depen/MG) com objetivo de orientar e padronizar os PADs do estado.

O art. 44 da Lep define “disciplina” como “colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho” (BRASIL, 1984).¹¹ A falta disciplinar representaria, em tese, o descumprimento desses deveres. A notificação do descumprimento gera a instauração de PAD, que serve à apuração dos fatos e aplicação da sanção cabível.¹² Nesse sentido, se o art. 10 da mesma lei define o objetivo da pena como forma de “prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, a lógica do sistema é de que todo o procedimento que leva à homologação de uma falta disciplinar serviria como ato de apuração e sancionamento corretivo de uma desobediência capaz de desviar o custodiado dos objetivos da pena.

A mesma orientação é dada pela cartilha “Procedimento Administrativo Disciplinar”, elaborada pelo Depen/MG:

O Procedimento Administrativo Disciplinar deve ser instaurado com a finalidade principal de alcançar a verdade real dos fatos, assegurado, em todas as etapas, o respeito às garantias individuais do indivíduo privado de liberdade,

¹⁰ Nos termos do art. 48 da Lei de Execução Penal (Lep), Lei Federal n. 7.210/84, o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa no âmbito do cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme as disposições regulamentares. No estado de Minas Gerais, o PAD foi normatizado pelo ReNP.

¹¹ Há uma espécie de comportamento “ideal” esperado do apenado dentro do sistema prisional e estabelecido normativamente como deveres do custodiado em sede de execução. No ReNP, o art. 622 estabelece deveres do custodiado, dos quais ele é avisado ao ingressar no sistema prisional. São eles: I – permanecer na Unidade Prisional até a sua liberação; II – manter comportamento disciplinado e cumprir fielmente a sentença que lhe foi imposta; III – respeitar as normas do regime prisional, estabelecidas por leis, decretos, resoluções e portarias; IV – observar atitude de obediência com o servidor e respeito e urbanidade com qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; V – manter conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; VI – executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas; VII – manter atitude de submissão à sanção disciplinar imposta; VIII – indenizar os danos causados à administração da Unidade Prisional; IX – observar a higiene pessoal e o asseio da cela ou alojamento; X – conservar os objetos de uso pessoal e/ou tornozeleira eletrônica; e XI – indenizar o Estado, quando possível, das despesas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho.

¹² Art. 59 da Lep: Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.

com um julgamento justo, devida elucidação da falta e proporcionalidade da sanção imposta frente à infração cometida. Em razão disso, deve o servidor envolvido no procedimento ter ciência de que a aplicação da sanção disciplinar pode ter consequências mais severas do que a própria sentença, sendo necessária razoabilidade e juízo de proporcionalidade na aplicação dos tipos expressos no RENP. (DEPEN, 2019 ou 2020, p. 7)

Foi necessário, portanto, compreender o sistema de funcionamento teórico e prático dos PADs, instrumento importante na mediação das relações entre os atores prisionais – custodiados, agentes, diretores, e técnicos. Neste capítulo, portanto, buscamos elucidar o funcionamento do mecanismo trazendo à tona as três referidas bases legais.

De acordo com o disposto no art. 673 do ReNP, o PAD segue o rito sumaríssimo e deve ser orientado pela oralidade, economia processual, celeridade e exercício da ampla defesa e do contraditório. É dividido em 4 fases até sua conclusão, que serão a seguir expostas: fase preliminar, instrução, julgamento pelo Conselho Disciplinar e dosimetria da sanção disciplinar.

1.1 A fase preliminar

Nos termos do art. 675 do RENP,¹³ havendo indícios de ocorrência disciplinar, deve ser lavrado Comunicado Interno com as seguintes informações: i) nome do funcionário que elaborou o comunicado; ii) data da ocorrência; iii) pessoas envolvidas; iv) histórico da ocorrência com detalhamento dos fatos. A cartilha “Procedimento Administrativo Disciplinar” da Depen/MG dispõe sobre a necessidade de descrição completa dos fatos, com detalhamento específico da ocorrência que não se limite à mera tipificação da conduta.

O comunicado é enviado para ciência do Diretor Geral da Penitenciária que, em até 24h, deve decidir pelo arquivamento ou instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar, nos casos em que houver indícios suficientes de autoria e materialidade. No despacho, é realizada capitulação preliminar da falta cometida e pode ser determinado

¹³ Art. 675. Havendo indícios da falta disciplinar será lavrado comunicado interno relatando os fatos para que seja instaurado procedimento disciplinar visando à sua apuração. I – O servidor que presenciar ou tiver ciência do cometimento de qualquer infração disciplinar deverá providenciar a formalização do comunicado com a descrição detalhada dos fatos, individualização dos envolvidos e rol de testemunhas; e II – Havendo concorrência de dois ou mais presos deverá ser lavrada apenas uma ocorrência interna, contendo a identificação de todos os possíveis envolvidos. Parágrafo único. A emissão de juízo de valor depreciativo ou quaisquer informações passionais torna inepto o comunicado.

isolamento preventivo do preso por até 10 dias, nos termos do caput do art. 60 da LEP,¹⁴ quando houver indícios fundamentados de cometimento ou iminência de falta disciplinar grave ou necessidade disciplinar de assegurar a integridade física e disciplina de demais custodiados. O PAD é remetido ao secretário do Conselho Disciplinar, para prosseguimento da apuração.

1.2 Fase 2: a instrução do PAD

O Conselho Disciplinar realiza diligências para devida instrução do PAD, quais sejam i) coleta de termo de declaração dos servidores responsáveis pelo Comunicado Interno; ii) coleta de termo de declaração do custodiado envolvido e das testemunhas que presenciaram os fatos; iii) diligências para elucidação da falta; iv) instrução do procedimento com “arquivos, registros, dados e informações existentes nos setores da Unidade Prisional” (DEPEN, 2019 ou 2020, p. 14). Nesse momento, administração pública e defesa podem arrolar três testemunhas cada. Caso o custodiado não possua defesa técnica para acompanhamento na oitiva, o Analista Técnico Jurídico da Unidade Prisional é responsável por sua defesa. Ressalte-se que, na prática, se observa a falta de defesa técnica para o custodiado na defesa em sede de PAD, prevalecendo a defesa pessoal do acusado (NUCCI, 2018, p. 93).

Após as oitivas e elaborados os termos de declaração dos envolvidos, o secretário do Conselho Disciplinar deve instruir o procedimento com a) comunicado interno com despacho do Diretor Geral; b) boletim de ocorrência penal em caso de ilícito penal; c) guia de encaminhamento para exame de corpo delito, quando necessário; d) cópia de ofício com ciência da defesa constituída sobre instauração do PAD e seus respectivos prazos; e) termos de declaração coletados e f) solicitação de prorrogação e/ou comunicação de diligências.

O art. 674 do ReNP determina que o prazo para conclusão do PAD é de 30 dias, contadas da data do suposto ato infracional. Apesar disso, o §1º do art. 674 permite a prorrogação da instrução por pedido de dilação fundamentado ao Diretor Geral da Penitenciária e o §2º determina a interrupção do prazo após solicitação de diligências. Com a conclusão do PAD, é designada dia e horário da sessão de julgamento, informada a defesa com prazo mínimo de 5 dias.

¹⁴ Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

1.3 Fase 3: Julgamento da falta disciplinar pelo Conselho Disciplinar

O Conselho Disciplinar, órgão colegiado responsável por julgar o cometimento de falta disciplinar, é composto por seis titulares, quais sejam: i) Presidente (Diretor Geral da Unidade, com possibilidade de delegação aos Diretores Setoriais); ii) Secretário (responsável pela condução da Fase 2 – instrução do PAD); iii) defesa (realizada pelo advogado constituído, Defensoria Pública ou, em sua ausência, por analista técnico jurídico da unidade prisional; iv) um membro da equipe de segurança (membro votante); v) dois técnicos subordinados à Diretoria de Atendimento (membros votantes). O servidor responsável por classificar a falta, que tenha presenciado os fatos ou que tenha relação de parentesco, amizade ou desafeto com preso ou funcionário envolvido são proibidos de integrar o Conselho Disciplinar.

O colegiado apura a conduta, solicitando diligências e a produção de provas. Ao final, os 3 membros votantes decidem em votação reservada, por maioria simples, pela absolvição, pela desclassificação da conduta ou pela condenação do acusado.¹⁵ Caso a votação seja por condenação do acusado, o Presidente do Conselho aplica a sanção correspondente à natureza da falta.¹⁶ O acusado pode recorrer da decisão do Conselho Disciplinar no prazo dez dias corridos e seu recurso é remetido à Diretoria de Articulação e Atendimento Jurídico do Depen/MG.

1.4 Fase 4: Aplicação das faltas e sanções disciplinares

O princípio constitucional da individualização da pena, assegurado também pelo art. 57 da Lep, prevê a garantia legal de que “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão” serão considerados para aplicação de sanções disciplinares. Por natureza da infração, entende-se a classificação da falta disciplinar como “grave”, “média” ou “leve”. A classificação da falta disciplinar é importante, na medida em que possui repercussão para aplicação das sanções disciplinares cabíveis.

¹⁵ Art. 690 do ReNP.

¹⁶ Art. 694 do ReNP.

As faltas graves estão determinadas pelo art. 50 da Lep, lei federal de alcance nacional. As faltas médias e leves, por sua vez, são determinadas pelo regulamento de cada estado e, subsidiariamente, pelos regulamentos internos de cada presídio.

Tabela I – Faltas administrativas disciplinares graves determinadas pela LEP

Faltas administrativas disciplinares (LEP)



**FALTAS GRAVES - CONDENADOS À PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Art. 50, LEP

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 artigo 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.

**Tabela II – Faltas administrativas disciplinares leves e médias determinadas pelo
RENP do Estado de Minas Gerais**

Faltas administrativas disciplinares (RENP)



FALTAS LEVES

Art. 640, RENP

I - utilizar bem material, ferramenta ou utensílio da Unidade Prisional sem a devida autorização;

II - transitar pelas dependências da Unidade Prisional desobedecendo às normas estabelecidas;

III - retirar a atenção de outros presos, propositadamente, durante estudo ou outras atividades;

IV - descuidar da higiene pessoal;

V - estar indevidamente trajado; e

VI - estender, lavar ou secar roupa em local não permitido

I - praticar ato constitutivo de crime culposo ou contravenção penal;

II - descumprir as normas do Sistema Prisional ou as normas internas da Unidade Prisional, devidamente homologadas pela Subsecretaria de Administração Prisional, desde que tenha sido dado prévio conhecimento ao preso;

III - impedir, retardar, deixar de praticar ou praticar indevidamente qualquer procedimento;

IV - receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da Unidade Prisional, objetos ou instrumentos que, embora inofensivos, assemelhem-se em aparência a objetos ou instrumentos que possam ofender a integridade física de outrem ou atentar contra a segurança da Unidade Prisional;

V - utilizar meios escusos para envio de correspondência;

FALTAS MÉDIAS

Art. 641, RENP

VI - manter comunicação proibida, quando no cumprimento de sanção disciplinar;

VII - fabricar, portar, possuir, ingerir ou fornecer bebida alcoólica ou qualquer tipo de substâncias entorpecentes que não configure drogas ilícitas;

VIII - utilizar medicamento não prescrito ou, quando prescrito, de forma indevida;

IX - ter consigo, guardar ou entregar qualquer quantia em dinheiro;

X - comercializar, dentro da Unidade Prisional, qualquer tipo de material ou objeto;

XI - entregar ou receber objeto de qualquer natureza sem a devida autorização;

XII - trocar, entrar ou permanecer em outra cela sem autorização;

XIII - simular doença ou estado de precariedade física para obter algum tipo de vantagem;

XIV - reter ou permitir a permanência de visita além do horário fixado;

XV - descuidar da higiene das dependências da Unidade Prisional ou jogar no pátio, no corredor, na cela ou no alojamento objetos ou substâncias de qualquer natureza;

XVI - descumprir, em regime semiaberto, bem como no gozo de benefício de trabalho externo e saída temporária, as condições prescritas e as normas impostas;

XVII - desobedecer à prescrição médica ou recusar o tratamento necessário quando houver risco de morte, perigo de contágio ou qualquer risco à saúde dos demais presos e servidores da Unidade Prisional, desde que não constitua crime doloso;

XVIII - Deixar de usar o uniforme; e

XIX - Nos casos de monitoração eletrônica, descumprir as instruções contidas no documento de acolhida no ato da admissão.

As sanções disciplinares, previstas no art. 53 da Lep se constituem na aplicação de i) advertência verbal; ii) repreensão; iii) suspensão ou restrição de direitos; iv) isolamento na própria cela, ou em local adequado nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo e v) inclusão no regime disciplinar diferenciado (RDD).¹⁷ Como regra geral estabelecida pelo art. 58 da referida lei, o tempo máximo das sanções é de 30 dias.

A gradação das sanções disciplinares foi determinada pelos arts. 668 a 672 do ReNP. As sanções disciplinares graves são isolamento de 21 a 30 dias, cumulado com suspensão ou restrição de direitos pelo mesmo período de tempo e inclusão do custodiado no Regime Disciplinar Diferenciado, condicionado à apreciação judicial. Caso o acusado seja condenado, em sede do PAD, pelo cometimento de falta grave, o PAD concluído é remetido ao juízo de execução, a quem cabe realizar audiência de justificação para oitiva do acusado e decidir pela homologação ou não da falta grave.¹⁸

Dentro do sistema de execução penal, o cometimento de uma falta disciplinar grave indicaria a “inadaptação do condenado ao regime” (NUCCI, 2018, p. 166), havendo a disposição no art. 118 da Lep de que o cometimento de falta grave pode acarretar na regressão da pena e transferência do custodiado para qualquer dos regimes mais rigorosos. Apesar de não haver qualquer previsão expressa na Lep, parte da doutrina e jurisprudência admite, ainda, a suspensão cautelar do custodiado do regime mais benéfico e sua inserção no regime fechado em casos justificados pela gravidade da situação e necessidade de medida urgente que “evite frustrações no cumprimento da pena” (NUCCI, 2018, p. 166). Nesse mesmo sentido, o reconhecimento e homologação da falta grave pelo juízo da execução penal acarreta em outras consequências gravosas para além da regressão de regime, quais sejam, a revogação de até - do tempo remido e a alteração da data base do cometimento da infração disciplinar.

As sanções disciplinares leves são advertência verbal e repreensão, com possibilidade de aplicação de 1 a 10 dias de isolamento no caso de reincidência em três ou mais faltas leves. No caso de condenação por falta média, as sanções previstas são a suspensão ou restrição de direitos e o isolamento por período de 10 a 20 dias, cumulado de restrição de direitos por igual período. Conforme leciona Rodrigo Soares:

¹⁷ O regime disciplinar diferenciado (RDD) está disciplinado pelo art. 52 da Lep. Possui a duração máxima de 2 anos, no qual o custodiado é recolhido em cela individual, com direito a sair da cela por 2 horas diárias para banho de sol, em contato com até no máximo outros 4 presos. Outras restrições são estabelecidas, como a fiscalização do conteúdo de sua correspondência, o monitoramento de suas entrevistas e correspondências e a realização limitada de visitas quinzenais de apenas duas pessoas por vez.

¹⁸ A realização da audiência de justificação para homologação da falta grave advém do art. 118, §2º da Lep, que determina a necessária oitiva do acusado para que seja determinada a regressão de regime.

A importância de se delimitar os parâmetros das sanções disciplinares decorre fundamentalmente do fato de que estas, em muitos casos, possuem efeitos semelhantes aos da aplicação da própria pena. Perda de dias remidos, eventual interrupção de prazos para a fruição de direitos, rebaixamento de comportamento (impossibilitando o preso de fruir dos direitos da execução penal), desclassificação do preso para o exercício de atividade laborativa, vedação de indulto ou comutação por condenação disciplinar nos últimos doze meses de cumprimento de pena, todos esses fatores trazem graves consequências para o status libertatis dos indivíduos, não sendo mais admissível que esta realidade permaneça obscurecida e sua teorização alijada dos embates doutrinários e jurisprudenciais. (SOARES, 2018, p. 102)

1.5 A relevância dos PADs no contexto da Pandemia da COVID-19

A pandemia do novo coronavírus (COVID-19) ensejou que o Estado brasileiro decretasse estado de calamidade pública (BRASIL, 2020) e tomasse diversas medidas emergenciais de combate e prevenção à proliferação do novo vírus. Dentre elas, destacamos, para este trabalho, a Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), que dispunha sobre medidas preventivas à propagação da infecção pelo COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Em âmbito estadual, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, 2020) publicou a Portaria Conjunta n. 19/PR-TJMG/2020, com o objetivo, igualmente, de estabelecer medidas necessárias para o contingenciamento da pandemia no sistema prisional do estado.

Foi a partir da análise destas duas normativas que encontramos o ponto nevrálgico que insere o procedimento administrativo para apuração de faltas disciplinares, objeto deste estudo, em um patamar de suma importância no contexto da pandemia, gerando graves impactos na execução penal de diversas pessoas em privação de liberdade. Impactos estes que assumem contornos ainda mais críticos no contexto das pessoas trans e travestis em situação de cárcere na Ala¹⁹ LGBT mineira, única Ala específica para alocação de pessoas presas GBT²⁰ no estado, conforme analisaremos oportunamente.

¹⁹ A Ala LGBT da PPJSA, única do Estado de Minas Gerais, foi criada por Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Sobre isso, ver: MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Resolução Conjunta SEDES SEDESE n. 1, de 23 de janeiro de 2013.

²⁰ Travestis e mulheres trans, homens gays ou homens que se relacionam sexualmente com as pessoas trans e os gays, sem uma identidade LGBT.

A relevância – problemática – dos PADs no contexto pandêmico se dá porque, em que pese a recomendação do CNJ ter orientado, em seu art. 5º, III, que fosse analisada a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio da sua respectiva Portaria, entendeu haver impedimento no que diz respeito aos “presos que estão respondendo a processo disciplinar por suposta falta grave” (art. 3º, parágrafo único). Ou seja, em Minas Gerais, presos do regime aberto e semiaberto que estiverem respondendo a um ou mais PADs não terão acesso integralmente às medidas de proteção à saúde a que teriam direito pela Recomendação do CNJ.

Preliminarmente, evidenciamos que o TJMG é um dos únicos tribunais brasileiros a mencionar a existência de processo disciplinar para apuração de falta grave como obstáculo à concessão de prisão domiciliar no contexto de pandemia pela COVID-19: a partir de uma pesquisa realizada em todos endereços eletrônicos dos Tribunais de Justiça dos 26 estados brasileiros e do Distrito Federal, foi possível verificar que, além do estado de Minas Gerais, apenas há qualquer ressalva com relação ao PAD na Portaria n. 009/2020-VEP do estado do Amapá (2020).²¹ Tal situação implica em uma desigualdade regional de direitos das pessoas privadas de liberdade: ainda que em 24 estados brasileiros e no Distrito Federal as pessoas que se enquadram nos requisitos da Recomendação n. 62 tenham direito à prisão domiciliar, sem ressalvas, no sistema prisional mineiro – e amapaense – as pessoas reclusas precisam cumprir um requisito extra, qual seja, a ausência de um PAD para apuração de falta grave para que tenham o acesso à mesma medida.

Além da desigualdade regional, o impedimento estabelecido pelo TJMG é problemático se considerarmos que ele afronta o princípio da presunção de inocência que, segundo Soares (2018), “também é aplicável a pessoas já definitivamente condenadas, sobretudo quando estas são submetidas a processo administrativo em virtude de acusação pela prática de falta disciplinar”. Isso porque essa restrição permite que a pessoa suspeita de cometimento de falta grave arque com as consequências negativas decorrentes da impossibilidade de concessão de prisão de domiciliar, em função unicamente dessa suspeita, como se culpada fosse, antes mesmo da decisão do Conselho Disciplinar a respeito da falta, que pode ser condenatória, desclassificatória ou absolutória.

²¹ Segundo o art. 4º, §2º da Portaria n. 009/2020-VEP, “será dispensada a monitoração eletrônica para as pessoas [...] que não tenham respondido a procedimento administrativo disciplinar”.

A isso soma-se o fato de que grande parcela dos PADs resultam em decisão diversa da condenação. Conforme pudemos perceber com a nossa pesquisa, cerca de 30% dos PADs finalizados analisados resultaram em absolvição da pessoa pela falta que lhe foi atribuída, outros 11%, aproximadamente, resultaram em desclassificação para uma falta diversa da grave, e outros 2,7% resultaram em arquivamento. Resta dizer que apenas pouco mais da metade dos PADs finalizados resultaram em condenação.²² Assim sendo, ainda que presumidamente inocentes e ainda que efetivamente muitos PADs não resultem em condenação, a normativa do Estado de Minas Gerais restringe este benefício aos que respondem por PAD por falta grave, tomando como regra um resultado – condenatório – que representa cifra que por pouco ultrapassa metade dos casos.

Para além, ao partirmos da análise de todos os procedimentos administrativos disciplinares finalizados até julho de 2020 de 76 pessoas reclusas na Ala LGBT da PPJSA, pudemos identificar outro problema relacionado à restrição imposta pelo TJMG. Dos 37 PADs²³ finalizados, encontramos 24 – 65% – com duração superior ao máximo legal, sendo que nossos resultados preliminares apontaram uma média de duração dos procedimentos administrativos disciplinares de 92 dias.²⁴ Se, segundo o art. 59 da Lei de Execução Penal, o PAD deverá ser instaurado conforme regulamento, e, segundo o art. 673 do regulamento prisional mineiro (ReNP), o PAD deverá ser concluído em 30 dias contados da data do fato, prorrogáveis uma única vez por igual período, resta dizer que os PADs excedem, em média, 32 dias da duração permitida.

O cenário apresentado se agrava, uma vez que estão suspensas em função da pandemia do COVID-19 as audiências do Conselho Disciplinar da PPJSA,²⁵ impedindo o julgamento das faltas em apuração na unidade e, portanto, a conclusão dos PADs, o que faz com que o prazo estipulado pelo ReNP para duração dos processos disciplinares

²² Dos 37 PADs finalizados encontrados, o Conselho Disciplinar decidiu em 11 deles pela absolvição da pessoa pela falta que lhe foi imputada, em 4 deles pela desclassificação para falta mais branda, em 1 pelo arquivamento e em 21 deles pela condenação.

²³ Dos 55 PADs encontrados na ala, 37 haviam sido finalizados até julho deste ano.

²⁴ Ressalta-se o caráter preliminar desta pesquisa, tendo sido analisados 76 dos 238 processos encontrados de pessoas reclusas na Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria, e, por isso, não nos cabe expor conclusões precisas, apenas aproximadas.

²⁵ Sobre isso ver RESOLUÇÃO SEJUSP N.º 52, DE 19 DE MARÇO DE 2020. Disponível em: <<https://amafmg.com.br/2020/03/20/resolucao-sejusp-n-52-de-19-marco-2020/>> Acesso em: 13 nov. 2020

se estenda ainda mais em diversos casos. Esse somatório de circunstâncias nos leva a concluir que as pessoas presas na unidade mineira vêm arcando com o ônus de suportar o óbice à concessão de sua prisão domiciliar (sobretudo em um cenário de pandemia) em função da longa duração dos PADs, ou seja, devido a uma ineficiência institucional em sede de apuração de faltas graves e à não observância das normativas de apuração de falta determinadas pelo próprio estado de Minas Gerais.

Ademais, muitas vezes, é difícil – quando não é impossível – identificar se a pessoa reclusa possui ou não um PAD em aberto, o que dificulta a análise do requisito estabelecido pelo TJMG para concessão da domiciliar. Nos casos analisados, somente foram anexados ao processo de execução documentos que indicassem a existência de procedimento para apuração da falta em dois momentos: i) na notícia de instauração do PAD e suspensão cautelar de benefícios; ii) após a conclusão do PAD, com a juntada de todo o procedimento, o que ocorre, não raramente, dias ou meses após a efetiva conclusão da apuração.

Em função disso, quando há a juntada da notícia da instauração do procedimento administrativo para apuração da falta grave, sem a juntada do respectivo PAD concluído, não é possível identificar se a pessoa em questão possui de fato um PAD em aberto, ou se ela respondeu em algum momento durante o cumprimento de pena a um PAD já finalizado.²⁶ Assim sendo, é necessário que o juízo de execução, para saber se a pessoa faz jus à prisão domiciliar pelo contexto da pandemia, oficie a unidade prisional para que junte aos autos o PAD concluso, ofício este que não é respondido imediatamente. Essa mora permite que pessoas que possuam PADs finalizados, mas não noticiados ao juízo, ou seja, que tenham direito à domiciliar nos termos da Portaria Conjunta n. 19/2020, sejam desnecessariamente expostas ao risco de contaminação pelo vírus, por permanecerem no estabelecimento prisional – propício à proliferação de infecções²⁷ – quando poderiam estar em isolamento social em suas respectivas residências.

²⁶ Vale lembrar que a Portaria Conjunta n. 19/PR-TJMG/2020 impede a concessão da prisão domiciliar em função da pandemia apenas aos presos que estiverem respondendo a procedimento administrativo para apuração de falta grave, nada dizendo sobre impedimentos relacionados aos que já tiverem respondido a PADs no passado.

²⁷ O estado de superlotação de grande parte dos presídios brasileiros, conjugado com o já precário atendimento de saúde interno e à possibilidade de falta de leitos no caso de surto pandêmico no sistema prisional configuram um cenário que favorece o alastramento do vírus e torna os presídios epicentros de disseminação da Covid-19 para toda a sociedade. Sobre isso, ver: Banco de Monitoramento de Prisões,

Por fim, a própria maneira como se dão os PADs demonstra ser criticável a restrição à concessão da domiciliar determinada pelo TJMG. Conforme se extrai da leitura dos PADs analisados, somada ao art. 675 do ReNP, basta que um agente penitenciário entenda pela prática da falta grave para que seja noticiado ao Diretor de Segurança da unidade prisional e se instaure o PAD. Consequentemente, muitas vezes os motivos que ensejam o enquadramento de condutas em faltas dependem não do fato em si e da respectiva norma supostamente violada, mas da boa ou má convivência da pessoa privada de liberdade com aquele agente, de um arbítrio pessoal daquele funcionário,²⁸ ou até, tratando-se de pessoas trans e travestis, da materialização de normas de gênero, hipótese sobre a qual discorreremos adiante. Nesse contexto, a concessão da prisão domiciliar nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ e da Portaria Conjunta n. 19/PR-TJMG/2020 – e, em decorrência disso, a saúde de parcela da população carcerária – tem estado à mercê dos agentes prisionais.

Como se observa, dada a gravidade e excepcionalidade da situação em que o país se encontra, a Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça não considera o fato do preso responder a Processo Administrativo Disciplinar para apuração de falta como um empecilho para a concessão da prisão domiciliar. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais criou uma situação que nega ao preso com PAD instaurado por falta grave a concessão de prisão domiciliar, sem considerar todos os problemas envolvidos desde a anotação da falta grave (considerando a eventual arbitrariedade do agente penitenciário, como demonstrado) até a possibilidade que essa falta seja apurada, já que o Conselho Disciplinar da PPJSA está suspenso.

2. A APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA ALA GBT DE MINAS GERAIS: O PAD COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE GÊNERO

O gênero entendido como norma constrói expectativas sociais que operam como uma “régua moral de corpos e práticas sexuais reconhecidos como normais” (SERRA,

do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> Acesso em: 03 de Jul. de 2020.

²⁸ Segundo pesquisa realizada com as pessoas trans e travestis da Ala LGBT da PPJSA pela ONG LGBT SOMOS, 44% já presenciou assédio por parte dos agentes, sendo que 40% já sofreu assédio e já recebeu uma punição que considerou arbitrária. Sobre isso, ver: SOMOS, 2018, p. 6.

2018, p.75), criminalizando, marginalizando e invisibilizando as experiências e corpos que não seguem este bastião comportamental, os quais são tidos como abjetos.²⁹ Os processos de exclusão de corpos dissidentes e apagamento de suas experiências se constituem de maneiras específicas nos diversos setores e instituições da sociedade, encontrando seus próprios contornos e mecanismos também no cárcere.

Nesse contexto, nos deparamos com o uso do procedimento administrativo disciplinar em sede de execução penal na Ala LGBT mineira como mecanismo de controle de gênero: a aplicação do PAD de modo a reiterar processos criminalizantes, processos de re-criminalização,³⁰ e controlar as expressões e narrativas das pessoas trans e travestis encarceradas. Para além da teoria, é no caso concreto que o procedimento administrativo disciplinar se materializa enquanto norma de gênero. Pensando nisso, com o objetivo de entender como se aplicam os conceitos elaborados ao longo deste artigo no contexto fático no qual os mecanismos de controle de gênero efetivamente operam, partimos nesta seção ao estudo de casos.

Selecionamos, para tanto, dois procedimentos administrativos disciplinares, com os quais nos deparamos ao longo da nossa pesquisa, nos quais uma travesti, que aqui nos referiremos como Valéria,³¹ figurou como suspeita de cometimento de suas respectivas faltas. Ambos os PADs nos pareceram ilustrar – quase didaticamente – os processos de vigilância e controle dos corpos de pessoas trans e travestis reclusas e nos foram essenciais para a compreensão do tema e elaboração das devidas reflexões.

Preliminarmente, será possível perceber que, em momento algum, em ambos os casos, a presa fora tratada pelo seu nome social ou pronominalmente no feminino, conforme sua identidade de gênero. Isso viola expressamente o disposto no art. 2º da Resolução Conjunta n. 1 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação da então

²⁹ Para Butler, “o abjeto [...] relaciona-se a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas ‘vidas’ e cuja materialidade é entendida como ‘não importante’.” Sobre isso, ver: PRINS, B.; MEIJER, I. C. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. 2002.

³⁰ No contexto do cárcere, consideramos os processos criminalizantes como processos de re-criminalização, tendo em vista se tratar de pessoas trans e travestis que já foram capturadas pelo sistema prisional, ou seja, que já sofreram um processo de criminalização primário.

³¹ Tendo em vista a marginalização a que são submetidas pessoas trans e travestis, especialmente no contexto do cárcere, aqui optamos pelo uso de nome fictício, com o objetivo de proteger a identidade da pessoa, cujos procedimentos administrativos disciplinares analisamos nesta seção.

Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, que dispõe que “a pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014). Essa atitude também viola o entendimento das cortes superiores,³² que já concluíram que a identidade de gênero prevalece em relação à identidade biológica, devendo a sociedade mas, sobretudo, os agentes públicos tratamento às pessoas trans e travestis conforme sua identidade de gênero e respeito ao nome social.

No entanto, não entendemos tal comportamento por parte dos agentes penitenciários simplificada, como meras violações ao ordenamento jurídico brasileiro. A recusa ao tratamento digno que respeite a subjetividade das pessoas trans e travestis, não apenas no sistema prisional, mas também nele, está inserida em um contexto de abjeção dos corpos insubmissos aos campos normativos de controle “sobre as experiências do humano, ditas masculinas e femininas” (VIDAL, 2019, p. 32), especialmente os corpos de pessoas trans e travestis (SOARES, 2018, p. 47). O desrespeito ao gênero da pessoa trans e travesti se mostra, portanto, como um dentre os vários mecanismos de apagamento de sua experiência enquanto sujeito. É o que exporemos a seguir.

2.1 O caso do “top”³³

Em 24 de setembro de 2019 foi instaurado Procedimento Administrativo Disciplinar para apuração de falta média enquadrada no art. 641, XVIII³⁴ do ReNP (MINAS GERAIS, 2016) em face de Valéria. Conforme narra o comunicado interno, durante o procedimento de entrega da alimentação às pessoas reclusas na ala:

foi constatado que alguns presos estavam no Banho de Sol sem fazer o uso do uniforme padrão para procedimentos fora da cela conforme instrução interna da Unidade, sendo que usavam roupas como: top's e/ou sutiãs, sem cobrir com a camisa que compõe o Uniforme. Foi solicitado aos presos que estavam fora

³² Sobre isso ver: STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275 e STJ – Recurso Especial 1.626/RS.

³³ Todas as informações aqui expostas foram extraídas do processo de execução n. 0120800-21.2018.8.13.0024 – Ref. mov. 142.1.

³⁴ Art. 641 do Regulamento e Normas do Sistema Prisional de Minas Gerais: “São consideradas faltas disciplinares médias as seguintes: [...] XVIII – deixar de usar uniforme.

do padrão que vestissem a camisa, sendo acatado por todos, menos o preso supracitado [sic]

Segundo exposto pelo agente penitenciário no mesmo comunicado de suposta ocorrência da falta, Valéria teria respondido à repressão com os seguintes dizeres: “Por que você fica mandando a gente vestir camisa se nos outros pavilhões os presos também ficam sem camisa e ninguém fala nada?”. Conforme a narrativa institucional, nenhuma justificativa para a ordem discricionária foi-lhe dada em resposta, tendo Valéria acatado o mandamento de vestir a camisa em seguida.

Figura 1 – Histórico da ocorrência presente no Comunicado Interno do “caso do top”

Ao adentrar ao pavilhão para entrega da alimentação, foi constatado que alguns presos estavam no Banho de Sol sem fazer o uso do uniforme padrão para procedimentos fora da cela conforme instrução interna da Unidade, sendo que usavam roupas como: top's e/ou sutiãs, sem cobrir com a camisa que compõe o Uniforme. Foi solicitado aos presos que estavam fora do padrão que vestissem a camisa, sendo acatado por todos, menos o preso supracitado que indagou o agente ali presente com os seguintes dizeres: “Porque você fica mandando a gente vestir camisa se nos outros pavilhões os presos também ficam sem e ninguém fala nada?” Foi dada a ordem novamente ao preso que vestisse a sua camisa e o mesmo ficou questionando a ordem sem cumpri-la, até que ao ouvir que iria ser comunicado ele vestiu a camisa, porém ficou conspirando com os outros presos no pátio.

Ao retornar do almoço para rendimento do “gaiola”, o próprio a este comunicante um bilhete anexo a este comunicado, em que o preso sem identificar-se continua questionando a ordem do agente, incitando assim os outros presos. Peço que sejam tomadas as providências para tal ocorrido, uma vez que, toda ordem deve ser cumprida sem questionamentos, pois a figura do agente deve ser respeitada por todos os reclusos, e quando este não a cumpri e tenta denegrir a imagem do servidor, isso se torna algo inadmissível, e deve ser tratado com todo o rigor.

Ressalto que ao dar a ordem para o preso vestir a camisa é porque o uso do uniforme é obrigatório para todos sem distinção, e a questão não é tratar os presos de acordo com sua orientação sexual, mas sim fazer com que os deveres e obrigações sejam cumpridos por todos sem diferenciação, pautado sempre na manutenção da ordem e respeito às leis que normatizam a Unidade Prisional, fazendo cumprir tanto a LEP bem como instruções internas de segurança que visam contribuir para a preservação da integridade física dos servidores dessa unidade, além de cumprir com eficácia a custódia dos reclusos do estabelecimento prisional.

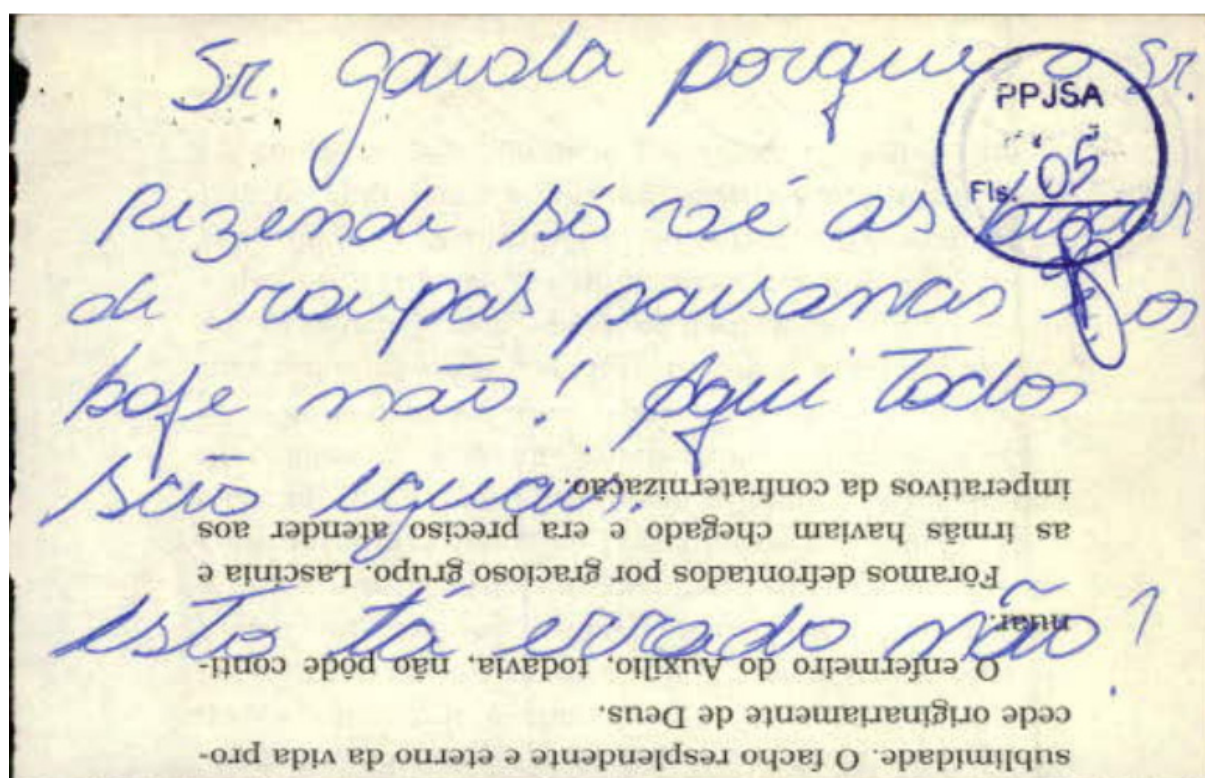
No relato, assinado pelo agente penitenciário, é possível perceber que as referências realizadas à apenas pelo agente penitenciário responsável pela produção do documento se deu sempre com a utilização de pronomes masculinos.

Além disso, o último parágrafo indica alegações para o reconhecimento da falta pela desobediência do uniforme, indicando ser possível “tratar os presos de acordo com sua orientação sexual”. Não há qualquer menção sobre gênero ou identidade da acusada.

A descrição dos fatos posteriores, no mesmo documento, indica que ensejou-se o enquadramento da falta disciplinar pois foi encontrado um bilhete em que um preso, sem identificar-se, questionava a ordem para cobrir os “top's e/ou sutiãs” com a camisa.

O bilhete – atribuído a Valéria, ainda que não houvesse identificação de quem o tivesse escrito –, anexado ao PAD, dizia “Sr. gaiola, porque o sr. Rezende só vê as bichas de roupas paisanas e os bofe não! Aqui todos são iguais. Isso tá errado, não?”. Segue:

Figura 2 – Bilhete supostamente enviado no “caso do top”



Vale ressaltar aqui que em sede de declaração perante a autoridade prisional para a apuração da suposta falta, Valéria confirmou que usava ‘top’ sem camisa no referido dia, assim como as demais pessoas com quem tomava “banho de sol”,³⁵ que, ainda que tenha-a questionado, acatou a ordem para vestir a camisa e negou ter escrito o bilhete. Ainda, importa evidenciar que a única testemunha dos fatos ouvida, além do agente prisional, foi outro preso, que afirmou sequer estar ciente da ocorrência dos fatos, e um agente prisional.

³⁵ É de costume no sistema prisional não somente que os presos tomem “banho de sol” sem camisa, como ocorre em diversas unidades a obrigatoriedade que mulheres trans e travestis o façam sem tops ou sutiãs, o que evidencia mais uma faceta da violência de gênero institucional. Sobre isso, ver: ROSA, 2016.

Desse modo, a apuração do ocorrido se deu, efetivamente, mediante uma disputa de narrativas entre a presa e o agente. De acordo com Serra (2018, p. 62), “do ponto de vista da narrativa jurídica, o peso da palavra aparece intimamente relacionado com a credibilidade da personagem”. É dizer que “o valor do que é dito, portanto, depende de quem diz” (SERRA, 2018, p. 61). Partindo do entendimento de gênero como norma, e levando em conta que o descumprimento das normas de gênero torna a própria existência do corpo da travesti como algo perigoso, independentemente da força do conjunto probatório (SERRA, 2018, p. 66), não surpreende – infelizmente – que no caso concreto tenha prevalecido a palavra da autoridade penitenciária sobre a palavra de Valéria, o que foi determinante para a sua condenação em sede de decisão do Conselho Disciplinar.

Como resultado final do procedimento, a falta média, pela qual Valéria havia sido condenada, foi desclassificada para falta leve, após recurso administrativo apresentado por advogado particular. Vale ressaltar, no entanto, que, ainda que tenha ocorrido a desclassificação: i) a presença e acompanhamento dos PADs por advogados e defensores é uma exceção – como demonstrado na seção anterior – tornando regra o caso de pessoas condenadas por faltas indevidas; ii) a decisão que resultou na desclassificação para falta leve não informou em momento algum a capitulação da nova falta, ou a norma supostamente infringida, demonstrando que, ainda que aplicada sanção mais branda do que anteriormente, não houve transparência e informação que permitisse o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte de Valéria.

Para além do exposto, a aplicação de falta disciplinar em função do uso de ‘top’, ou seja, em função do uso de vestimenta conforme a própria identidade de gênero, pode ser interpretada como uma maneira de apagar as experiências que ultrapassam os conceitos duos e “homem e mulher”, tendo em vista que o gênero se concretiza, dentre outros expedientes, no uso de roupas. Segundo Ferreira (2014, p. 111), as “travestis na prisão são especialmente controladas e têm suas manifestações corporais docilizadas porque não lhes é permitido transformar e expressar o corpo da maneira como gostariam”. O caso do ‘top’ é apenas mais um exemplo dessa docilização institucional dos corpos trans e travestis no cárcere, dentre tantos outros.

2.2 A denúncia por homofobia enquanto desobediência³⁶

Em 01 de abril do mesmo ano, Valéria, enquanto cumpria pena na Ala LGBT do presídio de Vespasiano, existente à época,³⁷ respondeu a um PAD por suposto envolvimento em falta grave por desobediência ao servidor, conforme descrita no art. 642, VII³⁸ do ReNP (MINAS GERAIS, 2016).

Segundo narrado em comunicado interno pelo funcionário responsável, Valéria – sempre tratada no masculino pelos agentes, em desrespeito a sua identidade de gênero – teria se envolvido em uma briga com outra pessoa na sala de aula e, quando orientada a permanecer de cabeça baixa e virada para a parede, teria dito que os agentes estavam sendo homofóbicos. Conforme narra o agente, jamais ocorreu qualquer falta de cordialidade ou decoro por parte dos funcionários daquela unidade com os outros detentos.

Em contrapartida, ao ser ouvida em sede de apuração da suposta falta, Valéria apresentou sua versão, segundo a qual ela estaria treinando jiu-jitsu com outra pessoa presa quando os “agentes acharam que era briga e chegaram na sala de aula atirando”. Valéria relata que o preso, com quem treinava, estava de cabeça levantada e o agente o reprimiu com os dizeres: “abaixa a cabeça, arrombado” [sic]. Ela declara que falou para o agente que não poderia chamar o outro preso de “arrombado” [sic] apenas pelo fato que ele é homossexual, que o agente deveria respeitá-lo”.

Destacamos que não houve qualquer apuração para saber se as denúncias apresentadas por Valéria eram verdadeiras. Assim como já discorrido anteriormente, a disputa de narrativas entre o agente e a travesti em privação de liberdade resultou em favor daquele: Valéria foi condenada por falta grave, mesmo após decisão de recurso interposto por advogado em sua defesa, sendo sancionada a cumprir 19 dias de isolamento.

³⁶ Todas as informações aqui expostas foram extraídas do processo de execução n. 0120800-21.2018.8.13.0024 – Ref. mov. 124.1.

³⁷ A Resolução Conjunta n. 01, de 23 de janeiro de 2013 instituiu à época duas Alas para abrigar a população LGBT em Minas Gerais, uma no Presídio de Vespasiano e outra na Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria. No entanto, em 2019, a Ala de Vespasiano foi fechada, tendo sido transferida para a Ala LGBT da PPJSA parte das pessoas anteriormente reclusas na Ala LGBT de Vespasiano.

³⁸ Conforme o art. 642 do ReNP: São consideradas faltas disciplinares graves as seguintes: VII – desobedecer ao servidor e desrespeitar a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se.

Para a análise desse caso, ressaltamos que dos 55 PADs estudados, nos deparamos com 37 finalizados e anexados aos respectivos processos de execução, ou seja, 37 PADs que nos permitiram estudo de como se deu todo o procedimento.³⁹ Dos 37 PADs finalizados, encontramos 4 nos quais houve capitulação e/ou condenação da pessoa em privação de liberdade por falta grave nos termos do art. 642, VII, do ReNP. Desses 4, como pôde-se extrair da leitura dos PADs,⁴⁰ temos as seguintes situações em que a pessoa em situação de cárcere respondeu por falta grave pois: i) estava fora do pátio durante certo procedimento e desobedeceu ordem de retornar ao procedimento e permanecer em silêncio;⁴¹ ii) em procedimento de entrada no estabelecimento prisional, desobedeceu ordem de permanecer em silêncio e começou a xingar os agentes falando “seus agentes desgraçados, vai tomar no cu, aqui é criminoso” [*sic*] de maneira agressiva;⁴² iii) se recusou a sair da sala de aula e retornar a sua cela, sendo necessário acionar o GIR (Grupamento de Intervenção Rápida) para conduzi-lo à cela;⁴³ iv) denunciou violências homofóbicas por parte dos agentes – sendo o caso analisado em questão.

Como ressalta Soares (2018, p. 110), o dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com a qual o preso deva relacionar-se,⁴⁴ cuja suposta violação ensejou a capitulação por falta grave nos casos mencionados, “evidencia mais uma vez o totalitarismo de nossas unidades prisionais e a subserviência irrestrita do apenado frente ao Estado”, visto que está instituído “em normas lacunosas e manipuláveis, fragilizando o princípio da legalidade.”⁴⁵ Não nos coube analisar a fundo as potenciais arbitrariedades de cada caso exposto, que parecem frequentes e características do poder disciplinar em sede de execução penal, além de manipuladas de modo a perpetrar diversas “violações de direitos

³⁹ Tendo em vista que, conforme exposto na seção 1.2 deste artigo, o PAD é anexado inteiramente apenas após sua conclusão, somente foi possível estudar o procedimento por inteiro no caso dos PADs finalizados.

⁴⁰ Para as descrições do ocorrido em cada caso foram considerados o comunicado interno que noticia a suposta ocorrência da falta e o termo de declaração, no qual a pessoa em situação de cárcere é perguntada a respeito do ocorrido e tem oportunidade de exercer sua defesa pessoal.

⁴¹ Informações extraídas do processo de execução n. 0088737-35.2017.8.13.0231

⁴² Informações extraídas do processo de execução n. 0174156-23.2017.8.13.0231

⁴³ Informações extraídas do processo de execução n. 0137056-91.2012.8.13.0301

⁴⁴ Referente, no regulamento mineiro, ao art. 642, VII, em função do qual Valéria respondeu ao respectivo PAD.

⁴⁵

fundamentais de pessoas presas” (SOARES, 2018, p. 96). Para este estudo, nos debruçamos sobre o último de modo a entender o PAD como controle de gênero.

Foi possível perceber que, dos casos apresentados – 3 respondidos por homens cis na “Ala” e um por Valéria –, o PAD respondido por ela foi o único em que não houve efetivo descumprimento de alguma ordem, desrespeito, ou desobediência ao servidor. Ocorreu, segundo os relatos tanto da autoridade prisional e como da presa, uma denúncia de violência – ainda que sem adentrar no mérito da existência ou não desta violência – que resultou na inversão de Valéria, da situação de testemunha de violência institucional, para suposta autora de ilícito. Nesse caso, como em muitos outros, o gênero, enquanto norma, em sede de apuração do PAD parece ter operado como mais uma “medida para posicionar travestis como [...] “nem tão vítimas assim”, deslegitimando suas narrativas e argumentos de defesa (SERRA, 2018, p. 75). Isso nos permite concluir que o próprio procedimento administrativo disciplinar tenha se dado de modo a silenciar sua narrativa, operando enquanto controle de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o presente estudo não tenha tido a ambição de esgotar a questão proposta sobre a utilização dos PADs como norma de controle de gênero e todos os seus desdobramentos, conseguimos obter importantes conclusões. Primeiramente, ressaltamos que os PADs possuem um papel ímpar dentro do sistema prisional, realizando o controle disciplinar das pessoas e comportamentos classificados como “indesejados” dentro do presídio. A homologação definitiva de uma falta grave possui repercussões importantíssimas no cumprimento de sentença de uma pessoa, acarretando em sanções disciplinares e sanções judiciais que podem isolar os corpos dissidentes, seja via isolamento temporário ou aplicação do RDD na execução. Além disso, a homologação de uma falta grave no âmbito judicial pode acarretar na regressão de regime do apenado e na perda de – dos dias remidos. Por fim, a homologação de faltas dentro do sistema prisional diz respeito ao registro da dissidência das ideias de ordem e disciplina estabelecidos nesse ambiente, podendo servir como impedimento para a progressão do apenado para regime mais benéfico, na medida em que a “boa conduta carcerária” constitui critério para deferimento da progressão.

Por sua vez, toda a instrução para apuração do cometimento de falta é feito em sede do PAD, muitas vezes sem defesa técnica constituída. A presença de um advogado constituído ou de defensor público nesse tipo de procedimento é rara e não poucas vezes o processo se torna uma disputa de narrativa entre os diferentes agentes envolvidos no sistema prisional, sendo comuns faltas relacionadas à agressões verbais ou desrespeito à ordem dos agentes. Normalmente, é o próprio agente, também parte envolvida, que descreve os fatos ocorridos na redação do Comunicado Interno, guia para apuração da falta. A participação do acusado se dá via oitiva e prestação de Termo de Declaração. Apesar dos instrumentos normativos importantes como guias do procedimento, Lep e Renp, estabelecerem “deveres dos presos no cumprimento da pena”, há margem de grande arbitrariedade na análise daquilo que compõe a disciplina do sistema prisional.

Conforme explica Gustavo Arocena, muitas vezes os riscos para os direitos fundamentais das pessoas presas decorrem da sobrevalorizada centralidade que a agência penitenciária atribui às questões relativas à segurança, disciplina e ordem interna no estabelecimento carcerário, sendo frequente que o pessoal penitenciário ajuste toda a sua atividade no sentido de um controle estrito que evite possíveis desvios, sem reparar nas eventuais afetações aos direitos das pessoas presas (AROCENA, 2011, p. 96 apud SOARES, 2018)

O estudo de caso de Valéria serve para ilustrar como esse tipo de mecanismo ganha nuances particulares na interação daquilo que chamamos de “gênero como norma” na utilização do PAD no controle disciplinar de travestis dentro do sistema prisional, ou seja, a compreensão de que

(...) a régua moral de corpos e práticas sexuais reconhecidos como normais pelo direito é usada como medida para posicionar travestis como vítimas legítimas ou “nem tão vítimas assim”, para a incriminação de seus algozes ou não, para legitimar suas narrativas e seus argumentos de defesa ou não (SERRA, 2018, p. 75).

Reforçamos o argumento de Vidal (2019, p. 112) de indícios de que o “corpo pautado pela desobediência às regras do gênero, que, quando presas, desestabilizam o sistema binário de organização das prisões”. Apesar de haver, em tese, regras legais e jurisprudenciais que determinam o procedimento legal para apuração de faltas, bem como o respeito da identidade de gênero como imperativo dentro do sistema prisional, percebe-se que a autoexpressão de corpos dissidentes pode ser concebida como afronta à própria ideia de disciplina, utilizada como justificativa para evitar o “mero circular de

seus corpos no espaço prisional” (VIDAL, 2019, p. 115). Dentro dessa compreensão, podemos assimilar porque o “uso de top” pode ser considerado ensejador da instauração de procedimento administrativo de apuração de falta grave, na medida em que o próprio mecanismo do PAD se converte em instrumento normativo para controle de sexualidade e gêneros desviantes. Na leitura do PAD e em nossas buscas no SEEU, também vemos um retrato estático do sistema prisional, onde não se garante o respeito absoluto do nome social, seja na identificação dos processos ou nas descrições e relatos do próprio instrumento administrativo.

Essa percepção torna-se mais urgente no ano de 2020, momento no qual a mera existência de um PAD em aberto para apuração de falta grave, sem a condenação efetiva do acusado no cometimento da falta, tornou-se óbice exclusivo e arbitrário no estado de Minas Gerais para concessão de prisão domiciliar durante uma crise sanitária de nível global. Nesse sentido, aspectos relativos à arbitrariedade da instauração dos PADs, ao tempo excessivo de demora para sua conclusão, às sucessivas dilações de prazo para sua conclusão e à própria inviabilidade de sua conclusão no contexto da pandemia global do novo coronavírus tornam-se mais graves e localizados.

Com essa pesquisa nós, enquanto estagiárias e coordenadora do projeto Transpasse, pretendemos contribuir com o estudo sobre os mecanismos que operam na rede de práticas do sistema prisional e que concentra parcela significativa de nossa sociedade, “composta por indivíduos tidos como uma ameaça à ordem e à segurança do Estado” (SANTANA, 2016, p. 106). O estudo dos PADs e de sua interação com as normas de gênero que operam dentro do sistema prisional não se esgota aqui, mas vê nesse artigo a emergência de um campo de estudos necessário para aqueles que buscam compreensões da rede de práticas que compõem o sistema prisional brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Decreto n. 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública... *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 55-C, p. 1, 20 mar. 2020.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J. et al. (org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 295-316.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 62*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Procedimento administrativo disciplinar*. Belo Horizonte, MG, 2019 ou 2020.

FERREIRA, Guilherme Gomes. *Violência, interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas*. Temporalis, Brasília, DF, v. 1, n. 27, p. 99-117, jun. 2014.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Diretoria de Articulação e Atendimento Jurídico. *Procedimento Administrativo Disciplinar*. Belo Horizonte, [2019 ou 2020].

MINAS GERAIS. Secretaria de estado de defesa social. *Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais*, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3izr2dQ>> Acesso em: 04 out. 2020.

MINAS GERAIS. Secretaria de estado de defesa social. *Resolução Conjunta n. 01*, de 23 de janeiro de 2013. Normatiza o Programa de Reabilitação (...). Disponível em: <<https://bit.ly/2SxkIc5>> Acesso em: 04 out. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Combate a Discriminação da então Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. *Resolução Conjunta n. 1*, de 15 de abril de 2014. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/>>

depen/cnppc/resolucoes/2014/ResolucaoConjuntaCNCDeCNPCLGBT.pdf> Acesso em: 13 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Execução Penal. 1. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 255.

PRINS, BAUKJE; MEIJER, IRENE COSTERA. *Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 155-167, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2002000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev 2018.

ROSA, Vanessa de Castro. *Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: mar, v. 2, n. 0, p. 1, 2016.

SANTANA, Jackson Francisco de. *Discurso e poder: análise de procedimentos administrativos disciplinares instaurados nas unidades prisionais de Sergipe*. Dissertação (Doutorado em Letras) – Faculdade de Letras da Universidade Federal do Sergipe. Aracaju, p. 128. 2015.

SERRA, Victor Siqueira. *Pessoa afeita ao crime: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista*. Franca, 2018.

SOARES, Rodrigo Duque Estrada Roig. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

SOMOS, Comunicação e Saúde. Relatório Técnico das atividades. Passagens | Rede de Apoio a LGBTs nas Prisões. Belo Horizonte, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.626.739/RS, Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão, T4 – Quarta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.275/DF, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, DJe 06/03/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Portaria Conjunta n. 19/PR-TJMG/2020*, de 16 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/data/files/88/64/9F/4E/C98E07105C580D076ECB08A8/PORTARIA-CONJUNTA-19-PR-TJMG-2020.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ. *Portaria n. 009/2020-VEP*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/10319-vara-de-execu%C3%A7%C3%B5es-penais-de-macap%C3%A1-publica-portaria-com-medidas-tempor%C3%A1rias-de-preven%C3%A7%C3%A3o-ao-cont%C3%A1gio-do-covid-19.html>> Acesso em: 13 nov. 2020.

VIDAL, Júlia Silva. “*Com sedas matei e com ferros morri*”: sobre homicídios, inquéritos policiais e criminalização de travestis. Belo Horizonte: Metanoia, 2019.

VIDAL, Júlia Silva. *Criminalização operativa: travestis e normas de gênero*. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 163 p. 2019.

Apresentação oral

**A PRIVACIDADE COMO LIMITE À CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOSSEXUALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE CASOS
PARADIGMÁTICOS**

*PRIVACY AS A LIMIT TO THE CRIMINALIZATION OF
HOMOSEXUALITY: A CRITICAL ANALYSIS OF PARADIGMATIC CASES*

Vinícius Novo Soares de Araújo

Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Advogado.

E-mail: v.novosoares@gmail.com

Resumo: O presente artigo propõe-se ao estudo sobre a descriminalização da homossexualidade a partir da noção e do direito à vida privada através de três casos paradigmáticos: *Dudgeon v. Reino Unido*; *Toonen v. Australia*; e *Lawrence v. Texas*. Dessa forma, o artigo expõe os principais argumentos utilizados pelos órgãos julgadores para ultrapassar entendimentos consolidados anteriormente e para sedimentar uma nova compreensão sobre o tratamento do direito penal à homossexualidade, principalmente a partir do respeito à esfera de privacidade dos indivíduos. Sob uma perspectiva crítica e comparativa, são apontados os limites e alcances dos argumentos mobilizados nas decisões, de modo a demonstrar como elas ainda podem ser utilizadas, nos dias de hoje, para enfrentar questões semelhantes que se apresentam em diferentes países.

Palavras-chave: Homossexualidade; LGBTQIA+; Descriminalização; Privacidade; Direitos Humanos.

Abstract: The present essay is focused on the study and comparative analysis of the decriminalization of homosexuality based on the notion and right to privacy in three paradigmatic cases: *Dudgeon v. United Kingdom*; *Toonen v. Australia*; e *Lawrence v. Texas*. Thus, the paper presents the main arguments employed by the competing organs to overrule consolidated previous understandings and to establish a new comprehension towards the treatment of homosexuality in criminal law, especially considering the respect for the privacy of the individual. From a critical and comparative perspective, the limits

and reaches of the arguments mentioned in the decisions will be exposed in order to demonstrate how they can still be useful in addressing similar questions in multiple countries today.

Keywords: Homosexuality; LGBTQIA+; Decriminalization; Privacy; Human Rights.

Sumário: Introdução. 1. Apresentação dos casos. 1.1. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*. 1.2. Caso *Toonen v. Australia*. 1.3. Caso *Lawrence v. Texas*. 2. As principais teses argumentativas presentes nas decisões. 3. As teses argumentativas sob uma perspectiva crítica. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho centra-se na análise crítica de três casos paradigmáticos que versam sobre a possibilidade de se utilizar o direito penal para criminalizar atos sexuais consentidos entre pessoas do mesmo sexo de maneira ampla e irrestrita. Para tanto, foram selecionados os casos *Dudgeon v. Reino Unido*, *Toonen v. Australia* e *Lawrence v. Texas* por serem os primeiros a consolidar, em seus respectivos âmbitos de atuação, a ideia de que o direito à privacidade afasta criminalizações genéricas da homossexualidade e por superarem entendimentos anteriores que não viam nesses tipos penais violações a direitos fundamentais, de modo que acabaram por influenciar cortes de diferentes países e tradições jurídicas quando da análise de questões semelhantes.

Introdutoriamente, importa ressaltar ao leitor que o foco deste artigo diz respeito aos casos em que eram discutidos dispositivos penais que criminalizavam expressamente atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, em especial as relações masculinas.¹ Dessa forma, não se exclui ou se ignora o fato de que o direito em geral, e o direito penal em específico, desde há muito são empregados para discriminar e perseguir minorias sexuais, e não somente por meio de criminalizações como as aqui examinadas. Um exemplo desse tratamento discriminatório pode ser encontrado na história de muitos países europeus,

¹ Aqui, justifica-se essa ênfase, pois, nos três casos analisados, todos os requerentes eram homens que se identificavam como homossexuais. Ademais, sabe-se que, ao longo da história, as relações sexuais masculinas sempre foram mais perseguidas criminalmente, como pode ser constatado pelo fato de que, em dois dos casos analisados, apenas essas relações eram penalmente tipificadas.

que, apesar de permitirem relações sexuais entre homens, estipulavam idades mínimas de consentimento muito superiores às aquelas previstas para relações heterossexuais e entre mulheres.² No entanto, tais investigações extrapolam os limites da presente pesquisa e serão mencionadas apenas a título exemplificativo de algum ponto. Assim, delimitado o escopo deste trabalho, passa-se a contextualizá-lo.

O direito tem como seus principais campos de atuação as diferentes esferas das vidas dos indivíduos, o que acaba também por abarcar aspectos tão particulares e privados como o exercício da sexualidade de cada um. Contudo, a despeito de sua dimensão íntima, o prazer sexual, seja ele exteriorizado ou apenas desfrutado individualmente, é um assunto que ocupa estudiosos dos mais diferentes saberes e autoridades,³ a ponto de existirem múltiplas normativas sobre eles, e no campo jurídico-penal não é diferente.

Ainda hoje, seguindo uma longa e difundida tradição em diferentes países e regimes jurídicos, o direito penal é empregado para proibir condutas relacionadas a pessoas acusadas de exercerem uma sexualidade desviante da heterossexualidade, as quais, dessa forma, se tornam alvos de perseguições truculentas, processos humilhantes e penas cruéis. Exemplos dessa afirmação podem ser encontrados tanto em legislações antigas, como as Ordenações do Reino de Portugal,⁴ quanto em leis vigentes em 70 países membros da Organização das Nações Unidas,⁵ com sanções que variam de penas privativas de liberdade, inclusive com prisão perpétua, a penas de morte – seis Estados, Irã, Arábia Saudita, Iêmen, Nigéria, Sudão e Somália aplicam a pena de morte, e outros cinco, Mauritânia, Emirados Árabes, Quarta, Paquistão e Afeganistão a preveem em seus ordenamentos.⁶

² Este tratamento discriminatório também foi objeto de análise pela Corte Europeia de Direitos Humanos em diferentes casos, como *Sutherland v. Reino Unido* e *L. e V. v. Áustria*.

³ Como explica William Naphy: “The control of sexual activities was of paramount concern to every society from the Renaissance to the Enlightenment no more and no less than to societies and cultures before and since.” NAPHY, 2004, p. 9.

⁴ Faz-se referência, aqui, às Ordenações Afonsinas, de 1446, às Ordenações Manuelinas, de 1521 (em sua versão definitiva), e às Ordenações Filipinas, de 1603. A sodomia era punida com a pena de morte nessas três compilações.

⁵ Desses 70 países, 26 (37% do total) tipificam condutas apenas entre homens, e os outros 44 aplicam as proibições a todos os gêneros. Em 31 Estados, as penas chegam a oito anos de prisão; em 26, a sanção pode ser estabelecida entre 10 anos de encarceramento e a prisão perpétua. MENDOS, 2019, p. 15.

⁶ Ibid., p. 15 e 16.

Essa conclusão aparece exemplificada pelos casos objetos do presente artigo. Como se percebe, são decisões oriundas de diferentes contextos jurídicos – Corte Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”), E.U.A e o Comitê de Direitos Humanos da O.N.U- e com intervalos temporais consideráveis, já que 22 anos separam a primeira e a última decisões. Entretanto, também fica evidente como referidas criminalizações possuem diversos pontos de semelhança, como a utilização de linguagens similares e a falta de definições precisas.

Assim, pode-se perceber que, mesmo nos dias de hoje, o emprego do direito penal para proibir e punir pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo faz parte do cotidiano de milhares de indivíduos, pauta que requer a devida atenção por parte dos agentes políticos e dos operadores do direito. Por conseguinte, este trabalho propõe-se a apresentar criticamente importantes conquistas jurídicas de minorias sexuais, as quais, embora limitadas a ordenamentos jurídicos específicos, podem ser mobilizadas para enfrentar questões semelhantes em outros contextos.

Ademais, não se pode descuidar do fato de que, mesmo em países que já garantem um contexto de maior respeito e direitos a essas minorias, elas podem sofrer novas perseguições e ter seus direitos retirados. Como exemplo, deve-se mencionar os casos de Uganda⁷ e Brunei,⁸ os quais, em 2019, tentaram aplicar a pena de morte a gays, desistindo apenas após fortes pressões internacionais.

Dessa forma, estudar como alguns dos principais organismos de direitos humanos e uma das supremas cortes mais influentes no cenário internacional lidaram com leis que criminalizavam relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo pode auxiliar para

⁷ No caso de Uganda, o país já contava com a previsão de prisão perpétua para aqueles condenados por “conhecimento carnal contra a ordem da natureza”. Contudo, em 2019, o governo tentou introduzir uma nova lei, apelidada de “Mate os Gays” para impor a pena de morte e, ainda, criminalizar o ato de promoção e recrutamento da homossexualidade. A proposta de pena de morte só foi abandonada após pressões externas. Ver: <https://www.dw.com/en/uganda-introduces-kill-the-gays-bill/a-50797504> e <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/10/14/uganda-desiste-de-aplicar-pena-de-morte-para-homossexuais.ghtml>.

⁸ Em Brunei, o sultanato chegou a, de fato, impor a pena de morte por apedrejamento para punir “atos sexuais contra a ordem da natureza”, conduta que já era punida com até dez anos de prisão. Contudo, após pressões externas, o governo decidiu suspender a alteração. Ver: <https://www.bbc.com/news/world-asia-47769964> e <https://www.dw.com/en/brunei-suspends-death-penalty-for-homosexuality-after-backlash/a-48611504>

a formação de raciocínios jurídicos gerais, ou seja, que podem ser aplicados a outros contextos. Ademais, um exame conjunto das referidas decisões também permite uma apreensão crítica da matéria, expondo suas principais semelhanças e diferenças, bem como indicando uma evolução no debate ao longo do tempo.

Pelo estudo das diferentes decisões que se debruçaram sobre a (des)criminalização de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, percebe-se que a noção de privacidade se tornou eixo central na argumentação jurídica para afastar os tipos penais, embora outras linhas de raciocínio estivessem à disposição dos julgadores. Como exemplos de outros argumentos, pode-se pensar na ideia de igualdade, para casos em que pares heterossexuais não estavam sujeitos à perseguição criminal semelhante, ou, até mesmo, a ponderação quanto à necessidade de utilização do direito penal para tratar de uma conduta consentida entre adultos, sem vítimas e em ambientes privados. Por essa razão, o artigo visa a investigar a construção do raciocínio jurídico centrado na privacidade como mecanismo de contenção do *jus puniendi*, bem como a apontar outras argumentações possíveis que foram abordadas ao longo dos casos.

Nesse sentido, primeiramente, serão apresentados, ainda que sucintamente, os casos selecionados para este artigo, em ordem cronológica a partir da data de julgamento. Aqui, serão trazidos os principais dados de cada julgado, como o Estado envolvido, os pleitos formulados pelos requerentes, o ano de julgamento, as leis questionadas e o resultado geral da decisão.

Feitas as apresentações dos casos, serão examinadas as principais teses encontradas nos respectivos julgados, demonstrando a construção argumentativa de cada órgão e pontuando suas semelhanças e diferenças, o que também possibilitará a avaliação da evolução do tratamento dispensado àquele tema. De modo semelhante, serão identificadas as teses que aparecem pontualmente em alguns casos, bem como o impacto que elas tiveram para aquele julgamento em particular.

Na sequência, será feita uma avaliação crítica dessas decisões a fim de destacar os pontos problemáticos, mais especificamente sob a perspectiva das minorias sexuais vítimas das tipificações questionadas. Neste ponto, objetiva-se demonstrar como algumas linhas argumentativas, além de reforçarem estereótipos negativos a elas, garantiram apenas uma proteção parcial e ineficiente, deixando-as vulneráveis a perseguições criminais. Também

são expostos, por meio de um exame comparativo, os limites e alcances dos casos, de modo a verificar se é possível vislumbrar um tratamento mais adequado e benéfico à homossexualidade ou se os problemas tenderam a permanecer nas análises jurídicas ao longo do tempo.

A título de conclusão, após a retomada dos principais argumentos utilizados pelos órgãos julgadores, procura-se mostrar como, apesar de passíveis de críticas, eles foram importantes para a descriminalização de condutas sexuais entre pessoas do mesmo sexo em diferentes países e épocas, e, por conseguinte, ainda hoje podem ser mobilizados para o enfrentamento de questões semelhantes. Também serão destacados os avanços observados desde o pioneiro caso *Dudgeon*, e como novas considerações puderam enriquecer o debate sobre a descriminalização da homossexualidade.

1. APRESENTAÇÃO DOS CASOS:

O presente tópico destina-se a melhor contextualizar o leitor quanto a cada caso específico. Assim, são apresentadas as principais informações sobre as decisões, como a data em que foi proferida, um breve resumo da situação fática que originou o caso, os dispositivos legais questionados e as conclusões gerais do julgamento.

1.1 Caso *Dudgeon v. Reino Unido*:

Em 1976, o Sr. Jeffrey Dudgeon, homossexual assumido, apresentou uma reclamação à Comissão Europeia de Direitos Humanos, a qual julgou pela admissibilidade daquela e a remeteu à CEDH, tendo o caso sido julgado pelo plenário da Corte em 1981.

O caso originou-se depois que, em janeiro de 1976, a casa do requerente foi adentrada pela polícia para o cumprimento de um mandado expedido com base na Lei de Drogas, oportunidade em que foram apreendidos materiais do requerente, como diários, nos quais ele narrava encontros homossexuais. Na posse dessas supostas evidências, o Sr. Dudgeon foi levado à delegacia e foi questionado sobre sua vida sexual por aproximadamente quatro horas e meia. No entanto, após o interrogatório, entendeu-se por não iniciar um

procedimento criminal pela ausência de interesse público, e os materiais foram devolvidos a ele.⁹

Assim, após ter passado por tal situação, o Sr. Dudgeon se insurgiu contra os dispositivos criminais da Irlanda do Norte que o ameaçavam: as seções 61 e 62 do *Offences against the Person Act* ("1861 Act"), que puniam o ato consumado e a tentativa de sodomia, podendo ser aplicadas as penas de prisão perpétua ou de até 10 anos, respectivamente; e a seção 11 do *Criminal Law Amendment Act* ("1885 Act"), que punia com pena privativa de liberdade de até dois anos o cometimento, em público ou privado, de um ato de considerável indecência entre dois homens.¹⁰ Discutia-se também a possibilidade de, no *common law*, uma tentativa ser punida por uma sentença ilimitada.¹¹

Com a admissão do caso pela Comissão, ele foi levado à CEDH para verificar a existência de uma violação ao artigo 8º e ao artigo 14 combinado com o artigo 8º da Convenção. Ao final, a CEDH considerou, por 15 votos a quatro, que houve a referida violação ao artigo 8º e que era desnecessário discorrer sobre possível infração ao artigo 14, por 14 votos a cinco.

Apesar de merecerem uma análise própria, uma vez que expressam com clareza as visões que, por muitos anos, permitiram a manutenção de leis discriminatórias e cruéis contra minorias sexuais, a análise dos cinco votos divergentes foge ao escopo deste trabalho. Assim, em linhas gerais, os quatro votos divergentes podem ser sintetizados como segue: em seu voto, o Juiz Zekia entendeu não haver violação à Convenção;¹² os Juízes Evrigens e Garcia de Enterría consideraram que a suposta violação ao artigo 14 combinado com o artigo 8º deveria ter sido analisada;¹³ o Juiz Matscher consignou que o requerente não era uma vítima, não podendo apresentar uma reclamação à Corte com relação ao artigo 8º, e entendeu não ter havido infração ao artigo 14 combinado com o 8º;¹⁴ e o Juiz

⁹ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 33.

¹⁰ Como ocorre frequentemente com a criminalização desses tipos de atos, os elementos configuradores da conduta delitiva não são definidos em nenhum momento, a exemplo de *considerável indecência*. Contudo, segundo o Comitê Wolfenden, dentro deste conceito geralmente eram enquadrados atos de masturbação mútua, sexo intercrural e sexo oral.

¹¹ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 14.

¹² CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, p. 24.

¹³ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, p. 27.

¹⁴ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, p. 28.

Pinheiro Farinha afirmou que o requerente não poderia ser considerado uma vítima e, por consequência, não poderia haver violação à Convenção.¹⁵

Um quinto voto também divergiu da maioria, porém apenas parcialmente. Assim, o Juiz Walsh entendeu que não houve violação ao artigo 8º, mas seguiu o entendimento quanto à desnecessidade de se discutir a transgressão do artigo 14 combinado com o 8º.¹⁶

Logo, ainda que a decisão não tenha sido unânime, pela primeira vez, no âmbito da CEDH, firmou-se o entendimento de que uma lei não poderia criminalizar genericamente atos sexuais entre dois homens. Dessa forma, o julgamento passou a ser o marco para análises e decisões sobre demandas semelhantes, não apenas no contexto europeu, como pode ser evidenciado a partir de outros julgamentos da própria CEDH, mas no mundo todo, inclusive no caso *Lawrence v. Texas*, como exposto abaixo.

1.2 Caso *Toonen v. Australia*:

Este caso foi levado ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1991, pelo Sr. Nicholas Toonen, ativista e homossexual assumido. Nele, foram discutidos dois dispositivos criminais da Tasmânia, quais sejam as seções 122 (a) e (c) e 123 do Código Criminal tasmaniano.¹⁷ Com base nesses tipos penais, eram criminalizadas relações sexuais tidas como não naturais, contra a natureza e indecentes entre homens.¹⁸

Diferentemente do que ocorreu com os outros dois casos trabalhos no presente artigo, o Sr. Toonen não chegou a sofrer qualquer procedimento criminal com base nos referidos dispositivos, seja pela polícia, seja por outras instâncias penais. Contudo, ele alegou que a

¹⁵ CEDH. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, Sentença de 21 de outubro de 1981, p. 33.

¹⁶ CEDH. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, Sentença de 21 de outubro de 1981, p. 34.

¹⁷ HRC. Caso *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), § 2.2.

¹⁸ Originalmente, as mencionadas seções determinavam:
“Section 122- Any person who (a) has sexual intercourse with any person against the order of nature; (c) consents to a male person having sexual intercourse with him or her against the order of nature, is guilty of a crime. Charge: Unnatural sexual intercourse.
Section 123- Any male person who, whether in public or private, commits any indecent assault upon, or other acts of gross indecency with, another male person, or procures another male person to commit any act of gross indecency upon himself or any other male person, is guilty of a crime. Charge: Indecent practice between male persons.” PURVIS; CASTELLINO, 1997, p. 12 e 13.

mera existência dessa criminalização trazia enormes prejuízos a ele e a outros homossexuais, como o reforço de visões preconceituosas contra a homossexualidade, discriminação no ambiente de trabalho, constante estigmatização e ameaça de violências físicas.¹⁹

Com a submissão e admissão do caso pelo Comitê, deve-se ressaltar que o Estado australiano não questionou sua admissibilidade e, ainda, apoiou quase inteiramente as reclamações formuladas pelo requerente, rebatendo muitos dos argumentos apresentados pelo governo tasmaniano para justificar a manutenção dos dispositivos questionados.

Assim, o Comitê, quase unanimemente, concluiu que as seções discutidas violavam os artigos 2º, parágrafo 1º, e 17, parágrafo 1º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, e entendeu desnecessário analisar se houve violação ao artigo 26. A única divergência foi apresentada pelo Sr. Bertil Wennergren por entender que as disposições questionadas violavam o artigo 26, em conjunto com os artigos 17, parágrafo 1º, e 5º, parágrafo 1º, do Pacto, mas mantendo a necessidade de serem revogadas aquelas disposições.²⁰

Com esse resultado, decisão tornou-se um importante marco afirmativo à proteção de minorias sexuais ao afastar criminalizações de atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo em privado, consolidando, portanto, a ideia de que tais tipificações eram, em verdade, violações aos direitos humanos. Ademais, ela também ainda hoje desempenha um relevante papel por ter consagrado que o termo *sexo*, contido nos artigos 2º e 26 do Pacto, engloba a concepção de orientação sexual.²¹

1.3 Caso *Lawrence v. Texas*:

Neste caso, a polícia foi chamada para atender uma ocorrência envolvendo armas em uma residência e, ao adentrar no domicílio, encontrou o Sr. Lawrence e o Sr. Garner,

¹⁹ Esses argumentos estão presentes em diferentes passagens da decisão. HRC. Caso Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), §§ 2.4, 2.7 e 7.8.

²⁰ HRC. Caso Toonen v. Australia, Individual opinion by Mr. Bertil Wennergren under rule 94, paragraph 3, of the Human Rights Committee's rules of procedure, concerning the Committee's Views on communication No. 488/1992.

²¹ HRC. Caso Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), § 8.7.

ambos requerentes, enquanto mantinham relações sexuais consentidas entre si. Dessa forma, os dois foram presos e posteriormente condenados com base no Código Penal texano que proibia práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo.²²

Antes de apelarem à Suprema Corte estadunidense, os requerentes buscaram invalidar suas condenações diante das cortes locais, porém sem sucesso.²³ Por consequência, eles recorreram à Suprema Corte para questionar o dispositivo do Código Penal texano que criminalizava atos sexuais *desviantes* entre pessoas do mesmo sexo.²⁴ De modo pioneiro, a maioria da corte afastou a possibilidade de interferência estatal para regular a sexualidade de pessoas do mesmo sexo em âmbitos privados, reconhecendo que os requerentes tinham a liberdade para decidir manter relações homossexuais em suas vidas privadas, e anulou seu precedente anterior firmado no caso *Bowers v. Hardwick*,²⁵ porém afastando a análise da questão sob o viés da igualdade, mesmo ressaltando sua ligação com o direito à liberdade.²⁶

Quanto aos votos que não seguiram a maioria, em apertada síntese, a Juíza O'Connor apresentou um voto concorrente por entender que a questão deveria ser analisada pelo ângulo da igualdade, que também revelava a inconstitucionalidade do dispositivo, e que o caso *Bowers v. Hardwick* não deveria ser afastado.²⁷ O Juiz Scalia, por sua vez, seguido pelos Juízes Rehnquist e Thomas, divergiu por considerar constitucional o dispositivo questionado. Em sua argumentação, ele classificou o raciocínio da maioria como produto de uma cultura jurídica que aderiu à *agenda homossexual*, por considerar que a doutrina do *Due Process Clause* impedia a interferência estatal apenas em interesses *fundamentais*, nos quais não entrava a prática da sodomia homossexual. Ele também entendeu que a lei penal poderia ser utilizada para proteger a moral da maioria e que não havia tratamento

²² Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 562 e 563.

²³ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 563.

²⁴ Lê-se do referido dispositivo: "Sec. 21.06. HOMOSEXUAL CONDUCT. (a) A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex. (b) An offense under this section is a Class C misdemeanor."

²⁵ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 558.

²⁶ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 574 e 575.

²⁷ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 579 a 585.

discriminatório, uma vez que qualquer pessoa que se relacionasse com outra do mesmo sexo estaria abarcada pelo dispositivo.²⁸ O Juiz Thomas, por sua vez, apesar de seguir o Juiz Scalia, pontuou que, se fosse um membro do parlamento, votaria por afastar o artigo questionado, porém, enquanto magistrado, não poderia ajudar os requerentes, uma vez que não encontrava um direito geral à privacidade no ordenamento jurídico estadunidense.²⁹

Dessa forma, o caso *Lawrence v. Texas* ainda hoje é tido como um dos casos mais paradigmáticos para o estudo da proteção às minorias no contexto estadunidense.³⁰ Ao revogar o precedente anterior de *Bowers v. Hardwick*, a mais alta instância judiciária do país sinalizou uma nova visão quanto ao papel que deve desempenhar enquanto protetora de direitos constitucionais e quanto às expectativas de respeito e consideração que minorias podem ter em um estado democrático.³¹

2. AS PRINCIPAIS TESES ARGUMENTATIVAS PRESENTES NAS DECISÕES

Feitas as apresentações dos casos, neste tópico serão expostas as principais teses encontradas nas respectivas decisões, demonstrando a construção argumentativa de cada órgão e pontuando suas semelhanças e diferenças, o que também possibilitará a avaliação da evolução do tratamento dispensado ao tema ao longo do tempo. Assim, pôde-se constatar que, nos três casos, a ideia de um direito à privacidade se mostrou central para afastar interferências estatais, inclusive por meio do direito penal e em nome de interesses supostamente nobres, como a defesa da moral. De modo semelhante, também serão identificados os argumentos que aparecem pontualmente em alguns casos, bem como o impacto que eles tiveram para aquele julgamento em particular.

Hodiernamente, sabe-se que nenhum direito pode ser visto como absoluto, o que também inclui o direito à privacidade. Principalmente nos casos *Dudgeon* e *Toonen*, os

²⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 586 a 605.

²⁹ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 605 e 606.

³⁰ Sobre a importância deste e de outros precedentes para o reconhecimento dos direitos de minorias sexuais ver: REPOLÊS e PRATES, 2016.

³¹ Assim, alguns autores chegam a compará-lo, como fez a mídia, ao importante caso *Brown v. Board of Education*. FRANKLIN, 2004, p. 688.

órgãos decisores deixaram claro esse caráter relativo, porém, em ambos, entendeu-se que os motivos mobilizados pelas autoridades para a manutenção dos dispositivos criminais questionados não eram aptos para justificá-la.

Para alcançar tal conclusão, a CEDH analisou (i) se a interferência estava de acordo com a lei; (ii) se ela possuía objetivos legítimos seguindo o artigo 8.2 da Convenção; e (iii) se os dispositivos discutidos eram necessários em uma sociedade democrática.³² Como eles estavam previstos em lei e buscavam a proteção da moral da sociedade, a corte centrou-se na verificação do terceiro requisito. Para tanto, a CEDH entendeu necessidade como uma *necessidade social urgente* (*pressing social need*), explicando que, em um primeiro momento, as autoridades nacionais deveriam avaliar o que se enquadra dentro de tal conceito,³³ a partir da chamada margem de apreciação,³⁴ e que a ingerência estatal deveria ser proporcional ao objetivo almejado.³⁵

Examinando a necessidade de criminalizações genéricas de relações homossexuais, a CEDH destacou a evolução da compreensão quanto à homossexualidade masculina e, com ela, a difusão de maior tolerância na maioria dos Estados membros do Conselho da Europa.³⁶ Nesse sentido, também foi ressaltado que muitos desses países adotaram a visão de que a regulação de práticas homossexuais não deveria mais perpassar o emprego do direito penal por considerações de necessidade e proporcionalidade.³⁷

Quanto ao objetivo de proteção da moral da sociedade, a CEDH afirmou que concepções morais e o medo de que elas seriam colocadas em risco caso houvesse um relaxamento no tratamento dispensado à homossexualidade não justificariam, em si próprios, a interferência na vida privada de outros indivíduos. Por conseguinte, ao analisar o terceiro requisito, a corte entendeu ter havido uma violação ao direito à vida privada por conta do caráter absoluto das tipificações, as quais se mostravam desproporcionais ao objetivo almejado.³⁸

³² CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 43.

³³ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 51.

³⁴ Helfer a define como um campo no qual os Estados possuem maior flexibilidade para se adequarem à Convenção, levando em consideração suas condições individuais. HELFER, 1990, p. 1052.

³⁵ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 53.

³⁶ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 60.

³⁷ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 60.

³⁸ CEDH. Caso Dudgeon v. Reino Unido, Sentença de 21 de outubro de 1981, §§ 61-63.

De modo semelhante, no caso *Toonen*, após firmar o entendimento de que a mera existência dos dispositivos interferiam com a vida privada do requerente, o Comitê passou a analisar se tal intervenção seria válida pelo artigo 17 do Pacto, devendo, para tanto, ser proporcional ao fim buscado e necessária nas circunstâncias do caso.³⁹

Neste ponto, o Comitê rechaçou os argumentos do governo tasmaniano de que tal criminalização seria justificada com base em motivos de saúde pública e de ordem moral. Em primeiro lugar, entendeu que ela não seria proporcional ou razoável para a contenção do contágio de HIV/AIDs, além de não ter sido demonstrada qualquer relação entre a criminalização de relações homossexuais e o controle da transmissão da doença.⁴⁰ Em segundo, o Comitê ressaltou que, em toda a Austrália, leis semelhantes haviam sido revogadas, com exceção da Tasmânia, e que, mesmo lá, os dispositivos não eram aplicados na prática, o que demonstraria não serem essenciais para a proteção da moral. Por conseguinte, entendeu-se que as seções 122 e 123 do código penal não preenchiam os requisitos de razoabilidade e, portanto, interferiam arbitrariamente na vida privada do requerente.

Já no caso *Lawrence*, a noção de privacidade também se mostrou um elemento central para o afastamento da criminalização de relações homossexuais, porém com algumas nuances quando comparado aos outros dois casos. Nele, não se chegou a reconhecer expressamente a existência de um direito autônomo à privacidade, embora ela tenha sido mobilizada pela corte para legitimar a existência de uma esfera de atuação livre da interferência estatal.

Assim, mesmo sem trabalhar com um direito à privacidade propriamente, o órgão julgador entendeu que os dispositivos atacados interferiam em uma conduta humana muito privada e em um local extremamente privativo, a casa dos requerentes.⁴¹ Também se consignou que os requerentes possuíam o direito ao respeito de suas vidas privadas e que o Estado não poderia aviltar suas existências ou controlar seus destinos criminalizando

³⁹ HRC. Caso *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), § 8.3.

⁴⁰ HRC. Caso *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), § 8.5.

⁴¹ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 558.

suas condutas sexuais privadas.⁴² Dessa forma, a corte foi muito clara ao afirmar que o artigo do Código Penal texano não promovia um interesse estatal que justificasse a intrusão na vida pessoal e privada dos indivíduos,⁴³ não havendo respaldo, portanto, para sua manutenção.

Logo, com base nessas três decisões, pode-se perceber a importância que a noção de privacidade teve para que os diferentes órgãos repudiassem a intervenção estatal por meio do direito penal. A partir desta ideia, iniciada com o caso *Dudgeon*, relevantes considerações foram tecidas de modo a consolidar um âmbito de atuação íntimo e particular ao cidadão, no qual este poderia exercer sua sexualidade sem a intervenção estatal, desde que as condutas fossem consentidas, entre adultos e em uma esfera essencialmente privada. Neste sentido, a CEDH chegou a afirmar que o direito à privacidade protegeria uma *manifestação essencialmente privada da personalidade humana*,⁴⁴ entendimento compartilhado no caso *Lawrence*, quando a corte menciona que o estatuto questionado abordava a *conduta humana mais privada* e no local mais privativo, ou seja, o lar das pessoas.⁴⁵

Contudo, outra linha argumentativa também foi apresentada nos três casos, embora sem a mesma ênfase colocada à privacidade, qual seja o direito à igualdade. Entretanto, como indicado mais acima, a despeito da importância e pertinência que um tal direito pode ter quando é discutida a possibilidade de perseguição criminal de um grupo social específico, sua análise foi afastada em todos, ainda que com argumentos diferentes.

No caso *Dudgeon*, por exemplo, entendeu-se não ser necessária sua investigação, uma vez reconhecida a violação ao direito à privacidade.⁴⁶ Como justificativa, a maioria afirmou que essa segunda reclamação já havia sido absorvida pelo reconhecimento da violação ao artigo 8º, que trata do direito à vida privada. Contudo, ao permanecer silente sobre este ponto, a corte acabou licenciando situações de discriminação, como a

⁴² Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 578.

⁴³ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 578.

⁴⁴ CEDH. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 60.

⁴⁵ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 558.

⁴⁶ Importante ressaltar que em seus votos divergentes, os Juízes Evrigens e Garcia de Enterría afirmaram que a violação ao artigo 14, que trata da proibição à discriminação, combinado com o artigo 8º da Convenção Europeia deveria ter sido examinada. CEDH. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, Sentença de 21 de outubro de 1981, p. 27.

manutenção de idades de consentimento diferentes para relações entre homens e entre pessoas de sexos diferentes e mulheres. Por consequência, diversos casos foram levados à corte para discutir esse tratamento discriminatório, como em *Sutherland v. Reino Unido e L. e V. v. Áustria*.

De modo semelhante, em *Toonen v. Australia*, o Comitê adotou posição parecida ao consignar que, tendo sido identificada violação aos artigos 17 e 2º, não havia necessidade de inquirir possível infração ao artigo 26, dedicado ao direito à igualdade, porém sem maiores considerações.⁴⁷ Entretanto, atendendo ao questionamento formulado pelo governo australiano, ainda que sem aprofundar-se no tema, o Comitê consagrou uma importante interpretação ao afirmar que o termo *sexo*, contido nos artigos 2º e 26 do Pacto,⁴⁸ abarcava a noção de orientação sexual, de onde se pode extrair a proibição de discriminação com base nessa característica.

No caso *Lawrence*, a corte também não enfrentou a questão pelo ângulo da igualdade, porém mobilizou uma argumentação diferente daquela das outras duas decisões. Aqui, apesar de admitir que o argumento do direito à igualdade pudesse ser convincente e que a ela mantém uma estreita relação com a garantia à liberdade, a maioria entendeu que abordar a demanda por esse viés manteria a possibilidade de criminalizações semelhantes, porém aplicáveis a qualquer pessoa, e não apenas a relações entre pessoas do mesmo sexo, e ressaltou a importância de se examinar a permanência do precedente do caso *Bowers*.⁴⁹

Tal argumentação parece convincente, uma vez que, de fato, invalidar os dispositivos questionados apenas com base no tratamento igualitário não afastaria criminalizações que não tivessem esse escopo específico, como o artigo do Código Penal texano. Contudo, deve-se ressaltar que essa justificativa não seria válida para casos com dispositivos genéricos, sem limitações de gênero. Esse argumento pode ser exemplificado pelo voto da Juíza O'Connor, a qual, apesar de defender a manutenção do precedente de *Bowers v. Hardwick*, no qual eram discutidas leis genéricas antissodomia, entende que o artigo

⁴⁷ HRC. Caso *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), § 11.

⁴⁸ HRC. Caso *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), § 8.7.

⁴⁹ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 574 e 575.

texano seria inconstitucional por tratar discriminatoriamente pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo sem um interesse legítimo que justificasse tal diferença.⁵⁰

Por fim, no caso *Lawrence*, um importante argumento, construído em paralelo com a ideia de privacidade, diz respeito à liberdade garantida aos indivíduos. Essa linha de raciocínio não se encontra nos outros dois casos, mas se mostrou essencial para a conclusão alcançada pela corte estadunidense.

Assim, a partir do direito à liberdade, insculpido na décima quarta emenda constitucional estadunidense, a corte concluiu que homossexuais possuem o direito de manter suas relações em suas casas e vidas particulares,⁵¹ e que não havia um interesse estatal legítimo que justificasse a intervenção nessa esfera das vidas dos indivíduos.⁵² A maioria também ressaltou que, desde os últimos 50 anos, havia uma maior conscientização no sentido de que a liberdade estendia uma proteção substancial para que adultos decidissem sobre a própria sexualidade em suas vidas privadas, o que já deveria ter sido reconhecido no caso *Bowers*,⁵³ e ainda citou o caso *Dudgeon*⁵⁴ como exemplo desta tendência no mundo ocidental judaico-cristão.⁵⁵

A partir dessas considerações, reconheceu-se que o direito à liberdade estendia a homossexuais o direito de manter suas relações sexuais sem a intervenção governamental, liberdade essa que, no presente caso, envolveria tanto sua dimensão espacial, quanto sua dimensão transcendental, a qual presumiria a liberdade de pensamento, expressão e de certas condutas íntimas.⁵⁶ Em uma importante passagem, a corte destacou que a constituição estadunidense conferia proteção à autonomia individual, consubstanciada em escolhas pessoais, como a concepção da própria existência, e que pessoas em relações homossexuais também podem aspirar a ter autonomia para esse propósito, o que seria obstado pela decisão do caso *Bowers*.⁵⁷

⁵⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 579 e 585.

⁵¹ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 567.

⁵² Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 578.

⁵³ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 571 e 572.

⁵⁴ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 573.

⁵⁵ O voto da maioria, em diferentes passagens, utilizou exemplos de outros países para demonstrar como a recusa em manter leis antissodomia era uma tendência no cenário internacional. Dando grande ênfase à CEDH, citou, além do caso *Dudgeon*, os casos *Modinos v. Chipre* e *Norris v. Irlanda*. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 576 e 577.

⁵⁶ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 562.

⁵⁷ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 574.

3. AS TESES ARGUMENTATIVAS SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

Como exposto anteriormente, a perseguição e discriminação contra minorias sexuais, inclusive por meio do direito penal, são práticas enraizadas em diferentes ordenamentos jurídicos. Mesmo em países que, hoje, se apresentam como defensores da liberdade e dos direitos humanos, podem ser encontrados resquícios de visões preconceituosas e degradantes, que segregam grupos sociais e tratam seus membros como uma segunda categoria de seres humanos.

Nesse sentido, apresentada a linha argumentativa comum aos três casos, centrada na privacidade dos indivíduos, para afastar as criminalizações discutidas, devem ser examinados seus limites e alcances. Ainda que as decisões possam ser vistas como importantes pontos de mudança, alguns aspectos problemáticos merecem ser destacados sob a perspectiva das minorias sexuais. Ademais, por meio desta análise crítica e de um exame comparativo, deve ser avaliado se, com o intervalo de 22 anos que separa a primeira e a última decisões, pode-se vislumbrar um tratamento mais adequado e benéfico à homossexualidade ou se os problemas tenderam a permanecer ao longo do tempo.

Assim, uma primeira crítica, especialmente dirigida ao caso *Dudgeon*, é que, em diferentes passagens, a CEDH pareceu concordar que, em algumas circunstâncias, práticas homossexuais masculinas poderiam ser reguladas pelo direito penal,⁵⁸ mesmo que na esfera privada, sem ter estendido tal consideração a lésbicas e heterossexuais. Neste excerto, fica evidente o entendimento da corte quanto à necessidade legítima de regulação da homossexualidade masculina:⁵⁹

The Court has already acknowledged the legitimate necessity in a democratic society for some degree of control over homosexual conduct notably in order to provide safeguards against the exploitation and corruption of those who are specially vulnerable by reason, for example, of their youth (see paragraph 49 above).

Por conseguinte, pode-se perceber que, mesmo em uma decisão paradigmática para a defesa de minorias sexuais, a corte não afastou o emprego do direito penal para regulá-las, bem como parece defender que o direito à vida privada não seria garantido a homens

⁵⁸ CEDH. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 49.

⁵⁹ CEDH. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, Sentença de 21 de outubro de 1981, § 62.

homossexuais como o é a casais heterossexuais e lésbicas. Um tal entendimento também acaba por reforçar estereótipos negativos com relação a homens que se relacionam com outros, ao colocá-los como um categoria sujeita à necessidade de controle, mesmo que no interior de suas casas, e permitiu a manutenção de situações claramente discriminatórias, como idades de consentimento superiores para relações sexuais entre homens.

Contudo, com o tempo, essa visão parece ter perdido força, tanto no contexto específico da CEDH, quanto em outros ordenamentos. Assim, das decisões de *Toonen* e *Lawrence* não parece ser possível extrair uma defesa de tratamentos desiguais pelo direito penal a relações sexuais exclusivamente entre homens, sendo que, em verdade, pelos raciocínios desenvolvidos em ambas, uma tal distinção não seria tolerada. Ademais, no caso *A. D. T. v. Reino Unido*, julgado pela CEDH em 2000, ela reiterou que a interferência estatal em práticas sexuais cometidas em privado poderia ser justificada, porém sem chamar atenção especial a atos homossexuais.⁶⁰

Uma segunda crítica, e talvez a principal, pode ser estendida aos três casos, qual seja a centralização do afastamento dos dispositivos questionados em uma ideia de privacidade. A começar pelo caso *Dudgeon*, o direito à vida privada foi o norte utilizado pela corte para considerar indevida a intervenção estatal, mesmo argumento empregado em *Toonen v. Australia*. No caso *Lawrence*, a ênfase na dimensão privada dos indivíduos também fica nítida em diferentes passagens, como ao afirmar que homossexuais teriam direito a manter suas relações *nos confinamentos de suas casas e suas vidas privadas*.⁶¹

Dessa forma, ao garantir a proteção contra a intervenção estatal apenas em ambientes privados, as três decisões podem ser acusadas de terem conferido uma proteção limitada, já que, fora desses espaços, as pessoas permaneceriam sujeitas à persecução criminal. Aqui, deve-se ter mente que, em locais como o Reino Unido e a Tasmânia, as tipificações não abarcavam tão e somente atos sexuais consumados, mas também continham conceitos amplos e abertos como *atos de considerável indecência*, além de punirem meras tentativas, o que aumenta a vulnerabilidade a que aquelas pessoas eram submetidas.

⁶⁰ CEDH. Caso A. D. T. v. Reino Unido, Sentença de 31 de outubro de 2000, § 37.

⁶¹ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 567.

Ademais, em contextos tipicamente urbanos, em que a convivência e sobrevivência dos cidadãos perpassa pelo acesso e utilização de espaços não essencialmente privados, sejam eles públicos ou privados de acesso público, as decisões permitiriam que as minorias atacadas permanecessem em uma situação de insegurança. No contexto específico da população LGBT, esse argumento ganha particular relevância, uma vez que, ao contrário de grupos que partilham outros tipos de laços, como étnicos e religiosos, e que podem facilmente encontrar outros membros na própria família e casas, ela teve que criar seus próprios espaços de convivência e socialização, como bares e boates, que, portanto, não estariam abarcados como espaços livres da intervenção estatal.¹ Consequentemente, conferir uma proteção que se limita a espaços essencialmente privados é insuficiente não apenas em si, mas também quando são consideradas as particularidades do grupo atacado.

Outro ponto que merece ser destacado é que, ao consagrar como espaço de proteção por excelência aquele essencialmente privado, como os confinamentos de suas casas, essas decisões acabaram reforçando estereótipos negativos quanto a sexualidades diferentes da heterossexualidade. Como explica Paul Johnson (JOHNSON, 2010, p. 76), essa linha de argumentação reiterou visões de que a homossexualidade era algo a ser regulado em público a fim de prevenir a corrupção e exploração de indivíduos vulneráveis, ao mesmo tempo em que transmitiu a mensagem de que práticas dessa natureza só seriam toleradas se escondidas.² As decisões perpetuam uma visão negativa quanto aos homossexuais e seu “modo de vida”, o qual, para longe de ser aceitável e válido como de seus pares heterossexuais, é algo a ser escondido, praticado fora do alcance do conhecimento de outrem.

Ainda que essa crítica possa ser mais facilmente visualizada no caso *Dudgeon* por conta das exposições e considerações trazidas pela corte, ela também pode ser dirigida aos casos *Toonen* e *Lawrence*. Neste, no entanto, o mais recente dos três, pode-se vislumbrar ao menos uma tentativa de afastar-se uma visão depreciativa da homossexualidade. Assim, em pontos bem delimitados, a maioria entendeu que a liberdade possuía não apenas uma dimensão espacial, mas transcendental também, ao considerar que há esferas das vidas dos

¹ RABINOWITZ, 1995, p. 450 e 451.

² JOHNSON, 2010, p. 85.

indivíduos, fora de suas casas, em que o Estado não deve ser uma presença dominante.³ Entretanto, a despeito dessas considerações que parecem entrever outras conquistas da população LGBT, como o direito ao casamento, no geral, a decisão buscou delimitar seu escopo de validade aos campos privados da vida das pessoas, razão pela qual ainda se pode inferir uma visão prejudicial à homossexualidade.

De modo semelhante, não se pode esquecer que, sob o viés da privacidade, foram afastadas tão e somente as criminalizações genéricas da homossexualidade, mas não as discriminações, como explica Michele Grigolo (GRIGOLO, 2003, p. 1038). Esse tipo de raciocínio fica nítido, por exemplo, quando percebemos a preocupação que atravessa o caso *Lawrence* no sentido de que aquela discussão ficasse restrita à criminalização e não se estendesse a outros âmbitos, como o casamento igualitário.⁴ Logo, se a desaprovação e a condenação moral não seriam suficientes para justificar uma criminalização, deixou-se aberta a possibilidade de elas o serem para legitimar discriminações em outros campos do direito.

Centrados em um direito à privacidade, mesmo os votos vencedores das três decisões ainda são passíveis de críticas, seja por reforçarem estereótipos negativos, seja por não conseguirem conferir uma proteção ampla a um grupo tão marginalizado e perseguido. Apesar de afastarem as criminalizações genéricas, que abarcavam ambientes privados e públicos, as decisões não forneceram os alicerces necessários para impedir o emprego do direito penal para perseguição e discriminação de minorias com base unicamente no critério da orientação sexual, conferindo, portanto, uma proteção ineficiente e limitada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A marginalização de grupos indesejáveis é um fenômeno amplamente difundido no tempo e espaço, e as minorias sexuais, entendidas como aquelas que não seguem um padrão cisheteronormativo, são um claro exemplo dessa tradição social e jurídica. Por séculos, o direito como um todo foi utilizado como instrumento de discriminação,

³ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 562.

⁴ Importa ressaltar a preocupação da Juíza O'Connor no sentido de que seu voto, ainda que favorável aos requerentes, não poderia, ou deveria, ser estendido para outras áreas, como o casamento igualitário. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 585.

sendo que, frequentemente, o campo do direito penal era um dos mais mobilizados para perseguir, excluir e matar aqueles vistos como diferentes.

Não é de se espantar, portanto, que as chamadas leis antissodomia possam ser encontradas desde as Ordenações Afonsinas, no século XV, até em 70 países membros da Organização das Nações Unidas nos dias de hoje.⁵ Como ramo do direito com as consequências mais sérias, pode-se entender as razões que levam governos autoritários a utilizá-lo para a perseguição de minorias que desejam extintas, o que também explica a crueldade das sanções normalmente impostas, como prisão perpétua e pena de morte.

Entretanto, com os avanços sociais e jurídicos dos últimos séculos, deveria ser claro que há muito o pensamento jurídico, principalmente a partir do liberalismo, não mais compactua com a utilização do direito penal desta forma, seja para a criminalização de condições existenciais, seja para aplicação de penas desproporcionais e degradantes. Nesse sentido, diversos mecanismos foram mobilizados para justificar um direito penal mais humanizado e racional, como os princípios da legalidade, da taxatividade e da *ultima ratio*. Ademais, em décadas recentes, outras esferas do direito também passaram a ser utilizadas para limitar o direito penal e garantir que sua aplicação ficasse restrita aos casos realmente necessários, e, entre elas, os direitos humanos têm ganhado grande destaque, inclusive no que toca à proteção de minorias sexuais.

Assim, foram necessários inúmeros sacrifícios e reivindicações para que finalmente conquistas começassem a ser alcançadas, e as três decisões aqui analisadas são materializações dessas vitórias. Por um lado, elas são traduções de um maior compromisso com os ideais democráticos, que, necessariamente, perpassam pela proteção da diversidade humana, e, por outro, elas são exemplos de como os direitos humanos, entre eles a privacidade, impõem limites externos ao direito penal.⁶

⁵ MENDOS, 2019, p. 15.

⁶ Tratando dos princípios do direito penal e sua relação com os direitos humanos, Mariângela Magalhães Gomes assevera que: “Não é por acaso, então, que *os princípios que se solidificaram como limites essenciais para a legitimação do poder punitivo aparecem, igualmente, como alicerces para a fundamentação dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico*. Tais valores iluministas, deduzidos das teses humanitárias então ecoadas, tiveram inquestionável impacto na construção da ciência penal, *servindo como base para o desenvolvimento da própria dogmática e impregnando-se na maioria dos ordenamentos modernos, sempre com uma função de oposição ao poder do Estado, ou seja, no sentido de limitá-lo e diminuí-lo*.” (Grifos nossos). GOMES, 2018, p. 100.

Por todo o exposto, pode-se perceber que o respeito à privacidade e aos ambientes privativos dos indivíduos foi o grande norte que orientou as decisões analisadas. Ainda que outros tipos de argumento estivessem disponíveis, como aquele de *ultima ratio* do direito penal, e outros até tenham sido levantados nos casos, como o direito à igualdade, a privacidade foi a linha argumentativa eleita para conduzir os raciocínios prevalentes.

Esses casos representaram importantes avanços em seus respectivos âmbitos de atuação, pois, conforme mencionado anteriormente, foram os primeiros a enfrentar a possibilidade de criminalizações genéricas de relações sexuais consentidas entre adultos do mesmo sexo e a emitirem um parecer favorável a elas. Dessa forma, eles romperam com o *status quo* que imperava à época de seus respectivos julgamentos para afirmar não apenas a existência de um espaço de atuação individual ao qual o Estado não poderia intervir injustificadamente, mas para reconhecer a homossexualidade como uma alternativa válida e merecedora de respeito.

Ademais, as decisões foram importantes por admitirem como as criminalizações traziam sérias consequências às minorias sexuais, independentemente de serem aplicadas na prática ou não. No caso *Lawrence*, por exemplo, consignou-se que a criminalização de condutas homossexuais promovia a discriminação dessas pessoas, nas esferas públicas e privadas, bem como impunham um estigma considerável a elas.⁷

Contudo, como apontado acima, a despeito da importância que esses casos possuem até os dias atuais, eles são passíveis de críticas. Restringir a proteção contra o direito penal ao espaço essencialmente privado, autorizando o emprego de leis penais em outras circunstâncias, manteve os indivíduos em uma situação de vulnerabilidade, bem como reforçou estereótipos negativos à homossexualidade, vista como algo a ser escondido. De modo semelhante, ao focarem em argumentos quanto à privacidade – somada à liberdade no caso *Lawrence* –, as decisões não enfrentaram importantes mazelas envolvidas no debate, como o tratamento desigual e discriminatório pautado em orientações sexuais.

No entanto, a despeito dessas críticas, deve-se ressaltar a importância concreta que os casos tiveram em seus âmbitos de atuação. Depois de *Dudgeon*, em 1982, houve a descriminalização de atos sexuais privados entre homens maiores de 21 anos na Irlanda do

⁷ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Lawrence v. Texas*, de 26 de junho de 2003, p. 575.

Norte.⁸ O mesmo ocorreu com a Tasmânia, onde, após a decisão do Comitê, em 1997, os dispositivos criminais foram revogados,⁹ e o governo tasmaniano, depois de 20 anos, pediu desculpas às vítimas acusadas com base nesses crimes pelo sofrimento causado.¹⁰ No caso *Lawrence*, por sua vez, embora nem todos os estados estadunidenses que ainda contavam com dispositivos semelhantes tenham os revogado oficialmente, esses passaram a ser considerados inconstitucionais após o julgamento pela Suprema Corte. Ademais, não se pode ignorar o impacto que essas decisões tiveram em outros países, que as utilizaram para afastar dispositivos idênticos, como no caso *Naz Foundation v. Governo de NCT de Deli e outros*, na Índia.¹¹

Logo, as decisões dos casos *Dudgeon*, *Toonen* e *Lawrence* podem ser vistas como verdadeiras pioneiras para a luta de minorias sexuais. Através delas, foi cristalizada a ideia de que direitos fundamentais, em especial à privacidade, merecem especial proteção contra a interferência estatal, principalmente ao lidar com âmbitos tão íntimos como a vida sexual dos indivíduos. Ademais, elas são importantes por terem introduzido os direitos de minorias sexuais no rol de proteção dos direitos humanos, com os casos *Dudgeon* e *Toonen*, e constitucional estadunidense, no caso *Lawrence*, exaltando esses campos do direito como limitadores ao poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

FRANKLIN, Kris. Homophobia and the “Mathew Shepard Effect” in *Lawrence v. Texas*. *New York Law School Law Review*, v. 48, jan. 2004, p. 656-695.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Direitos Humanos: Análise Crítica da Jurisprudência Punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’plácido, 2018.

GRIGOLO, Michele. Sexualities and the ECHR: introducing the universal sexual legal subject. *European Journal Of International Law*, v. 14, n. 5, 1 nov. 2003, p. 1023-1044.

⁸ CEDH. Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, Decisão sobre o artigo 50, §5.

⁹ PURVIS; CASTELLINO, 1997, p. 12.

¹⁰ Nesse sentido, ver: <https://www.abc.net.au/news/2017-04-13/tas-govt-apology-for-laws-criminalising-homosexuality/8443528>. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹¹ Alta Corte de Deli. *Naz Foundation v. Governo de NCT de Deli e outros*, de 02 de julho de 2009.

HELPER, Laurence R.. Finding a Consensus on Equality: The Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human Rights. *New York University Law Review*, v. 65, 1990, p. 1044-1100.

JOHNSON, Paul J. An Essentially Private Manifestation of Human Personality: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. v. 10, n. 1. mar. 2010, p. 67-97.

MENDOS, Lucas Ramon (Org.). *State-Sponsored Homophobia* 2019. 13 ed. Geneva: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association- ILGA, 2019.

NAPHY, William. *Sex Crimes: From Renaissance to Enlightenment*. Grã-Bretanha: Tempus, 2004.

PURVIS, Alexandra; CASTELLINO, Joseph. A history of homosexual law reform in Tasmania. In *University of Tasmania Law Review*, v. 16, n. 1, 1997, p. 12-21.

RABINOWITZ, Clarice B. Proposals for Progress: Sodomy Laws and the European Convention on Human Rights. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 21, 1995 p. 425-469.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. DE BOWERS A WINDSOR: o longo trajeto constitucional da liberdade ao encontro com a igualdade e a diferença. *Espaço Jurídico Journal Of Law [Ejll]*, v. 17, n. 1, 1 jun. 2016, p. 99-130. Universidade do Oeste de Santa Catarina.

GT 6

Criminologia: democratização do sistema de justiça

Apresentação oral

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A OBSTINADA
SELETIVIDADE PENAL**

*THE NON-PERSECUTION AGREEMENT AND THE OBSTINATE
CRIMINAL SELECTIVITY*

Amanda Souza Batista

Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Graduada em Direito pela PUC Minas. Presidente do ICP Jovem.

E-mail: amandasouzab@outlook.com

Resumo: O presente estudo pretende, a partir da criminologia crítica, abordar aspectos do Acordo de Não Persecução Penal, inspirado pelo *plea bargaining* norte-americano, e refletir acerca da justiça negociada que, mesmo que implicitamente, reforça o expansionismo penal e perpetua a seletividade do nosso sistema de justiça. O surgimento dos crimes econômicos ganha destaque na presente reflexão na medida em que altera a vulnerabilidade de alguns sujeitos que, anteriormente não eram alvo do direito penal. No entanto, paradoxalmente a expansão do sistema penal que passa a atingir outras classes sociais daquelas que estamos acostumados, e cria os chamados crimes de “colarinho branco”, nascem com eles, filtros que perpetuam a seletividade penal. Dessa forma, incoerentemente, o sistema se torna legítimo para continuar julgando e condenando as classes mais baixas que praticam os crimes mais comuns e de larga escala. E, nesse panorama, perpassando pelos números dos cárceres, encontramos uma legislação cada vez menos preocupada com o encarceramento em massa que em nada colabora no combate à criminalidade. A partir dessa análise, observamos que o Direito Penal segue segregando e reservando aos vulneráveis a privação de liberdade. Isso porque os dados mostram que os crimes cometidos pela maior parte da população carcerária, são, frequentemente aqueles contra o patrimônio e de tráfico ilícito de entorpecentes que, curiosamente, não se encaixam nos critérios legais exigidos para o oferecimento do acordo. A barganha torna-se uma gerenciadora distinta da criminalidade de acordo com a posição do agente que comete o crime, conforme suas origens, raça,

cor, cultura e status social. Tudo isso sob a falácia do combate ao crime e da eficácia e celeridade de um sistema que nunca funcionou, trazendo à tona a concretização de uma pena desprovida de direitos e uma sociedade cada vez mais totalitária com discursos vazios, preconceituosos e seletivos.

Palavras-chave: direito penal; seletividade penal; justiça negociada; vulnerabilidade; sistema de justiça.

Abstract: The present study intends, based on critical criminology, to approach aspects of the Criminal Non-Persecution Agreement, inspired by the North American plea bargaining, and to reflect on the negotiated justice that, even if implicitly, reinforces the criminal expansionism and perpetuates the selectivity of our justice system. The emergence of economic crimes is highlighted in the present reflection to the extent that it alters the vulnerability of some subjects who, previously, were not the target of criminal law. However, paradoxically, the expansion of the penal system, which starts to reach other social classes of those we are used to, and creates the so-called “white collar” crimes, filters are born with them that perpetuate criminal selectivity. Thus, incoherently, the system becomes legitimate to continue judging and condemning the lower classes who commit the most common and large-scale crimes. And, in this panorama, going through the numbers of prisons, we find legislation that is less and less concerned with mass incarceration, which in no way contributes to the fight against crime. From this analysis, we observe that Criminal Law continues to segregate and reserve the deprivation of freedom for the vulnerable. This is because the data show that the crimes committed by most of the prison population are often those against property and illicit trafficking in narcotics that, interestingly, do not fit the legal criteria required to offer the agreement. The bargain becomes a manager distinct from criminality according to the position of the agent who commits the crime, according to its origins, race, color, culture and social status. All of this under the fallacy of fighting crime and the effectiveness and speed of a system that never worked, bringing to the fore the realization of a penalty without rights and an increasingly totalitarian society with empty, prejudiced and selective speeches.

Keywords: criminal law; criminal selectivity; negotiated justice; vulnerability; justice system.

Sumário: Introdução. 1. Expansionismo penal e suas consequências. 1.1. Surgimento dos crimes econômicos e vulnerabilidade de agentes 2. Influxos do *Plea Bargain* no Brasil 2.1. A Justiça Negociada como Violação aos Direitos e Garantias Fundamentais 3. A Obstinação e Devastadora Seletividade Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Fruto do punitivismo e das perspectivas repressoras que permanecem culturalmente na sociedade brasileira atual, o Estado escancara sua necessidade cada vez maior de reafirmar sua legitimidade por meio de instrumentos supostamente eficazes para a garantia do controle social. Para isso, utiliza de métodos expansivos do sistema penal que encontram suporte nos discursos políticos e em grupos sociais que enxergam na punição um meio de defesa de seus próprios interesses (SILVA-SANCHEZ, 2001).

Exemplo disso é a denominada Lei Anticrime, lei 13.964 promulgada no dia 24 de dezembro de 2019, proposta pelo, até então, ministro da justiça Sergio Moro. A lei que trouxe inúmeras alterações na legislação brasileira, tem como objetivo a eficácia no combate ao crime, fazendo jus ao nome.

Apesar de trazer algumas mudanças positivas, a nova lei traz também formas de recrudescimento penal.

No entanto, o presente estudo pretende, a partir da criminologia crítica, abordar aspectos do Acordo de Não Persecução Penal, inspirado pelo *plea bargaining* norte-americano, e refletir acerca da justiça negociada que, mesmo que implicitamente, reforça o expansionismo penal e perpetua a seletividade do nosso sistema de justiça.

• O expansionismo penal e suas consequências

Podemos considerar a justiça negociada e o acordo de não persecução como consequências indiretas do surgimento de novos crimes e isso se dá porque, em sentido contrário ao princípio da intervenção mínima, tem-se uma crescente vertente tendente a um direito penal máximo, pautado no movimento Lei e Ordem e nascido nos Estados Unidos, que entende ser necessária uma maior efetivação do direito penal e, para isso, investe na criação de novos tipos penais e no recrudescimento das penas. E é a partir do

surgimento desses novos tipos que nasce a necessidade da barganha em nome de uma celeridade processual.

Esta corrente, claramente presente em algumas alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, visa a maximização do uso do direito penal repressor ao entender que o controle da violência apenas será exercido com uma punição “adequada”.

Essa linha de pensamento busca tranquilizar o “cidadão de bem”, com a ampliação das leis e penas e, até mesmo, uma forma mais rude de tratamento despendido àquele que cometer algum ato delitivo, com a consequente criação de um estereótipo de um indivíduo sem direitos e garantias processuais.

Ademais, o movimento globalizado trouxe consigo a insegurança social, que induziu de certa forma o cidadão a questionar e a cobrar políticas de segurança. Em face destes desdobramentos observamos a expansão do direito penal, bem como a consequente ampliação para outros setores. Esse efeito de expansão se torna passível de questionamentos sobre a sua efetividade, legitimidade e quanto ao seu caráter sancionatório.

Outrossim, à título de exemplo, o questionamento chega além, a ponto do direito penal ser analisado sob a ótica de ordenamento garantidor da segurança e, em contrapartida, um ordenamento de liberdade.

Quanto à magnitude dos riscos, atuais e futuros, restam dúvidas se eles podem ou não ser previstos e prevenidos, resultando na seguinte dicotomia: pede-se ao direito penal que seja um “ordenamento de liberdade”, limitativo dos poderes do Estado na intervenção junto da sociedade, porque esta é a melhor forma de proteção dos direitos dos cidadãos; em contrapartida, pede-se que seja, igualmente, um “ordenamento de segurança”, exigindo-se do direito penal que amplie os poderes do Estado, em nome da proteção, advindos destes novos riscos sociais. (GUZELLA, 2008, p. 3073).

No que diz respeito à ampliação dos institutos penais, e aqui se entende quanto à definição do delito até a aplicabilidade da pena, a expansão do Direito Penal se dá em outros ramos do ordenamento jurídico. D’Ávila (2012) ilustra:

O surgimento de novas área de interesse social, como o meio ambiente, a genética, a informática e a economia, muitas vezes associados ao fenômeno da globalização e da transnacionalização dos fatos sociais, inaugurou novos espaços de regulação jurídica, para os quais o Estado se vale também do direito penal

como instrumento de solução de conflitos. E, nesse contexto, há uma natural expansão do direito penal. (2012, p.46).

Contudo, essa expansão acarreta um aparente conflito, mesmo que seja vislumbrada por uma análise dogmática ou de política-criminal, pois aquela em si, não apresenta segurança quanto a questão da qualidade do direito penal. (D'ÁVILA, 2012, p.46).

Portanto, a criação de novos tipos penais encontra barreiras quanto à aplicabilidade da sanção, uma vez que o tipo penal dotado de complexidade acarretará consequentemente o difícil cumprimento do sancionamento “adequado”.

- **Surgimento de crimes econômicos e vulnerabilidade dos agentes**

É fato que o expansionismo penal trouxe inúmeras e profundas transformações sociais, políticas, econômicas e culturais e, dessa forma, podemos observar uma mudança significativa no conceito de crime na atualidade. Neste sentido, temos a criminalização de novas condutas e diversos outros bens tornam-se tutelados.

As transformações sociais, decorrentes da natural evolução da humanidade provocada pelos avanços tecnológicos e pelo desenvolvimento econômico, acabaram por incrementar uma nova forma de criminalidade, cuja ascensão tem exigido a descoberta de novos meios de combatê-la (RIPOLLÉS, 2015, p. 21).

Quanto às razões que deram origem aos crimes econômicos, Fábian Balcarce comenta: “um direito penal econômico, em sentido próprio, só começa a existir quando aparece a necessidade política de uma economia dirigida e centralizada”.

No entanto, paradoxalmente a essa abrangência do sistema penal que passa a atingir outras classes sociais daquelas que estamos acostumados, e cria os chamados crimes de “colarinho branco”, nascem com eles, filtros para perpetuar a seletividade penal.

Dessa forma, incoerentemente, o sistema se torna legítimo para continuar julgando e condenando as classes mais baixas que praticam os crimes mais comuns e de larga escala. E, nesse panorama, perpassando pelos números dos cárceres, encontramos uma legislação cada vez menos preocupada com o encarceramento em massa que em nada colabora no combate à criminalidade.

Nessa perspectiva seletiva, o professor Lázaro Guilherme (2018) nos ensina que “quanto maior for o estado de vulnerabilidade em que se encontra a pessoa, menor será o seu esforço pessoal para ser alcançado pelo punitivismo estatal. O inverso também é verdadeiro.” Segundo ele, pessoas que possuem o grau reduzido de vulnerabilidade demandam um esforço muito maior para se colocar em situação de imposição de pena pelo Estado, sendo essa a premissa da seletividade de um direito penal desigual.

Salo de Carvalho (2013) nos ensina que, ao passo que nos crimes denominados de colarinho-branco a “impunidade” é alta devido ao baixo grau de vulnerabilidade de seus agentes; lado outro, nos crimes grosseiros, existe uma atuação repressiva das agências, já que os atores se enquadram no estereótipo da clientela preferencial do Direito Penal.

Quando a ideia de vulnerabilidade, a probabilidade da criminalização do agente depende, exatamente, de seu grau de vulnerabilidade, atingindo assim a parte hipossuficiente da sociedade que é “controlada” por uma atuação repressiva das agências judiciárias, ao passo que, os crimes de colarinho branco, crimes não considerados hediondos e, quase que necessariamente, praticados por agentes de baixo índice de vulnerabilidade, são os que, geralmente se amoldam perfeitamente ao requisitos previstos nos incisos do artigo que prevê o oferecimento do acordo de não persecução penal.

- **Influxos do *plea bargain* no Brasil**

O acordo de não persecução consolidado pela forte influência do *plea bargain*, tem sua origem em países de sistema *common law*, de influência anglo-saxônica. Sendo amplamente utilizada nos dias atuais, principalmente nos Estados Unidos da América, a *plea bargain* começou a ser observada apenas no século XIX, pois, até então, os julgamentos criminais eram tão simples e céleres que não se fazia necessária a implementação de qualquer outro método (LANGBEIN, 1979).

Grosso modo, a *plea bargain* consiste em uma negociação entre Ministério Público e acusado. O conceito explanado por Pedro Soares de Albergaria (2007) expõe a *plea bargain* como sendo “A negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).”

Complementando o conceito de Albergaria (2007), “*plea bargain* consiste em um processo de negociação através do qual o réu aceita confessar culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado, que pode ser de dois tipos básicos: (1) redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu; e (2) redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação.”

Delimitado o conceito, é importante mencionar que o instituto *plea bargain* consiste em um dos aspectos mais controversos do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América. Em mais de 90% dos litígios americanos ocorre o chamado *plea bargain*, fazendo com que esses processos nem sequer cheguem a um julgamento, ocorrendo, muitas das vezes, a aplicação imediata da pena.

Portanto, o acordo de não persecução consiste num tipo de justiça negociada entre investigado e Ministério Público e poderá ser proposto – vale destacar que este é um poder-dever do Ministério Público e não um direito público subjetivo do investigado – desde que não seja um caso de arquivamento, o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal seja sem violência ou grave ameaça tendo pena mínima inferior a 4 anos.

Cumpridos esses requisitos, algumas condições poderão ser ajustadas cumulativa e alternativamente, conforme redação do art. 28-A da Lei:

- (...) I. reparação do dano ou restituição a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II. renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III. prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do CP;
- IV. pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
- V. ou cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019, art. 28A).

Vale destacar que o acordo viabiliza a concretização precoce do poder punitivo através de uma suposta confissão espontânea do acusado e/ou da incriminação de terceiros em troca de algum tipo de benefício na sanção que receberá.

2.1 A Justiça Negociada como Violação aos Direitos e Garantias Fundamentais

Em nome da celeridade processual, o instituto do acordo de não persecução penal vai além e acaba servindo como justificativa da imposição de punições com a inobservância dos princípios processuais. Ao que diz respeito a essa mão pesada do Estado, Aury Lopes Jr. nos mostra que esse é o caminho para o fim de um processo penal justo:

O excessivo poder – sem controle – do Ministério Público e seu maior ou menor interesse no acordo fazem com que princípios como os da igualdade, da certeza, e da legalidade penal não passem de ideais historicamente conquistados e sepultados pela degeneração do atual sistema. Tampouco sobrevivem nessas condições a presunção de inocência e o ônus probatório da acusação. O processo penal passa a não ser mais o caminho necessário para a pena e com isso o status de inocente pode ser perdido muito antes do juízo e da sentença e, principalmente, sem que para isso a acusação tenha que provar seu alegado. (LOPES JR., 2017, p. 184)

No entanto, infelizmente, em resposta a vontade de reações e soluções imediatas, o processo penal e a mão pesada estatal buscam ganhar velocidade para solucionar seus conflitos, sendo que, para isso, atropela garantias em nome de uma “eficiência estatal” também disfarçada de um viés econômico que acabam justificando a barganha. Fato é que não há como chegar a um bom resultado de forma rápida.

Na velocidade que o mundo se desenvolve, tentar acompanhar seu ritmo, buscando brechas a fim de encontrar saídas “alternativas” que são fruto da supressão de garantias é caminhar na contramão do objetivo do sistema e da justiça. A partir disso, começamos a observar o uso simbólico e a banalização do Direito Penal que, de fato, não são e nunca serão a melhor opção para o combate ao crime de forma legal e justa. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. nos alerta:

Inequivocamente, a urgência é um grave atentado contra a liberdade individual, levando a uma erosão da ordem constitucional e ao rompimento de uma regra básica: o processo nasceu para retardar, para demorar (dentro do razoável, é claro), para que todos possam expressar seus pontos de vista e demonstrar suas

versões e, principalmente, para que o calor do acontecimento e das paixões arrefeça, permitindo uma racional cognição. (LOPES JR., 2010, p. 30)

Deste norte, ressalta-se que esses mecanismos negociais, consequentemente, acarretam graves violações a princípios que regem um devido processo legal e democrático que deveria servir de instrumento de limitação do poder estatal. Mas pelo contrário, percebe-se que a barganha distorce os papéis e a concepção do sistema acusatório que, por sua vez, é caracterizado pela nítida separação entre as funções de julgar, acusar e defender, pela publicidade do processo, pelo papel do réu como sujeito de direitos, pela presunção de inocência, e pela garantia do contraditório, ampla defesa e do até então comentado, devido processo legal.

Assim, a propositura de um acordo nestes termos impossibilita o exercício da defesa, aumenta as chances de condenações injustas e ilegais além de colocar em segundo plano garantias fundamentais.

Segundo Alvim (1999, p. 64), um dos exemplos do princípio do devido processo legal se encontra no princípio *nula poena sine iudicio* – não há pena sem processo –, ou seja, não pode haver sanção penal sem um controle jurisdicional através do processo competente.

Sobre esse princípio, em meio as práticas coercitivas dos que detém o poder e atuam nos aparelhos repressivos estatais em confronto ao princípio da legalidade, o professor Geraldo Prado nos ensina:

O estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio. No Brasil, à luz do inc. LIV do artigo 5.º da Constituição da República, que assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”,⁴ não tem sentido conceber a atuação estatal de verificação da responsabilidade penal de alguém fora das margens instituídas no âmbito da legalidade. (PRADO, 2014, p. 15)

Assim, como os professores Nereu Giacomolli e Vinicius Vasconcellos nos ensinam, os instrumentos da justiça penal negociada, se expandem junto com os processos seletivos de criminalização sem os freios legais processuais. Dessa forma, observamos a ausência de um controle efetivo, fundamental e democrático e a presença, cada vez maior, de traços de autoritarismo em potência. (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1125).

- **A obstinada e devastadora seletividade penal**

É fato que o poder seletivo do Direito Penal está presente nas fases legislativa e judicial. Sabe-se que a seletividade penal tem como clientela preferencial a camada da população distante da vivência real e concreta dos direitos fundamentais.

Sabemos também que o discurso legitimador e simbólico do Direito Penal é um instrumento que, definitivamente, foge à sua função e promessa de redução e combate à criminalidade, proteção dos bens juridicamente tutelados e promoção da sonhada, e utópica, segurança pública.

Ao contrário, o direito penal é devastador, costuma ser mais danoso e letal do que o próprio crime em si e constrói ele mesmo a criminalidade e a reprodução das assimetrias sociais.

Rusche (1976) apresenta duas hipóteses centrais acerca desse contexto, a primeira consiste no dever de qualquer sistema repressivo de se basear na prevenção, tendo como objetivo imediato da pena, dissuadir criminosos em potencial de violarem a lei. Neste norte, esses criminosos pertenceriam às classes subordinadas, e praticariam sobretudo, crimes contra a propriedade.

A segunda é que os meios empregados para concretizar a prevenção variam de acordo com o universo da economia e mercado: “Ensina a experiência que os delitos são cometidos, em sua maior parte, por aqueles que pertencem às classes sobre as quais pesa uma opressão social mais forte.” (RUSCHE, p. 523)

Historicamente, essas classes passíveis de uma opressão social maior formam o objetivo principal do direito penal e suas instituições. E, é a partir das condições dessas classes que a política penal se articula. Portanto, numa perspectiva capitalista, isso significa dizer que as condições dessas classes subordinadas é que determinarão os rumos da política criminal. Alessandro Di Giorgi explica

A estrutura material da sociedade informa a geografia das relações de domínio e subordinação que aí prevalecem e, ao mesmo tempo, acelera o processo de consolidação das instituições sociais que reúnem condições de favorecer a sua reprodução. A história da pena deverá, por conseguinte, tornar-se uma história econômica e social dos aparelhos repressivos que se constituem como dispositivos reguladores das relações de classe. (GIORGI, 2006, p. 38).

E, nas palavras de Rusche a história da pena é

(...) algo mais do que uma história do suposto desenvolvimento particular de uma 'instituição' legal qualquer. Ela é a história das relações [...] que compõem a população, os ricos e os pobres. (RUSCHE, 1976, pag. 528).

Sobre o sistema penal, suas ações repressoras disfarçadas de boas intenções e suas falhas operacionais, o professor Nilo Batista explana:

Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas [...]. O Sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade [...] quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana [...] quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela. (BATISTA, 2007, p. 25-26).

É neste contexto de seletividade que está inserido o Pacote Anticrime, a Lei n. 13.964/19, que introduziu formalmente no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do acordo de não persecução penal que, nada mais é do que uma forte influência do panorama jurídico internacional pautado na premissa de otimizar e acelerar os procedimentos.

A partir da análise dos requisitos para a propositura do referido acordo, observamos que o Direito Penal segue segregando e reservando aos vulneráveis a privação de liberdade. Isso porque os dados mostram que os crimes cometidos pela maior parte da população carcerária, são, frequentemente aqueles contra o patrimônio e de tráfico ilícito de entorpecentes que, curiosamente, não se encaixam nos critérios legais exigidos para o oferecimento do acordo.

A seletividade do sistema de justiça em detrimento do expansionismo penal formam uma importante reflexão ao tratarmos o direito penal e seu uso simbólico social. Se partirmos do pressuposto fático de que através da criação de novos tipos penais e da seleção dos grupos sociais a serem alcançados pelo poder punitivo, nunca chegaremos perto do combate à criminalidade e do aperfeiçoamento de um sistema de justiça, nos atentaremos de que os métodos atuais, definitivamente não se coadunam com as pretensões e objetivos.

Como se não fosse suficiente a impunidade relacionada ao baixo grau de vulnerabilidade dos que ocupam o topo da pirâmide, com a entrada em vigor do acordo de não perseguição, esses agentes dotados de privilégios nunca serão alcançados pelo poder punitivo do Estado, enquanto os mais vulneráveis continuarão a mercê da punição estatal, em especial pelos delitos geralmente cometidos por essa classe mais oprimida socialmente, que, diga-se de passagem, só praticam comumente esses crimes em razão de padrões capitalistas que nós construímos e que estão incrustados na sociedade.

Zaffaroni (2004) delimita os contornos da seletividade penal

Há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a ser exercida de acordo com estereótipos e a recair sobre a criminalização grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, carentes de treinamento de condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal. Isto demonstra que a grande maioria dos criminalizados não o são tanto em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, senão pela forma grosseira deste (obra tosca) e pelas características do agente, que o colocam a alcance do sistema penal. (ZAFFARONI, 2004, p. 37).

Quando a importação americana era apenas uma hipótese, Pierpaolo Cruz Bottini (2019) já demonstrava sua descrença no acordo: “Como um cobertor curto, a ideia aparentemente resolve o problema do tempo processual, mas cria outros maiores. Nos Estados Unidos esse sistema hoje é alvo de intensas críticas por levar muitos inocentes a aceitar as penas propostas diante dos custos financeiros e reputacionais de um processo”.

Langbein explica, nos Estados Unidos,

(...) nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o plea bargaining coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O plea bargaining, assim como a tortura, é coercitivo. (LANGBEIN, 2017, p. 141).

A expansão das ferramentas negociais nos atuais termos em que são inseridas em nosso ordenamento jurídico, transforma o direito penal e perpetua a seletividade do nosso sistema. Isso porque, a barganha torna-se uma gerenciadora distinta da criminalidade de acordo com a posição do agente que comete o crime, conforme suas origens, raça, cor, cultura e status social. Tudo isso sob a falácia do combate ao crime e da eficácia e celeridade de um sistema que nunca funcionou, trazendo à tona a concretização de uma pena desprovida de direitos e uma sociedade cada vez mais totalitária com discursos vazios, preconceituosos e seletivos.

CONCLUSÃO

Através de mecanismos como a introdução da justiça negociada por meio da Lei Anticrime, observamos um sistema penal que seleciona, cada vez mais, a camada da sociedade que pretende punir. Nas palavras de Marcelo Semer (2019), “a sociedade não é destinatária de seus males de modo uniforme”.

Muito além de um controle social, vemos uma miséria ser governada pelo nosso sistema de justiça penal, segundo o Professor Aury Lopes Jr., “desoladora a opção da gestão da pobreza por meio do Direito Penal e não através de políticas públicas. Esse direito que acaba servindo à sociedade com seu papel excludente dos marginalizados”. (2012, p. 22)

Podemos destacar três perspectivas críticas quanto aos mecanismos negociais: 1) a fragilização do ideal de justiça almejado pelo sistema criminal; 2) violação de direitos e garantias fundamentais do acusado e a distorção da essência do processo como limitador punitivo; e 3) a vulnerabilidade como fator determinante de alcance do direito penal.

Constatamos que a introdução da justiça negocial no Brasil acarreta inúmeras violações aos princípios de um processo penal que deveria servir de caminho para a consolidação das premissas de um Estado Democrático de Direito e, nesse sentido, diante das circunstâncias que se dão a perseguição punitiva brasileira, especialmente no tocante à seletividade e à desigualdade, temos consequências extremamente negativas que apenas se agravariam com a expansão dos instrumentos de consenso. (VASCONCELLOS, 2015).

A justiça social, da maneira que deve ser alcançada, requer o apoio estatal de todas as formas e deve ser o fim primeiro de uma sociedade, valorizando a sua importância e relevância na delimitação de inocentes e culpados.

Jean Paul Marat, no final do século XVIII, reconheceu o imperativo de uma sociedade que precisa, antes de impor obrigações, cumprir com as suas próprias:

Se para manter a sociedade é necessário obrigar e respeitar a ordem estabelecida e, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis. (MARAT, 2008, p. 75)

É necessário que o chamado Estado Democrático de Direito combata, em primeiro lugar as formas de violência institucional e estrutural (NUNES, 2012, p. 145), antes de qualquer embate à criminalidade. Afinal, se não devidamente identificado, não há como combater um mal por si mesmo produzido.

A justiça negociada é interessante se servir à todas as classes, mas se for seletiva, pode e deve ser descartada. Portanto, é necessária total atenção às realidades sociais, suas circunstâncias e respectivos conflitos para que a legislação seja adequada, coerente, isonômica e democrática, e não mais um meio de atender interesses das classes dominantes.

Se por um lado não podemos negar que a justiça negociada e a seletividade penal se relacionam de forma negativa, por outro lado, a nossa Constituição tem como paradigma primordial a dignidade da pessoa humana que determina que o Estado deve fomentar a efetivação dos direitos fundamentais, reduzindo o alarmante nível de desigualdade social, para estabelecer uma igualdade material. (GUILHERME, 2018, p. 147).

O reconhecimento dos diversos níveis de vulnerabilidade busca estabelecer um direito penal menos desigual, na medida em que se pode dar contornos dogmáticos eficazes à redução de uma falha estrutural do sistema repressivo, tentando estabelecer padrões de aplicação da lei com a maior possibilidade de isonomia e ética. (LEMOS, 2010, p. 17)

Frente à esse sistema conflitante e em decadência, a vulnerabilidade dessas massas apresenta-se como instrumento de auxílio no desenvolvimento de formas corretivas da

seletividade penal e, ao mesmo tempo denuncia a ineficiência estatal em cumprir com suas obrigações constitucionais.

Quando a análise das vulnerabilidades é considerada e a seletividade penal é reconhecida, desperta-se, tanto para o não corroboramento das desigualdades sociais existentes frutos da negligência do Estado, quanto para a mudança dos pressupostos punitivistas ao situar o problema dos diversos tipos de criminalidade na questão social. (SILVEIRA, 2016, p. 599).

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and It's History.* In *Columbia Law Review*. n. 79. v. 1, 1979.

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BALCARCE, Fabián. *Derecho Penal Económico: Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su Parte General.* CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Córdoba, 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL, 13.964, Lei Anticrime, Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 177.

CRUZ, Pierpaolo Bottini. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de janeiro de 2019, 13h31. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-13/importacao-sistema-plea-bargain-divide-opinio-criminalistas>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal. O problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista eletrônica de Direito Penal*. Disponível em: Acesso em: 10 de maio de 2018.

DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *A Política Criminal na Encruzilhada*. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 3, set.-dez. 2015.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v.12)

G. RUSCHE, "Il mercato di lavoro e l'esecuzione della pena: riflessioni per una sociologia della giustizia penale", trad. it. In *la Questione criminale*, 2, 1976.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. *Coculpabilidade penal: uma questão social*. Belo Horizonte: Editora. D'Plácido, 2018.

GUZELLA, Tathiana Laiz. A Expansão do Direito Penal e a Sociedade de Risco. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13_35_7.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: *Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017.

LE MOS, Clécio José Morandi de Assis. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 210, p. 16-17, maio, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES Junior, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*/Aury Lopes Junior. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARAT, Jean-Paul. *Plano de legislação criminal*. Tradução de João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação*: o conflito de deveres como causa (supra) legal de exculpação no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos/Geraldo Prado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico*: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La expansion Del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. A seletividade do Direito Penal e a teoria da co-culpabilidade. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Org.). *Limites ao poder punitivo*: diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo pena brasileiro. Monografia vencedora do 19º concurso de monografias das ciências criminais. IBCCRIM. São Paulo, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, 2004.

Apresentação oral

**A ADVOCACIA DOS ENCARCERADOS: EM TEMPOS DE
PANDEMIA, QUEM CUIDA DOS INTERESSES POLÍTICOS DOS
QUE NÃO VOTAM?**

*ENCARCERATED'S ADVOCACY: IN THE MIDST OF A PANDEMIC VIRUS,
WHO TAKES CARE OF THE POLITICAL INTEREST OF THE ONES WHO
DO NOT VOTE?*

Beatriz Iuane Santos Silva

Pós-Graduada em Ciências Criminais – Universidade Estácio de Sá. Advogada.

E-mail: beatriziuane@hotmail.com

Bruna Rafaela de Santana Santos

Bacharel em Direito – Universidade Federal da Bahia.

E-mail: brunatos@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise crítica acerca da situação do sistema prisional brasileiro durante o contexto sociopolítico ensejado pela pandemia mundial do novo Coronavírus, a fim de questionar a influência da restrição do direito ao direito ao voto no estabelecimento e concretização do superencarceramento e violação de direitos dos presos. Para isso, a metodologia empregada na presente pesquisa foi a revisão bibliográfica e análise de dados secundários. No intuito de responder a problemática levantada, conclui-se que o Estado Democrático de Direito brasileiro não realiza na prática o sufrágio universal, tendo em vista que permite que uma parcela considerável de sua população deixe de exercer a sua cidadania, o que contribui para a marginalização e o silenciamento desses indivíduos, além de colaborar para a consolidação de um quadro de ausência de políticas públicas específicas e violação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Direito ao voto; Sistema prisional brasileiro; Necropolítica; Pandemia COVID-19.

Abstract: The purpose of this article is to carry out a critical analysis of the situation of the Brazilian prison system during the socio-political context implemented by the world pandemic of the new Coronavirus, in order to question if the established restriction of the right to the right to vote imposed on convicted men and women influences the realization of superencarceration and violation of the rights of prisoners. For that, the methodology used in the present research was a bibliographic review and analysis of secondary data. In order to answer the problem raised, it is concluded that the Brazilian Democratic State of Law does not guarantee universal suffrage, considering that it allows an considerable portion of its population not to exercise their citizenship, which contributes to a scenario of marginalization, the violation of fundamental rights and the absence of specific public policies.

Keywords: Democratic state of law; Right to vote; Prison system; Pandemic of COVID-19;

Sumário: Introdução. 1. O sistema prisional no contexto da Pandemia do COVID-19. 1.1. O impacto na saúde física e psicológica do apenado; 2. O direito ao voto do preso. 2.1. O voto enquanto expressão da cidadania. 3. O Estado Democrático de Direito Brasileiro. 3.1. Expressões do voto: a relevância do voto para o Estado que se diz democrático. 3.2. A relevância do voto para o preso. 4. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus, que não havia ainda sido identificado em seres humanos (OPAS, 2020a). Em 30 de janeiro de 2020, 19 (dezenove) países apresentavam casos da doença, o que levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar que o surto do novo coronavírus como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional –, cuja decisão buscou aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus (OPAS BRASIL, 2020a).

Em 26 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde confirmou o primeiro caso de coronavírus no Brasil (BRASIL, 2020). Em 06 de março de 2020, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) já havia alertado sobre a possibilidade de grandes surtos em locais fechados, como as prisões, além de sugerir ações para conter o vírus após sua introdução, por meio da detecção e isolamento de casos e do rastreamento de contatos e a desaceleração da transmissão por meio de uma abordagem multissetorial (OPAS BRASIL, 2020b). Pouco tempo depois, em 11 de março de 2020, havia mais de 118 mil casos de coronavírus confirmados, em 114 países e 4,2 mil pessoas perderam a vida, o que levou a OMS a enquadrar a COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, como uma pandemia (OPAS BRASIL, 2020c).

Para conter o novo coronavírus, as principais medidas de proteção são a lavagem frequente das mãos com água e sabão; e o distanciamento social (OPAS, 2020a). No entanto, quando se analisa especificamente os dados do sistema prisional brasileiro, torna-se notório que as medidas de prevenção se mostram mais complexas, em especial se considerado o contexto de superencarceramento e insalubridade presente no sistema penitenciário brasileiro.

No entanto, há que se indagar se essa complexidade é derivada de ausência efetiva de recursos ou de ausência de vontade política e estatal. Há muito, correntes doutrinárias diversas alertam que o esquecimento, o abandono e a marginalização são condições peremptórias no que se refere ao cárcere brasileiro, como efeito de um projeto de poder que objetiva realizar um descarte de indivíduos consideráveis indesejados.

Apesar de aparentemente contraditório, esse é um contexto abrigado pelo Estado democrático de Direito brasileiro. Ainda que a Constituição Federal de 1988 estabeleça a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da cidadania como princípios da República, a história do país é marcada pela manutenção de privilégios e pela naturalização de violências.

Dentre as diversas medidas de exclusão, a configuração do sistema penitenciário e as interpretações sobre a participação política do apenado são de especial relevância. No sistema penal, a ausência ou ineficiência de políticas públicas voltadas a proteção da dignidade e dos direitos dos cidadãos privados de liberdade são reflexos característicos da retirada dos seus direitos políticos, que, ausentes, obstam o exercício de direitos sociais.

Assim, o presente artigo busca realizar uma análise crítica acerca da situação do sistema prisional brasileiro durante o contexto sociopolítico ensejado pela pandemia mundial do novo Coronavírus, a fim de questionar a influência da restrição do direito ao direito ao voto no estabelecimento prisional – e, em consequência, a ausência de representação política e advocacia legislativa na propositura de leis e políticas públicas –, e como isso impacta na concretização do superencarceramento e violação de direitos dos presos.

1. O SISTEMA PRISIONAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

De acordo com a World Prison Brief – banco de dados online sobre os sistemas penitenciários em todo o mundo –, o Brasil possui a maior população carcerária da América Latina. Com o total de 748.009 pessoas privadas de liberdade, o país é o terceiro no ranking mundial de nações com mais indivíduos presos em seu território. Apesar disso, o último Anuário de Segurança Pública apontou que o número de pessoas encarceradas no Brasil tem crescido (2020, p. 283).

A demanda do sistema prisional não é acompanhada por um aumento de disponibilidade das vagas nas prisões. Na verdade, o sistema carcerário brasileiro funciona a partir da superlotação – há, aproximadamente, 69% de pessoas a mais do que as vagas existentes. Ao lado disso – e em razão dessas condições – *“as prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos”* (PSOL, p. 2).

De acordo com o último relatório do Sistema Prisional em Números, realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mais de 31% dos estabelecimentos prisionais não possuem assistência médica em suas unidades. Como corolário a isso, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, no contexto prisional brasileiro, a existência de verdadeiro “estado de coisa inconstitucional”, demonstrada pela recorrente omissão do Estado no que se refere à proteção de direitos constitucionalmente garantidos, conforme decisão proferida no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 de 2015.

Nesse sentido, é possível afirmar que o contexto de urgência sanitária e dificuldade de promover a proteção da saúde pública e coletiva das pessoas presas não é recente. Na verdade, o que a pandemia do novo Coronavírus suscitou foi uma rediscussão das condições preexistentes, a partir dos novos desafios ensejados pelo vírus. A expansão da pandemia de Covid-19 pelas favelas, periferias e interiores do Brasil escancarou a perversa desigualdade social e econômica entre as classes sociais, naturalizada e aceita por grande parte da sociedade e das instituições do Estado (FIOCRUS, 2020).

O principal – e único – efeito novo da Pandemia de COVID-19 é a exposição da ilusão de normalidade – esta última, experimentada pelos setores privilegiados da sociedade é, na verdade, uma forma de vida marcada pelo sufocamento das minorias, das quais a população carcerária faz parte. Em verdade, a principal consequência do vírus – a dificuldade respiratória – é condição há muito experimentada por setores inteiros da população, que têm em si imposto uma condição de sufocamento pelo sistema econômico e político adotado pelas sociedades modernas (MBEMBE, 2020, s/p). Especificadamente quanto o sistema penitenciário brasileiro, as condições de cárcere, antes da Pandemia Mundial, eram reconhecidamente responsáveis por facilitar a propagação e surto de doenças infecto contagiosas, tendo em vista que as pessoas privadas de liberdade têm risco de infecção 28 vezes maior que na população em geral (GAMEIRO, 2018), por exemplo. Em consequência, após a propagação irreversível do vírus no país, de acordo com o último Boletim Semanal do CNJ (2020a), a taxa de incidência de casos de COVID-19, entre os presos, manteve-se 70% maior do que a taxa nacional.

Há muito se sabe que a cultura punitivista que leva ao superencarceramento decorre de uma política criminal seletiva e desigual, cujo processo seletivo de criminalização se dá em duas etapas: a primária, exercida pelos agentes políticos (legislativo e executivo) ao sancionar uma lei penal material incriminadora com a sua respectiva sanção; e a criminalização secundária, que é exercida pelos policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários, que são os agentes que decidem quem são as pessoas que devem ser concretamente criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 43-44). Essa seletividade faz com que sejam divulgados massivamente os delitos cometidos pela população mais vulnerável, o que dá a impressão à sociedade de que estes são os únicos delitos cometidos e que estas pessoas seriam as únicas delinquentes. Isso cria um estereótipo de classe e

raça não só para os agentes da criminalização secundária (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, p. 46), como também para a sociedade em geral, que deixa de se importar com essa parcela específica da população, mantendo a sua percepção geral em relação ao cárcere mesmo com o advento do novo Coronavírus.

No caso específico da doença, de especial relevância foi a ação do Conselho Nacional de Justiça, voltada ao enfrentamento dos desafios que a pandemia da COVID-19 ofereceu à população carcerária. Ao início da propagação da doença, o CNJ editou a Recomendação n. 62 (2020b), por meio da qual orienta aos tribunais e aos magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, especialmente em relação às pessoas pertencentes ao grupo de risco. As principais disposições da Recomendação destacam a importância de reavaliar as prisões provisórias e a necessidade de conceder-se saída antecipada e prisão domiciliar a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições definidas pelo Juiz da execução (art. 5º, III); iv) a necessidade de conceder prisão domiciliar à pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19 (art. 5º, IV).

Embora a Resolução tenha sido uma das poucas medidas instauradas pelo Poder Público para proteger a população carcerária no contexto do Coronavírus, ela foi alvo de críticas. A Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade, por meio da ADPF n. 660, questionou a inteireza do ato normativo, sob a alegação de que os seus dispositivos seriam potencialmente ofensivos ao direito individual e coletivo à segurança, incluindo a segurança sanitária, ao direito social à saúde e ao princípio da legalidade. Para a Associação, a adoção das medidas permitirá a soltura em massa, “talvez irreversível”, de milhares de pessoas em todo o país, gerando grave comprometimento da segurança pública, que, tal como a saúde pública, é dever do Estado (STF, p. 15).

Apesar da decisão favorável, em termos gerais, a Recomendação n. 62 do CNJ não foi bem atendida pelos órgãos públicos. De acordo com o levantamento do próprio CNJ (2020c), apenas 32,5 mil pessoas foram retiradas das unidades prisionais nos três primeiros meses de vigência da Recomendação n. 62/2020. Esse número representa 4,8% do total de pessoas em privação de liberdade. Além disso, constatou-se, junto aos governos estaduais, aumento de 800% nas taxas de contaminação nos presídios desde maio, chegando a mais

de 2,2 mil casos. Paradoxalmente, o próprio STF tem desrespeito a Recomendação n. 62 do CNJ, tendo negado mais de 80% dos Habeas Corpus impetrados com base na situação ensejada pela Covid-19.

Ademais, em levantamento realizado até 17 de junho, haviam sido registradas 28,5 mil novas entradas de pessoas no sistema prisional. Há ainda um agravante: 81% dos autos de prisão em flagrante que chegaram ao Judiciário não possuíam informações de saúde dos custodiados quanto à Covid-19 (CNJ, 2020c).

Além disso, foi emblemática a necessidade de ajuizamento de ação judicial, a fim de evitar a realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, a par dos diversos relatos de violência e letalidade policial relatados pelo autor da ação nessas localidades. Por meio da medida cautelar insculpida na ADPF n. 635, requereu-se: (i) a elaboração de plano de redução de letalidade policial; (ii) presença obrigatória de ambulâncias e equipes de saúde nas operações policiais; (iii) instalação de equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.

No bojo da ação judicial, o ministro relator deferiu a medida cautelar incidental pleiteada para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial.

Esse contexto de abandono e ineficiência do Poder Público no que se refere ao combate e prevenção do Coronavírus dentro dos presídios remonta ao conceito de necropolítica, cunhado por Achille Mbembe. Segundo o autor, a expressão máxima de soberania do Estado está no poder de decidir quem pode viver e quem deve morrer. Assim, o necropoder do Estado brasileiro demonstra-se na omissão no que se refere à prevenção da morte de pessoas determinadas, sendo a sua soberania justamente revelada a partir da capacidade de definir quem é “descartável” e quem não é (MBEMBE, p. 41). Assim,

o que se observa é que o contexto da pandemia do COVID-19 serviu para intensificar desigualdade e opressões há muito sentidas por grupos específicos da população brasileira.

1.1 O impacto na saúde física e psicológica do apenado

Como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do Novo Coronavírus, a Portaria n.05 do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Departamento Penitenciário Nacional suspendeu as visitas, os atendimentos de advogados, as atividades educacionais, de trabalho, as assistências religiosas e as escoltas realizadas nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional. De maneira análoga, a Portaria n. 135 do Ministério da Justiça e Segurança Pública sugeriu aos gestores prisionais nos Estados, como medida necessária para a prevenção da disseminação do vírus, a restrição ao máximo da entrada de visitantes, inclusive de advogados.

No caso específico das visitas aos presos, o oferecimento de encontros por videochamadas não contorna os problemas gerados pela incomunicabilidade, tanto porque muitas famílias podem não possuir os meios necessários para que essa comunicação ocorra, como aparelho telefônico e sinal de internet, quanto porque este não é o meio mais adequado e seguro para que as pessoas privadas de liberdade possam fazer qualquer denúncia, caso seja necessário. (p. 22).

A medida é controvertida. Nos termos da Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que tinha como tema a Pandemia e Direitos Humanos nas Américas, qualquer medida que limitasse contatos, comunicações, visitas, passeios e atividades educacional, recreativo ou de trabalho de pessoas privadas de liberdade, deve ser adotado com especial cuidado e após um rigoroso julgamento da proporcionalidade (CIDH, 2020a, p. 16).

Em nota, a CIDH reforçou que qualquer medida excepcional adotada para combater a propagação da COVID-19 deve ser compatível com as obrigações internacionais dos Estados, tendo em vista que a proteção à saúde não pode ser invocada de maneira abusiva, de forma a violar direitos humanos e os princípios de uma sociedade democrática. Desse modo, o Estado, ao impor uma restrição, deve certificar a correspondência da medida com

o princípio da legalidade, além da ausência de meio menos lesivo para alcançar o objetivo em questão (CIDH, 2020b).

Além disso, uma denúncia apresentada por 213 entidades brasileiras à ONU (Organização das Nações Unidas) e à OEA (Organização dos Estados Americanos) sobre a gestão da Covid-19 nos presídios do Brasil, entende que “com a declaração da Pandemia, o estado brasileiro oficializou a incomunicabilidade como a principal Política de combate a COVID-19” (p. 19), tendo em vista é por meio das visitas de familiares, defensores públicos e amigos que os presos relatam as violações de direitos sofridos.

Embora exista uma vedação constitucional à incomunicabilidade do preso, mesmo em Estado de Defesa (art. 136, § 3º, IV, CF), de acordo com o Relatório I do Programa Justiça Presente, foram observadas suspensões de visitas aos presos em 21 das 27 unidades federativas (CNJ, 2020d, p. 17). Esse cenário gerou um superisolamento não voluntário da população prisional, o que também traz consequências à saúde psicológica dos que estão encarcerados (CARVALHO; SANTOS; SANTOS, 2020).

Desse modo, é possível notar como o Estado brasileiro tem se aproveitado da situação em questão, não para fortalecer seus princípios democráticos e constitucionais, pelo contrário, tem se valido de medidas claramente atentatórias à dignidade da pessoa humana.

2. O DIREITO AO VOTO DO PRESO.

De acordo com José Afonso da Silva (2013, p. 349), os direitos políticos são os meios necessários para o exercício da soberania popular. Para fins de classificação, estes ainda podem ser divididos entre os direitos políticos positivos e negativos. Os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político, garantindo o direito de votar, de ser votado, e de exercer as demais participações populares, como o direito de propor ação popular e o de organizar e participar de partidos políticos (SILVA, 2013, p. 252).

A restrição ao direito de participação no processo político, seja de forma definitiva (perda) ou temporária (suspensão) é caracterizada como um direito político negativo, tendo em vista que “consistem no conjunto de regras que negam, ao cidadão, o

direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública” (SILVA, 2013, p. 384).

No Brasil, a restrição ao direito ao voto pelos condenados criminalmente existe desde a Constituição do Império, outorgada em 1824, e manteve-se presente em todas as constituições posteriores. A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã” e considerada um marco no Estado Democrático de Direito brasileiro, estabelece no capítulo de direitos políticos, em seu art. 14, que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e [...] com valor igual para todos”. No entanto, no artigo seguinte, segue a tradição constitucional brasileira no que diz respeito à perda e suspensão dos direitos políticos das pessoas condenadas criminalmente (MIRANDA, 2017, p. 370). Assim, estabelece em seu art. 15, inciso III, que é permitida a suspensão dos direitos políticos em caso de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Conforme elencado por José Afonso da Silva, algumas controvérsias surgiram dessas disposições: parte da doutrina sustentou que, em caso de suspensão condicional da pena, não se suspenderiam os direitos políticos, enquanto outra parcela entendeu que, enquanto durasse o *sursis*, os direitos políticos ficariam suspensos, sendo este último, inclusive, o seu entendimento (2013, p. 388).

De acordo com Teori Zavascki, a norma do art. 15, III tem eficácia plena e aplicabilidade imediata. Assim, a suspensão dos direitos políticos opera-se automaticamente, por caracterizar-se com consequência da condenação criminal. O referido autor salienta tratar-se de preceito extremamente rigoroso, tendo em vista que o constituinte não estabeleceu exceção, havendo a suspensão dos direitos políticos em qualquer condenação criminal, enquanto durarem os efeitos da sentença. Assim, não distingue crimes dolosos dos culposos; condenações a penas privativas de liberdade de condenações a simples penas pecuniárias; crimes de maior ou menos potencial ofensivo ou danoso; além de acarretar a suspensão também para o caso de condenação por contravenção (1994, p. 180).

Em julgamento recente, a jurisprudência do STF reafirmou o obstáculo ao voto dos encarcerados, ao entender, no Recurso Extraordinário 601.182, de 08 de maio de 2019, que a suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III da Constituição Federal é autoaplicável, independentemente, inclusive, da natureza da pena imposta, tendo em vista que essa teria sido a opção do legislador constituinte.

2.1 O voto enquanto expressão da cidadania.

Em geral, justifica-se a suspensão do direito ao voto dos indivíduos condenados criminalmente por meio de argumentos ético-jurídicos, tendo em vista que “o indivíduo que foi condenado em definitivo é presumido inidôneo para participar dos negócios públicos”. Assim, a suspensão dos direitos políticos não é considerada uma consequência da privação de liberdade, como consequência de uma condenação criminal, e sim, um fundamento ético e político (MIRANDA, 2017, p. 372-373).

Esse é também o entendimento de Paulo Bonavides, que, ao argumentar pela possibilidade da restrição do sufrágio universal por motivo de indignidade, preceitua:

“A privação do direito de voto por motivo de indignidade é restrição perfeitamente cabível no sistema de sufrágio universal, representando o rompimento com a ordem política estabelecida daqueles que, pela sua conduta, transgrediram a lei, expressão da vontade geral, e se puseram “em oposição declarada ou mesmo violenta com a massa da opinião sã e estimável”. Consequentemente, “eles próprios se separam do povo”. (BONAVIDES, 2013, p. 254).

Por outro lado, a corrente doutrinária contrária à restrição ao voto dos encarceradas considera que a garantia do sufrágio em uma democracia não decorre da idoneidade moral do indivíduo, e sim da sua própria característica de cidadão, em que a participação popular legitima o exercício do poder (MIRANDA, 2017, p. 374).

Posicionamento análogo é o de Odone Sanguiné (2012, s/p):

“As restrições legislativas ao direito de voto dos condenados configuram uma prática anacrônica e sem justificação, ao menos como regra geral. É mais uma relíquia de uma concepção arcaica da inaptidão moral dos criminosos. Atualmente, o direito de voto não tem nenhuma relação com a questão de saber se o eleitor é um bom ou mau cidadão. [...] Esta concepção elitista, arbitrária e discriminatória, invocada no passado para justificar a exclusão das mulheres, dos pobres ou dos negros, cedeu lugar a uma concepção igualitária do direito de voto”.

Apesar da Constituição Federal apenas proibir o voto dos presos condenados criminalmente por decisão transitada em julgado, apenas em 2010 o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução n. 23.219/2010, que dispõe sobre a instalação de seções eleitorais em estabelecimento penais e em unidades de internação de adolescentes.

Nesse sentido, por 22 anos um contingente considerável de pessoas ficou privada de exercer sua cidadania por omissão do poder público.

A Resolução n. 23.219 estabeleceu em seu art. 1º:

“Art. 1º Os Juízes Eleitorais, sob a coordenação dos Tribunais Regionais Eleitorais, criarão seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, a fim de que os presos provisórios e os adolescentes internados tenham assegurado o direito de voto, observadas as normas eleitorais e as normas específicas constantes desta resolução”.

Para que estas pessoas possam efetivamente votar, basta que os presos que não possuírem inscrição eleitoral regular no município onde funcionará a seção eleitoral, regularize a situação de sua inscrição, mediante alistamento, revisão ou transferência eleitoral (art. 13), até a data estabelecida pelo TSE em cada eleição. Esses serviços eleitorais serão realizados pelos servidores da Justiça Eleitoral, nos próprios estabelecimentos penais e nas unidades de internação, em datas a serem definidas de comum acordo entre a Justiça Eleitoral e os administradores dos estabelecimentos e das unidades (art. 2º).

Desse modo, o voto dos demais presos poderão seguir a mesma logística, não acarretando grandes mudanças ou dispêndios financeiros para que o poder público possa, de fato, instituir essa mudança. De acordo com o Anuário de Segurança Pública (2020, p. 286), o Brasil possui 525.451 presos com condenação definitiva. Adicionando a esse número as pessoas que se encontram em prisão domiciliar, bem como as que estão criminalmente condenadas por penas restritivas de direitos, é notório que um número expressivo de pessoas estão privadas de exercer a sua cidadania.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.

O conceito de Estado Democrático de Direito é, em última instância, uma encruzilhada. Além de encampar diversas definições distintas, a conceituação é frequentemente situada a partir de um contexto histórico específico, por meio do qual são analisados elementos como democracia, representação e cidadania; e atravessada por análises do Estado de Direito e do Estado Social.

A complexidade inerente ao termo decorre da característica transeunte do Estado – entidade determinada por fatores de natureza econômica, política, social e cultural

(ARAÚJO, 2007, p. 16). Na análise de José Araújo, o “Estado moderno” é uma instituição responsável por administrar os interesses comuns da sociedade, marcado pela transição do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista, sob o influxo do mercantilismo. (ARAÚJO, 2007, p. 28).

Em verdade, “o Estado de direito”, derivado do “Estado Moderno” e conhecido como primeiro Estado jurídico, expressa a materialização das revoluções espirituais e racionalistas do século XVIII protagonizadas pela burguesia europeia (BONAVIDES, 2007, p. 42). Em suma, a noção do Estado de Direito nasce a partir de um movimento de secularização do pensamento jurídico, que se propôs a opor-se ao absolutismo do monarca e a incorporar, na ordem jurídica e política, as posições valorativas insculpidas no liberalismo.

Assim, o contexto econômico e político que circunda o Estado de Direito objetiva, primariamente, o controle do uso arbitrário do poder por parte do Estado, conformados no ideal de que o Homem é titular de direitos naturais limitador do arbítrio estatal. A prioridade dessa doutrina voltava-se à vinculação irrestrita da ação do poder do Estado ao Direito.

Com essas bases, esse modelo de Estado preocupou-se em adotar um sistema de controle do poder estatal baseado na separação de poderes e na adoção de direitos de liberdade. Nesse sentido, foram assentadas diversas prescrições legais cujo objetivo era normatizar a maior quantidade de condutas intersubjetivas possíveis (MAIA, 2011, p. 35). Além disso, nas palavras de Enio Silva:

Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. (SILVA, 2005, p. 216).

A concepção de democracia adotada por esse modelo de Estado (ou seja, um Estado de Direita), chamada de procedimental/minimalista, perfilhou pressupostos segundo os quais: i) a democracia constituía-se como mero método de escolha; ii) não existiriam valores democráticos em si mesmos; a democracia se referiria a aceitação de determinadas regras eleitorais, sem que se ratificasse a aceitação de valores (MONTEIRO, 2015, p. 26).

Nesse sentido, a democracia passa a ser encarada como um método de regulação da disputa eleitoral, destituída de finalidade especial. A instituição política mais importante da democracia, seria, assim, a eleição, rejeitando-se qualquer outra forma de obtenção do poder. (BARRETO, 2006, p. 19).

Além disso, nesse Estado de Direito, o conceito de cidadania é relacionado com a participação integral da comunidade (MARSHALL, 1967, p. 62). Assim, todos os indivíduos passam a ser considerados formalmente iguais enquanto portadores de direitos de cidadania (BEDIN, 2002, p. 126).

Não obstante este modelo político institucional ter assentado valiosa contribuição para a noção de representação, direitos individuais e soberania popular, as noções por ele cunhadas foram duramente criticadas nos meados do século XIX. Dentre os argumentos mais suscitados, destacam-se a absolutização da lei, caracterizadora da redução do conceito de Estado de Direito a mero estado de legalidade (SILVA, 2005, 221), a excessiva racionalização do poder e a simplificação da sociedade, que ignorava desigualdades de facto e criava, nas palavras de Bonavides, uma contradição doutrinária (BONAVIDES, 2007, p. 50).

Nas palavras do autor, liberalismo e democracia nem sempre coincidiram e se conciliaram em sua verdade conceitual (BONAVIDES, 2007, p. 52) Enquanto o Estado de Direito manteve-se alheio a problemas sociais, recusando-se a intervir na ordem econômica (MAIA, 2011, p. 35), as exigências de condições mais participativas, consensuais, pacíficas e efetivas de organização tornaram-se cada vez mais proeminentes. De acordo com Bonavides:

Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu delineamento tradicional. (BONAVIDES, 2007, p. 43)

O Estado Social é o resultado de ajustes – estatais e conceituais – das contradições que maculavam o Estado de Direito, em especial com a inclusão da democracia na ordem política jurídica; e da legislação social, securitária e interventiva na ordem econômica (MAIA, 2011, p. 36).

Enquanto o Estado de Direito buscou estabelecer regras jurídicas comuns para limitar o poder estatal, com exacerbada valorização da liberdade, o Estado Social objetivou reverter o intenso quadro de desigualdade social enfrentado prioritariamente pela classe trabalhadora, avançando no reconhecimento de fatores sociais preponderantes à época, como a luta de classes, a expansão dos direitos políticos para trabalhadores, a tendência à universalização do sufrágio e a desestabilização das instituições públicas (SILVA, 2005, p. 223).

Nas palavras de Silva, “o Estado Social caracteriza-se pela afirmação dos direitos econômicos da sociedade e pela realização dos objetivos da justiça social, que seria rotulado de Welfare State” (SILVA, 2005, p. 224)

No âmbito doutrinário, as bases do Estado Social fundavam-se na noção de que a democracia era o caminho indispensável para a consecução dos fins sociais. Por meio da nova conceituação de democracia – que deveria garantir a universalização do sufrágio – poderia haver conciliação de classes e colaboração mútua e livre entre os cidadãos (BONAVIDES, 2007, p. 175).

O que o Estado Social quis propor foi a materialização da democracia material, ou seja, a adoção de uma dogmática que pretende materializar a justiça social (SILVA, 1988, p. 18). Como corolário a isso, à democracia é atribuído valores intrínsecos, fundados nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana (MONTEIRO, 2015, p. 30).

Sob a égide desse segundo marco teórico, a democracia deixa de ser entendida como simples regime político, e passa a constituir-se como um modelo de sociedade caracterizado por uma mentalidade específica. Nesses termos, o sistema político democrático, porquanto baseado na igual liberdade dos indivíduos, subordina-se a um objetivo primário, identificado com um bem moral específico: a dignidade da pessoa humana. (BIELSCHOWSKY, 2011, p. 9336).

Esse grupo teórico aproxima o ideal democrático do ideal constitucional. Partindo do contexto histórico trazido pelo pós guerra na Europa Ocidental, assumem que os direitos fundamentais são o conteúdo da democracia; nesse sentido, a comunidade política haveria de garantir os direitos sociais e abster-se de decidir de forma a afetar os direitos de liberdade. (COELHO, 2004)

A construção desse modelo político foi acompanhado pela evolução da noção de cidadania, que passou a ser entendida como “o processo de construção de um espaço público que propicie os espaços necessários de vivência e de realização de cada ser humano, em efetiva igualdade de condições, mas respeitadas as diferenças próprias de cada um.” (CORRÊA, 2002, p. 221).

A concepção do Estado Democrático de Direito, apesar de preservar os fundamentos jurídicos e os direitos proclamados, não se encaixa nem no primeiro, nem no segundo marco teórico demonstrado. Em verdade, o Estado Democrático de Direito identifica contradições de modelos anteriores, pretendendo superá-los, ao mesmo tempo em que acrescenta à formulação do Estado Moderno um novo conteúdo constitucional, pautado em uma nova forma de legitimação do poder (MORAIS, 1994, p. 47).

Conforme apontado por José Afonso da Silva: “A tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.” (SILVA, 1988, p. 24). Assim, o Estado que se diz democrático e de direito impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública; para além da formação das instituições representativas (SILVA, 1988, p. 20).

Nesse sentido, a realização do Estado Democrático de Direito atravessa a soberania popular e possui como fundamento a efetivação da vontade popular nas decisões políticas fundamentais do Estado; em vez de apenas uma democracia, esse modelo político institucional apregoa a difusão de diversas democracias, em especial a representativa, substantiva, e participativa (SILVA, 2005, p. 228).

Na leitura de Loewenstein (1976, p. 149):

“la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”.

Se os fundamentos do Estado Democrático de Direito são arrimados na efetivação da cidadania e dos direitos fundamentais, é possível afirmar que o contexto histórico político brasileiro representa um desafio para a conceituação. Apesar de a Constituição

Federal de 1988 apresentar o Estado brasileiro como de direito e democrático, a história do país parece apontar para um caminho diferente. O perfil colonizador português engajou-se, por três séculos, na construção de uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia de monocultura e latifundiária, e um Estado absolutista (CARVALHO, 1995, p. 18). Além disso, as décadas de autoritarismo protagonizados pela ditadura militar reduziu o espaço de desenvolvimento de uma cidadania plena, além de empreender violações sistemáticas e institucionalizadas de direitos (CORRÊA, 2008, p. 165).

A cidadania brasileira administra desigualdades, de certa maneira integrando-as em suas instituições para legalizá-las. Segundo lição de Holston, a cidadania brasileira se caracteriza pela sobrevivência de privilégios legalizados e de desigualdades legitimadas. (HOLSTON, 2013, p. 20).

De acordo com o autor:

(...) as leis do progresso são claras: o assassinato gera a civilização e a modernidade; a ilegalidade produz legalidade e direitos. A combinação de genocídio com usurpação cria propriedade, riqueza e nação. Essa visão de progresso nacional promove uma série de personagens e um conjunto de processos que foram resultados de séculos de conflitos fundiários e trabalhistas. Paradoxalmente, essas são também as forças que vão gerar as periferias urbanas e suas cidadanias insurgentes nos cinquenta anos seguintes. (HOLSTON, 2013, p. 196)

Assim, no Brasil, as diferenças sociais, sejam elas de gênero, raça, renda, propriedade, ou outra ordem, são utilizados como forma de distribuição seletiva entre cidadãos e a manutenção de uma desigualdade. Em razão disso, a cidadania, no país, não equipara indivíduos e não cumpre os fundamentos de um Estado Democrático de Direito; em verdade, é utilizado para diferenciar e distanciar (HOLSTON, 2013, p. 23).

As postulações da Carta Magna, inclusive no que se refere à estruturação do país como uma democracia plena, não corresponde à uma efetiva formação democrática. Em verdade, conforme assinala Arantes, o que se observa é uma incompatibilidade substancial entre o conteúdo da Carta de 1988 e os desafios que a nova realidade econômica e política, nacional e internacional, passou a impor ao país (ARANTES, 2006).

Os resultados, em termos de estágio cultural, de uma sociedade escravocrata, analfabeta e agrária, posteriormente transformada em uma massa urbana e deseducada (Cardoso de Mello; Novais, 1998) não refletem um Estado democrático de direito. O que temos, 32 anos após a promulgação da Constituição Federal, são contradições, desigualdades, e agudas exclusões sociais, formalizando um projeto de democracia; uma agenda constituinte (ARANTES, 2006).

3.1 Expressões do voto: a relevância do voto para o Estado que se diz democrático.

Apesar de existirem correntes doutrinárias em contrário, o sufrágio e o voto, em regra, são classificados como direitos públicos subjetivos (PAES, 2015, p. 94).

A definição da natureza jurídica do voto é realizada em cotejo com a classificação de democracia que se pretende adotar no país. No caso do Brasil, o marco dessa classificação é a promulgação da Constituição de 1988, que instituiu um modelo político institucional extremamente peculiar. Nas palavras de Sarmento:

Além dos direitos fundamentais, o outro “coração” da Constituição de 1988 é a democracia. Entre outras medidas, ela consagrou o sufrágio direto, secreto, universal e periódico para todos os cargos eletivos – elevado, inclusive, à qualidade de cláusula pétrea –; concedeu o direito de voto ao analfabeto; erigiu sobre bases pluralistas e liberais o sistema partidário; e consagrou instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Para assegurar a higidez dos pleitos eleitorais, ela manteve a Justiça Eleitoral, existente desde 1932. E garantiu com vigor as liberdades públicas, que são pressupostos diretos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão, de associação e o direito à informação. Não há dúvida, portanto, que ela contém todos os elementos que conformam uma “poliarquia” – ou democracia política –, como eleições livres e periódicas, amplo direito de sufrágio e de concorrer às eleições, possibilidade real de a oposição assumir o poder, liberdade de expressão e de associação política e existência de fontes independentes de acesso à informação pelo cidadão. Porém, a Constituição não se contentou com isso, propondo-se a democratizar não apenas o regime político, como também a esfera das relações sociais, econômicas e culturais – tarefa muito mais árdua e complexa (SARMENTO, 2009, p. 31).

Nesse contexto, o sentido de democracia proclamado pelo constituinte baseia-se tanto nas liberdades públicas quanto nos direitos fundamentais: o sufrágio deve ser universal, garantindo-se a todos o direito de votar e ser votado; e devem ser garantidos o pluralismo, a igualdade e a participação.

Na prática, a interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, evidencia que, com vistas a atingir o exercício pleno do sufrágio universal, devem ser garantidos, além da vontade da maioria, os direitos políticos das minorias, tanto na sua dimensão de participação ativa (direito ao voto), quanto na dimensão da participação eleitoral (NASCIMENTO, 2006, p. 71).

Essa também foi a interpretação delineada por José Afonso da Silva, que considerou a Constituição Federal como modeladora de um novo conceito de cidadania, comprometido com o enriquecimento dos direitos fundamentais do homem, em especial no que se refere aos direitos da população mais carente. Nesse sentido, o autor entende que a cidadania, na Constituição Federal, assumiu um sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos, pois, simultaneamente: i) qualifica os participantes da vida do Estado; ii) estabelece o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal; iii) vincula o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular.

A estruturação política brasileira, cujo enfoque também recai sobre o pluralismo e a participação, busca evitar um risco há muito alertado por John Stuart Mill: o perigo da instituição de governos que visam o benefício imediato da classe dominante, em detrimento do restante da população (MILL, 1981, p. 68).

A restrição do conceito de democracia para um viés estritamente representativo tende a criar e desenvolver a opressão de um grupo pelo outro, fomentando um conflito constante entre as ações dos representantes e as vontades dos representados. Dessa forma, o processo político atende interesses de classe, promovendo a atomização e serialização do eleitorado, além de impedir a formação de uma consciência coletiva (CORVAL, 2015, 257).

Esse perigo é ainda mais evidente no contexto brasileiro. Se, de um lado, o Estado Democrático de Direito do país estabelece como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a vedação a qualquer forma de discriminação, por outro, há, no Brasil, uma mentalidade dominante que sistematicamente nega o direito de minorias (ALBUQUERQUE, 2013, p. 13)

A negação de direitos está umbilicalmente relacionada a negação do direito ao voto e participação política. Por boa parte da história do Brasil, o voto foi censitário,

limitado aos possuidores de uma renda expressiva. Além dessa restrição, fizeram parte da história brasileira restrições ao voto baseadas em idade, gênero, escolaridade, ocupação e raça (NICOLAU, 2002).

Esse contexto gerou um processo diferenciado de formação da cidadania no Brasil. Embora seja comum que a análise da cidadania seja distinta na periferia global, o caso do Brasil é ainda mais particular, tendo em vista a dificuldade de consolidação dos direitos de cidadania de diferentes gerações e aos retrocessos em matéria de reconhecimento de direitos na história do país (QUIRINO, 2018, 23).

Especificamente quanto a participação política, Nascimento elucida, ao menos, três grupos subrepresentados: as mulheres, os portadores de necessidades especiais, e os indígenas. Em relação às mulheres, a discrepância entre a expressão do eleitorado (que representa 51,51% do eleitorado brasileiro) e a representação política feminina (que representa 9% dos integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal) é de especial relevância. No caso dos portadores de necessidades especiais, o autor reforça que a dificuldade enfrentada por esse grupo para exercer sua cidadania de forma plena tem impactado o acesso a políticas públicas inclusivas, inclusive no que se refere a direitos fundamentais básicos. A mesma dificuldade é enfrentada pelos indígenas, que têm maiores probabilidades de serem pobres e de morrerem mais cedo, além de esbarrarem em serviços precários de educação e saúde (NASCIMENTO, 2006, p. 77).

Da mesma maneira, Young aponta:

Poucos negariam que os membros de grupos sociais estruturais menos privilegiados estão sub-representados na maioria das democracias contemporâneas. A desigualdade socioeconômica estrutural com frequência produz desigualdade política e exclusão relativa das discussões políticas influentes. Assim, as pessoas pobres e da classe trabalhadora freqüentemente não têm seus interesses e perspectivas tão bem representados quanto os das pessoas das classes média e alta. Na maior parte dos sistemas políticos, as mulheres ocupam uma pequena proporção dos cargos públicos eleitos, bem como estão relativamente pouco presentes nas posições de poder e influência na vida pública e privada de modo geral. Grupos culturais minoritários e aqueles situados em posições raciais desvalorizadas também costumam carecer de voz política efetiva (YOUNG, 2006, p. 169).

Como consequência dessa sub-representação, a democracia formal tende a reproduzir a desigualdade social e manter as formas de exclusão já estruturados na sociedade

(YOUNG, 2006, p. 170). Além disso, a dificuldade de estruturação de uma participação política plural possui reverberação em, pelo menos, três contextos: na segurança, na antidiscriminação e na democracia.

Em relação a segurança, destaca-se as demonstrações de que *a exclusão de comunidades étnicas minoritárias dos órgãos estatais e do processo de tomada de decisão pública é, de fato, propensa a contribuir para a escalada das tensões étnicas e até mesmo de conflitos étnicos* (QUIRINO, 2018, 38). Assim, a organização política é negativamente afetada com a desigualdade na participação política (QUIRINO, 2018, 38).

Além disso, a questão da participação relaciona-se, de maneira direta, com o princípio da não-discriminação. Embora o ordenamento jurídico pareça imparcial e indistinto, a aplicação de leis pode afetar desproporcionalmente grupos específicos, podendo gerar a exclusão permanente destes na disputa da representação parlamentar e participação ativa na vida política (QUIRINO, 2018, 38).

Por fim, a própria noção de democracia é posta em debate. A legitimidade da organização política, que depende da efetiva participação política de seus membros, não é sustentada quando se demonstra a exclusão estrutural de determinados grupos das instituições estatais (QUIRINO, 2018, 38).

Assim, a ausência de participação política, além de subverter o conceito de democracia, prejudica a efetivação de direitos e fomenta a reprodução de discriminação e desigualdade. A participação política efetiva significa a inclusão plena das pessoas enquanto membro da comunidade – para além do campo eleitoral, incluindo o campo social e econômico (QUIRINO, 2018, 38).

3.2 A relevância do voto para o preso.

Embora todas as funções do voto sejam relevantes para a análise setorializada que propomos, o voto como participação política assume especial relevância quando se trata de pessoas encarceradas.

No contexto penitenciário, temas como superlotação, desvantagens sanitárias/biológicas e condições precárias são recorrentes. De acordo com os dados apurados em

2019 pelo Instituto de Pesquisa de Política Criminal (*Institute for Criminal Policy Research*), o crescimento da população prisional em diversos países (no qual inclui-se o Brasil) não foi acompanhado de investimentos em estrutura ou recursos necessários à satisfação dos parâmetros mínimos de dignidade. Em verdade, o quadro atual é de superlotação das prisões e deterioração dos padrões sanitários, dos cuidados com a saúde, bem estar e segurança (HEARD, 2019, p. 5).

A avaliação internacional do cárcere ratifica que as condições físicas típicas de uma prisão prejudicam o bem estar físico e mental dos presos e dos agentes penitenciários. Dentre as condições comuns das prisões, foram identificados: i) acesso reduzido à luz natural e ar fresco; ii) direta pobre; iii) oportunidades limitadas para exercícios; iv) acesso reduzido a tratamento médico; v) disponibilidade de drogas ilícitas e presença de usuários de drogas; vi) falta de contato com família ou demais redes de apoio; viii) alto níveis de tédio, tensão e desespero. Esses aspectos aumentam não o risco de doenças, violências e maus-tratos, gerando um quadro de estresse psicológico, automutilação e suicídio (HEARD, 2019, p. 7).

A despeito desse cenário, o sistema penitenciário não é matéria discutida no âmbito de construção e desenvolvimento de políticas públicas. No sistema penal, é de pacífico entendimento doutrinário a noção de que não há o fomento ou a implementação de políticas públicas capazes de garantir a manutenção da integridade, da dignidade e dos direitos dos cidadãos privados de liberdade (COSTA; SANTOS, 2015, p. 233).

Ao lado disso, três aspectos devem ser analisados. Em primeiro lugar, é necessário observar que uma análise histórica do sistema penal brasileiro permite afirmar que esse ramo do Direito age em favor dos interesses das hegemonias conservadoras, especialmente no que se refere a gestão e o disciplinamento das classes populares (WERMUTH, 2014, p. 422). Da mesma maneira, Prata e Leite assinalam:

Exsurge, portanto, o Estado contemporâneo, como um reflexo direto do sistema econômico e garantidor imediato das bases produtivas da miséria. Em seu bojo, tornar-se-á mais fácil a percepção da verdadeira natureza do Direito, enquanto “núcleo duro da ideologia burguesa” (ENGELS, KAUTSKY, 2015, p. 10), incumbindo-lhe atuar como mecanismo garantidor e perpetuador do sistema opressivo, tendo o Direito Penal papel central para tanto.

Esse contexto é evidenciado de maneira ainda mais acentuado pelo perfil da maioria da população carcerária. O sistema prisional brasileiro é composto por 95,1% de pessoas do gênero masculino; 50% de pessoas até 29 anos; 66,7% de pessoas negras (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020, p. 304-306); e de pessoas com baixa escolaridade, sendo 51,35% com ensino fundamental incompleto (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017). Assim, na prática, a os presos têm características bem definida quanto à escolaridade, raça, gênero e perfil econômico.

Além disso, o processo político ocorre à margem da participação dos encarcerados que deixam de ser convocados a participar desse processo, ficando à margem da sociedade. Os reflexos da prisão, em si mesmo considerados, atuam na anulação das vontades e dos desejos pessoais, na suspensão dos direitos individuais e a “mortificação do eu”, ou seja, a destituição da identidade pessoal do preso (BARCINSKI; CÚNICO, 2014, p. 64). Nesse sentido, a prisão atua na mitigação da cidadania, na medida em que promove a marginalização, a sistemática violação de direitos e o descrédito nas instituições.

Essa lógica gera um influxo no status jurídico dos presos perante o Estado, o que influi diretamente na consolidação de direitos e deveres de indivíduos. Se é verdade que a posição jurídica do indivíduo perante os Poderes Públicos, se ativa (o status ativo) cria nele uma competência individual para influenciar a formação da vontade do Estado (MENDES, 2010, p. 331-332), igualmente verdadeira é a noção de que o estado de coisas por trás do sistema penal brasileira obsta as suas concepções do preso influam na formação da vontade estatal e, conseqüentemente, na estruturação de políticas públicas específicas.

A doutrina especializada converge nesse sentido. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, a participação não é um instrumento funcional e complementar da democracia, e sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais- (CANOTILHO, 2008, p. 234). Também para Flávia Piovesan, a adoção de políticas públicas está intrinsecamente ligada ao componente democrático de uma sociedade, ou seja, a sua capacidade de garantir os direitos civis e políticos da sua população (PIOVESAN, 2011, p. 210).

Piovesan esclarece a sua tese da seguinte maneira:

O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas (Sen, 2003). Realça ainda Amartya Sen: “The protective power of political liberty reveals that no famine has ever taken place in the history of the world in a functioning democracy” (Sen, 2009, p. 343). Daí a relação indissociável entre o exercício dos direitos civis e políticos e o exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2011, p. 210).

Segundo leciona Angela Davis, a prisão é uma forma da escravidão que continua a existir em instituições contemporâneas (2009, p. 40). Além disso, a privação do direito ao voto às pessoas criminalmente condenadas também possui raízes no período escravocrata (2009, p. 44), pois de maneira análoga a que pessoas de cor não votavam por não serem consideradas cidadãs, hoje os presos não possuem direito ao voto também por não serem considerados cidadãos plenos (2009, p. 44-45). O que se observa é que essa omissão – ou em outras palavras, esse esquecimento deliberado – em relação ao cárcere é também retroalimentada pela restrição ao direito do voto imposta à população carcerária.

Assim, o voto para o preso surge não apenas como uma ferramenta de cidadania, mas caracteriza um instrumento voltado à consolidação de direitos e estruturação de políticas públicas. A participação social, nesse caso, integra o conceito abrangente de democracia, em seu conteúdo emancipatório, plural e revolucionário.

A tendência internacional parece reconhecer esse contexto. Em uma pesquisa realizada por uma organização não-governamental em 45 países, 19 não estabelecem qualquer restrição ao direito de voto do preso. Dentre os países que legislam o tema dessa forma, destacam-se: Áustria, Canadá, Croácia, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Israel, Letônia, Lituânia, Macedônia, Noruega, Sérvia, Eslovênia, Espanha, África do Sul, Suécia, Suíça e Ucrânia (MIRANDA, 2017, p. 378).

4. CONCLUSÃO

No presente estudo, buscou-se demonstrar que manter uma parcela considerável da população brasileira, que, infelizmente, só aumenta a cada ano, privada de uma das

manifestações mais caras ao Estado Democrático de Direito, demonstra ser, na verdade, antidemocrático.

Em derradeiro, à luz da restrição ao voto presente na própria Constituição Federal, o que se tem é uma negação à própria cidadania das pessoas encarceradas, a fim de manter uma política de necropoder, por meio do qual se descartam indivíduos indesejados. Se ninguém advoga pelos interesses dos presos, nem mesmo através da representação democrática, os desprotegidos permanecem esquecidos, ainda que presente uma emergência de saúde pública. Neste contexto, a ineficiência das medidas adotadas pelo poder normativo do Poder Judiciário em relação ao novo Coronavírus revela a sua natureza real. Não se tratou de falta de aplicabilidade das Resoluções ou Portarias; tratou-se de enfraquecimento de um debate ainda inacabado: a afirmação da cidadania efetiva e plena dos encarcerados.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. *O direito das minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do Estado brasileiro*. Revista Quaestio Iuris, v.06, n. 2, p. 11-32, 2013.

Américas devem se preparar para responder a casos importados, surtos e transmissão comunitária da COVID-19. *OPAS Brasil*, 06 mar. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6118:diretora-da-opas-as-americas-devem-se-preparar-para-responder-a-casos-importados-surtos-e-transmissao-comunitaria-do-covid-19&Itemid=812>. Acesso em: 29 out. 2020.

ARANTES, Claudio Gonçalves Couto Rogério Bastos. *Constituição, governo e democracia no Brasil*. RBCS, v. 21, n. 61, p. 41-62, junho 2006.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *O Estado Democrático Social de Direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas*. 2007. 576p. Dissertação (Mestrado no curso de Pós Graduação em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. *Os efeitos (in)visibilizadores do cárcere: as contradições do sistema prisional*. Psicologia, v. 28, n. 2, p. 63-70, 2014.

BARRETO, Leonardo. *Quanto de Quê? O debate teórico e os estudos de democratização*. 2006. 124f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

BEDIN, Gilmar Antônio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia Procedimental e Democracia Substantiva: entre um relativismo axiológico relativo e um absolutismo axiológico absoluto. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 2011, Belo Horizonte. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Tema: Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONFANTI, Lígia. *Eleições: quem são os presos que podem e não podem votar no Brasil*. Justificando. 14 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/14/eleicoes-quem-sao-os-presos-que-podem-e-nao-podem-votar-no-brasil/>>. Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho de 2017*.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional. *Portaria n. 05, de 16 de março de 2020*. Diário Oficial da União, 24 mar. 2020, ed. 57, seção 1, p. 78.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Brasil confirma primeiro caso da doença*, 26 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 660*. Brasília, 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347*, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 09 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 601182 MG*, Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, 08 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635*, Rio de Janeiro, 05 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.219, de 2 de março de 2010*. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232192010.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2020.

CANOTILHO, J.J.G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª edição. Portugal, Coimbra Editora, 2008.

CARDOSO DE MELLO, J. M.; NOVAIS, F. (1998). Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. In: SCHWARCZ, L. M. (Org.). *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras.

CARVALHO, Sérgio Garófalo de; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, p. 3493-3502, Sept. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232020000903493&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 01 out. 2020.

COELHO, Vera Schattan P. (org); NOBRE, Marcos (org). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1ª Edição. São Paulo: Editora 34, 2004.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *81% dos APFs analisados por juízes não possuem informação sobre Covid-19*, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/81-dos-apfs-analisados-por-juizes-nao-possuem-informacao-sobre-covid-19/>>. Acesso em: 05 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Boletim Semanal CNJ Covid-19*, 29 set. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-30.09.20.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ renova Recomendação n. 62 por mais 90 dias e divulga novos dados*, 12 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>>. Acesso em: 01 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Programa Justiça Presente*. Formulário para Monitoramento da Recomendação 62/CNJ Relatório I. Mai. 2020, p. 17. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Relat_Form_Monitoramento_Rec62_1307.pdf>. Acesso em: 02 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 62*. 17 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema Prisional em Números*. Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, 2020.

Coronavirus. *OPAS*, 2020. Disponível: <<https://www.paho.org/pt/topicos/coronavirus>>. Acesso em: 29 out. 2020.

CORRÊA, Darcício. BORTOLOTI, José Carlos Kraemer. *O desenvolvimento e as perspectivas da cidadania no Brasil*. Direito em Debate. Ano XVII, n 29, jan – jun, 2008, p. 147-170.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

CORVAL, Paulo R. dos S. *Democracia Representativa: Revisitando John Stuart Mill*. Revista de Informação Legislativa. Ano 52, n. 206, p. 245-270 abr./jun. 2015.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; SANTOS, Ercolis Filipe Alves. *Políticas públicas e a falência do sistema prisional brasileiro: teses jurídicas 17 e 18 do Procurador-Geral da República PGR, e a imediata intervenção do Poder Judiciário*. Rev. de Pol. Judic., Gest. e Adm. da Jus. Minas Gerais, v.1, n.2, p. 232-251, Jul/Dez. 2015.

Covid e prisões no Brasil: leia íntegra da denúncia enviada à ONU e à CIDH sobre “ação genocida do governo”. *IBCCRIM*, 24 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/627/covid-e-prisoas-no-brasil-leia-integra-da-denuncia-enviada-a-onu-e-a-cidh-sobre-acao-genocida-do-governo>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

DAVIS, Angela Y. *A democracia da abolição: para além do império das prisões e torturas*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

Desigualdade social e econômica em tempos de Covid-19. *Fiocruz*, 13 mai. 2020. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/desigualdade-social-e-economica-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 30 out. 2020.

DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. *Temas aprofundados: Defensoria Pública*. Vol. 1. 2. ed. – Bahia: Juspodivm, 2014.

European Court of Human Rights. *Case of Hrist v. The United Kingdom*. Strasbourg. 2005. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/pdf/001-70442?TID=muaqrkzvrg>>. Acesso em: 02 out. 2020.

Folha informativa COVID-19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. *OPAS*, 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em: 29 out. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário de Segurança Pública 2020*, ano 14, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

GAMEIRO, Nathália. *Fiocruz lança campanha de combate à tuberculose nos presídios*. Fiocruz Brasília, 08 jun. 2020. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-lanca-campanha-de-combate-tuberculose-nos-presidios>>. Acesso em: 30 out. 2020.

HEARD, Catherine. *Towards a health-informed approach to penal reform? Evidence from ten countries*. Institute for Criminal Policy Research, Londres, 2019.

Highest to Lowest – Prison Population Total. *World Prison Brief*, 2020. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 09 nov. 2020.

HOLSTON, James. *Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

La CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente la pandemia COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales. *CIDH*, 17 abr. 2020.

MAIA, Gretha Leite. *Revisitando quatro categorias fundamentais: Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social e Democracia*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 31, n.2, p. 29-41, jul/2011.

MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MBEMBE, Achille. The Universal Right to Breathe, 13 de abril de 2020. Disponível em: <<https://critinq.wordpress.com/2020/04/13/the-universal-right-to-breathe/>>. Acesso em: 01 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: IFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

MIRANDA, João Vitor Silva. Crítica à suspensão do direito político ativo das pessoas condenadas criminalmente. In: *Revice – Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v.2, n.2, p. 365-396, ago./dez. 2017.

MIRANDA, João Vitor Silva. *Crítica à suspensão do direito político ativo das pessoas condenadas criminalmente*. Revice – Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.2, n.2, p. 365-396, ago./dez. 2017.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. *Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa*. 2015. 13f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Estado democrático de Direito e neoliberalismo no Brasil. Algumas interrogações*; Sequência, v. 15, n. 29, p. 46-51, jan 1994.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos Nascimento. *A participação política das minorias*. Revista opinião jurídica, v. 4, n.8, p. 57-86, 2006.2.

NICOLAU, Jairo Marconi. *História do voto no Brasil*. 1ª edição. Rio de Janeiro, J. Zahar, 2002.

OBSERVATÓRIO DIREITOS HUMANOS E CRISE COVID-19. *Cadê o plano de enfrentamento à Covid-19 e garantia de direitos?* Boletim informativo n. 01, Brasil, jun. 2020. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Observat%C3%B3rio-DH-COVID19_Boletim-Junho.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. OPAS Brasil, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812>. Acesso em: 29 out. 2020.

OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. *OPAS Brasil*, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812>. Acesso em: 29 out. 2020.

PAES, Janiere Portela Leite. *A obrigatoriedade do voto no Brasil: avanço ou retrocesso ao estado democrático de direito?*. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 10, n. 3, p. 83-99, set./dez. 2015.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, 26 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul americano*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 3, n. 2, p. 206-226, julho-dezembro 2011.

POMPEU, Ana. *STF nega 81% dos HCs baseados na Recomendação 62, do CNJ, sobre a Covid-19*. Jota, Brasília, 07 ago. 2020. Acesso em: 30 out. 2020.

Questionada recomendação sobre combate à Covid-19 no sistema penal e socioeducativo. *Notícias STF*, 25 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440144>>. Acesso em: 30 out. 2020.

QUIRINO, Luís Jivago de Assis. *Direito à participação política e interseccionalidade: análise da jurisprudência da CIDH e da ECHR sobre a inclusão política de minorias étnicas*. 2018. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

SANGUINÉ, Odone. *Preso Provisório tem direito de participar das eleições*. Site Consultor Jurídico, 27 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-27/odone-sanguine-pres-provisorio-direito-participar-eleicoes#_ftn5_8014>. Acesso em: 01 nov. 2020.

SANTOS, Angélica dos; REIS, Daniely; MATOSINHOS, Isabella. *Os alvos da violência policial e a ADPF 635*. Justificando. 10 set. 2020. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/09/10/os-alvos-da-violencia-policial-e-a-adpf-635/>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SARMENTO, Daniel. *21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988*. Direito Público. Porto Alegre, ano 7, n.30, p.07-41, Nov./dez. 2009.

SILVA, Enio Moraes da. *O Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n. 167, p. 213-229, jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. *O Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. Revista Dir. adm, Rio de Janeiro, 173: 15-34. Jul/set 1988.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª edição. Malheiros editores, 2008.

YOUNG, Iris Marion. *Representação política, identidade e minorias*. Lua Nova, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Políticos: perda suspensão e controle jurisdicional*. Revista de Processo, ano 22, n. 85, jan./mar. 1997, p. 181-189. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176217/000487825.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

Apresentação oral

**CAUSAS DO PERSISTENTE SILENCIAMENTO DAS MULHERES
VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA NO BRASIL: BREVE APROXIMAÇÃO**

*CAUSES OF THE PERSISTENT SILENCING OF WOMEN VICTIMS OF
VIOLENCE IN BRAZIL: BRIEF APPROACH*

Daniela Caramati de Souza Fonseca

Especialista em Segurança Pública e Atividade Policial pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen de Belo Horizonte-MG. Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul de Porto Alegre-RS. Advogada. Feminista. Integrante da Comissão da Mulher Advogada e da Comissão de Assuntos Carcerários, ambas da 12ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais.

E-mail: danielacaramati@hotmail.com

Resumo: Pesquisas, relatórios, mapas, anuários e notícias, evidenciam que a violência faz-se presente no cotidiano das mulheres no Brasil e que, em contrapartida, são poucos os casos que chegam ao sistema de justiça criminal, o que evidencia a existência de um desafio: o de compreender o que leva as mulheres vítimas de violência ao silenciamento. Diante tal indagação, o presente estudo volta o olhar principalmente para a abordagem realizada pela Criminologia Feminista, analisando o etiquetamento feminino e assimilando como historicamente o poder patriarcal e o poder punitivo articularam-se para a custódia das mulheres pela família, na sociedade e pelo Estado. Diante disso, foi primordial pinçar na história, desde o período medieval, as cenas que demonstram tanto a “construção” da mulher como um grupo perigoso de características peculiares, quanto à consolidação de uma “didática” que ultrapassou aqueles tempos, e impulsiona o que se proíbe, o que se julga e como se pune a mulher. As mulheres, nessa perspectiva, foram submetidas a um trabalho obrigatório e gratuito desde a Idade Média e, assim, acabaram sendo caracterizadas como não-trabalhadoras. Nesse processo, foram confinadas, reduzidas, domesticadas no lar, no espaço doméstico, no espaço privado invisibilizado. Expulsas dos espaços produtivos, as

mulheres, portanto, tiveram seu poder político desmerecido e perderam prestígio social. Vital identificar que nesse estudo o feminismo é apresentado como autoridade epistêmica na busca por desnaturalizar as hierarquias sobre corpos, vidas, cotidianos e ações. Assim, diante desse viés de pesquisa, tornou-se factível investigar a origem e a naturalização do silenciamento das mulheres vítimas de violência para além das explicações biológicas, antropológicas e culturais.

Palavras-chave: Violência contra a mulher; Silenciamento; Criminologia; Criminologia feminista.

Abstract: Research, reports, maps, yearbooks and news show that violence is present in the daily lives of women in Brazil and that, on the other hand, there are few cases that reach the criminal justice system, which evidences the existence of a challenge: to understand what leads women victims of violence to silence. In view of this question, the present study looks mainly at the approach taken by Feminist Criminology, analyzing female labeling and historically assimilating patriarchal power and punitive power articulated for the custody of women by the family, in society and by the State. In view of this, it was essential to pinch in history, since the medieval period, the scenes that demonstrate both the “construction” of women as a dangerous group of peculiar characteristics, as well as the consolidation of a “didactic” that went beyond those times, and boosts what is forbade, what is judged and how the woman is punished. Women, in this perspective, were submitted to mandatory and free work since the Middle Ages and, thus, ended up being characterized as non-workers. In this process, they were confined, reduced, domesticated in the home, in the domestic space, in the invisible private space. Expelled from productive spaces, women, therefore, had their political power undeserved and lost social prestige. Vital to identify that in this study feminism is presented as epistemic authority in the search to denaturalize hierarchies about bodies, lives, daily lives and actions. Thus, in view of this research bias, it became feasible to investigate the origin and naturalization of the silencing of women victims of violence beyond biological, anthropological and cultural explanations.

Keywords: Violence against women; Silencing; Criminology; Feminist criminology.

Sumário: Introdução. 1. Os dados da violência contra a mulher no Brasil. 2. A Política Criminal brasileira. 3. A abordagem da Criminologia Feminista. 4. A mulher na Idade Média. 5. A mulher na transição do medievo para o capitalismo. 6. A mulher como corpo-território rebelde. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico destina-se a fazer breves aproximações acerca das causas do persistente silenciamento das mulheres vítimas de violência no Brasil. Isto porque muito se tem falado e noticiado sobre a violência contra as mulheres e, principalmente, em como são altos os índices apurados acerca dessa forma de opressão, mesmo diante um quadro patente de subnotificação. É que ao lado desse elevado índice de violência que tem as mulheres como vítima, existe um baixo índice de providências por parte dessas mulheres, providências essas que são medidas importantes para interromper tal ciclo particular de irascibilidade e para evitar o agravamento dos resultados.

De fato, pesquisas, relatórios, mapas, anuários, bem como notícias, demonstram que a violência está presente no dia-a-dia das mulheres brasileiras. Desde o assédio moral e sexual até o estupro e o feminicídio, diferentes dimensões da violência marcam a vida de mulheres de todas as idades, raças e classes sociais no País.

No entanto, essas mesmas pesquisas, relatórios, mapas, anuários e notícias denunciam que o encaminhamento desse tipo de demanda ao sistema de justiça criminal ainda é de pequena monta, o que leva à persistência do que entendemos ser a espiral da violência contra a mulher que, de forma peculiar, ocorre em ciclos iniciados por agressões verbais naturalizadas e que, com o passar do tempo e a inércia da vítima e do Estado, pode culminar no assassinato de mulheres.

No Estado de Minas Gerais, particularmente na região do Alto Jequitinhonha, o cenário não é diferente, podendo, inclusive, ser agravado pelas condições singulares de baixo índice de desenvolvimento humano (IDH) que refletem a precariedade das condições de vida e subsistência e outros diversos fatores que desencadeiam e agravam a situação de subordinação das mulheres.

Nesse sentido, conclui-se que existe um problema grave, atual e que demanda análise cuidadosa e urgente: compreender o que tem levado o Brasil e, mais precisamente a região do Alto do Vale do Jequitinhonha atendido pela Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher situada na Delegacia Regional de Polícia Civil de Diamantina e pela Comarca de Diamantina do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a apresentar um baixo índice de procura e providências por parte das mulheres vítimas de violência, providências essas entendidas como medidas hábeis a interromper o ciclo de violência que, muitas vezes, se encerra no feminicídio. Portanto, existe um desafio posto na proteção das mulheres em situação de violência que é o de compreender o que leva essas mulheres vítimas de violência ainda ao silenciamento e o que pode ser feito para modificar tal conjuntura.

1. OS DADOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Como mencionado, pesquisas, relatórios, mapas, anuários e notícias, evidenciam que a violência manifesta-se no cotidiano da existência das mulheres no Brasil e que, essas mesmas pesquisas, relatórios, mapas, anuários e notícias denunciam haver pouco direcionamento dessas demandas ao sistema de justiça criminal, o que, consequentemente, leva ao agravamento dos resultados no decorrer do tempo.

No Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil, estudo organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, o país configurou como o quinto no mundo, de um total de oitenta e três, em que se matam mais mulheres. Diante disso, o Brasil apresentou taxa de 4,8 homicídios por cem mil mulheres, ficando atrás apenas de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Federação Russa. Assim, esse é um claro indicador de que os índices no país são excessivamente elevados, o que justifica a importância do tema.

Já o Atlas da Violência 2020, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), nos permite verificar os dados acerca dos homicídios femininos no Brasil referentes ao ano de 2018. Ao todo, 4.519 mulheres foram assassinadas, o que perfaz uma taxa de 4,3 homicídios por cem mil mulheres. Assim, uma mulher foi assassinada a cada duas horas no Brasil no ano de 2018. Além disso, imprescindível pontuar que 68% das vítimas eram negras.

De mais a mais, dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 13, 2019, apontam ainda que, apenas em 2018, mais de 263 mil mulheres procuraram delegacias de polícia para registrar episódios de agressão consistentes em lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica, número que cresceu 0,8% em relação ao ano anterior e que, como cediço, é subestimado, tendo em vista que muitas vítimas têm medo ou vergonha de denunciar.

Quanto à violência sexual, a mais invisível de todas as violências, em 2018 houve um recorde de registros: 66.041, perfazendo o número de 180 estupros por dia no Brasil, crescimento de 4,1% em relação à 2017.

Lado outro, nos parece vital levar adiante abordagens que tenham como centralidade as experiências vividas e declaradas pelas próprias mulheres vitimizadas, tal como ocorreu na segunda edição da pesquisa “Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil”, realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que revelou que a redução dos índices de violência contra a mulher demanda ainda muito a fazer por parte do Estado brasileiro em suas diferentes instâncias, incluindo aqui o sistema de justiça criminal.

Na mencionada pesquisa, quando as mulheres foram questionadas sobre experiências de assédio e violências física e psicológica sofridas ao longo do ano, a proporção de mulheres vitimadas nos levantamentos de 2017 e 2019 se manteve praticamente estável, 28,6% e 27,4% respectivamente. Apesar dessa apontada “estabilização”, tais percentuais significam dizer que 16 milhões de mulheres brasileiras com 16 anos ou mais sofreram algum tipo de violência ao longo do ano de 2018.

No entanto, 52% das mulheres alegam não ter feito nada, o que demonstra o mesmo percentual da pesquisa realizada dois anos antes. Tal informação por si só evidencia que existe um desafio posto na proteção das mulheres em situação de violência: o de compreender o que leva as mulheres vítimas de violência ao silenciamento e, conseqüentemente, o de procurar mecanismos que diminuam ou cessem tal situação de apatia.

Analisando esse “silenciamento” pelo viés da escolaridade da vítima, é possível notar que mulheres com escolaridade mais alta tendem a procurar menos ajuda: dentre as mulheres com ensino fundamental, 47,2% afirmaram não terem feito nada; entre as com

ensino médio, a taxa é de 50,7%, saltando para 58,6% quando se trata de mulheres com ensino superior.

Quanto ao atributo da raça, não parece haver muita diferença entre as mulheres brancas e as mulheres negras: 50,7% das brancas e 52% das negras afirmaram não ter feito nada com relação à violência mais grave sofrida nos últimos doze meses.

No que tange as mulheres que buscaram algum tipo de ajuda, apenas 22,2% procuraram órgãos oficiais, enquanto 29,6% encaminharam-se aos órgãos não oficiais tais como família, amigos e igreja.

Dentre os órgãos oficiais, a Delegacia da Mulher, que oferece atendimento especializado às vítimas de violência, aparece como a principal instituição procurada (10,3%), seguida pelas delegacias comuns (8%), pela Polícia Militar, através do 190 (5,5%), e do Disque 180, que foi procurado em apenas 1% dos casos.

2. A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Não se pode dizer que o Estado brasileiro não está atento aos índices levantados e acima demonstrados. No entanto, é patente que o Brasil adotou a política criminal pautada na repressão e no recrudescimento do tratamento penal despendido aos agressores. O País é marcado pela cultura do punitivismo, inclusive no sentido de reivindicar lei penal como sinal de cidadania.

Nesse sentido, o Brasil já ratificou diversas Convenções Internacionais e promulgou leis e alterações legislativas que tratam do assunto da violência contra as mulheres. Exemplos dessas medidas legais estão na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, comumente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, apelidada de Convenção de Belém do Pará; a Lei n. 11.340/2006, Lei de Violência Doméstica ou Lei Maria da Penha; a alteração do Código Penal por meio da Lei n. 13.104/2015 que criou a figura do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio.

No entanto, os números apontam que a política criminal e as providências legislativas perpetradas pelo país não acarretaram o aumento no número de mulheres que

procuram providências após sofrerem violência, o que faz perdurar a questão do que tem levado essas vítimas ao silenciamento.

3. A ABORDAGEM DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Uma das hipóteses ventiladas por alguns estudos é a de que a mulher é apresentada como inferior ao homem, como aquela que depende dele, sendo essa ideia de inferioridade ensinada e aprendida por gerações (AMORIM, 2019).

Nesse sentido, Bourdieu (2002) enfatiza que tal aprendizagem é eficaz por se manter no essencial e também por ser tácita, velada, silenciosa e naturalizada, fazendo com que o antagonismo existente entre a identidade masculina e a identidade feminina seja repassado por meio de uma disciplina incessante.

Desse modo, há autores, tal como acentua Fernanda Pacheco Amorim (2019), que entendem que a inferioridade feminina é ensinada e aprendida como uma questão praticamente biológica, sendo elas doutrinadas, desde o nascimento, no sentido de serem frágeis, delicadas, impotentes, incompletas, incapazes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas, sensatas e adequadas, permanecendo sob a dominação de alguma figura masculina (pai, padrasto, irmão, cônjuge, companheiro).

Nesse “aprendizado” incuntem, ainda, a ideia de que as mulheres são destinadas à maternidade, à subserviência, à submissão e que não têm habilidade para a vida pública e para decidirem sobre suas próprias existências. Nessa toada, Simone de Beauvoir (2009) afirma que, algumas mulheres experimentam mais vivamente a necessidade de se submeter a um homem, já que não foram ensinadas a gerir sua própria liberdade, sendo essas histórias as que ganham os cinemas e a literatura como grandes narrativas de amor, reforçando a ideia de incapacidade feminina.

Portanto, ser mulher, a partir do que é entendido socialmente por ser mulher – é algo construído desde o momento em que o sexo biológico do feto é descoberto e o destino dessa mulher é, então, de imediato, traçado. Fugir de tal “destino” passa a ser subverter a ordem tida como natural das coisas e exige lutar contra pressões, constrangimentos e expectativas.

Lado outro, existe um olhar interessante sobre essas questões abordado pela conjunção da Criminologia com o Feminismo, a partir do que autores se propuseram, por meio do paradigma feminista, subverter, no campo da criminologia, a forma de pensar os processos de criminalização e vitimização das mulheres.

A Criminologia, no geral, é a ciência ou o saber que elege a questão criminal como seu objeto. E essa questão criminal, por sua vez, é bastante abrangente e multifacetada.

Nesse sentido, a Criminologia é um campo do saber que reúne um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas como que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes (SHECAIRA, 2018).

Então, é de interesse da Criminologia em suas mais variadas vertentes, o autor, a vítima, o controle social da criminalidade, a criminalidade em sentido macro, as estruturas maiores como o capitalismo, a modernidade tardia, a representação mediada da criminalidade que cada vez se torna mais indiscernível da criminalidade em si mesma que tanto contribui para outras compreensões, bem como para o empobrecimento da subjetividade de forma que consome crime como produto.

Diante disso, é perceptível que a Criminologia tem como um de seus objetos de análise a vítima, que foi quase que totalmente menosprezada, durante os últimos séculos, pelo Direito Penal e pelo Direito Processual Penal.

No entanto, é necessário ressaltar que, conforme denuncia Soraia da Rosa Mendes (2017), a maioria dos trabalhos que são encontrados no Brasil sobre a condição feminina, seja como autora de crimes, seja como vítima, encontram-se referenciados em paradigmas criminológicos conformadores de categorias totalizantes, que se distanciam muito do que produziu a epistemologia feminista. Assim, a autora vê a construção de um referencial autônomo que permita compreender os diferentes contextos de vitimização e de criminalização das mulheres sob a perspectiva de gênero como necessária.

Nesse sentido também se coloca Carmen Hein de Campos (2013) ao afirmar que os problemas que as teorias criminológicas propuseram-se a resolver partiam de indagações masculinas, cujas respostas eram generalizadas para as mulheres.

Mendes (2017) pontua ainda, com propriedade, que nos dias atuais, para compreender o etiquetamento feminino, seja como autora, seja como vítima, é preciso assimilar também como historicamente o poder patriarcal e o poder punitivo articularam-se para sua custódia pela família, na sociedade e pelo Estado.

Nesse sentido, mostra-se factível tentar compreender o silenciamento das mulheres vítimas de violência a partir da Criminologia, mais precisamente através da Criminologia Feminista, embora há quem pense diversamente e postule haver ambiguidade e fragmentação nesse campo, questionando a real possibilidade de uma criminologia feminista no Brasil, como faz, por exemplo, Carmen Hein de Campos (2013).

Mesmo reconhecendo que o feminismo impactou fortemente a criminologia, a autora entende que o novo sujeito do movimento feminista não possui mais identidade fixa. É múltiplo, contingente e requer a incorporação de novos sujeitos, das novas populações que ela denomina “populações apagadas da vista” composta por mulheres negras, faveladas, indígenas, lésbicas (CAMPOS, 2013). Assim, a teoria feminista aponta que não existem mais “as mulheres”, mas mulheres em situações concretas de múltiplas opressões, devendo considerar que a violência cometida contra as mulheres está apoiada nas relações hierárquicas de gênero, racistas, classistas e heteronormativas (CAMPOS, 2013).

As autoras Fernanda Martins e Ruth Gauer (2020) destacam que as primeiras aberturas da criminologia ao feminismo ocorreram a partir dos movimentos de contracultura das décadas de 1960/1970 nos Estados Unidos e na Europa, quando os movimentos sociais foram reconhecidos como instrumentos essenciais para a produção do conhecimento e especialmente para questionar as narrativas dos processos de criminalização e vitimização. As mencionadas professoras perceberam que através das vozes denunciadoras do feminismo, que questionam o local da mulher no direito penal diante do reconhecimento da seletividade das mulheres consideradas criminosas e/ou vítimas, foram apontados elementos tais como a “honra” e os marcadores de gênero e raça como determinantes.

Fernanda Martins e Ruth Gauer (2020) apontam ainda que, no Brasil, um dos caminhos de resistência encontrado pelas feministas foi o de institucionalização das suas demandas, tendo destaque a luta pela erradicação da violência sexual e doméstica contra as

mulheres e, conseqüentemente, foi e continua sendo este o principal ponto de diálogo entre a criminologia crítica e os feminismos no que se concretiza como criminologia feminista.

Dessa forma, a imbricação que se dá entre a criminologia e o feminismo no Brasil tem início nas demandas de direitos humanos das mulheres no que se refere a erradicação da violência doméstica e sexual, reivindicada através do sistema penal e legislações criminalizadoras.

Nesse sentido, Fernanda Martins e Ruth Gauer (2020) asseveram que a base do saber criminológico feminista no Brasil está limitada aos temas ligados aos processos de criminalização e vitimização, à revitimização que o poder punitivo realiza e à crítica à construção da cidadania através da quimera penal, crítica esta que fazem, por exemplo, Vera Regina Pereira de Andrade (1999) e Maria Lúcia Karam (2006).

Assim, no Brasil, os estudos que ligam a criminologia ao feminismo começaram a ser construídos nos anos 1990/2000 e tiveram como obra inaugural o livro “Criminologia e Feminismo” (1999) com textos de Alessandro Baratta, Vera Regina Pereira de Andrade, Lenio Streck, Carmen Hein de Campos e Denise Dourado Dora.

Aliás, quando se trata de criminologia crítica não se pode deixar de mencionar o autor Alessandro Baratta. Tal autor, em seu texto “O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana” (1999), texto este que está presente no livro “Criminologia e Feminismo” (1999) há pouco citado, na esteira do pensamento desenvolvido por Sandra Harding, enfatiza que o paradigma da ciência moderna assegura a dominação masculina por ser pautado na epistemologia androcêntrica e, ao mesmo tempo, esconde essa dominação a fim de manter a diferença de gênero velada e ignorada.

Desde esse momento houve o desvelamento da ideia de que “é a construção social do gênero, e não a diferença biológica do sexo, o ponto de partida para a análise crítica da divisão social de trabalho entre mulheres e homens” (BARATTA, 1999).

Alessandro Baratta (1999), então, enfatiza que a luta pela igualdade dos gêneros não deveria ter como meta uma divisão mais igualitária dos recursos e das posições entre os dois sexos, mas sim o desmantelamento daquela conexão ideológica e a reconstrução social do gênero.

Vera Regina Pereira de Andrade, em seu texto na obra logo acima mencionada, intitulado “Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania” (1999), reconhecidamente adota como palavra de ordem o não ao sistema penal. Para ela, o sentido de proteção que as mulheres buscam através do sistema penal é o de uma resposta eminentemente retributiva porque a grande musa dessa discussão é a impunidade.

Porém, a mencionada autora adverte que o uso excessivo que o feminismo tem feito do sistema penal como forma de luta pela construção da cidadania feminina no Brasil é ineficaz e apresenta riscos severos. Para Vera Regina Pereira de Andrade (1999; 2005), o sistema penal, salvo algumas excessões, não é apenas ineficaz para a proteção das mulheres, mas também duplica a violência exercida contra elas e as divide, aumentando a exclusão e afetando a unidade do movimento feminista. Nesse sentido, não se pode perder de vista que o sistema penal é um subsistema de controle social, desigual, seletivo, de violência institucional que exerce seu poder e seu impacto não apenas no agente criminalizado, mas também sobre a vítima.

O sistema é incapaz estruturalmente de proteger a mulher, sendo apenas habilitado a responder com o castigo, com a pena, que, por seu turno, não cumpre as funções preventivas que se propõe (de intimidar e de reabilitar). Nesta crítica, Vera Regina Pereira de Andrade (2005) sintetiza o que denomina de incapacidade protetora, preventiva e resolutória do sistema de justiça criminal.

Com propriedade, Andrade (1999; 2005) ainda adverte que ao buscar cidadania por meio do sistema de justiça criminal, a mulher vítima de violência doméstica ou sexual acaba se tornando vítima da violência institucional e da violência estrutural presente na sociedade: aquela estabelecida nas relações sociais capitalistas e patriarcais.

A autora denuncia também que a dinâmica do sistema penal “não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e muito menos para a transformação das relações de gênero” (ANDRADE, 1999), ponto este de fundamental importância para a pesquisa que aqui se propõe.

Maria Lúcia Karam (2006), por seu turno, também critica o enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais e o fim da discriminação por meio da intervenção do sistema penal. Para ela, a repressão penal não pode contribuir para o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais e nem pode colaborar na superação de preconceitos e discriminações posto que exatamente os preconceitos e as discriminações formam a base da ideia de punição exemplificativa que constitui, sustenta e nutre o sistema penal.

Ainda sob a ótica de Karam (2006), a partir das últimas décadas do século XX foram notáveis os avanços experimentados pelas mulheres: na afirmação e na garantia de seus direitos, na superação das relações de subordinação, na construção de novas formas de convivência entre os gêneros. Tais avanços são por ela reconhecidos por meio do crescimento da participação das mulheres nas atividades econômicas com sua forte entrada no mercado de trabalho. Porém, ao mesmo tempo, Karam reconhece que tais transformações não tiveram o condão de superar a ideologia patriarcal.

Nesse quesito diverge Carmen Hein de Campos (2013). Ela indica que o realce da criminologia latino-americana e brasileira na demonstração da deslegitimação do sistema penal e na negação de qualquer possibilidade de utilização do controle penal contraria as concepções políticas das feministas, dos antiracistas e dos anti-homofóbicos. É que tais movimentos repisam a ideia de construção de uma segurança cidadã, de acesso à justiça e reforma do sistema de justiça, de elaboração e execução de políticas públicas para refrear a violência de gênero, racial e homofóbica.

Lado outro, voltando ao texto das professoras Fernanda Martins e Ruth Gauer (2020), é possível vislumbrar que a recepção das discussões feministas enquanto teorias de resistência à vulnerabilidades ainda é incipiente e, conseqüentemente, necessitam ser alargadas abordando questões tais como a imbrincação radical entre violência doméstica contra a mulher e violências estatais e estruturais, entrecruzadas pela racialidade e suas nuances da ordem neoliberal, posto que o debate sobre racismo, relações de trabalho e precarização econômica ainda estão pouco presentes na criminologia feminista brasileira.

4. A MULHER NA IDADE MÉDIA

Diante disso, essa pesquisa pretende compreender a postura da mulher vítima de violência doméstica ou sexual tendo por base as violências estatais e estruturais na esteira dos trabalhos de Maria Mies, Silvia Federici e da brasileira Soraia da Rosa Mendes. É que como observa Carmen Hein de Campos (2013) o sexo, a maternidade ou a reprodução já não explicam a opressão das mulheres e estas formulações não podem ser generalizadas culturalmente.

Com isso será primordial pinçar na história, desde o período medieval, as cenas que demonstram tanto a “construção” da mulher como um grupo perigoso de características peculiares, quanto à consolidação de uma “didática” que ultrapassou aqueles tempos, e impulsiona o que se proíbe, o que se julga e como se pune a mulher.

Os saberes inquisitórios introduziram uma perspectiva de seletividade no poder punitivo que ainda pode ser encontrada na contemporaneidade de forma muito flagrante. Especialmente na caça às bruxas formalizada no *Malleus Maleficarum* (O Martelo das Feiticeiras), dos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger, houve a eleição das mulheres como grupo conspirador, que foram, então, definidas como ameaça à humanidade, como aquelas que tinham um complô com o Diabo.

Nesse panorama, é possível verificar um discurso pautado na inferioridade do feminino, na estigmatização, no contraste demonstrado pela curvatura da mulher diante a verticalidade do homem. É, sem dúvida, uma espécie de ferramenta misógina movida por uma intenção de combate, redução, estigmatização e até de destruição e extermínio do feminino.

De forma arrojada, Maria Mies, Silvia Federici e Soraia da Rosa Mendes buscam na inquisição e na caça às bruxas pistas sobre a articulação do processo de perseguição e repressão das mulheres. Essas autoras confirmam que no período medieval, especificamente na Baixa Idade Média, houve a construção de um discurso de exclusão ou limitação da participação da mulher na esfera pública e também a composição de mecanismos de perseguição misóginos e de encarceramento feminino.

Nesse quesito, Soraia da Rosa Mendes (2017) pontua que, de fato, a história da opressão das mulheres não começa propriamente na Idade Média. Porém, este período,

mais especialmente o baixo medievo, é paradigmático para demonstrar o padrão de segregação expressivo estreitamente relacionado com todo o rearranjo econômico, social e cultural do qual o poder punitivo faz parte.

5. A MULHER NA TRANSIÇÃO DO MEDIEVO PARA O CAPITALISMO

Como dito, Maria Mies e Silvia Federici repensam a “transição” do feudalismo para o capitalismo a partir de um ponto de vista feminista. Dessa maneira, as autoras analisam a inquisição e a caça às bruxas. As bruxas, nesse raciocínio, devem ser encaradas enquanto encarnação de um mundo de sujeitos femininos: a herege, a curandeira, a esposa desobediente, a mulher que ousa viver só, a mulher obeah que envenenava a comida do senhor e incitava os escravos à rebelião (FEDERICI, 2017). Um mundo de sujeitos femininos que o capitalismo precisou destruir.

Para Federici (2017), aliás, é bastante clara a lição de que o capitalismo está, enquanto sistema econômico-social, necessariamente ligado ao racismo e ao sexismo. Essa importante escritora ativista feminista italiana possibilita uma aguda discussão com o marxismo e faz emergir o silêncio de Marx sobre a importância do trabalho reprodutivo, função necessária e básica de uma economia capitalista, baseada no trabalho assalariado, denunciando o corpo das mulheres como a última fronteira do capitalismo (HOLLANDA, 2019).

Segundo pontua Maria Mies em sua obra *Patriarchy and Accumulation on a World Scale* (2014), desde o início da história houve uma divisão sexual do trabalho na qual os homens se especializaram nas artes da violência e da destruição e as mulheres nas atividades pelas quais a vida é produzida diariamente e que essa divisão se consolidou em um sistema patriarcal. Nessa toada, a autora conseguiu desmistificar o suposto caráter inovador e criativo do capitalismo como última manifestação do patriarcado, destacando sua dependência parasitária da livre apropriação da natureza, do corpo e do trabalho das mulheres.

Inclusive, para Heidi Hartmann, citada por Joan Scott no texto “Gênero: uma categoria útil para análise histórica” (2019), o patriarcado e o capitalismo devem ser considerados sistemas distintos, porém em interação.

Joan Scott, no texto citado, oferece uma importante reflexão entre gênero e poder, constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças entre os sexos, como uma forma primeira de significar as relações de poder. Para esta historiadora, o feminismo tem a atribuição de definir a condição de opressão feminina em termos materialistas, demonstrando que a categoria mulher é uma categoria de classe, o que significa que mulher assim como homem são fundamentalmente categorias políticas e econômicas (HOLLANDA, 2019).

Na trajetória de construção da noção de gênero é importante também citar a filósofa Nancy Fraser, que é referência desses estudos. Em seu texto “Feminismo, capitalismo e a astúcia da história” (2019), a mencionada autora demonstra detalhadamente como o feminismo começa expondo o forte androcentrismo do capitalismo. Nessa seara, ela propõe a transformação da sociedade capitalista em suas raízes mais profundas, progressivamente, com lutas pelo reconhecimento identitário, pela representação e pela participação.

É que na cultura política do capitalismo o cidadão de tipo ideal era aquele “trabalhador homem pertencente à maioria étnica – chefe de casa e homem de família” (FRASER, 2019), com um salário que deveria ser o principal (se não exclusivo) sustento econômico de sua família, enquanto quaisquer ganhos financeiros de sua esposa deveriam ser meramente suplementares. Assim, nas décadas de 1950 e 1960, o salário familiar serviu para definir normas de gênero e para disciplinar aqueles que as infringiam, reforçando a autoridade dos homens em assuntos domésticos (FRASER, 2019).

Dessa forma, por valorizar o trabalho assalariado, a cultura política do capitalismo apagou a importância social do trabalho não assalariado de cuidado da família e do trabalho reprodutivo, institucionalizando compreensões androcêntricas de família e trabalho, naturalizando injustiças de gênero e removendo-as de contestações políticas (FRASER, 2019).

Voltando, então, à leitura de Maria Mies, Silvia Federici e Soraia da Rosa Mendes, é possível encontrar discussões críticas acerca do controle social que ainda hoje é exercido sobre a mulher, compreendido em sua dupla acepção (na dimensão formal e também na informal), fatores que são utilizados para reprimir, vigiar, encarcerar as mulheres no âmbito privado, mantendo o patriarcado e dificultando o acesso feminino à esfera pública.

Como se vê, as autoras mencionadas conectaram conceitos fundamentais para entender a subordinação e a exploração das mulheres. Assim, capitalismo, patriarcado, acumulação primitiva trabalhada por Marx, trabalho produtivo versus trabalho reprodutivo, esfera pública versus esfera privada, divisão sexual do trabalho são pontos abordados, pontos estes que conjugados revelaram como a transição para o capitalismo é uma questão primordial para compreender a redefinição das tarefas produtivas e reprodutivas e as relações homem-mulher.

De mais a mais, a abordagem trabalhada pelas autoras demonstra que o exemplo histórico originário, na realidade, sedimentou estratégias que, diante cada crise capitalista, são relançadas de diferentes maneiras com a finalidade de sempre, quais sejam a de baratear o custo do trabalho e de esconder a exploração das mulheres (FEDERICI, 2017).

Aliás, em *Patriarchy and Accumulation on a World Scale* (2014), Maria Mies conseguiu demonstrar a continuidade existente entre os processos que caracterizam a primeira fase do desenvolvimento capitalista (que contou com a caça as bruxas, o comércio de escravos, a colonização) e aqueles que caracterizam a reestruturação da economia mundial na atualidade, expondo que o desenvolvimento de um lado sempre foi subdesenvolvimento do outro e que a acumulação primitiva não pode se limitar às origens da sociedade capitalista porque tem sido um aspecto essencial de cada fase do desenvolvimento do capitalismo, tornando-se um processo permanente.

6. A MULHER COMO CORPO-TERRITÓRIO REBELDE

Maria Mies (2014) faz uma análise conjunta das colônias e do trabalho não assalariado, trabalho campestre e trabalho nas periferias. Ela constrói uma narrativa pautada no paralelo entre o que acontece nas colônias (de disciplinamento, controle, exploração) e as formas de trabalho não assalariado, campestre, nas favelas, nas periferias, enfatizando a ideia de que a violência cumpre um papel estratégico e privilegiado para a dinâmica do capitalismo de formação de força produtiva, captação, exploração e extração de valor. O ponto-chave, portanto, é a universalização da violência como motor econômico.

Nesse sentido, esta socióloga alemã procura compreender quem são os corpos e os territórios a serem disciplinados e castigados para fazer surgir a força de trabalho

disciplinada, produtiva, útil, propondo que há uma semelhança entre o corpo das mulheres e os territórios coloniais, sendo possível encarar ambos como colônia subordinada e explorada. Diante disso, Mies (2014) identificou as mulheres como corpos-territórios rebeldes.

As mulheres, nessa perspectiva, foram submetidas a um trabalho obrigatório e gratuito (o chamado trabalho reprodutivo) e, assim, acabaram sendo caracterizadas como não-trabalhadoras. Nesse processo, elas foram confinadas, reduzidas, domesticadas no lar, no espaço doméstico, no espaço privado, espaço este invisibilizado. Foram depreciadas desde a Idade Média com a caça às bruxas e a transição do Feudalismo para o Capitalismo. Expulsas dos espaços produtivos, as mulheres, portanto, tiveram seu poder político desmerecido e perderam prestígio social. Passaram, porque não dizer, a ter um papel secundário na sociedade e na história, não sendo protagonistas de sua própria existência.

CONCLUSÕES

Vital identificar que os estudos mencionados apresentam o feminismo como autoridade epistêmica. Aliás, a busca por desnaturalizar as hierarquias sobre corpos, vidas, cotidianos, ações é o que atravessa os mais variados movimentos feministas, sendo necessário no tratamento do assunto da violência de gênero identificar a dualidade presente na contraposição entre os ideais normativos e a realidade empírica.

Dessa forma, diante esse viés de pesquisa, torna-se factível investigar a origem e a naturalização do silenciamento das mulheres vítimas de violência para além das explicações biológicas, antropológicas e culturais, buscando contribuir para a abordagem da criminologia feminista brasileira naquilo que ainda pouco se debate, ou seja, no entendimento da violência estatal e estrutural que faz a mulher sucumbir diante o homem, ter esse papel de coadjuvante e não de protagonista na sociedade, na história e na sua própria vida.

Nesse sentido, apresentar uma solução que possa resolver definitivamente a questão do silenciamento das mulheres vítimas de violência não nos parece tarefa simples diante a complexidade e todas as imbrincações que o tema possui.

No entanto, tal complexidade não deve nos levar à inércia.

Assim sendo, no exercício da advocacia e no acompanhamento da atuação da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher do Alto do Jequitinhonha e da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher da região foi possível identificar um forte elemento impulsionador do silenciamento das mulheres vítimas de violência: os insatisfatórios mecanismos de acesso à justiça no concernente à garantia de seus direitos na seara cível. Tal situação é explicada pela ideia presente no Brasil de que a cidadania da mulher pode se dar por meio do punitivismo e do encarceramento de seu agressor.

No entanto, como essa pesquisa procura trabalhar, a cidadania das mulheres não está ancorada na dinâmica do sistema de justiça criminal, mas no desenvolvimento de políticas públicas de proteção e de erradicação ou atenuação das violências estatais e estruturais que atingem o feminino.

O direito da vítima de ver o agressor processado, condenado e punido pela violência cometida está amparado pelo Sistema de Justiça Criminal principalmente por meio da atuação daquele que é legitimado para promover a ação penal, o Ministério Público, que se encontra, atualmente, bem pulverizado e estruturado no Brasil.

Já os direitos cíveis de mulheres vulneráveis economicamente, direitos estes ligados à dissolução do vínculo conjugal ou de união estável, de partilha de bens, de definição de guarda, visitação e pensão alimentícia dos filhos, tem que contar com a atuação da Defensoria Pública.

Ocorre que a Defensoria Pública, infelizmente, não teve o mesmo investimento do Estado Brasileiro e, com isso, não possui a estrutura e o alcance encontrados no Ministério Público.

Nesse sentido, a Comarca de Diamantina do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais não possui Defensoria Pública para atender os jurisdicionados, sendo aqueles que apresentam hipossuficiência financeira, então, encaminhados aos advogados dativos inscritos em listagem específica da 12ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais.

Mas, de fato, nem todos os advogados que compõem a listagem da advocacia dativa possuem identificação com a causa específica das mulheres vítimas de violência, o que os

leva a atuar de forma a revitimizá-las e a reiterar o cenário de inferiorização do feminino, de violência estatal e estrutural.

Pensando nessa problemática presente no Sistema de Justiça atual, a Comissão da Mulher Advogada atuante na 12ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, sediada no município de Diamantina, elaborou um projeto intitulado Advogada Amiga da Rede de Mulheres do Alto do Jequitinhonha.

Este Projeto tem o objetivo de proporcionar às mulheres vítimas de violência ou abuso sexual atendimento jurídico especializado e identificado com a causa feminista de forma completamente gratuita.

O público alvo é aquele composto por mulheres que foram vítimas de violência doméstica ou de gênero, bem como aquelas que sofreram abuso ou violência sexual, e que estão em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica, ou seja, não possuem recursos financeiros para contratar um advogado e que, com o Projeto, não precisarão cair na vala comum dos jurisdicionados atendidos pela advocacia dativa.

Os atendimentos serão realizados, exclusivamente, por advogadas cadastradas no Projeto Advogada Amiga, advogadas estas que devem ter identificação com a causa feminista e que serão submetidas a um processo prévio de habilitação realizado pela Comissão da Mulher Advogada da 12ª Subseção da OAB de Minas Gerais com a colaboração da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher do Alto do Jequitinhonha.

A ideia é oferecer às mulheres um atendimento especial, individualizado e específico com suporte de uma profissional que respeite a subjetividade feminina e seja porta-voz de suas demandas perante um sistema judicial altamente seletivo, misógino, racista e sexista. Uma profissional que possa, de forma consistente e devidamente embasada, romper com os mitos ainda presentes no cotidiano das mulheres habitantes do Alto do Jequitinhonha, principalmente aqueles ligados à ideia de que ao tomar providências contra o agressor, a mulher perde direitos concernentes aos bens e à guarda dos filhos.

A proposta trazida representa um passo pequeno na luta exaustiva e incessante contra o silenciamento das mulheres que foram vítimas, procurando propiciar mais um mecanismo de apoio que as encoraje a romper com o ciclo da violência, principalmente aquela de cunho doméstico, povoada ainda por mitos que colaboram para manutenção do

estado de subordinação e exploração feminina. No entanto, embora pequeno, o Projeto apresentado terá o poder de mudar a realidade de muitas mulheres: brancas ou negras, idosas, adultas, jovens ou crianças, empobrecidas e vitimadas, habitantes do Alto do Jequitinhonha brasileiro, o que, por si só, vale a iniciativa.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Fernanda Pacheco. *Respeita as mina: inteligência artificial e violências contra a mulher*. Florianópolis: Emais, 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Revista Sequência, n. 50, p. 71-102, 2005.
- _____. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Ano 13. 2019. Brasília, DF. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.
- ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, DF. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.
- 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.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

_____. *Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

_____. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

_____. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

_____. *Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante Editora, 2017.

FRASER, Nancy. *Feminismo, capitalismo e a astúcia da história*. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de. Introdução. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 168, p. 6-7, 2006.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.

MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M. C.. *Poder punitivo e feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil*. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 11, n. 01, p. 145-178, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIES, Maria. *Patriarchy and accumulation on a world scale: women in the international division of labour*. Londres: Zed Books, 2014.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VISÍVEL E INVISÍVEL: A VITIMIZAÇÃO DE MULHERES NO BRASIL. 2. ed. 2019. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, DF. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

Apresentação oral

**INTERVENÇÃO PENAL EM CONDUTAS MOTIVADAS POR
DISCRIMINAÇÃO HOMOTRANSFÓBICA**

*CRIMINAL INTERVENTION IN HATEFUL CONDUCTS AGAINST LGBT
PEOPLE*

Ian Matozo Especiato

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Penal do Centro Universitário de Votuporanga (UNIFEV). Atualmente cursando doutorado na USP sob a orientação da Profa. Dra. Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

E-mail: ianespeciato@hotmail.com

Resumo: A Constituição Federal elenca entre os objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, a lei maior do Estado proíbe ou mesmo não tolera a discriminação, independentemente de como ela se manifestar. De fato, somente é admitida a discriminação positiva, por meio, por exemplo, de políticas afirmativas. Todavia, a diferenciação negativa entre cidadãos baseada em suas características pessoais é tida como inconstitucional. A problemática do presente artigo diz respeito à necessidade de se tutelar penalmente a homotransfobia, ou seja, de criminalizar condutas motivadas pela discriminação acerca da orientação sexual e identidade de gênero. A metodologia adotada se divide em duas: de um lado a pesquisa bibliográfica, objetivando-se atingir o estado da arte da literatura científica e do outro a documental. Em termos de tutela da discriminação, há a Lei n. 7.716/1989. Dentre os motivos a ensejarem a punição através dos crimes desta, não se encontra a discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Dado que precisa ser entendido, é a vedação da analogia em malefício da pessoa que está sendo acusada (princípio da proibição da analogia *in malam partem*), isso se deve ao respeito ao princípio da legalidade e sua decorrência lógica, a taxatividade. Pergunta-se, também, se a equiparação feita pelo Supremo Tribunal Federal entre racismo e homofobia para efeitos de criminalização, usurpou o poder do legislador,

violando os princípios penais de garantia, apostando no sistema criminal para resolução de complexos problemas sociais.

Palavras-chave: discriminação. Homotransfobia. Direito penal.

Abstract: The Federal Constitution lists among the fundamental objectives of the Republic the promotion of the good of all, without prejudice of origin, race, sex, color, age and any other forms of discrimination. Thus, the major state law prohibits or even does not tolerate discrimination, regardless of how it manifests. In fact, only positive discrimination is allowed, for example, through affirmative policies. However, the negative differentiation between citizens based on their personal characteristics is considered unconstitutional. The research question set out in the present work concerns the need to penalize homotransphobia, that is, to criminalize behaviors motivated by discrimination regarding sexual orientation and gender identity. The adopted methodology is divided in two: on the one hand the bibliographic research, aiming to reach the state of the art of scientific literature and on the other the documentary. In terms of protecting discrimination, there is Law no. 7,716/1989. Among the reasons for punishment through its crimes, there is no discrimination based on sexual orientation or gender identity. Given that it needs to be understood, it is the prohibition of the analogy in harm to the person being accused (principle of the prohibition of the analogy *in malam partem*), this is due to the respect for the principle of legality and its logical consequence, taxativeness. It is also questioned whether the equivalence made by the Supreme Federal Court between racism and homophobia for the purposes of criminalization, usurped the power of the legislator, violating the criminal principles of guarantee, betting on the criminal system for solving complex social problems.

Keywords: discrimination. Homotransphobia. Criminal law.

Sumário: Introdução. 1. A Demanda judicial por direitos. 2. Direito Internacional dos Direitos Humanos e a proteção de pessoas LGBTQ+. 3. Omissão, reconhecimento e racionalidade penal. 4. O movimento LGBTQ+ como ator político: da Constituinte às poucas conquistas legislativas. 5. Respaldo jurisprudencial à criminalização da discriminação contra LGBTQ+. 6 Problematisando a pauta criminalizante. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Não existem dados oficiais atualizados e sistematizados sobre lesões ou ameaças aos direitos das pessoas LGBT⁺¹ por motivos discriminatórios, uma vez que o último estudo patrocinado pelo Estado foi conduzido há 7 anos e publicado em 2016, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos,² atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Ante a inexistência de sistematicidade no tratamento dos dados oficiais de violência com recorte para essa camada da população, a pesquisa tem que se valer de dados mínimos disponibilizados pelo “Canal Disque 100 – Direitos Humanos”, bem como por dados extraoficiais monitorados pela ONG Grupo Gay da Bahia (GGB), que desde 1980 faz o levantamento de mortes decorrentes de violência homotransfóbica.

Segundo o Relatório do GGB intitulado “Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil – 2019”, no ano passado morreram 329 pessoas pertencentes à sigla, direta ou indiretamente decorrente de violência homotransfóbica, cuja maioria (297) constitui-se em crimes de homicídio e a minoria em suicídios (32). Houve uma diminuição de 22% em relação ao ano de 2018, todavia pode ser lida num contexto mais abrangente, já que a taxa de mortes violentas no Brasil teve uma queda de 19%, a menor da série histórica. Entretanto, com

¹ A sigla representa as sexualidades divergentes da heterossexualidade (norma compulsória), ou seja, imposta no nascimento e durante a socialização. Com essa denominação se quer abarcar Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais ou Travestis, *Queers*, Intersexuais, Assexuais e outras. Entende-se que a sexualidade humana é complexa e comporta muitos mais matizes do que os aqui exemplificados. Essas denominações são pautadas numa finalidade associativa na busca por direitos, por isso seu fundo é político, não se quer com isso implicar em padronizações estanques de sexualidade.

² SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2016. O site do Governo Federal direcionado aos Direitos Humanos é pouco profissional, não disponibilizando nem mesmo os relatórios anteriormente realizados pelo próprio Ministério que abrangem as violações de direitos LGBT+. Quando se adentra no menu “LGBT”, aparece a palavra “teste”, tudo a denotar um grande descaso sobre transparência de dados relacionados a esses indivíduos, bem como para com a pauta em geral. A última resolução do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) LGBT data de 24 de setembro de 2018, sendo que sua última Reunião Ordinária (49ª) se deu em 22 de fevereiro de 2019, apesar do calendário publicado no Diário Oficial da União informar que sua última reunião se daria entre os dias 11 e 13 de dezembro de 2019. Ainda, apenas um Edital do corrente ano aparece no portal direcionado à consultoria de especialista para aferir a situação de pessoas com sexualidade plural no mercado de trabalho, que aparentemente foi republicado para atender recomendações do Alto Comissariado das Nações Unidas de Direitos Humanos formuladas em 2015, vide também: MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2020. Os fatos aferidos podem denotar dois fatores: a) pouca participação da sociedade civil organizada nas decisões do Ministério e b) a não implementação ou planejamento de políticas públicas nessa área.

esses números, o Brasil se coloca na liderança mundial em crimes contra minorias sexuais, superando 13 países onde ainda se impõe pena capital à homossexualidade.³

Homens gays são as maiores vítimas em números absolutos (174), porém proporcionalmente à população, estima-se que transexuais tenham um risco 17 vezes maior de serem mortos de maneira violenta se comparadas a um indivíduo gay no Brasil. Corroborando esse dado, de acordo com a organização *Transgender Europe*, trata-se do país onde mais se matam travestis e transexuais no mundo em números absolutos, com a infeliz cifra de 1.238 mortes de transgêneros entre 1º de janeiro de 2008 a 30 de setembro de 2018, com a média de 112 mortes por ano.⁴

O Balanço Anual de 2019 da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (“Disque Direitos Humanos”) não existe, nem mesmo estão disponíveis os dados consolidados. Aquele de 2018 reserva pouco mais de 3 páginas para apresentar as denúncias realizadas por esse canal, alertando que não correspondem ao quantitativo real de violações, em decorrência possivelmente da subnotificação. A maior parte dessas denúncias de violação aos direitos humanos de pessoas LGBTQ+ refere-se a discriminações (41%), seguidas por violência psicológica (28%), física (16%), institucional (6,7%), negligência (1,7%) e outras (6%), considerando o total de 1.685 registros.⁵

Os dados do balanço supracitado corroboram aqueles trazidos pelo Relatório do GGB. Desse modo, percebe-se uma maior vitimização de homens gays (32,1%), transexuais e travestis (31,1%). Necessário destacar também, considerando os números absolutos de agressões, que a maioria dos identificados foi classificada como parda ou preta (38,1%), esse dado corrobora a hipótese de que, ao lado dos marcadores “sexualidade” e “identidade de gênero”, a “raça/cor” aparece como um dos fatores para aumento da vulnerabilidade ante à violência que esses indivíduos podem sofrer.⁶ A maior parte dos locais das violações

³ No Brasil, a cada 26 horas 1 LGBTQ+ morre de forma violenta decorrente de sua condição, o maior percentual (44,68%) está na faixa etária dos 15 aos 34, representando adolescentes e jovens adultos os mais atingidos. Além disso, não raro as mortes denotam um nível grande de crueldade, já que 29,4% foram mortos a facadas, 21,8% com emprego de arma de fogo, incluindo estrangulamento e espancamento, muitas vezes precedidos de tortura e carbonização do corpo, vide: MOTT; OLIVEIRA, 2019, p. 12-13; 50-51.

⁴ TRANSGENDER EUROPE, 2018.

⁵ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 31-34.

⁶ Para compreender a importância do debate sobre interseccionalidade de vulnerabilidades vide:

identificadas corresponde às ruas (32,3%), porém não se pode desprezar o percentual em que ocorre na própria residência da vítima (26,6%),⁷ a denotar a vulnerabilidade desses indivíduos mesmo no interior de seus lares, que deveriam corresponder ao seu “asilo inviolável”, conforme ditame constitucional (art. 5º, XI, Constituição Federal).

Essas agressões constantes às pessoas com orientações sexuais divergentes da heterossexualidade e que não conformam sua identidade de gênero à sua anatomia de nascimento geram, por parte de movimentos sociais LGBT,⁸ uma pauta criminalizante ou de agravamento de pena de delitos motivados por homotransfobia, o que já foi traduzido em projetos para alteração legislativa, dentre eles pode-se mencionar o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) n. 122/2006⁹ e o Projeto de Lei (PL) n. 7.582/2014,¹⁰ respectivamente de autoria das deputadas Iara Bernardi (PT-SP) e Maria do Rosário (PT-RS), sendo que o primeiro encontra-se arquivado pelo Senado Federal e o último tramita na Câmara dos Deputados.

Entretanto, como afirma Masiero, as atuais proposições legislativas em âmbito federal pecam ao contemplar tipos penais vagos, com penas privativas de liberdade desproporcionais, cujos conflitos muitas vezes seriam resolvidos fora do âmbito penal. Como exemplo de falta de técnica e racionalidade penal pode ser citado o artigo 9º do extinto PLC n. 122/2006, que impõe uma interpretação a favor da luta antidiscriminatória,

CRENSHAW, 1991.

⁷ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 31-34.

⁸ Opta-se por usar a terminologia “movimento LGBT” em razão de ser a mais comumente encontrada em trabalhos acadêmicos que tratam da temática. Procedeu-se a uma pesquisa no Google acadêmico e a expressão “LGBT” tem aproximadamente 327.000 resultados, enquanto a expressão “LGBTQ” conta com 106.000, seguida por “LGBTI” com 30.100 e “LGBT+” com 1.100 resultados aproximados. Além disso, a literatura brasileira é mais familiarizada com essa expressão, já na pesquisa pelas outras aparece artigos estrangeiros em maior medida. Porém, quando nos referirmos a indivíduos, a fim de incluir o maior número de identidades relacionadas à sexualidade e gênero, incluir-se-á um sinal aditivo.

⁹ De acordo com a ementa o texto em questão: “altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências”. Arquivado pelo Senado Federal em 2014. Vide: SENADO FEDERAL, 2016.

¹⁰ Conforme a ementa, esse projeto: “[...] define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências”. Vide: CAMARA DOS DEPUTADOS, 2016.

abrindo margem para uma espécie de analogia em desfavor do réu, algo que é contrário aos princípios penais de garantia.¹¹

1. A DEMANDA JUDICIAL POR DIREITOS

As recentes conquistas da comunidade LGBTQ+, foram jurisprudenciais, podendo-se citar: a equiparação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, da união estável homoafetiva àquelas estabelecidas entre homens e mulheres (ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF); a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que veda às autoridades competentes a recusa à habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo; em 2018, a autorização também pelo STF da mudança de nome pela pessoa trans sem a necessidade de se submeter à cirurgia de transgenitalização ou de uma decisão judicial (ADI n. 4275/DF).

Almeja-se salientar aqui que, a despeito da Corte de justiça mais alta do Brasil ter se posicionando a favor de alguns direitos da população LGBTQ+, os mesmos são invisibilizados ou até mesmo questionados em sede legislativa, o que reforça a percepção de que existem duas classes de cidadãos categorizados de acordo com sua sexualidade ou identidade de gênero, sendo que aos que se conformam com a norma padrão são reconhecidos direitos inerentes ao indivíduo em um Estado democrático e aos outros não (ao menos em um plano legislativo). O não reconhecimento de direitos implica a invisibilidade das especificidades dos sujeitos, fazendo com que eles fiquem fora das políticas públicas, agravando e normalizando a violência que os atinge.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 e do Mandado de Injunção (MI) n. 4.733 equiparou a homofobia e a transfobia ao racismo, permitindo o enquadramento nos tipos penais previstos na Lei 7.716/1989, até que o Congresso Nacional edite uma lei específica. Assim, questiona-se se esse Tribunal teria feito uso de analogia, violando

¹¹ MASIERO, 2013, p. 183. Na redação do projeto se pode ler “Para fins de interpretação e aplicação desta Lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil” (trecho do art. 9º que determina a inserção do art. 20-B), vide: SENADO FEDERAL, site cit., loc. cit.

o princípio da legalidade, na sua vertente da reserva legal, ignorando que não possui legitimidade democrática (dada pelo voto popular) para modificar a lei penal.¹² A corte assim decidiu alegando estar resguardando a Constituição Federal que estabelece como objetivo da República a vedação a quaisquer tipos de discriminação (art. 3º, inciso IV), o que a obrigaria a colmatar a ausência de tutela penal ante a inércia do parlamento.

Essa decisão deixou evidente o quão importante é discutir a necessidade dessa criminalização, se ela é idônea e a forma como ela pode ser feita a fim de que os princípios penais sejam respeitados, não descurando, obviamente, da discussão sobre os limites da lei penal para efetiva proteção desses bens jurídicos lesados ou ameaçados.

A violência direcionada à parcela da população, como é o caso da população LGBT+, das mulheres, negros e minorias religiosas não deveria ser tolerada por uma sociedade e um Estado democráticos e plurais. Necessário lembrar que a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político são fundamentos da República do Brasil (art. 1º, incisos II, III e V, da Constituição Federal) e a não discriminação aparece como um de seus objetivos (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal). As agressões mais graves aos bens jurídicos mais caros dos indivíduos devem ensejar, tendo por base um direito penal mínimo, uma intervenção penal que proteja os mesmos, implicando, tanto quanto possível, uma restrição menos lesiva àquele que sofre a sanção, com vistas à sua máxima eficácia.¹³

¹² Em seu voto divergente, o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski atenta para a impossibilidade da jurisprudência ser fonte formal e direta das regras penais, no entender do ministro “A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos” in: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*. Partido Popular Socialista e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão: 13 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020, p. 19.

¹³ Argumenta-se que, ao lado da face negativa do princípio da proporcionalidade como limitação da intervenção estatal na liberdade dos cidadãos, haveria uma face positiva, consistente na proibição de proteção insuficiente, assim afirma Sarlet “[...] aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso equivale ao mínimo exigível reclamando pela proibição de insuficiência”, in: SARLET, 2004, p. 103.

Em razão da visibilidade de certas minorias, que passam a ocupar espaço no campo político em busca da equiparação de direitos, surge, ao lado de uma busca por direitos civis e políticas públicas, uma pauta criminalizante. Os discursos antidiscriminatórios, então, apelam ao discurso punitivo, constituindo-se no que se denomina “gestores atípicos da moral”. Conforme aduz BECHARA:

De outro lado, a insegurança social que clama por uma maior intervenção do Estado, a partir de seu instrumento de controle formal mais drástico, esbarra na figura dos gestores atípicos da moral (*atypische Moralunternehmer*), os quais, representando organizações de naturezas diversas, tais como grupos ambientais, feministas, de consumidores ou pacifistas, interferem no processo legislativo com vistas à criação de leis penais que protejam seus respectivos interesses.¹⁴

É inegável que, da mesma forma como outras espécies de discriminação, a homotransfóbica, imbuí à conduta um especial desvalor podendo, assim, gerar consequências penais. Os movimentos antidiscriminatórios negro e feminista conseguiram alterações legislativas significativas que implicavam a tutela penal da discriminação a eles direcionada, como é o caso da Lei 7.716/1989, fruto, em grande parte, das lutas do movimento negro, e da Lei 11.340/2006, ligada ao movimento feminista em razão do combate à violência doméstica.

Em âmbito penal, é necessário que se diga que a criminalização sozinha não resolve problemas sociais, podendo agravá-los, em razão da seletividade e alta punitividade do sistema penal, e dos próprios cárceres desumanos que não se prestam à ressocialização, ou “integração social” do preso, escopo da execução penal, como determina o art. 1º da Lei de Execuções Penais.¹⁵ Salienta-se, pois, que não se deseja um direito penal puramente simbólico, mas sim comprometido com princípios penais, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Mas isto, por si só, não deslegitima a intervenção penal quando a discriminação homotransfóbica é o movente para produzir agressões significativas à parcela da população, como demonstram as estatísticas. Todavia, há que se examinar quais condutas lesivas

¹⁴ BECHARA, 2008, p. 413.

¹⁵ Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de medida cautelar na ADPF n. 347/DF, reconheceu a existência de um “estado de coisas inconstitucional” em relação ao Sistema Carcerário Brasileiro, utilizando-se da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana.

ou perigosas devam sofrer a intervenção penal e quais bens jurídicos são mais afetados pela motivação discriminatória. Seria o caso de uma simples equiparação com os delitos já existentes em leis antidiscriminatórias (como foi feito pelo STF), e de ampliação de circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena em que moventes discriminatórios já estão previstos ou se quer criar um sistema de proteção, como foi feito pela Lei Maria da Penha, congregando também mecanismos processuais, administrativos e civis, ou seja, indo além da simples repressão?

2. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DE PESSOAS LGBT+

Apesar da falta de políticas públicas direcionadas à população LGBT+, bem como a falta de leis que garantam direitos civis básicos dessa mesma população, o Brasil, em sua atuação junto ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH), participou diretamente das negociações e copatrocinou, em junho de 2011, a resolução 17/19, intitulada “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, apresentada pela África do Sul. Esse documento é a primeira referência formal de um órgão multilateral das Nações Unidas sobre o tema.¹⁶

A partir de 2019, a despeito do protagonismo histórico do Estado Brasileiro na defesa dos direitos LGBT+ em âmbito internacional, percebe-se que o Itamaraty tenta mudar essa postura, ao orientar suas delegações diplomáticas em Washington e Genebra à utilização da palavra gênero como equivalente ao sexo biológico, ignorando (ou desprezando) vivências transsexuais. Esse fato foi objeto de pedido de suspensão ao Supremo Tribunal Federal, por parte da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Intersexos (ABGLT), por supostamente desrespeitar o estabelecido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275, sobre a possibilidade de retificação administrativa do nome de transsexuais.¹⁷

Continuando no âmbito internacional, percebe-se que no continente europeu, por exemplo, em âmbito supranacional já existe posicionamento consolidado tanto legislativa

¹⁶ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2016.

¹⁷ PORTAL CONSULTOR JURÍDICO, 2020.

(Parlamento Europeu e tratados) quanto jurisprudencialmente (Corte Europeia de Direitos Humanos) no sentido de considerar as discriminações sofridas pelas pessoas LGBT+ equiparáveis àquelas de caráter religioso, nacional, racial e de gênero.

Na Europa, são fundamentos supranacionais que vetam a discriminação: o artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê um veto genérico à discriminação;¹⁸ o artigo 21 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que veta toda e qualquer forma de discriminação, inclusive quanto à orientação sexual;¹⁹ as Resoluções sobre a Homofobia do Parlamento Europeu em 2006 e 2012.²⁰

Já a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em decisão prolatada em 9 de fevereiro de 2012, no julgamento do caso “*Vejdeland versus Suécia*”, equiparou as ofensas raciais, de origem ou religiosas àquelas homofóbicas, entendendo que essas afirmações constituíram sérias e discriminatórias alegações, mesmo que elas não fossem um chamado direto aos atos de ódio. Nessa decisão, salientou-se, pois, que a discriminação fundada em orientação sexual é tão deletéria aos indivíduos homossexuais quanto àquelas baseadas em raça, origem ou cor aos respectivos coletivos vitimados, merecendo o mesmo tratamento jurídico, uma vez que sexualidade é uma característica fundamental da personalidade e um marcador social da identidade de um grupo.²¹

Quanto ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, percebe-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992) garante o livre gozo de direitos sem discriminação por qualquer condição social, já que todos devem

¹⁸ “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”, in: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Sexual orientation issues*, 2018, p. 1.

¹⁹ “Artigo 21.º Não Discriminação. 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade” in: PARLAMENTO EUROPEU, 2000, p. 13.

²⁰ PELISSERO, 2015, p. 16.

²¹ “Sexual orientation should be treated in the same way as categories such as race, ethnicity and religion which are commonly covered by hate-speech and hate-crime laws, because sexual orientation is a characteristic that is fundamental to a person’s sense of self. It is, moreover, used as a marker of group identity” in: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Hate Speech: fact sheet*, 2016, p. 9.

ter igual proteção perante a lei (artigos 1.1 e 24). Já a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013), além de conceituar discriminação, prevê expressamente a orientação sexual, identidade e expressão²² de gênero, como marcadores sobre os quais a discriminação pode se basear.²³ A seu turno, a Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (2017) estabelece o dever de igualdade e não discriminação por razões de idade (art. 5º), instituindo que os Estados elaborem políticas, planos e legislações sobre o envelhecimento, que contemplem o recorte de orientação sexual e identidade de gênero.²⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em Opinião Consultiva n. 24 em 2017, requerida pela Costa Rica, já se manifestou que:

[...] la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la

²² Expressão de gênero refere-se às pessoas que, apesar de não se identificarem com determinado o gênero, são externamente percebidas assim e discriminadas por isso, também se constituindo em uma categoria protegida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Caso Flor Freire Vs. Ecuador e Opinião Consultiva 24/17).

²³ Artigo 1.1: “Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição”. Vide: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²⁴ “Os Estados Partes desenvolverão enfoques específicos em suas políticas, planos e legislações sobre envelhecimento e velhice, com relação aos idosos em condição de vulnerabilidade e os que são vítimas de discriminação múltipla, incluindo as mulheres, as pessoas com deficiência, as pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, as pessoas migrantes, as pessoas em situação de pobreza ou marginalização social, os afrodescendentes e as pessoas pertencentes a povos indígenas, as pessoas sem teto, as pessoas privadas de liberdade, as pessoas pertencentes a povos tradicionais, as pessoas pertencentes a grupos étnicos, raciais, nacionais, linguísticos, religiosos e rurais, entre outros”, in: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. *Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.²⁵

Apesar dessa manifestação da Corte interamericana não versar especificamente sobre criminalização da discriminação contra LGBT+, mas sim sobre o dever dos Estados Parte quanto à retificação de nomes para adequá-los à identidade de gênero e aos direitos dos casais de igual sexo, proporciona a esse trabalho ferramentas para pensar a criminalização, ainda mais quando menciona que a proibição da discriminação se dá “[...] no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”.²⁶ Poder-se-ia admitir, então, que a lei brasileira punisse determinadas formas de discriminação e outras não ou mesmo com penas diferentes numa mesma circunstância protegendo de forma insuficiente alguns cidadãos?

Em termos de leis penais antidiscriminatórias, percebemos que alguns países da América do Sul, fronteiros ao Brasil ou com proximidade cultural e geográfica, já aprovaram leis que punem formas de discriminação a partir da orientação sexual e identidade de gênero. Dentre estes podemos citar o Uruguai (leis n. 17.677/2003 e 17.8173/2004), pioneiro na modificação do Código Penal para abarcar orientação sexual como um dos motivos condenáveis para incitação de ódio e cometimento de crimes de ódio, também a Bolívia, em 2010, com a Lei contra o racismo e toda forma de discriminação (Lei n. 045), o Chile (Lei Zamudio, n. 20.609/2012) e a Colômbia (Lei n. 1752/2015 que modificou a Lei n. 1482 de 2011).

Já no Brasil, os projetos de lei tendentes à criminalização de condutas homotransfóbicas encontram-se em lenta tramitação, já que um deles foi arquivado (PL n. 122/2006) e os outros existentes não são prioridade na pauta parlamentar, ou seja, sobre eles não há uma discussão aprofundada nem mesmo ampla participação social, tudo a

²⁵ CORTE IDH, 2017, p. 41.

²⁶ *Ibidem*, p. 34.

denotar a omissão e o descaso dos representantes eleitos do povo brasileiro.²⁷ O Brasil parece estar em descompasso com vários países pertencentes à mesma região.

3. OMISSÃO, RECONHECIMENTO E RACIONALIDADE PENAL

A carência de atenção aos problemas enfrentados pela população LGBT+ no Brasil é insofismável, principalmente quanto ao tratamento acadêmico e científico da discriminação homotransfóbica, visando à saída do indivíduo LGBT+ da condição subalterna e marginalizada, uma vez que não pode ser admitido o tratamento desigual entre os cidadãos, que implique uma ausência de proteção ou mesmo a uma discriminação negativa da própria lei.

Conforme Werle e Melo, o indivíduo só pode ter uma relação positiva consigo mesmo caso seja reconhecido pelos demais membros da comunidade. Quando esse reconhecimento não é bem sucedido, desdobra-se uma luta por direitos na qual os indivíduos procuram restabelecer ou criar novas condições de reconhecimento recíproco.²⁸ Quando não há um contexto social de reconhecimento recíproco, haveria, pois, injustiça.²⁹

É preciso que admitamos, ante as próprias (parcas) estatísticas oficiais do Governo Federal e de organizações não governamentais já apresentadas, que o Brasil é um lugar marcado pela violência homotransfóbica, ocupando em alguns casos o primeiro lugar mundial, com uma infeliz liderança. A reação à agressão nem sempre é racional, o que pode explicar a pressão do movimento LGBT pela criminalização do discurso de ódio.

Isso não quer dizer que a intervenção penal deva ser máxima, que tudo seja criminalizado e nem que a criminalização resolva o fenômeno da homofobia, pelo contrário. Deriva da própria construção dogmática do Direito Penal que sua intervenção só é eficaz e respeitada pelos cidadãos se justa e proporcional. Também não se deve descuidar da técnica penal ao se elaborar uma legislação; não só o conteúdo é importante, mas também a forma, uma vez que esta garante que o Direito Penal não se transforme em arbítrio. Racionalidade, então, é primordial.

²⁷ Apesar do parecer favorável do deputado Paulo Pimenta ao PL n. 7582/2014 em março de 2017, ele foi novamente redistribuído para novo parecer dentro da mesma comissão (Direitos Humanos), o que denota no mínimo um descaso para com o debate do tema. Vide: CAMARA DOS DEPUTADOS, 2018.

²⁸ WERLE; MELO, 2006.

²⁹ BOTTINI, 2012.

Ante uma demanda de proteção, o campo jurídico tem a obrigação de refletir academicamente sobre o tema, propondo alternativas que conduzam à diminuição desses índices ou que ao menos deem uma resposta (penal ou não) a esses cidadãos em face de sua vulnerabilidade social, que acaba mesmo por negar aos indivíduos LGBT+ a condição de pessoas, relegando a estes uma vida nula de valor social.

4. O MOVIMENTO LGBT COMO ATOR POLÍTICO: DA CONSTITUINTE ÀS POUCAS CONQUISTAS LEGISLATIVAS

Quando da formação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, discutiu-se, especialmente na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, sobre a inclusão da locução “orientação sexual” entre aquelas espécies de discriminação que seriam expressamente proibidas pela nova Constituição. Munido desse objetivo, somente um representante do então Movimento Homossexual Brasileiro discursou perante à Assembleia Constituinte, João Antônio de Souza Mascarenhas.

Houve até a apresentação de um Substitutivo do Anteprojeto original pelo constituinte Alcení Guerra, à época relator desta subcomissão, incluindo a expressão “orientação sexual” entre as discriminações expressamente vedadas, dispondo inclusive sobre a sua incriminação,³⁰ a denotar que a discussão sobre a criminalização da homofobia não é recente no parlamento brasileiro. Essa proposta, apesar de aprovada pela subcomissão, não logrou êxito na sua tentativa de adentrar à Constituição de 1988.

Pelo trabalho de Vilalon, nota-se que havia nos debates constituintes um rechaço, por setores do movimento negro (ou daqueles representantes que encampavam essa pauta), em equiparar sua luta àquela dos homossexuais ou mesmo de equiparar à negritude de qualquer modo à homossexualidade. Em igual sentido, esse autor afirma que:

³⁰ No substitutivo do anteprojeto se lê: “Art. 2º Todos, homens e mulheres, são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentória [sic] aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos. § 1º Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, *orientação sexual*, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social.”, in: VILALON, 2014, p. 11.

[...] para a maioria dos parlamentares e dos representantes de outros grupos minoritários precisavam sempre os homossexuais se mostrar como merecedores desse status, vez que a homossexualidade era computada (como ainda o é por muitos) como escolha e não como característica fundante de um grupo mais ou menos coeso.³¹

Além disso, “[...] a discussão jurídica a respeito da expressão reivindicada pelo movimento fora sequestrada e trocada por discussões de aspectos morais e religiosos”,³² em razão da bancada evangélica e do conservadorismo dos próprios constituintes. Assim, as justificativas para não encampar a não discriminação à orientação sexual seriam: o rechaço de um comportamento tido como anormal, como um desvio moral, um terceiro gênero, por isso uma opção individual; o perigo advindo para a família heterossexual, na medida em que essa proibição da discriminação conduzisse a equiparação de outros direitos, principalmente da união civil; a estigmatização das relações homossexuais como únicas aptas a transmitir o vírus do HIV; a suposta contrariedade da homossexualidade à moralidade cristã.

A partir da década de 1990, há uma descentralização do movimento para além do eixo Rio-São Paulo, ganhando relevância, por exemplo, o Grupo Gay da Bahia, que monitora há anos a violência dirigida aos LGBT+. Ainda, surgem outras categorias de referência desse sujeito político, para além de gays e lésbicas, como bissexuais, transsexuais e travestis. O movimento originalmente denominado de gay ou homossexual, passa a ser chamado, em 1999, de GLBT (gays, lésbicas, bissexuais, transsexuais e travestis) e agora mais comumente nomeado como LGBT a fim de desnudar a invisibilidade das mulheres homossexuais e a hierarquização entres categorias do próprio coletivo.³³

É a partir da última década do século XX que se inicia um segundo momento para esse movimento, em que ele adquire um viés menos transformativo, se institucionalizando. Conforme os estudos de Facchini e França há: “[...] um menor envolvimento com projetos de transformação social, num sentido mais amplo, e uma ação mais pragmática, voltada para a garantia dos direitos civis e contra a discriminação e a violência dirigidas aos homossexuais”.³⁴ Nesse contexto, em virtude de muitas vezes a cidadania se manifestar pela sociedade de consumo, ou o não acesso a ela ou a determinados locais, se exige uma

³¹ *Ibidem*, p. 4.

³² *Ibidem*, p. 15.

³³ FACCHINI, 2009, p. 62-63.

³⁴ *Ibidem*, p. 60.

igualdade na relação consumerista. Essa pressão do movimento dá ensejo a algumas leis antidiscriminatórias em âmbito municipal e estadual.³⁵

Em âmbito nacional, o movimento LGBT necessitou recorrer à via judicial face à morosidade legislativa. Houve, pois, notadamente na década de 2010, o reconhecimento de direitos civis dos indivíduos LGBT+ pelo Supremo Tribunal Federal. Em que pese as conquistas jurisprudenciais, as leis brasileiras pouco se alteraram para abarcar direitos de sexualidades marginais, lembrando que o ordenamento jurídico brasileiro segue a tradição romano-germânica, ou seja, de direito codificado, de leis escritas.

Pode-se dizer que mínimas modificações legais foram feitas para consagrar os direitos de pessoas LGBT+, nosso legislador resistiu a abarcar homossexuais no contrato de casamento, foi omissivo na questão da adoção por casais homossexuais, aliás, nada fez em termos de direito de família e sucessórios. A primeira lei a abarcar a expressão “orientação sexual” é a Lei Maria da Penha (artigo 2º, L. 11.340/2006), fazendo com que seja aplicada também a relações lésbicas, onde haja violência doméstica.

A expressão também aparece no Estatuto da Juventude, Lei 12.852/2013, garantindo que o jovem tem direito à diversidade e à igualdade de direitos e oportunidades sem discriminação pela orientação sexual (art. 17, inciso II). Para efetivar essa disposição, a lei dispõe que os temas de “orientação sexual” e “gênero” farão parte da formação dos profissionais de educação, saúde, segurança pública e dos operadores do direito (art. 18, inciso III).

Em 2015, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passa a ser encampada pela primeira (e até então única) vez em uma legislação federal a expressão “identidade de gênero”, ao garantir que as ações e os serviços de saúde pública que são destinados a estes assegurem também o respeito às suas especificidades atinentes à identidade de gênero e à orientação sexual (art. 18, § 4º, inciso IV).

No tocante à expressão “gênero”, afirma-se que a Lei Maria da Penha, ao abarcá-la, permite a aplicação de seus dispositivos protetivos também às mulheres transexuais, além de contemplar as relações lésbicas, como já explicitado. Esta consagra, então, um entendimento mais plural não só em termos de sexualidade, mas também de “gênero”, permitindo que se interprete esse para além das mulheres cisgênero, cuja identidade se adequa à sua anatomia.

³⁵ *Ibidem*, p. 70.

Quando da tipificação da qualificadora do feminicídio, em 2015, que majorou a pena de homicídios praticados por motivos discriminatórios contra a mulher ou em contextos de violência doméstica, se substituiu a expressão “gênero” por “sexo” feminino. Houve, pois, uma manobra legislativa com a finalidade de excluir a aplicação da lei a todas aquelas que não se enquadrassem no conceito biológico de mulher. Nesse sentido, Costa e Machado:

Entendemos que houve, com a aprovação da Lei do Feminicídio, uma regressão discursiva, consubstanciada em uma tentativa de afirmar que a violência praticada contra as mulheres estaria ligada intrinsecamente aos cromossomos e à anatomia genital tradicionalmente entendida como feminina, reforçando uma ideia universal, binária e globalizante das identidades e papéis sociais.³⁶

A questão da não aplicação da qualificadora à transexuais é discutível, uma vez que o corpo não é um receptáculo estéril para a cultura ou para os significados culturais, mas uma construção em si. Costa e Machado, com base na teoria filosófica de Butler, afirmam que o caráter imutável do sexo é passível de contestação, desse modo: “Ao se borrarem as fronteiras entre os dois termos, surge a possibilidade de que mulheres trans possam estar inseridas no conceito filológico ou literal do próprio termo “sexo feminino”, presente na redação da Lei 13.104”.³⁷ Apesar do entendimento das autoras, essa posição não é pacífica na doutrina penal³⁸ e há quem entenda que somente poderia ser aplicada à transexuais caso houvesse a retificação de seu registro civil, atendendo a ditames de estrita tipicidade.³⁹

³⁶ COSTA; MACHADO, 2017, p. 3.

³⁷ COSTA; MACHADO, 2017, p. 7. Segundo as autoras, além da interpretação literal, é possível se buscar a razão da lei, o porquê de ela ter sido proposta (interpretando-se teleológica e historicamente). Vê-se, assim, que a proposição é resposta à consequência extrema da violência de gênero (morte). Realizando interpretação lógico-sistemática não poderia o ordenamento garantir o direito a viver sem violência a todas as pessoas do gênero feminino (Lei Maria da penha) para depois restringi-lo (Lei do feminicídio). Assim procedendo, se violaria a unidade conceitual do ordenamento jurídico. As autoras consideram que, para o processo interpretativo, uma vez promulgada, a lei passa a ter vontade autônoma (não se buscando mais a vontade individual do legislador). Também pode se dizer que este é um caso de interpretação extensiva em que a vontade da lei, que existe, vai ser buscada e revelada pelo interprete.

³⁸ Ao dissertar sobre o feminicídio, Prado equipara sexo à biologia. Aparentemente o autor confunde sexo com gênero, ao afirmar que este é biologicamente determinado, sob uma lógica binária, em suas palavras: “A utilização da expressão “sexo” feminino faz com que a qualificadora incida quando o sujeito passivo de fato seja biologicamente identificado como sendo do sexo feminino, o que implica maior reprovabilidade do autor por ter praticado o delito “por razões da condição” de sexo feminino. A palavra “gênero” vem a ser o biologicamente determinado, vale dizer, o fato de ter nascido como sendo de um sexo masculino (homem) ou feminino (mulher)”, in: PRADO, 2020, p. 403. O autor não menciona expressamente que a qualificadora não pode ser aplicada à mulher transexual, porém a partir de suas palavras não há interpretação possível a abarcá-la nessa majorante.

³⁹ BITENCOURT, 2017.

5. RESPALDO JURISPRUDENCIAL À CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA LGBT+

Parcela do movimento LGBT parece depositar também uma credibilidade no sistema de justiça criminal, como garantia de proteção face à violência discriminatória, mesmo que os dados mostrem o racismo institucional e a seletividade penal que permeia esse sistema.⁴⁰ Percebe-se, assim, que ao lado da pauta por direitos civis, existe a aposta por parte desse coletivo de que a cidadania plena será conquistada também por meio da punição de condutas de ódio ou discriminatórias. Demandam, pois, a criminalização da homotransfobia, apostando no punitivismo como auxiliar na derrubada de um sistema de opressão.

A demanda criminalizante ganha respaldo do Supremo Tribunal Federal em 2019 que, ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e o Mandado de Injunção n. 4.733, equiparam a homofobia ao racismo e demais discriminações que ensejam punição criminal, ante a prática de um dos tipos penais da Lei 7.716/1989. Para tanto, enquadram-na no conceito de racismo social.

Nessa decisão, procede-se à colmatação de uma lacuna legislativa até que o Congresso Nacional não elabore uma lei específica a fim de tutelar especificamente a discriminação contra esses sujeitos. Esse Mandado de Injunção inclusive foi movido pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) a denotar que o ativismo se profissionaliza e vai bater à porta do Judiciário para ter suas demandas atendidas.

Quanto ao julgado do STF (ADO n. 26), percebe-se que a Corte considerou a existência de “mandamentos constitucionais de criminalização”, no tocante ao artigo 5º, incisos XLI e XLII, que teriam sua eficácia frustrada ante à omissão do legislador, considerando a inércia deste injustificável em face do lapso temporal hábil para tanto.

Nesse tocante, pode-se afirmar que, em relação ao racismo, a ordem de criminalização é clara, uma vez que a Constituição diz que “constitui crime”, no entanto,

⁴⁰ Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2017 (último a apresentar dados consolidados), pretos e pardos representam 63,6% da população carcerária (em contraposição com 55,4 % da população em geral), a denotar uma sobrerepresentação dessa população no sistema carcerário, vide: DEPEN, 2017, p. 31-33.

quanto às demais discriminações afirma-se que “a lei punirá”, porém não se estabelece de forma inequívoca que essa punição seja por meio do direito penal e não de outro instrumento jurídico menos gravoso.

A afirmação de que existe uma mandado de criminalização para além do racismo, incluindo expressamente a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero fica ainda mais incerta quanto se examinam os discursos dos Constituintes (originários) que, a despeito da atuação do “Movimento Homossexual Brasileiro”, decidiram não acatar a expressa vedação à discriminação por orientação sexual (sendo que esta proposta havia tido sucesso na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, mas não logrou êxito em adentrar expressamente no texto Constitucional).

Para além da discussão sobre a existência de uma ordem de criminalizar ou não (sob a qual pairam grandes dúvidas), outro ponto relevante é levantado pelo julgamento do Supremo, de que ao decidirem pela equiparação eles não estão realizando uma analogia *in malam partem*, mas sim uma interpretação conforme à Constituição, adaptando o conceito de racismo, que não é rígido, de acordo com jurisprudência anterior deste Tribunal.

A corte afirma, pois, que não está a tipificar delitos e cominar a eles sanções penais, pois não tem esse poder, devido à cláusula de reserva constitucional de lei em sentido formal (art. 5º, inciso XXXIX, CFRB/1988). Não só questões especificamente constitucionais integram esse julgamento, mas compromissos assumidos em tratados internacionais, com destaque à Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, §5º, que torna inadmissível os discursos de ódio. Novamente, não há expressa menção à orientação sexual e identidade de gênero na Convenção, somente àquele ódio nacional, racial ou religioso que se manifeste em discriminação.

6. PROBLEMATIZANDO A PAUTA CRIMINALIZANTE

Deveria o Direito Penal, então, estimular as mudanças sociais para que houvesse o pleno reconhecimento da cidadania LGBT+? Nesse particular aspecto, percebe-se que setores do movimento LGBT acreditam que o direito penal poderia atuar como instrumento de combate à discriminação de sexualidades não heterossexuais e identidades

de gênero não conformes com o sexo biológico; com essa afirmação não se quer desmerecer as conquistas civilizatórias obtidas pelo coletivo, uma vez que:

[...] a construção de mecanismos jurídicos e de práticas políticas de garantia dos direitos civis representa um expressivo avanço na luta pela igualdade e pela diminuição do preconceito, com importantes impactos não apenas nas esferas jurídicas, mas, sobretudo, no plano simbólico. Tais fatores incrementam as ações de resistência e de ruptura com a cultura homofóbica determinada pela lógica heteronormativa.⁴¹

Todavia, é necessário que se diga, que as conquistas jurisprudencialmente obtidas não são estáveis, posto que quando há a alteração da composição⁴² do Supremo Tribunal Federal, elas podem ser novamente examinadas, não se constituindo em leis ou alterações legais propriamente ditas. Além disso, é importante ressaltar que as normas jurídicas estão inseridas nos sistemas de dominação, podendo ser entendidas como dispositivos de manutenção de poder ou manutenção do *status quo*. Santos, em reflexão sobre o Direito como dominação política a partir da matriz foucaultiana, afirma:

[...] o Direito é instrumento de dominação, ou operador de relações de dominação mediante múltiplas técnicas de sujeição em procedimentos ou práticas reais contínuas, que submetem corpos, dirigem gestos, regem comportamentos, constituindo sujeitos como produtos de uma multiplicidade de forças, energias, desejos e pensamentos, em síntese, por um conjunto de instâncias materiais de constituição do sujeito.⁴³

Ainda, com a utilização do direito penal como instrumento de combate à discriminação e a consequente expansão penal, corre-se o risco de encobrir as reais causas das condutas violentas contra LGBT+ ao atribuir a condutas pessoais (discriminação) a origem do complexo problema social (homotransfobia). Discutindo sobre a problemática do punitivismo de setores historicamente progressistas, que nomeia de “esquerda

⁴¹ BAZO, 2016, p. 79.

⁴² O atual presidente do Brasil, antes de ser eleito propôs elevar o número de ministros do Supremo para 21, sendo que nomearia outros 10 (além dos dois cargos que vão vagar em 2020 e 2021), que fossem aliados ideologicamente ao seu governo, dando margem ao controle pelo executivo das votações da cúpula do judiciário, a emular o ditatorial Ato institucional n. 2, que criou em 1965 5 vagas nesse mesmo tribunal, vide: RODAS, 2018.

⁴³ Santos vai além, afirmando que: “O Estado e a legalidade não significam situação de armistício, mas de continuação da guerra, como mecanismo de poder: a guerra é o motor das instituições e da ordem social, a paz como continuação da guerra, ou a guerra como código da paz, numa sociedade e/campo de batalha permanente, em que não há neutralidade possível” SANTOS, 2017.

punitivista”, Karam explica o perigo advindo na confiança depositada na reação punitiva estatal:

A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro autor de condutas socialmente negativas, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e conseqüente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estaria satisfatoriamente resolvido. Aí se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.¹

Bazo, procedendo a uma releitura do conceito de esquerda punitiva de Karam, visualiza uma “nova esquerda punitiva”, formado pelos movimentos feminista e LGBT. Para a autora, há uma irracionalidade em apostar na resposta punitiva no confronto à discriminação, sob pena de enfraquecimento de seu combate, em detrimento de respostas mais eficazes, em seus dizeres:

Contaminada pela racionalidade penal moderna, a esquerda punitiva acaba enfraquecendo as demais frentes de combate à discriminação. Embora o fracasso da atuação do sistema de justiça criminal posto seja evidente, a obsessão punitiva impede a inovação em matéria penal. Nesse sentido, as propostas de agravamento das sanções e criação de novos tipos contribuem com a manutenção do status quo ao desviar os esforços de soluções mais eficazes.²

Relevante debate é proposto pelo professor Spade, sobre a pouca aplicação das leis antidiscriminatórias nos Estados Unidos, e a dificuldade de aplicação dessas leis e mesmo a incapacidade de proteger da violência aqueles que estão nas margens, como as pessoas transgênero:

[...] as leis antidiscriminação (se/onde elas estão em vigor) geralmente não são aplicadas para nenhum dos grupos cobertos por elas. Os tribunais têm tornado muito difícil estas prevalecerem em casos que tentam as impor, e a discriminação com base em raça, deficiência e sexo, por exemplo, ainda é comum apesar de ser oficialmente ilegal [...] leis de crime de ódio não fazem nada para prevenir a violência contra pessoas transgênero, mas em vez disso, concentram-se na

¹ KARAM, 1996, p. 82.

² BAZO, 2016, p. 88.

mobilização de recursos para a resposta dos sistemas de punição criminal a tal violência.³

Percebe-se assim, que os próprios estudos críticos das políticas para transgênero têm denunciando a ineficácia dessa estratégia, cujo foco reside na edição de leis criminais. Para além disso, como bem esmiúça Spade, essas leis acabam por reforçar um sistema intrinsecamente discriminatório (que por si mesmo é transfóbico), inclusive com a destinação de recursos públicos para financiá-lo. É necessário frisar que o movimento LGBT é um ator político complexo,⁴ nem todos os seus membros comungam de um punitivismo irrestrito.

Ainda, debatendo os limites do Direito, Santos afirmando que o próprio Estado se estrutura de maneira racista, classista e patriarcal, sendo que as normas que o mantém também instituem um sistema de dominação sobre marginalizados:

[...] nos defrontamos com a disciplina e o biopoder do Estado classista e racista – mas também patriarcal/machista, como revela o movimento feminista, com argumentos poderosos –, que exerce o poder político como guerra contra os inimigos, institui a dominação brutal do Direito sobre os excluídos, com a partidarização do sujeito da fala e a verdade do discurso como armas na relação de forças do poder político.⁵

Com a consciência das limitações do Direito no combate às opressões fundadas na sexualidade, nos é colocado um paradoxo. A República brasileira assenta-se na não discriminação. Com fundamento na propalada igualdade, se deveria punir de mesmo modo condutas discriminatórias que atentassem contra a comunidade LGBT+. No entanto, o direito penal assim concebido possui função apenas simbólica, já que as

³ Tradução livre do trecho: “[...] anti-discrimination laws (if/where they are in place) are generally not enforced for any of the groups covered by them. Courts have made it very hard to prevail in cases attempting to enforce anti-discrimination laws, and discrimination on the basis of race, disability, and sex, for example, is still commonplace despite being officially illegal [...] hate crime laws do nothing to prevent violence against transgender people but instead focus on mobilizing resources for criminal punishment systems’ response to such violence”, vide: SPADE, 2015, p. 14.

⁴ Sobre isso, Facchini e França: “[...] tomamos o movimento como um ator social complexo, necessariamente em relação com outros atores, que o influenciam e são influenciados por ele. Da mesma maneira, não se pode supor uma homogeneidade do movimento, considerando-se ser este composto por organizações de diferentes formatos que, por sua vez, alternam entre a cooperação e o conflito no trato com outros grupos”, in FACCHINI; FRANÇA, 2009, p. 64.

⁵ SANTOS, 2017.

estruturas que sustentam o sistema criminal (como a polícia e o próprio judiciário) são classistas, racistas e homofóbicas, produzindo mais violência.

Situação hipotética que se coloca é de um homem gay branco de classe média que é vítima de discriminação homofóbica e encontra respaldo no direito penal antidiscriminatório, enquanto a trans negra que foi expulsa de casa, com traços mais masculinizados e que está na prostituição, se eventualmente usa entorpecentes pode, por conta de sua vulnerabilidade, ser selecionada pelo sistema criminal e sofrer os rigores (e violências) daquele instrumento⁶ sobre o qual o movimento LGBT deposita suas expectativas de obtenção da plena cidadania.

CONCLUSÃO

A interpretação sistemática da Constituição Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos nos direcionam à conclusão de que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias proibidas de discriminação (negativa). Assim, nenhuma lei ou política de Estado poderia atuar de maneira discriminatória, protegendo uns mais do que outros.

Deixando desprotegidas essas categorias face às condutas odiosas ou discriminatórias, o legislador penal concede tratamento distinto a situações semelhantes, passando a mensagem de que existem cidadãos de primeira e de segunda classe, cujas violações aos seus bens jurídicos não merecem igual resposta penal. Assim, protege-se de forma insuficiente o coletivo LGBT.

Parece-nos, pois, que o direito penal deve intervir face às condutas que lesionem ou ameacem lesionar pessoas pertencentes a comunidade LGBT, principalmente quanto aos crimes de ódio, cuja motivação principal seja a homotransfobia. Porém, essa intervenção não deve sair de um paradigma mínimo, ou seja, não deve implicar uma expansão irracional ou desproporcional. Indica-se a equiparação às outras figuras que prevejam motivações discriminatórias ou mesmo a criação de uma agravante genérica (explicitando esse móvel discriminatório junto ao motivo torpe, por exemplo).

⁶ Sobre a questão da criminalização das travestis nos discursos judiciais, vide o trabalho: SERRA, 2019.

Apesar do reconhecimento da necessidade de intervenção, acredita-se que ela tem de vir acompanhada do treinamento dos operadores do direito que irão atender essas vítimas, para que elas não sejam revitimizadas quando forem denunciar a violência sofrida. Assim, conceitos como heterossexismo, homofobia, transfobia, desigualdade de gênero e também direitos humanos têm que fazer parte da formação continuada desses profissionais. Caso contrário, mesmo os efeitos simbólicos não serão sentidos.

Quanto à decisão do Supremo, ao reconhecer a insuficiência no tratamento penal da homotransfobia e colmatar a omissão legislativa, ela violou o princípio da reserva legal, da proibição da analogia *in malam partem*, violando também a separação de poderes. A equiparação promovida era devida, mas foi realizada pela via equivocada. Ademais, não se vislumbra um inequívoco mandado de criminalização advindo da carta magna direcionado às condutas homotransfóbicas.

Por fim, há a necessidade de elaboração de um sistema de proteção que congregue aspectos administrativos, civis e que preveja políticas públicas para a desconstrução de sistemas de opressão que tenham como dispositivos de poder a sexualidade e o gênero. O papel do direito penal é muito restrito para o reconhecimento da cidadania LGBT, deve-se, portanto, apostar em instrumentos não punitivos que deem condições das pessoas fora da heteronormatividade viver suas vidas sem violência, além do Estado ter o dever de produzir dados que fundamentem o planejamento de políticas públicas com recorte de gênero, classe, raça e sexualidade.

REFERÊNCIAS

- BAZO, Andressa Loli. A nova esquerda punitiva. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 77-88, mai./ago., 2016.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 411-436, jan./dez., 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Qualificadora do Feminicídio pode ser aplicada a transexual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. É legítimo o projeto de lei que criminalize o preconceito. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-27/direito-defesa-legitimo-projeto-criminalizar-preconceito>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*. Partido Popular Socialista e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão: 13 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *PL 7582 de 2014*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

CORTE IDH. *Opinião Consultiva n. 24/17*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. Lei do feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO 11 e 13th WOMEN’S WORLDS CONGRESS, 2017, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2017, p. 1-12.

CRENSHAW, Kimberle Crenshaw, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, n. 43, p. 1241-1299, 1991.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização de junho de 2017*. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hate Speech: fact sheet*. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf. Acesso em: 29 de ago., 2016; vide também: _____. *European Convention on Human Rights*. Disponível em:

<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 29 de ago. 2016.

_____. *Sexual orientation issues*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2018.

FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. *Sexualidad, Salud y Sociedad* – Revista Latino-americana, n.3, p. 54-81, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 79-92, 1996.

MASIERO, Clara Moura. Criminalização da homofobia e política criminal brasileira: análise crítica do PLC 122/2006. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 171-186, jun./dez., 2013.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Balanco Anual Disque Direitos Humanos: Relatório 2018*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/ouvidoria/Disque_Direitos_Humanos.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. *LGBT*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/lgbt>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Dia Internacional contra a Homofobia*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/14045-dia-internacional-contra-a-homofobia>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

_____. *Grupos Vulneráveis*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/direitos-humanos-e-temas-sociais/3666-grupos-vulneraveis>. Acesso em: 20 de ago., 2016.

MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia*. 1. ed. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 22 de jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

_____. *Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

PELISSERO, Marco. Omofobia e plausibilità dell'intervento penale. *Genius – Rivista di Studi Giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Bologna, n.1, p. 14-27, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte geral e parte especial. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODAS, Sérgio. Bolsonaro quer 21 ministros no STF e excludente de ilicitude para policial. *CONJUR*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policial-matar>>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Foucault: poder como guerra e direito como dominação política*. Justificando. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/03/14/foucault-poder-como-guerra-e-direito-como-dominacao-politica/>>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *RBCrim*, São Paulo, v. 47, p. 60-122, mar./abr., 2004.

SCARTON, Suzy. *Há 28 anos em vigor, Lei do Racismo é pouco executada no País*. Jornal do Comércio. 2017. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/11/cadernos/jornal_da_lei/596693-ha-28-anos-em-vigor-lei-do-racismo-e-pouco-executada-no-pais.html>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de Violência Homofóbica no Brasil*: ano 2013. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/RelatorioViolenciaHomofobicaBR2013.pdf>>. Acesso em: 21 de jun. 2020.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara n. 122 de 2006*: criminaliza a homofobia. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

SERRA, Victor Siqueira. “*Pessoa afeita ao crime*”: criminalização de travestis e os discursos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SPADE, Dean. *Normal life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*. Rev. Ampl. Duke University Press, 2015.

TRANSGENDEREUROPE. *Trans Murder Monitoring: Transrespect versus Transphobia Worldwide*. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_Tables_EN.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

VILALON, Eduardo Martins de Azevedo. O Movimento Homossexual Brasileiro na Constituinte de 87-88: apontamentos iniciais sobre as discussões na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. In: Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero, 2014, Belo Horizonte. *Anais...*, 2014, p. 1-16. Disponível em: <<https://anaiscongressodivsex.files.wordpress.com/2015/03/49-eduardo-vilalon.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. Reconhecimento e justiça na teoria crítica da sociedade em Axel Honneth. In: NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, p. 183-198, 2006.

Apresentação oral

**BLOQUEIO DE CORRIDAS PELA UBER: PREVENÇÃO CONTRA
CRIMES OU CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA?**

*ORDER BLOCKING BY UBER: CRIME PREVENTION OR
CRIMINALIZATION OF POVERTY?*

Karina Barbosa de Lima

Especialista em Ciências Criminais pela Universidade de São Paulo e Bacharel em
Direito pela UNESP.

E-mail: karinab.lima@hotmail.com

Resumo: Desde 2017, a empresa Uber adotou a estratégia de prevenção contra a criminalidade que consiste em classificar alguns locais como de “desafio a segurança pública” e impedir solicitações de viagens a partir dessas regiões. Brasilândia, Paraisópolis e Heliópolis são exemplos, bairros paupérrimos, marginalizados e cuja maioria da população é negra. Por meio da revisão da literatura, o presente artigo busca descrever a criminalidade que aflige os motoristas da Uber e compreender as estratégias de prevenção já adotadas e a nova estratégia da Uber. A partir de uma análise amparada pelas teorias de prevenção situacional e pela criminologia do lugar, a pergunta sobre se essa prática de prevenção contribui para o processo de criminalização da pobreza é confirmada.

Palavras-chave: Uber; prevenção situacional; *hotspot*; algoritmo; criminologia do lugar.

Abstract: Since 2017, the Uber company has adopted a crime prevention strategy that consists in classifying some locations as “public security challenges” and preventing travel requests from these regions. Brasilândia, Paraisópolis and Heliópolis are examples, poor and marginalized neighborhoods whose majority of the population is black. Through a literature review, this article seeks to describe the criminality that afflicts Uber drivers and understand the prevention strategies already adopted and the new Uber strategy. Based on an analysis supported by situational prevention theories and the criminology of the place, the question of whether this prevention practice contributes to the process of criminalization of poverty is confirmed.

Keywords: Uber; situational prevention; hotspot; algorithm; criminology of the place.

Sumário: Introdução. 1. Motoristas da Uber: contexto e criminalidade. 1.1 Aproximação com a profissão de taxista. 1.2 Prevenção da criminalidade. 1.3 Particularidades dos motoristas da Uber. 2. Estratégias de prevenção a partir da criminologia. 2.1 Prevenção situacional: teorias que estruturam a prática já recomendada. 2.2 Bloqueio do serviço como estratégia de prevenção. 3. Predizendo equívocos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A tecnologia já faz parte do cotidiano das pessoas: trabalhar, se alimentar, se locomover, gerir negócios, estudar e até imaginar são atos que já são realizados da mesma forma de 15 anos atrás. A velocidade de aprimoramento da tecnologia chega a superar a capacidade dos indivíduos de assimilar as mudanças que vem com ela. Com esse cenário, é válido questionar se essas mudanças vão chegar na esfera do controle da criminalidade no Brasil, ou melhor, quando e de que forma chegarão.

A empresa Uber adota uma estratégia de prevenção de delitos em relação aos seus motoristas parceiros desde 2017 que consiste em classificar alguns locais de cidade de São Paulo como de “desafios a segurança pública” e bloquear a solicitação de serviços de usuários provindos dessas regiões. Essa classificação é feita por um algoritmo que monitora os dados das viagens dos usuários e motoristas e, com base nisso, seleciona quais são os locais que apresentam maior risco. Apesar da Uber não divulgar quais são esses locais, é de conhecimento público que três deles são os bairros de Heliópolis, Paraisópolis e Brasilândia, regiões paupérrimas da cidade em que a maior da parte da população é pobre e negra.

O problema de pesquisa do presente artigo é investigar se essa estratégia de prevenção contribui para a criminalização da pobreza – fenômeno complexo que consiste em tratar como criminosos a população pobre justamente pela falta de condições econômicas. Tendo em vista essa finalidade, os objetivos específicos são a) identificar o contexto da criminalidade enfrentada pelos motoristas parceiros da Uber, bem como as medidas de prevenção já adotadas; b) compreender essas práticas de prevenção e a nova, adotada pela Uber e c) relacionar a estratégia da Uber com o fenômeno da criminalização da pobreza.

Devido à falta de dados disponíveis sobre os motoristas da Uber e o contexto da pandemia, a metodologia usada para investigar o tema foi a revisão bibliográfica de trabalhos empíricos sobre o contexto de trabalho dos motoristas de táxi e também das teorias criminológicas e da criminalização da pobreza.

No primeiro capítulo é apresentado o contexto de trabalho e da criminalidade vivenciada pelos motoristas de aplicativo a partir de uma comparação com os motoristas de táxi. Ambos os trabalhos guardam mais semelhanças do que diferenças, a chegada da empresa intermediadora e do aparato tecnológico não alterou a criminalidade acometida e as estratégias de prevenção adotadas pelos trabalhadores.

Já o segundo tem o intuito de esclarecer quais teorias criminológicas dão suporte para as formas de prevenção adotadas e recomendadas para a categoria e também de compreender essa nova estratégia adotada pela Uber de evitar locais de “desafio a segurança pública”. A teoria da escolha racional desenvolvida por Derek B. Cornish e Ronald V. Clarke, a das atividades rotineiras de Marcus Felson e Lawrence Cohen e, por fim, o conceito dos *hotspots* aprimorado por David Weisburd são utilizadas para elucidar tais questionamentos.

O terceiro capítulo discute o uso de algoritmos como ferramenta para a gestão da criminalidade. Apesar de já adotado em alguns países nas mais diversas áreas, sua utilização é questionada tanto pelo uso de técnicas atuariais para a previsão do crime, quanto pelo perigo da solução apresentar vieses fruto de dados tendenciosos.

Na conclusão, a partir de uma revisão dos principais argumentos apontados, é respondida a pergunta inicial que serve de título para esse artigo sobre se essa prática de prevenção contribui para o processo de criminalização da pobreza e confirmada a hipótese.

1. MOTORISTAS DA UBER: CONTEXTO E CRIMINALIDADE

Com o advento da tecnologia, ocorreram mudanças na prestação do serviço de transporte particular. O que antes eram taxistas que ficavam parados nos pontos esperando passageiros ou que iriam ao seu encontro por meio do serviço de rádio táxi, agora são empresas que conectam motoristas e usuários por plataformas digitais a partir de um modelo de negócio de economia compartilhada.

A Uber – empresa de tecnologia que nasceu em 2009 cujo objetivo é fazer essa conexão entre passageiros e motoristas – não divulga nenhum dado que envolva seus motoristas parceiros, entretanto, é possível conhecê-los a partir de pesquisas já existentes sobre os taxistas.

Apesar da novidade na forma de prestação, o serviço e o contexto são praticamente os mesmos: motoristas de aplicativos e taxistas tem como ambiente de trabalho um carro, trabalham sozinhos na condição de autônomos, costumam fazer longas jornadas e estão expostos aos mesmos riscos com relação à criminalidade. Sendo assim, será abordado nesse capítulo como é o contexto de trabalho dos motoristas de táxi e quais as semelhanças e diferenças entre eles e os motoristas parceiros da Uber.

1.1 Aproximação com a profissão de taxista

Enquanto em países como Austrália, Estados Unidos e Canadá a maioria dos taxistas são imigrantes (MAYHEW, 2000,1), no Brasil a profissão é ocupada por duas parcelas diferentes e bem caracterizadas de pessoas (JUNIOR, 2016, 110). A primeira desempenha ou desempenhava outras ocupações de forma que o desemprego, a idade avançada, a falência de pequenos empreendimentos ou a necessidade de complementação da renda foram circunstâncias determinantes para que se tornassem taxistas e a segunda vem de condições socioeconômicas inferiores e viu na profissão uma possibilidade de ascender.

Conforme pesquisa realizada em 2016 pela Confederação Nacional de Transportes (CNT, 2016, 10-13), a categoria é formada majoritariamente por homens, casados, de cor parda ou negra, escolaridade de ensino médio e com média de 42 anos. A baixa inserção das mulheres é explicada por ser um trabalho considerado perigoso e arriscado.

O local de trabalho são as ruas da cidade, lugares abertos e de intensa circulação de pessoas. A profissão é marcada por uma jornada de em média 12,8 horas, com momentos de intenso movimento de passageiros, intercalados por outros de espera, fazendo os taxistas reféns da dinâmica da cidade. Faz parte da função lidar com pessoas que são, em geral, desconhecidas; os locais (centro, subúrbio, pontos especiais) e horários (manhã,

tarde, noite, madrugada) de serviço interferem diretamente no perfil dos passageiros, nos rendimentos do dia e na segurança do motorista.

Esse cenário próprio da função leva a uma maior exposição a determinados fatores que aumentam as chances de vitimização (MAYHEW, 2000,1), tais como período prolongado em locais públicos, necessidade de andar com dinheiro em espécie, trabalho sozinho, circulação em localidades com pouca vigilância, trabalho em horário noturno e em ambiente sem restrições à circulação de pessoas.

Os taxistas estão 15 vezes mais expostos à violência do trabalho em comparação com outras profissões, os tipos de criminalidade que os acomete são: pessoas que se utilizam do serviço sem dispor de recursos para efetuar o pagamento (conhecido popularmente como calote), ameaças, agressões físicas, verbais e roubo, que em algumas ocasiões pode resultar em lesão corporal e morte.

No Brasil, a obtenção de dados com relação aos crimes e às agressões sofridas pelos taxistas é dificultada já que há uma grande quantidade de subnotificação. Pesquisa realizada em Recife (NETTO, 2011, 87) e Salvador (NASCIMENTO, 2010, 144) constatou que a realização do Boletim de Ocorrência não é uma prática comum, pois os motoristas afirmam que tempo gasto para isso reflete na lucratividade do dia e é compartilhada a sensação de que o problema não será resolvido. Outro fator que contribui para a subnotificação é que os registros oficiais de segurança pública não as classificam tais agressões como violência no trabalho.

Essa subnotificação reflete na falta de informações oficiais sobre os autores dos crimes e sobre seu modo de agir. Pesquisa realizada nos Estados Unidos (MAYHEW, 2000,5) observa que os indivíduos que oferecem maior risco aos motoristas são homens, jovens, embriagados, que solicitavam o serviço à noite, provindos das classes sociais mais baixas e pegos nos subúrbios. Já outra realizada em Salvador, revela que são homens, jovens e de diversas classes sociais.

O modo de agir dos agentes, especificamente no crime de roubo, é relatado da mesma forma nas pesquisas realizadas em Recife e Salvador. As abordagens podem ser feitas tanto de fora (o agente anuncia o assalto podendo, depois, adentrá-lo) quanto de

dentro do veículo. A última é a maneira mais corriqueira, sendo possível afirmar que a maioria dos agentes são os próprios passageiros.

Quando age de dentro do veículo, o agente anuncia o assalto desde logo ou aguarda até que esteja em uma situação confortável. Sua postura pode variar comportando-se de forma inquieta e evitando olhar diretamente para o motorista, permanecendo calado até o momento da ação ou até conversando normalmente para não despertar nenhuma desconfiança. Usualmente, senta no banco de trás e atrás do condutor, pois essa posição permite menos vigilância e evita ações abruptas por parte do motorista, porém pode também sentar no banco da frente para ter mais controle sobre seus movimentos.

A finalidade da ação criminosa é dinheiro em espécie, objetos pessoais de valor, como relógio e celulares, e também o próprio veículo. Assim, a morte da vítima não é decorrência da vontade do agente (já que não é seu objetivo principal) e muitas vezes está relacionada ao seu comportamento reativo (NASCIMENTO, 2010, 143).

1.2 Prevenção da criminalidade

Para se proteger os taxistas aprendem, desenvolvem e aplicam estratégias de avaliação e de minimização dos riscos de acordo com as ocorrências do cotidiano, conversas que se tem com outros profissionais, notícias sobre a ocorrência de algum crime com colegas de profissão e algumas vezes com a própria intuição.

Como estratégia individual, para avaliar o risco que o passageiro apresenta, o taxista observa suas expressões corporais, sexo, idade, cor da pele, vestimenta, acessórios, número de passageiros, linguagem, diálogo, classe social e comportamentos. Não se trata de um cálculo racional que é feito a todo momento, mas diante de um contexto de insegurança, o taxista se utiliza desses sinais para decidir.

Passageiros, principalmente homens, que usam roupas mais folgadas, bonés e chapéus geram desconfiança (já que é possível esconder alguma arma e o rosto), os que apresentam comportamento agressivo e sinais de entorpecimento também. Por outro lado, é um sinal de confiança quando são mulheres, idosos, crianças e habituais – que fazem parte de sua carteira de clientes.

Além de características do passageiro, o taxista se atenta ao ambiente em que ele embarca e qual é o seu destino, são considerados sinais suspeitos quando a pessoa não informa um destino claro, muda no meio da prestação do serviço ou indica local considerado de risco e desconhecido.

Circular por áreas já conhecidas gera uma sensação de segurança, ao passo que se distanciar dessas eleva o sentimento de risco tendo em vista que o motorista não possui um conhecimento prévio para identificar locais estratégicos (delegacia de polícia, lugares de grande circulação de pessoas, pontos de táxi). O serviço realizado a noite e principalmente de madrugada exige mais atenção por parte do motorista pela falta de iluminação e de circulação de pessoas.

Como estratégia coletiva, os taxistas associados às cooperativas se utilizam do rádio para se comunicar entre si e sobre a ocorrência algum incidente, além de incorporarem um diálogo codificado que somente os iguais conseguem compreender as informações transmitidas; muitos possuem mais de um celular para facilitar a conversa com outros taxistas e também com a clientela.

Outra modalidade de comunicação é através de sinais luminosos usando os faróis do carro para informar situações de risco ou pedido de socorro. Aquele que recebe o sinal deve identificar o táxi e informar à central, que vai verificar a situação, manter contato com o taxista e mobilizar um grupo de taxistas que estejam nas proximidades da área para suporte, além de acionar os serviços necessários para o socorro.

Com relação às ações coletivas relacionadas às instituições formais de proteção da categoria, taxistas entrevistados na cidade de Salvador alegaram que o Sindicato age timidamente, a associação cuida apenas das questões de seguridade. Já as ações do Estado com relação à categoria, apesar de reconhecerem a importância, são julgadas como insuficientes e ineficientes.

Em Recife, a segurança dos taxistas não está presente nas iniciativas institucionais (prefeitura ou sindicato), ficando sob a responsabilidade de cada indivíduo a produção de sua própria segurança. Nas entrevistas, os taxistas foram enfáticos ao afirmar nunca terem recebido nenhum tipo de orientação ou treinamento direcionados à sua proteção (NETTO, 2011, 115).

Para prevenção de ações criminosas contra os taxistas, Claire Mayhew (MAYHEW, 2000,5) fez um estudo amplo mapeando estratégias tecnológicas e de treinamento. Estratégias tecnológicas envolvem colocar uma tela de proteção que permite a separação entre o motorista os passageiros do banco de trás, instalação de GPS nos carros, de luzes externas e alarmes que podem ser acionadas quando o motorista se encontrar em apuros dentro do carro, de airbag no banco de trás para conter o passageiro em caso de agressão, de câmeras e, por fim, a adoção de pagamento por ferramentas sejam capazes de evitar com que os motoristas carreguem muito dinheiro em espécie.

As de treinamento envolvem conhecimento sobre a utilização de todo aparato tecnológico (câmeras, alarmes, GPS), o desenvolvimento de habilidades interpessoais para identificar situações de risco (como a mudança de destino durante a prestação de serviço) e a não resistência no caso de roubo. Além disso, estudos citados pela autora mostram que recusar passageiros que apresentam sinais de risco e pegá-los em áreas periféricas ou bares também podem impedir o cometimento de crimes.

Por fim, o estudo observa também que desenvolver um sistema de documentação dos incidentes que ocorrem no local de trabalho é uma das primeiras prioridades, já que o acesso aos dados permite um conhecimento sobre a natureza e a magnitude da criminalidade.

1.3 Particularidades dos motoristas da Uber

O que foi observado acima com relação aos taxistas se aplica da mesma forma aos motoristas da Uber. A chegada da empresa como intermediadora através da plataforma digital trouxe algumas peculiaridades na prestação do serviço, mas em essência não houve grandes mudanças.

Os motoristas de táxi têm a possibilidade de fazer uma carteira de clientes, já os da Uber não. As viagens feitas pelo aplicativo são condicionadas pelo GPS, ele distribui automaticamente as solicitações dos usuários para os motoristas que estão mais próximos ao ponto de embarque. Apesar de ser uma particularidade, na prática, não há muita diferença, tendo em vista que, mesmo com uma carteira de clientes, a maioria dos passageiros dos taxistas são desconhecidos.

Ainda com relação ao desconhecimento, quando um usuário solicita o serviço, ele tem acesso à foto do motorista e, no momento de embarcar, tem condições de confirmar sua identidade. Os motoristas, por outro lado, não têm acesso à foto do usuário, somente ao nome, nem conseguem saber qual será o local do destino antes de seu embarque. Ou seja, não há um recurso na plataforma que permitam que o motorista tenha informações de antemão sobre a identidade do passageiro, o que o coloca na mesma situação que o taxista, apesar de todo aparato tecnológico.

Existe, na verdade, mecanismos que impedem que o motorista recuse a prestação do serviço. Caso ele cancele, pode ser penalizado com a redução da sua nota de avaliação (podendo levar ao bloqueio automático do aplicativo por dois dias caso ela fique abaixo de 4,6 de um total de 5) e se não aceitar mais de 80% das viagens há uma chance de ele ser bloqueado temporariamente (GAIA, 2018, 224).

Enquanto os veículos utilizados pelos taxistas são padronizados ou identificáveis visualmente por fora (taxímetro, cor, número do táxi), os usados pelos motoristas da Uber são comuns. Isso dificulta que o agente aborde o motorista de fora do veículo, mas não impede a ação criminosa, pois o usuário pode solicitar o serviço pelo aplicativo já com o intuito de praticar o crime. O principal infrator continua sendo o passageiro.

Uma mudança provocada pela Uber que poderia fazer bastante diferença com relação à criminalidade é a forma alternativa de pagamento (seja por cartão de crédito, débito ou recarga feita na própria plataforma), porque diminuiria o dinheiro em espécie que os motoristas carregam. Todavia, essas formas alternativas não são obrigatórias, muitos usuários ainda optam por pagar o valor do serviço em dinheiro. Então, mesmo com a adoção dessa política, o motorista ainda carrega valores consigo.

Os motoristas da Uber – por ser uma profissão recente cujas relações de trabalho não estão nem previstas em lei – não possuem um sindicato e nem um grupo de membros que possam representar os interesses da categoria. Isso torna impossível a adoção de práticas de prevenção coletivas aproximando-os, nessa questão, com os taxistas.

Diante desse cenário, é possível inferir que não existem grandes mudanças entre motoristas da Uber e os taxistas com relação à criminalidade. Como a prestação do serviço é a mesma, o tipo de ação criminosa que acomete esses profissionais também é a

mesmo. As formas de prevenção mais adotadas (utilização de experiências individuais e impressões sobre os passageiros para direcionar seu modo de agir diante de um contexto de insegurança) também são iguais pelo fato de a plataforma não trazer inovações com relação a isso.

Ocorre que, desde 2017, a empresa passou a adotar uma estratégia de prevenção da criminalidade diferente do que é praticado pelos seus motoristas e do que é recomendado a eles. Essa novidade consiste em bloquear o serviço dos usuários que estão localizados em áreas classificadas como de “desafio a segurança pública”. No capítulo seguinte, tanto as práticas já adotadas, quanto essa nova estratégia serão estudadas a partir da perspectiva criminológica.

2. ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA

No capítulo 1 foi apresentado um panorama sobre o contexto de trabalho e a criminalidade que atinge os motoristas da Uber. Foi possível compreender que a própria característica do trabalho deixa esses trabalhadores mais vulneráveis, que o principal crime que os acomete é o roubo e que os autores desses crimes costumam ser homens, jovens e vindos das camadas mais baixas da sociedade.

Com base nessas informações, o objetivo desse capítulo é empregar as teorias criminológicas da prevenção situacional e da criminologia do lugar para compreender as formas de prevenção já adotadas e a nova estratégia utilizada pela Uber.

2.1 Prevenção situacional: teorias que estruturam a prática já recomendada

Atualmente, o enfrentamento da criminalidade passa por estratégias individuais de prevenção: os motoristas agem de forma a reduzir as oportunidades de ocorrência de um crime. Esse modo de agir está relacionado com a teoria da prevenção situacional e também com as teorias da vitimização. A primeira busca reduzir o risco da ocorrência de crimes intervindo nas suas causas e circunstâncias imediatas. Já a segunda defende que existe uma causalidade entre as características e atividades realizadas pelos indivíduos e a possibilidade de se tornarem vítimas.

Com base na premissa de que uma ocasião favorável é o principal requisito para a realização de crimes, as teorias situacionais procuram prevenir sua ocorrência alterando esse contexto de forma a diminuir as oportunidades de cometimento da infração e aumentar os riscos para o infrator. Assim, ela deve ser estruturada pensando nas particularidades de cada crime e no *modus operandi* adotado por cada criminoso.

A prevenção situacional não é algo novo, é comum as pessoas adotarem dos mais diferentes comportamento para prevenir um crime – seja colocar câmeras nas lojas, fazer compras com uma doleira, instalar um sistema de alarme ou colocar um cachorro para proteger o ambiente. Entretanto, o que ela procura é realizar um esforço sistemático para desenvolver e testar técnicas que podem ser aplicadas em determinadas situações de modo a complementar o modelo de prevenção adotado pelas instituições que aplicam a lei (*law enforcement*).

A perspectiva situacional foi criticada por seu olhar pragmático voltado para as situações criminogênicas em vez de focar nos atores criminosos como outras teorias já consolidadas. Dessa forma, para alcançar uma melhor sistematização foi necessário fortalecer suas bases teóricas e isso ocorreu com o desenvolvimento da teoria da escolha racional e da teoria das atividades rotineiras (CLARKE, 1995, 93) que serão explicadas a seguir.

A teoria da escolha racional está inserida dentro das teorias econômicas do crime e foi influenciada pelo pensamento da economia política liberal, principalmente pela ideia do *homo economicus* (de que o sujeito é individualista, egoísta e age em busca do benefício próprio) desenvolvida por Jhon Stuart Mill. Sua metodologia é etiológica, ou seja, procura entender os motivos pelos quais alguém comete um delito, e segue a corrente individual que acredita que há algo dentro do próprio indivíduo que o leva a cometer um desvio.

Essa teoria, desenvolvida pelo economista Gary Becker,¹ defende que o indivíduo que comete delito não é diferente dos demais, não é um ser patológico, mas somente alguém que, em algum momento e em busca da maximização de ganhos e a minimização de perdas, decide pelo caminho desviante. Esse processo decisório é sim influenciado

¹ A teoria da escolha racional desenvolvida por Gary S. Becker não é o objetivo de estudos dessa pesquisa entretanto para aprofundamento, é sugerido o artigo Crime and Punishment: An Economic Approach publicado no Journal of Political Economy em 1968.

por fatores externos, mas ele decorre principalmente de uma escolha racional feita pelo indivíduo, de um cálculo entre os benefícios e os custos.

Várias críticas foram feitas a esse pensamento: o agente não é racional a todo momento e muitas de suas decisões podem ser tomadas de forma não pensada ou pouco avaliada como no caso de alguns crimes de natureza oportunista; a motivação dos infratores não é explorada e os benefícios de um crime são tanto materiais (dinheiro, objetos de valor), quanto subjetivos (diversão, prestígio entre os pares, excitação, gratificação pessoal, dominação sobre o outro). Diante delas, Derek B. Cornish e Ronald V. Clark aprimoraram a teoria da escolha racional.

Segundo os autores, é fundamental compreender como funciona o processo decisório daqueles que violam as leis. Eles partem da premissa de que o crime é intencional, visa um benefício e é resultado das melhores decisões possíveis – tendo em vista os riscos, recursos, tempo, incertezas, recompensas envolvidas e a natureza do crime em questão. Assim, o processo decisório não é consequência de uma escolha, mas sim de uma série de escolhas racionais influenciadas por diversos fatores sociais e psicológicos que poderiam ser compreendidos como motivadores para o cometimento do crime.

As decisões podem ser classificadas em escolhas de evento e de envolvimento. As de envolvimento são mais complexas e variam conforme o estágio da carreira criminal de cada autor. Se o indivíduo está na fase inicial, ele vai avaliar se está pronto para cometer um crime, na sua decisão, fatores como educação, traços de personalidade e relações de amizade são considerados. Diferentemente ocorre com um infrator habitual, pois a prática crimes de forma persistente ao longo da vida faz com que outros fatores sejam apreciados.

As escolhas de evento, por outro lado, não são tão complexas. Elas envolvem uma série de decisões feitas em cada etapa do ato criminoso, na preparação, seleção de alvos, realização do ato, possibilidades de fuga e possíveis consequências.

Raramente o agente tem como antecipar todo o cenário, os riscos e as recompensas dos seus atos. Suas ações são regidas mais pelo imprevisto e agilidade do que por um planejamento propriamente dito – no máximo ele recorre ao que já funcionou outras vezes. Assim, as circunstâncias imediatas, como necessidade e oportunidade, são os fatores responsáveis por definir se um crime será ou não cometido.

As circunstâncias imediatas, e consequentemente o processo de decisão, variam de acordo com os diferentes tipos de crime. Sendo assim, uma política criminal focada na prevenção não pode adotar uma perspectiva generalista, pelo contrário, deve considerar o nível de racionalidade do criminoso, o tipo específico de crime e as especificidades situacionais associadas a cada um deles.

A perspectiva da escolha racional dialoga com a teoria das atividades rotineiras e com as do estilo de vida (ambas também ajudaram a fortificar as bases teóricas da prevenção situacional). A teoria do estilo de vida parte de uma perspectiva vitimológica ao afirmar que o comportamento da vítima pode contribuir ou não para a realização do crime.

Segundo ela, os riscos de se tornar vítima de um crime estão relacionados à exposição aos possíveis criminosos, e ela varia de acordo com o estilo de vida que a pessoa tem. Atividades de trabalho e lazer (como o consumo de álcool em locais públicos, uso noturno de transporte público, compras no centro da cidade) têm maior probabilidade de aumentar a exposição a possíveis agentes e, consequentemente, ampliar o risco de vitimização. A implicação disso é que os riscos da ocorrência de um crime podem ser diminuídos por uma mudança no próprio comportamento da vítima, pela modificação dos padrões de atividade.

Já a teoria das atividades rotineiras adota uma perspectiva vitimológica diferente. Lawrence Cohen e Marcus Felson notaram que o aumento da criminalidade, na década de 1960, nos Estados Unidos, é explicado pelo aumento da proporção de domicílios vazios durante o dia. Isso ocorreu, em parte, devido ao maior número de pessoas que moram sozinhas, à ampliação da participação feminina no mercado de trabalho (que antes passavam o dia em suas casas e agora saem para trabalhar deixando-as vazias), e ao aumento da disponibilidade de bens eletrônicos portáteis (televisores e produtos elétricos).

A partir da percepção de que a mudança na rotina das pessoas causou o aumento de um tipo específico de criminalidade, foi desenvolvida a teoria das atividades rotineiras. De acordo com ela, as atividades da vida cotidiana influencia nas oportunidades criminais, principalmente com relação aos crimes predatórios que são os que o agente intencionalmente toma, ou danifica, a propriedade de outro e envolve um contato físico entre ele e a vítima ou objeto. A ocorrência do crime exige a convergência de três elementos: alvos adequados,

ausência de guardiões e agentes motivados (COHEN; FELSON, 1979, 589) – e na falta de um deles a vitimização não ocorre.

Com relação ao primeiro elemento, a teoria utiliza a nomenclatura “alvos adequados” para designar objetos que são atrativos para o agente, prefere-se utilizar o termo alvo em vez de vítima para enfatizar que a maior parte da criminalidade é direcionada para a aquisição de bens. O que torna um objeto adequado é o seu valor (calculado a partir da perspectiva do agente), inércia (o aspecto físico da pessoa ou da propriedade), visibilidade e acessibilidade. Assim, objetos com alto valor, fáceis de serem carregados que estão visíveis e acessíveis ao agente, como dinheiro em espécie e celulares, são mais atrativos do que outros que não possuem essa característica.

O segundo elemento é a ausência de guardiões capazes de prevenir o delito, que podem ser pessoas vinculadas às organizações do sistema criminal (os policiais) ou não (parente, vizinho, guarda ou alguém desconhecido que esteja observando o início da empreitada criminosa), e até impedimentos físicos e objetos (vidro, alarme, cerca elétrica).

Enfim, o terceiro elemento é a presença de um agente motivado a cometer um crime. A teoria em questão não examina a razão pela qual os indivíduos estão inclinados para a criminalidade (os motivos do ofensor), apenas toma essa motivação como um fato dado e se preocupa mais com a organização das atividades criminosas no tempo e no espaço. O contexto do crime é o foco central, sendo que o criminoso é apenas um dos fatores que o afetam.

Os estudos de prevenção situacional deram uma série de contribuições para a compreensão do crime. Eles demonstram que o crime é intencional e fruto de diversas escolhas, que as decisões dos infratores são parcialmente determinadas por contingências situacionais e que essas situações variam com o tipo de crime.

Mostraram que a vitimização depende de variáveis que podem ser expressas em termos probabilísticos, que comportamento de risco aumenta-as e que a própria vítima tem como adotar atitudes para reduzir essa probabilidade. Além disso, descreveram elementos que são necessários para o evento da vitimização, mesmo quando a vítima não adote nenhum comportamento de risco, que são o agente motivado, o alvo adequado e a falta de guardiões.

Diante disso, é possível fazer um paralelo entre a prevenção situacional e o contexto da criminalidade vivenciada pelos motoristas da Uber. Não são todas as atividades que elevam o risco de vitimização e, das que o fazem, há diferenças entre o grau de elevação. A teoria das atividades rotineiras, da forma que foi desenvolvida, não especifica quais atividades geram risco (PRATT; TURANOVIC, 2016, 339). Entretanto, a partir das pesquisas de campo realizados com os taxistas, é possível afirmar que o próprio cotidiano de trabalho é arriscado, porque os motoristas estão sozinhos, andam com dinheiro em espécie, trabalham durante a noite e com pessoas desconhecidas.

Partindo dos três elementos relacionados pela teoria das atividades rotineiras, pode-se afirmar que não é possível se ter um controle sobre o elemento “agente motivado”. Entretanto, como uma forma de minimizar as chances de ocorrência de crimes, os motoristas tentam reconhecer um possível infrator a partir de suas características físicas, atitudes e modo de falar (em conjunto com seu local de partida e destino). Esta análise é baseada em mecanismos particulares de avaliação e na experiência profissional de cada um, assim, não há como garantir a eficácia dessa estratégia sem recair em estereótipos preconceituosos – mesmo reconhecendo que a maioria dos infratores são homens, jovens e pobres.

Já com relação ao elemento “alvos adequados” é possível se ter uma maior margem de ação, apesar da incapacidade retirá-lo totalmente. Pagar o serviço por cartão, não carregar muito dinheiro dentro do veículo e não deixar expostos valores e objetos relevantes (celular, relógio, carteira) são atitudes recomendadas que diminuem a possibilidade da realização do crime.

Por fim, quanto ao elemento “guardiões”, recorrer a presença de um terceiro que possa influenciar na dissuasão do agente não é uma estratégia viável. Entretanto, a tutela pode ser feita por objetos ou impedimentos físicos: câmeras dentro do veículo e a instalação de uma barreira de plástico que separe o motorista dos passageiros que ficam no banco de trás são capazes de desestimular a ação do agente. Ocorre que, além de não serem obrigatórios, a despesa desses equipamentos recai sobre o motorista que, na maioria das vezes, não dispõe de recursos suficientes.

2.2 Bloqueio do serviço como estratégia de prevenção

A partir de agora, será analisada a estratégia contra a criminalidade adotada pela Uber em 2017. A empresa classifica alguns locais da cidade de São Paulo como de “desafios a segurança pública”, um usuário que está nesse local não consegue solicitar o serviço, pois é bloqueado pelo aplicativo. O motorista que está nos arredores não toma conhecimento dessa solicitação. A classificação é feita por um algoritmo que utiliza os dados das milhares de viagens realizadas diariamente pelo aplicativo (UBER, 2020).

A Uber não disponibiliza quais são essas áreas de risco, mas é de conhecimento público que o serviço é bloqueado nos bairros de Heliópolis e Paraisópolis (OLIVEIRA, 2020), na zona sul de São Paulo, e Brasilândia (PAIVA, 2020), zona norte. Também não é disponibilizada nenhuma informação sobre funcionamento do aplicativo, quais dados são considerados, se são utilizados dados apenas do aplicativo, ou se também são usados os oficiais da Secretaria de Segurança Pública e Polícia Civil.

Com relação a esses locais de risco, na pesquisa realizada em Salvador, alguns taxistas citaram que conhecem essas áreas na cidade e que fica a critério de cada um prestar o serviço nelas (NASCIMENTO, 2010, 127). Já na realizada em Porto Alegre, eles afirmam que corridas consideradas perigosas são para locais que têm muito histórico de assaltos ou pontos de tráfico de drogas (RECH, 2015, 130).

Cada motorista parte da sua experiência e conhecimento para avaliar a periculosidade dos locais da cidade. Assim, áreas consideradas de risco para uns podem não ser para outros, apesar disso, algumas regiões são citadas repetidamente, como as centrais e locais de muita pobreza.

Alguns profissionais da cidade de São Paulo, inclusive, se utilizam de um aplicativo chamado Rebu para compartilharem os locais que supõem serem de risco. Esse aplicativo é conectado ao GPS do celular e mostra um mapa, algumas regiões dele ficam em vermelho para demarcar o grau de periculosidade de um local (são quatro tons, do mais claro para o mais escuro), quando alguém se aproxima, ou está nesses locais, é alertado pelo aplicativo. Quem faz as classificações são os próprios usuários e somente as áreas mais escolhidas por eles ficam em destaque.

As informações presentes nesse aplicativo são baseadas nas sensações do usuário sobre determinados locais e não em evidências sobre seu real grau de criminalidade. Já com relação à plataforma da Uber não é possível fazer a mesma afirmação, porque não é pública a forma que a classificação é feita.

Estudos empíricos sobre locais que apresentam muitos crimes já foram apresentados na criminologia, sendo que a teoria das escolhas racionais e a das atividades rotineiras também serviram de base para elas.

Em 1989, Lawrence W. Sherman, Patrick R. Gartrin e Michael Buerger se utilizaram dos dados das ligações para o departamento de polícia de Minneapolis e mapearam os locais em que ocorriam crimes. Como resultado do mapeamento descobriram que 50% das ligações se referiam a apenas 3,3% da área da cidade de Minneapolis, confirmando assim sua hipótese inicial de que os crimes são concentrados no espaço de forma não aleatória.

Essa descoberta possibilitou uma nova área de estudos que foi chamada de criminologia do lugar. Surgiram, então, várias pesquisas que procuravam fazer o mesmo mapeamento em diferentes locais que chegaram nas mesmas conclusões: havia pontos críticos (*hotspots*) em que se concentravam mais crimes do que outros.

O potencial criminógeno de um local foi confirmado quando se fizeram estudos longitudinais que mostraram que os locais críticos pouco variaram no decorrer do tempo. Em um estudo que comparou os dados de Minneapolis aos da Filadélfia, foi constatado que era seis vezes mais previsível saber a ocorrência de um crime futuro a partir do endereço do acontecimento do que pela identidade do ofensor. Em outro, realizado em Seattle, observou-se que, em média, no mesmo período, 1.500 segmentos de ruas eram responsáveis por 50% dos crimes enquanto 6.108 ofensores foram causadores desses mesmos 50% (WEISBURD; TELEP, 2010, 17).

Segundo essa teoria, da mesma forma que as pessoas possuem atividades rotineiras, os locais também a apresentam. A disposição dos estabelecimentos comerciais e das casas, as atividades rotineiras das pessoas que comparecem nesse lugar e sua frequência, a iluminação, entre outros fatores, baseiam as atividades de rotina dos lugares.

Ao focar nas atividades rotineiras dos locais, observa-se uma conclusão diferente da de Cohen e Felson. Dependendo apenas do local, o alvo pode se tornar menos adequado, a tutela dos guardiões pode ser aumentada e a oferta de potenciais agentes pode ser diminuída sem que a possível vítima precise alterar suas próprias atividades de rotina. Em outras palavras, o local por si só tem capacidade de atrair a criminalidade, o que varia é o tipo de crime e o grau de dependência entre um e outro (SHERMAN; GARTIN; BUERGER, 1989, 27).

É possível, então, reduzir a ocorrência do crime – mantendo a oferta de criminosos e alvos disponíveis – apenas modificando ou aumentando a tutela de um local, sendo que ela pode ser feita tanto pelo contingente policial quanto pela interação entre os próprios moradores e comerciantes dos locais (*collective efficacy*²).

A partir da análise do comportamento eleitoral no nível do segmento de rua, foi observado que os segmentos livres de crime ou com pouca atividade criminosa tinham os índices mais altos de eficácia coletiva, enquanto os que apresentavam uma criminalidade crônica tinham taxas menores (WEISBURD; TELEP, 2010, 33). Essa relação direta que existe entre os padrões de crime e a eficácia coletiva pode ser considerada pelos policiais no momento de adotar uma resposta aos pontos críticos.

A aplicação dessa teoria tornou-se muito popular nos departamentos de polícia dos Estados Unidos, 7 entre 10 com mais de 100 policiais relataram fazer uso do mapeamento dos crimes para identificar os pontos críticos e aprimorar o policiamento dessas áreas (WEISBURD; TELEP, 2010, 15). Esse aprimoramento pode ocorrer de várias formas: patrulhas gerais ou dirigidas, prisões proativas, ou procurando entender que fatores causam esses pontos críticos conversando com moradores e comerciantes do local, entre outros (MAGUIRE; MORGAN; REINER, 2012, 472).

A estratégia de policiamento mais utilizada, atualmente, coloca as pessoas no centro das práticas policiais. Isso reflete na forma que os dados são coletados (dando

² Conforme Robert J. Sampson, Stephen W. Raudenbush e Felton Earls, *collective efficacy* é a coesão social entre vizinhos que resulta em uma vontade de intervir em prol do bem comum e da redução da violência local. A eficácia coletiva é uma forma de controle social informal, ou seja, é a capacidade de um grupo regular seus membros em busca de objetivos coletivos, como o desejo dos residentes da comunidade de viver em ambientes seguros e ordenados, livre de crimes e de violência.

mais importância para uma série de características das pessoas envolvidas e menos para o detalhamento do local e horário), bem como na organização da própria polícia.

A principal ferramenta de policiamento é a aplicação da lei (*law enforcement*) e a captura de criminosos, o que é esperado de uma cultura policial cuja principal estratégia é se concentrar nos infratores e na sua prisão. O sucesso de uma operação, dessa forma, é medido basicamente pelo número de prisões que são realizadas.

O policiamento com base nos pontos críticos oferece uma oportunidade de finalmente mudar essa ênfase, porque coloca o local do crime, e não o criminoso, no centro da equação de prevenção. Com isso, o êxito do policiamento passa a ser medido com base no aumento de segurança que o local proporciona para as pessoas que vivem, visitam e trabalham nesses locais.

Além disso, hoje em dia, o contingente policial é organizado em regiões e bairros, presumindo-se que o denominador comum do crime é encontrado em grandes níveis geográficos quando, na verdade, não o é. Em diferentes estudos (WEISBURD; TELEP, 2010, 24-25), foi notado que a concentração da criminalidade ocorria de forma disseminada por toda a cidade, em todos os bairros havia pontos críticos e segmentos de rua sem concentração de crime. Observou-se, também, que a ação criminosa ocorre de fato em micro lugares, como quarteirões, e que muitas informações seriam perdidas ao se concentrar em unidades de local maiores, como bairros inteiros.

Weisburd faz uma revisão das escolas criminológicas que se ocuparam em estudar os locais de crimes e percebeu que, de início, o interesse era focado em unidades de espaço muito maiores, grandes distritos administrativos e regiões. Isso ocorreu, principalmente, porque os dados que estavam que disponíveis eram organizados nessas medidas de espaço. Mais recentemente, o interesse na microcriminalidade levou os estudiosos a observar unidades de análise bem menores do que bairros, como endereços e quarteirões.

Os pesquisadores definem as unidades espaciais com base nas informações que estão disponíveis em cada banco de dado, assim, a escolha é feita fundamentada por critérios pragmáticos. Acontece que, quando se mede alguns tipos de crime ao nível de bairro, mascaram-se os que se manifestam em unidades menores. Dessa forma, ao nível

local e ao longo do tempo, pode-se apresentar uma grande variabilidade no crime, que é ocultada quando a análise é feita com unidades maiores.

As unidades maiores, assim, podem apresentar uma média com relação aos crimes que pouco diz sobre a real manifestação da criminalidade. Poucos pontos críticos podem ter uma alta taxa de criminalidade, o que levaria a conclusão errônea de que a região como um todo apresenta esse mesmo resultado. Com a coleta de dados sobre a criminalidade no nível micro, é possível se reconhecer como sua manifestação se dá no nível macro, mas o contrário não é viável.

Com base na criminologia dos lugares, surgem algumas questões que precisam ser consideradas com relação à estratégia adotada pela Uber. A primeira é o uso de algoritmos para fazer a gestão dos dados, a segunda é a falta de transparência com relação a essas informações e a última é a dúvida sobre se a estratégia foca em locais de risco ou em pessoas que apresentam o risco de serem criminosas.

Com relação ao primeiro questionamento, antes, a coleta dos dados era feita manualmente nos departamentos de polícia abrindo-se o mapa e colocando alfinetes nos locais que ocorriam crimes. Depois, com um sistema computadorizado esse trabalho ficou mais fácil de ser executado. Agora, a técnica usada pela Uber para gerir os dados é aperfeiçoada. Ao invés de um sistema computadorizado que ainda precisa de trabalho humano, adotam-se algoritmos que eliminam por completo essa questão.

Ele é responsável por receber as informações, processá-las conforme foi previamente programado e devolvê-las em forma de solução. Segundo a Uber, o algoritmo utiliza dados fornecidos pelas corridas que ocorrem a todo tempo e, a partir deles, classifica quais áreas da cidade de São Paulo são de risco. A solução encontrada pela empresa para lidar com o resultado do mapeamento é fazer com que seus motoristas evitem essas áreas bloqueando as solicitações de serviço que partem dela.

Sobre o segundo, a empresa não divulga que dados são utilizados e nem a forma que eles são processados alegando sigilo empresarial. Não é possível saber se são usados somente dos usuários e motoristas ou se também se utilizam informações dos órgãos oficiais, nem quão precisas e concretas são essas informações.

Não se sabe também quais dados são usados, qual a unidade de análise do espaço é adotada ou como as informações são geridas e analisadas. É necessário ter conhecimento de como essas operações são feitas para avaliar se a estratégia em questão está pautada na realidade.

Outro ponto é que a Uber está produzindo sua própria base de dados com relação à distribuição da criminalidade que afeta seus motoristas. São dados, inclusive, que nem os órgãos oficiais dispõem. A Secretaria de Segurança Pública de São Paulo e a Polícia Civil foram procuradas, por meio do portal da transparência, para informar sobre a ocorrência de roubos na cidade de São Paulo com relação aos taxistas e motoristas de aplicativo e a resposta foi que tais informações não são sistematizadas por eles.

Acerca do terceiro, a dúvida sobre se a estratégia recai nos locais considerados de risco ou nas pessoas que apresentam o risco de serem criminosas ocorre por dois motivos. Em primeiro lugar, o aplicativo da Uber bloqueia solicitação de usuários que estão em determinados locais, mas, ao mesmo tempo, quando esse local é o destino, ele não impõe nenhum empecilho. Baseado nessa diferença de tratamento, observa-se que o que se quer evitar é o embarque de passageiros que estão em uma certa região e não a região em si. Em segundo lugar, quando comparados os locais considerados de risco com os dados oficiais, é notada uma disparidade com relação ao nível de criminalidade.

Como foi mencionado, não foi possível ter acesso aos dados de forma direta sobre os crimes que acometem os motoristas de aplicativo. Porém, uma forma encontrada de conhecer essa realidade de maneira indireta é identificar em que locais da cidade ocorreram mais roubos dentro de veículos, já que esse é o *modus operandi* dos infratores como foi observado no primeiro capítulo.

Conforme dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, nos anos de 2014 a 2019 (período em que a Uber está atuando na cidade), houve 1341 ocorrências de roubos dentro de veículos em Brasilândia e 250 em Heliópolis e 37 em Paraisópolis. Entretanto, existem outras áreas da cidade que, em números absolutos, apresentam mais ocorrências desse tipo e que não são alvo da estratégia usada pela Uber, como Sapopemba (1480), Jardim Angela (2569), Grajaú (1603), Morumbi (1823), Itaim Paulista (1142), Itaim Bibi (1569), Butantã (1763), Jabaquara (1561), entre outras.

A quantidade de homicídios dolosos também é usada para aferir o grau de violência de um determinado local. Na cidade de São Paulo, entre 2014 e 2019, foram verificados 1714 homicídios, nenhum nos bairros de Heliópolis e Paraisópolis, e 27 em Brasilândia. Da mesma forma que mostrado acima, outros bairros apresentam maior quantidade de homicídios e também não são categorizados como de risco pela empresa. Para citar de exemplo, temos Jabaquara (22), Lajeado (37), Vila Andrade (39), Itaim paulista (42), Sapopemba (24).

Observa-se tanto que os motoristas de aplicativos podem ser vitimizados em áreas não indicadas pela Uber como de risco, quanto que existem disparidades na classificação desses locais em comparação com os dados oficiais. Conforme eles, Brasilândia é um local que merece atenção, da mesma forma que Morumbi e Itaim Bibi, que são bairros ricos da cidade. Já Heliópolis e Paraisópolis, regiões favelizadas, não apresentam grande representatividade. Tendo em vista as considerações feitas, questiona-se como é o modo de funcionamento dessa tecnologia utilizada pela Uber e qual é a eficiência da estratégia de prevenção.

3. PREDIZENDO EQUÍVOCOS

A tecnologia utilizada pela Uber se baseia no conceito de predição, de antecipar uma provável ação que ocorrerá o futuro. Para isso, são necessários dois elementos: a definição do critério de preocupação e a identificação dos fatores de risco. A preocupação da Uber é saber em quais locais ocorrem mais crimes contra seus motoristas, dessa forma, o algoritmo busca identificar qual é o conjunto de informações que apontam para uma maior certeza da ocorrência do crime, ou seja, quais são os fatores de risco.

Na criminologia, as primeiras tentativas de predição ocorreram com Burgess em 1928. A partir de dados demográficos e criminológicos – como a idade, estado civil, tempo da pena, profissão exercida antes do aprimoramento, uso de álcool, entre outros – ele buscava identificar, por cálculos estatísticos, quais eram os fatores que indicavam o sucesso ou o fracasso da concessão da liberdade condicional (*parole*).

Esse estudo foi muito bem aceito pela comunidade acadêmica e pelas instituições oficiais, replicado em diversos locais dos Estados Unidos e iniciou o debate sobre quais

seriam os melhores meios para se encontrar com mais precisão os fatores de risco. Atualmente, o uso das avaliações de risco para determinar que presos devem ser postos em liberdade condicional já está disseminado por todo país, bem como sua utilização no momento da individualização da pena pelos juízes (*sentencing*) (HARCOURT, 2007, 77).

No policiamento, as técnicas de predição são usadas tanto para encontrar perfis criminais, quanto para descobrir os locais em que ocorrem muitos crimes (*hotspots*). O objetivo do uso dessas técnicas pelas forças policiais é desenvolver estratégias eficazes de prevenção e investigação contra a criminalidade e aplicar os recursos públicos, que são limitados, de maneira mais eficiente.

Departamentos de polícia dos Estados Unidos e Europa já utilizam softwares de empresas privadas de tecnologia para atingir essa finalidade. Ocorre que quem desenvolve a tecnologia (*machine learning*) usada pelas instituições do Estado são empresas privadas, como Predpol, Palantir, HunchLab e IBM (LUM; ISAAC, 2016, 16). Normalmente, elas não compartilham o código do algoritmo usado alegando que não podem revelar informações confidenciais sobre a empresa e sobre as pessoas que são avaliadas pela tecnologia.

Essas tecnologias aparentam uma neutralidade científica que não é observada na prática. Tendo em vista que dados primários são a essências desses softwares, se as informações apresentarem vieses, todo o funcionamento do algoritmo estará comprometido, pois ele reproduzirá esses vieses na solução final.

Por exemplo, foi realizada uma pesquisa (OBERMEYER; POWERS; VOGELI; MULLAINATHAN, 2019, 4) com um algoritmo usado no setor de saúde dos Estados Unidos que impacta cerca de 200 milhões de pessoas. A tecnologia é usada para direcionar pacientes com necessidades complexas de saúde para programas que procuram melhorar seu atendimento. A fim de avaliar a vulnerabilidade dos pacientes e o quão eles necessitam desse direcionamento, uma das informações usadas pelo algoritmo é o custo gerado para o sistema de saúde. Assim, quanto mais doente o paciente está, mais ele necessita do sistema de saúde e mais ele gera custos a esse sistema.

Ocorre que essa conexão entre custos gerados e pacientes doentes apresenta um viés que resulta em menos atendimento aos pacientes negros. Isso acontece porque o acesso

ao sistema de saúde é desigual: pacientes pobres enfrentam barreiras para ter cuidados de saúde e, na medida em que raça e nível socioeconômico estão correlacionados, isso afeta pessoas negras.

O viés não ocorria devido a um erro no algoritmo, ou a alguma discriminação negativa com relação aos pacientes negros, e sim pelo uso de determinadas informações que refletiam desigualdades estruturais. Essa tendência só foi notada quando pesquisadores externos à equipe desenvolvedora do algoritmo fizeram uma auditoria nas suas entradas e saídas mimetizando seus processos (já que não tiveram acesso ao código).

Outra pesquisa (LUM; ISAAC, 2016, 17) foi feita com um algoritmo desenvolvido pela Predpol – cujo código foi publicado em um jornal acadêmico – que utiliza apenas três dados para fazer as previsões (tipo de crime anterior, local e hora da infração) dos *hotspots*, sendo que nenhum deles são informações pessoais sobre indivíduos. O primeiro mapeamento foi feito a partir de dados oficiais do departamento de polícia de Oakland sobre os usuários de drogas e o segundo baseado em uma população sintética que simula o número real de usuários.

Ao comparar os dois mapeamentos foi observado que, no primeiro, os negros seriam alvos do policiamento preditivo duas vezes mais que os brancos, pois os pontos críticos estavam situados em áreas com populações predominantemente não brancas e de baixa renda. Já no segundo, os pontos críticos estavam mais distribuídos pela cidade e a raça da população que seria afetada por esse policiamento também.

As informações oficiais revelam mais sobre onde e em quem recai o policiamento, do que sobre a manifestação real da criminalidade. Dessa forma, o algoritmo aponta não para a criminalidade futura, mas sim para o policiamento futuro, pois ele não corrige dados tendenciosos, apenas reproduz o padrão dos que recebe.

Se o contingente policial fosse realocado para os pontos críticos apontados pelo software, os policiais notariam mais usuários de drogas nesses locais, fato que além de confirmar a “predição” feita, alimentaria o algoritmo com dados mais tendenciosos produzindo uma verdadeira profecia autorrealizável.³

³ De acordo com Robert Merton, profecia autorrealizável é uma falsa definição de uma situação que evoca um novo comportamento tornando verdadeira a concepção originalmente falsa. Esse ciclo se perpetua no erro e sua eficácia é apenas ilusória.

A partir dos dois exemplos citados acima, observa-se que é preciso muito cuidado no desenvolvimento e utilização dessas novas tecnologias. Elas têm a capacidade amplificar formas históricas de discriminação de maneira silenciosa por um longo período, mesmo quando bem intencionadas. Por isso, torna-se tão necessário a realização de constantes auditorias nesses algoritmos.

CONCLUSÃO

O presente artigo busca entender, a partir da realidade dos taxistas, como é o contexto de trabalho e a criminalidade que acomete os motoristas de aplicativos. Para melhor compreender o cotidiano dessa nova classe de trabalhadores, seria necessária uma pesquisa empírica. Entretanto, foi observado que o surgimento da plataforma digital como mediadora do serviço de transporte privado não trouxe grandes alterações no tipo de criminalidade que é principalmente o roubo.

A principal estratégia de defesa utilizada por esses profissionais é, no momento de embarque, fazer uma análise do usuário juntamente com o local de embarque e descobrir, desde logo, qual é o endereço de destino. Alguns indicativos de atenção são: o embarque de usuários homens, jovens e que aparentam ser de um baixo nível socioeconômico e também o fato de o usuário não dizer de maneira precisa qual é o local do destino.

A taxa de vitimização desses trabalhadores é muito grande devido ao próprio contexto de trabalho: trabalham sozinhos, em horário noturno e têm contato frequente com pessoas desconhecidas. É recomendado que, para diminuir a ocorrência de crimes, os motoristas não carreguem dinheiro em espécie e instalem câmeras e uma barreira de plástico que separe os bancos de trás dos da frente.

Em 2017, a Uber propõe uma nova estratégia de prevenção que consiste em bloquear solicitações do serviço quando o usuário está em um local classificado como de “desafio a segurança pública” evitando, assim, que seus motoristas vão a esses locais. A classificação é feita por um algoritmo que, segundo a empresa, utiliza dados das milhares de viagens feitas todos os dias.

Diante desse cenário, procurou-se identificar quais seriam as teorias criminológicas que serviriam de base para essas práticas de prevenção. Partindo da premissa de que uma

ocasião favorável é um importante requisito para o cometimento de uma ação criminosa, as teorias que servem de base para o conceito de prevenção situacional – que busca agir no contexto imediatamente anterior ao crime – foram de grande importância para entender as estratégias de prevenção.

A teoria da escolha racional busca entender como é o processo decisório do infrator no momento do crime, tendo em vista os princípios de que o crime é intencional, visa um benefício e é resultado das melhores ações possíveis considerando os riscos, recursos, tempo, incertezas, recompensas envolvidas e a natureza da infração em questão. Segundo ela, uma política criminal de prevenção eficiente deve avaliar, o tipo específico de crime e as especificidades situacionais associadas a cada um deles.

Já a teoria das atividades rotineiras mostra que as especificidades situacionais de cada crime estão relacionadas com as ações cotidianas de suas vítimas. Para a ação criminosa ocorrer é necessário a convergência de três elementos: alvos adequados, ausência de guardiões e agentes motivados, na falta de quaisquer deles, o crime não ocorre.

A estratégia utilizada pela Uber, por outro lado, se baseia no conceito de *hotspots* (áreas que apresentam alta taxa de criminalidade). Existem locais que por suas características (frequência de pessoas, pontos de comércio, iluminação, entre outros) apresentam uma taxa mais alta de criminalidade do que outros. Se esses locais forem evitados pelos motoristas, a taxa de vitimização desses profissionais pode diminuir.

A empresa não divulga esses locais, mas é de conhecimento público que regiões como Heliópolis, Paraisópolis e Brasilândia são classificadas como áreas de risco. Não é uma coincidência que esses três bairros são pobres, cuja população é, majoritariamente, de baixa renda e negra.

A primeira questão suscitada é que, conforme estudos conduzidos por Weisburd, os *hotspots* se concentram em unidade de espaço pequenas, como segmentos de rua e quarteirões, e não em bairros inteiros. Poucos pontos críticos podem ter uma alta taxa de criminalidade, o que levaria a conclusão errônea de que a região como um todo apresenta esse mesmo resultado. Classificar grandes áreas como de risco é um erro, condena a região e toda a população que mora e trabalha ali.

A segunda é o uso de algoritmos para fazer essa classificação. A utilização dessa tecnologia no campo da criminologia se baseia no conceito de predição, de usar análises estatísticas para antecipar um provável evento criminoso futuro com base na identificação de fatores de risco. Nos Estados Unidos e em países da Europa os algoritmos já são empregados em diversos campos, inclusive no mapeamento de *hotspots*.

Essa ferramenta precisa ser desenvolvida e utilizada com atenção, pois pode apresentar vieses. Como a essência dos algoritmos são dados, se eles foram tendenciosos a solução apresentada também será, mesmo que o software não contenha erros. Já foi observado um viés racial de algoritmos usados tanto no setor de saúde, quanto no mapeamento de *hotspots* exatamente pelo fato de as informações usadas apresentarem preconceitos resultantes de desigualdades estruturais.

Com base nessas duas questões e do comparativo com os dados oficiais sobre a criminalidade que acomete os motoristas de aplicativo, é possível deduzir que estratégia de prevenção adotada pela Uber é tendenciosa e ineficaz. A falta de transparência sobre o funcionamento da tecnologia, justificada pelo sigilo empresarial, corrobora para esse entendimento.

É importante lembrar que a conclusão acima é parcial e não baseada em dados empíricos. Uma pesquisa que verificasse o campo, tanto com relação ao contexto da criminalidade que acomete os motoristas de aplicativo, quanto sobre os locais de risco conseguiria confirmar ou não essa conclusão com base em evidências. Outro ponto que merece ser explorado é a participação de grandes corporações na gestão da criminalidade e a utilização de tecnologias de predição e *Big Data* para esses fins.

REFERÊNCIAS

BIRKBECK, Christopher; LA FREE, Gary. *The situational analysis of crime and deviance*. In: Annual Review of Criminology (ISSN: 2572-4568), v. 19, p. 113-137, Palo Alto: Annual Reviews, 1996.

BURGESS, Ernest W. *Factors Making for Success or Failure on Parole*. In: COTTRELL Jr., Leonard S., HUNTER, Albert e SHORT Jr., James F. Ernest W. Burgess on Community, Family and Delinquency. Chicago: University of Chicago Press, 1973, cap. 12, p. 201-219.

CLARKE, Ronald V. *Situational Crime Prevention*. In: Crime and Justice (ISSN: 0192-3234), v. 19, p. 91-150. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

CNT, Confederação Nacional de Transportes. *Perfil dos taxistas 2016*. Curitiba: Confederação Nacional de Transportes, 2016.

COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. *Social change and crime rate trends; a routine activity approach*. In: American Sociological Review (ISSN: 0003-1224), v. 44, p. 588-608. Londres: Sage Publications, 1979.

CORNISH, Derek B.; CLARKE, Ronald V. *Crime specialisation, crime displacement and rational choice theory*. In: WEGNER, Hermann; LOSEL, Friedrich; MAISCH, Jochen (eds.). Criminal Behavior and the Justice System. Nova York: Springer, 1989. p. 103-117.

GAIA, Fausto Siqueira. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso "UBER"*. 2018. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

HARCOURT, Bernard E. *Against Prediction: profiling, policing and punishing in an Actuarial Age*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

JUNIOR, Edmundo Fonseca Machado. *Bandeira livre: uma etnografia sobre os motoristas de taxi da cidade de São Salvador da Bahia*. 2016. Tese (doutorado em antropologia) – Faculdade de Antropologia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

LUM, Kristian; ISAAC, William. *To predict and Serve?*. In: Significance (1740-9705) v. 13, p. 14-19. Londres: Royal Statistical Society, 2016.

MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*, 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MAYHEW, Claire. *Preventing Assaults on Taxi Drivers in Australia*. In: Trends & Issues in crime and criminal justice (ISSN: 0817-8542), n 179, Canberra: Australian Institute of Criminology, 2000.

MAYHEW, Claire. *Violent Assaults on Taxi Drivers: Incidence Patterns and Risk Factors*. In Trends & Issues in crime and criminal justice (ISSN: 0817-8542), n 178, Canberra: Australian Institute of Criminology, 2000.

MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, Jhon. *Sage Dictionary of Criminology*. Londres: Sage Publications, 2001.

NASCIMENTO, Ana Márcia Duarte Nunes. *Baixando a guarda levantando a guarda: um estudo sobre as defesas contra a violência entre motoristas de taxi em Salvador*. 2010. Tese (doutorado em Saúde Pública) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

NETTO, Gilberto da Motta e Silva. “*Confiar desconfiando*”: vulnerabilidade, risco e produção de segurança na atividade dos taxistas da cidade do Recife, 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

OBERMEYER, Ziad; POWERS, Brian; VOGELI, Christine; MULLAINATHAN, Sendhil. *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*. In: Science (1095-9203), v. 366, p. 447-453. Pensilvânia: American Association for the Advancement of Science, 2019.

OLIVEIRA, Regiane. *Quando seu bairro é definido como zona de risco por um app de transporte*. El País, 10 jan. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-01-10/quando-seu-bairro-e-definido-como-zona-de-risco-por-um-app-de-transporte.html>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

PAIVA, Deslange. *Aplicativos de transporte têm restrições a bairros da periferia de SP; moradores relatam exclusão digital*. G1, 09 set. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/03/aplicativos-de-transporte-tem-restricoes-a-bairros-da-periferia-de-sp-e-moradores-relatam-exclusao-digital.ghtml>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

PRATT, Travis. C; TURANOVIC, Jilian J. *Lifestyle and Routine Activity Theories Revisited: The Importance of “Risk” to the Study of Victimization*. In: Victims & Offenders (ISSN: 1556-4886), v. 11, p. 335-354. Philadelphia: Taylor & Francis, 2016.

RECH, Sabrina. *Trabalho Imaterial e Medo na Sociedade Líquido-moderna: estratégia de inventar a vida de taxista*, 2015. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

SAMPSON, Robert J.; RAUDENBUSH, Stepehn. W.; EARLS Felton. *Neighborhoods and violent crime: A multilevel study of collective efficacy*. In: Science (1095-9203), v. 277, p. 918-924. Pensilvânia: American Association for the Advancement of Science, 1997.

SHERMAN, Laerence. W.; GARTIN, Patrick. R.; BUERGER, Michael. E. *Hot spots of predatory crime: routine activities and the criminology of place*. In: Criminology (0011-1384), v. 27, p.27-55. New Jersey: Wiley-Blackwell, 1989.

TONRY, Michael; FARRINGTON, David P. *Strategic Approaches to Crime Prevention*. In: Crime and Justice (ISSN: 0192-3234), v. 19, p. 1-20. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

UBER. Brasil. *Dirija com Confiança*. Disponível em: <<https://www.uber.com/br/pt-br/drive/safety/>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

WEISBURD, David; BERNASCO, Wim; BRUINSMA, Gerben J. N. *Putting Crime in its Place: Units of Analysis in Geographic Criminology*. New York: Springer, 2009.

WEISBURD, David; TELEP, Cody. W; BRAGA, Anthony. A. *The Importance of Place in Policing: Empirical Evidence and Policy Recommendations*. Stockholm: Swedish National Council for Crime Prevention (Brå), 2010.

Apresentação oral

**O DEVER DE SIGILO DE MEDIADORES E CONCILIADORES:
LIMITES PENAIS E CIVIS PARA A CONCRETUDE DO ACESSO AO
SISTEMA DE JUSTIÇA**

*THE DUTY OF CONFIDENTIALITY OF MEDIATORS AND
CONCILIATORS: CRIMINAL AND CIVILIAN LIMITS FOR
CONCRETEING ACESS TO THE JUSTICE SYSTEM*

Letícia Prazeres Falcão

Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (CE). Especialista em Direito do Consumidor pelo Centro Universitário CEUMA (MA) e em Direito da Família, Infância e Juventude pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (MA). Mediadora e Conciliadora pelo Tribunal de Justiça do Maranhão. Pesquisadora.
E-mail: leticiaprazeres@outlook.com.br

Fernando Vinícius Rezende Linhares

Acadêmico de Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sá. Acadêmico de Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Maranhão. Profissional certificado em Privacidade de Dados.
E-mail: frezendelinhares@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por escopo levantar a reflexão no tocante ao dever de sigilo ou confidencialidade de mediadores e conciliadores em caso de suspeita ou evidência de delitos. Tais operadores da justiça enquanto facilitadores do diálogo e restabelecimento da comunicação em prol de uma construção autônoma e conjunta de soluções, possuem um papel fundamental no tocante ao acesso à justiça vez que esta não se deve resumir ao acesso aos tribunais, mas na concretização de garantias, proteção de direitos e satisfação de demandas. Tendo dados de uma possível ocorrência criminosa, se faz pertinente questionar até onde iriam os limites penais e civis em caso de comunicação às autoridades competentes e até onde esse dever de sigilo deve ir em prol de uma verdadeira pacificação

de conflitos. A metodologia a ser utilizada consiste na revisão bibliográfica e no método indutivo de construção setoriais para o chegar do raciocínio que se pretende colocar.

Palavras-chave: Sigilo. Mediadores. Conciliadores. Confidencialidade. Justiça

Abstract: The present work aims to raise the reflection regarding the duty of secrecy or confidentiality of mediators and conciliators in case of suspicion or evidence of crimes. Such justice operators as facilitators of dialogue and reestablishment of communication in favor of an autonomous and joint construction of solutions, have a fundamental role with regard to access to justice since this should not be limited to access to the courts, but in the realization of guarantees, protection of rights and satisfaction of demands. Having data on a possible criminal occurrence, it is pertinent to question how far the criminal and civil limits would go in case of communication to the competent authorities and how far this duty of secrecy should go in order to achieve a real peace of conflicts. The methodology to be used consists of the bibliographic review and the inductive method of sectorial construction to arrive at the reasoning that is intended to be put.

Keywords: Secrecy. Mediators. Conciliators. Confidentiality. Justice

Sumário: Introdução; 1. Mediadores e conciliadores como operadores do novo sistema de Justiça; 2. O dever de sigilo de mediadores e conciliadores na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça; 3. Quebra necessária do dever de sigilo e os limites civis e penais; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

A relevância e eficácia dos meios alternativos de resolução de conflito vem sendo cada vez mais comprovada diante não só da não reincidência das espirais do conflito como também pela satisfação humana obtida ao final. Diversas são as técnicas, metodologias utilizadas, direitos e deveres de mediadores e conciliadores e colaborações judiciais e extrajudiciais para que se obtenha para além de um reestabelecer do diálogo, um ponto em comum que diga respeito para além de necessidades, as posições e interesses envolvidos.

Nesse tocante, a Resolução 125 do CNJ procura direcionar como essas sessões ou audiências de mediação e conciliação devem ser realizadas, colocando inclusive o sigilo

como uma das características essenciais desses mecanismos de gestão de conflito. Sigilo este que diz respeito ao o que fora mencionado frente ao terceiro imparcial, de modo tanto a proteger as esferas de demandantes e demandados, como também a de quem conduz a conversa ou mesmo de alguém estranho àquela relação, mas que de alguma forma é levantado.

Uma vez mencionada a confidencialidade necessária, começa a ser levantado como se dá esse dever de sigilo de mediadores e conciliadores em caso de suposta ocorrência de delito, indagação esta que questiona quais efeitos e em que medida podem ocorrer eventuais responsabilizações criminais e cíveis dos mesmos, tanto no âmbito judicial como extrajudiciais.

A confidencialidade não é de toda unanimidade, isto é, não é recorrentemente recomendada quando se trata de mediação de assuntos públicos, por exemplo. Entretanto, numa outra esfera, as justificativas da utilização do sigilo por parte dos conciliadores e mediadores, perpassam pela confiança daquele que rege as audiências. É de conhecimento, que o mediador não possui poder para arbitrar a solução do conflito, porém, a confiança depositada nele pode ajudar num regimento mais eficaz do processo.

Mas e se em determinada circunstância o que fora mencionado diga respeito à algum crime ou dano que levante a hipótese de indenização para com um terceiro? Até onde esse dever interfere na dinâmica do acesso à justiça de outras pessoas, ou ainda, diante do próprio sistema judiciário que embora amplamente burocrático e ainda arregrado a metodologias clássicas, vê nesse tipo de resolução de conflito, a possibilidade de diálogo que pouco é oportunizada?

O plano de fundo do cenário apresentado consiste na conduta de que não informar o levantamento de certo dado sensível, pode acarretar para além de um silenciar de diversas violências, na responsabilização judicial e extrajudicial desses atores do sistema de Justiça.

Não que deva ocorrer uma flexibilização desmedida, mas se faz necessário repensar que algumas normas penais em branco ou conceitos indeterminados precisam estar alinhados aos escopos da terceira onda renovatória de Justiça, não se procura apenas que o sistema tenha diversas portas, mas que as mesmas levem os sujeitos envolvidos à uma resolução qualitativa e humana de seus conflitos

A metodologia utilizada será a de estudo bibliográfico com revisão de artigos e teses, bem como a inserção de uma leitura indutiva para se obter por partes, o panorama geral que será proposto. Importante salientar que seja avaliando tanto a posição judicial, como extrajudicial, fica constatado que o acesso à essa nova roupagem do sistema de Justiça perpassa também pelos atores envolvidos e como a sociedade será recebida, não estar-se-á falando unicamente se formalidade e burocracia, mas de um olhar sensível que em muitos momentos se perde na politização da Justiça e não se atenta para aspectos humanos que são levados à audiência.

Repensar em uma posição mais ativa, quando necessária e respaldada em uma leitura constitucional é qualificar toda a espiral do conflito em algo que não será retroalimentada.

1. MEDIADORES E CONCILIADORES COMO OPERADORES DO NOVO SISTEMA DE JUSTIÇA

Entender que o sistema de Justiça, hoje, compreende diversos atores, elementos, atividades e formas de se fazer presente é tentar compreender a própria dinâmica do mundo pós-globalizado. Espaço este nos quais as demandas se fazem cada mais complexas, numerosas, desafiadoras e transparentes no sentido de ser uma das vozes de uma sociedade que por vezes não sabe a quem recorrer quando precisa.

Falar de Justiça já não cabe mais resumir à própria esfera do Judiciário, é possibilitar vislumbrar sistema este como um complexo que existe dentro e fora de tribunais, haja vista que é o Direito que acompanha a sociedade e não o contrário.¹

É nesse sentido que mediadores e conciliadores passam a fazer parte de um corpo de elementos que auxiliam nessa corrida em busca não só da satisfação processual, mas também para que haja uma realização pessoal e efetividade da Justiça materialmente dita. E é justamente nesta quebra paradigmática na qual o processo não necessariamente simboliza a balança, a espada ou a venda, que se (re) contextualiza o verdadeiro acesso à

¹ “[...] o Estado perde seu espaço exclusivo e central não só quanto à ideia de soberania, mas também como único responsável pela produção do Direito. O Direito em trânsito” não se resume ao Direito estatal, sendo formado por diversos atores e assumindo uma característica pluralista própria do paradigma “pós-moderno” (GERVASONI, 2017, p. 209).

Justiça contemporâneo no qual cada operador possui um papel relevante e significativo de compromisso para com a Carta Magna e direitos fundamentais.

A complexidade dos conflitos reclama a estruturação da Justiça de forma a corresponder em quantidade e qualidade às suas estreitas exigências, com a máxima aderência possível. Isso significa que o direito de acesso deve ser pautado por uma adequada organização estrutural, embasada em instrumentos aptos à efetiva realização de Justiça, com uma composição eficiente do Judiciário, bem como institutos e categorias processuais que denotem técnicas apropriadas à resolução de conflitos (SILVA, 2012, p.41).

A perspectiva jurídica passa a entender que cada conflito possui características próprias que vão desembocar na dinâmica processual ou extraprocessual e é nesse sentido que os litígios precisam ser trabalhados dentro de suas particularidades haja vista as inúmeras sentenças procedentes com poucos índices de “satisfação material”. O tipo de demanda, quem está inserido, o tipo de relação entre os envolvidos, o tempo necessário para a busca da solução, interesses e as posições defendidas, são alguns dos fatores que fazem com que a terceira onda renovatória da Justiça chame a atenção para um sistema que repare e veja quem está indo em sua direção e de que forma haja a interrupção de qualquer espiral conflitiva (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A partir deste ponto e em meio à identificação de crises que transcendem o aspecto quantitativo da crise judiciária, é que surgem métodos alternativos às clássicas investidas demandistas e que focam no empoderamento do indivíduo, respeito e incentivo à autonomia da vontade e no restabelecimento do diálogo. Os meios adequados de resolução de conflito ou de jurisdição chegam como medidas educativas e modeladoras de comportamento frente a uma cultura conflitiva histórica e que ainda perpetua códigos, legislações, cursos jurídicos e formação de operadores. O ponto central não consiste apenas na apresentação desse nosso sistema multiportas, mas também no surgimento de papéis e sujeitos importantíssimos para o lidar de conflitos e na busca pela pacificação social (MANCUSO, 2011).

Assim, os meios alternativos, auto e heterocompositivos, de resolução de conflitos, portanto de efetivo acesso à justiça, destacando-se a conciliação, a mediação e a arbitragem, de longa data são considerados como caminhos necessários e essenciais para se alcançar o objetivo da pacificação social, trazendo, ademais, em seu bojo, a vantagem da desjudicialização (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 104).

É dentro desse novo panorama que conciliadores e mediadores passam a fazer parte desse sistema com um intuito maior do que o de auxílio em crises quantitativas, mas o de promover uma nova cultura jurídica dentro e fora das sessões de mediação e conciliação. Aqui o protagonismo não diz respeito a estes sujeitos, mas são os mesmos que utilizando de técnicas e até mesmo uma certa humanidade perdida na objetividade jurídica que trazem para o centro mais sensível da demanda, requerentes e requeridos.

Ora, apesar de ainda ocorrer uma certa triangularização dessa formação clássica, mediadores e conciliadores não decidem prontamente ou emanam comandos, mas compartilham da costura de uma comunicação mais efetiva e possível de ser alcançada.

Talvez até pela natureza humana, seja mais fácil ou pelo menos mais confortável, o atribuir determinada responsabilidade ou decisão a outrem. Nesse tocante, o movimento que conciliadores e mediadores realizam é tanto pedagógico como de caráter preventivo e até de certa “repressivo” uma vez que por meio de técnicas de alteridade e maturidade para com direitos e obrigações se faz factível chegar a um denominador comum de maneira colaborativa. A não interferência propriamente dita, igual as dos magistrados, não confere aos meios equivalentes de tratamento adequado do conflito um *status* inferior à adjudicação, mas permite vislumbrar que o que é denominado de alternativo deveria ser encarado como o primeiro passo para o próprio acesso ao sistema (FALCÃO, 2019).

Claro que deveres principiológicos como o da imparcialidade ou impessoalidade permanecem, mas ao se pensar que esse novos atores estão muito mais próximos das partes do que demais agentes da justiça, se colocam mediante técnicas como a escuta ativa, sessões privadas, brainstorming ou *rappot* para facilitar esse fluxo comunicacional, se faz compreensível que a forma como operam precisa de uma ética diferenciada visto que estar-se-á lidando em grande parte das vezes com a sensibilidade humana. Sentimentos estes que em algumas circunstâncias respaldam interesses e posições que dificultam o olhar mais racional para com o problema ali apresentado e posem retroalimentar a espiral do conflito, é neste momento que o papel desempenhado por mediadores e conciliadores faz-se imprescindível para um não retrocesso (CALOU, 2016).

Uma diferença básica entre a mediação e conciliação reside no fato de que a prima o mediador não interfere na dinâmica entre os sujeitos ali presentes, é mais um facilitador dessa comunicação, não opina ou sugere nada. É bem mais presente em relações que

digam respeito à interações pretéritas ou relações intersubjetivas reiteradas. Já a conciliação pode ser indicada em situações nas quais essas interações não são constantes ou pretéritas, sem vínculo anterior e aqui o conciliador possui um papel um pouco mais ativo visto que pode auxiliar na indicação de caminhos e soluções (MELLO K; BAPTISTA, 2011).

Apenas dos pequenos pontos que os separam, em muito mais guardam semelhanças do que necessariamente discordâncias gerais. Por vezes, as mediações e conciliações são o primeiro contato de demandantes e demandados perante o Judiciário e oportunizar um primeiro contato mais humano e sensível pode ser determinante para caso não haja acordo, um prosseguimento processual mais leve e respeitoso.

Claro que a feitura do acordo ou assinatura do termo de compromisso simboliza teoricamente o ato final ou produto desses métodos, mas interessante faz-se provocar que talvez a não ocorrência destes não significa uma frustração ou derrota para mediadores e conciliadores, uma vez que pode ter ocorrido pela primeira vez a comunicabilidade entre os indivíduos envolvidos.

Ora, dizer que a amplitude do que pode ser entendido como sistema de Justiça, acesso à Justiça e seus operadores, faz sentido quando mediadores e conciliadores conseguem também fazer com haja a eticidade das relações fora das sessões realizadas. Por vezes, é no intermédio ou intervalo de uma audiência de mediação para outra, por exemplo, que requerente e requerido se permitem dialogar a respeito do que lhe trouxe até o corpo jurídico.

Dizer que mediar ou conciliar é uma atividade que se resume a momento “oficiais”, é colocar por terra a principiologia da informalidade que pode ser continuada e perpetuada mesmo extra muros de câmaras ou tribunais.

Em tempos nos quais a proximidade não se fazia permitida, em virtude do distanciamento social pela COVID-19, os métodos autocompositivos, em especial conciliações e mediações, auxiliaram e continuam auxiliando na continuação da prestação jurídica. Foi com a aceitabilidade, talvez agora efetiva do amparo tecnológico e a percepção que a suspensão de prazos e protelação de processos por conta da pandemia acabaria prejudicando em muito a crise já vivenciada, que se abriu espaço para que mediadores e conciliadores atuassem em prol da celeridade, efetividade e promoção de direitos e

garantias fundamentais. O que não se podia ou não se fazia razoável esperar, fora adaptado para tentativas de acordos nos quais os êxitos foram de tamanha percepção (DE SOUZA NETTO; FOGAÇA; GARCEL, 2020).

A relevância desses atores do sistema de Justiça é cada vez mais comprovada não só pela versatilidade e técnicas utilizadas, mas pelo próprio escopo que reveste os meios adequados de resolução de conflito. São operadores desse sistema porque representam o resgate de aproximações já tão distanciadas pela burocracia, tecnicismo, objetividade e formalidade inerentes de uma cultura jurídica brasileira clássica.

Por óbvio, os passos ainda são pequenos, mas o que já se percorreu em termos de avanço, incentivo e constatação da satisfatória e bem-sucedida cultura antilitígio representa uma nova era na qual já não se pode responder demandas estruturalmente complexas com sentenças, despachos ou acórdãos meramente jurídicos.

É preciso um toque de sensibilidade, alteridade, solidariedade e comprometimento para que se percebe o sistema é muito maior do que se pensa, da mesma forma como a imensidão que representa o sujeito hodierno.

2. O DEVER DE SIGILO DE MEDIADORES E CONCILIADORES NA RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No sistema de justiça contemporâneo a cultura do litígio se mostra bastante presente. Tal fato ocorre pela cultura dos seres humanos em resolver seus conflitos por meio do judiciário. A ideia de Acesso à justiça se tornou meramente um sinônimo do “ingressar” em juízo, distanciando-se cada vez mais do seu objetivo principal.

Nesse cenário, é necessário pensar o sistema de justiça em um formato amplo, reconhecendo a relevância do papel de mediadores e conciliadores enquanto operadores deste sistema. É bem verdade que Mediadores e Conciliadores, apesar de ambos configurarem atores dos Métodos Adequados de Solução de Controvérsias e possuírem formas distintas de participação, dividem um objetivo em comum, que é trabalhar o aspecto comunicacional e qualitativo dos conflitos e demandas que a eles são entregues.

Sendo assim, a real função de mediadores e conciliadores, é promover uma solução substancial para o conflito, e não uma solução meramente processual, ou seja, é

imprescindível que os participantes daquela sessão, sejam os profissionais atuantes ou as partes presentes, não tenham dúvidas de que a resolução daquele conflito foi totalmente esgotada, não restando controvérsia alguma a ser debatida.

Desse modo, para regulamentar a atividade desses profissionais, surge em 29/11/2010, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a qual regulamenta as diretrizes a serem seguidas em sede de Mediações e Conciliações, sejam no âmbito judicial ou extrajudicial, bem como os direitos e deveres de Mediadores e Conciliadores, a fim de assegurar uma espécie de lisura nas sessões, conforme previsão do artigo 4º do Anexo III da Resolução 125 do CNJ.²

O conciliador/mediador possui uma importante tarefa ao auxiliar no desenrolar da situação conflituosa, portanto, assinam um termo de compromisso, de que irão cumprir as funções que lhes forem atribuídas, conforme regulamentado nesse Código. Farão isso em conformidade com os princípios e regras deste, quais sejam: os princípios da confidencialidade, da competência, da imparcialidade, da neutralidade, da independência, da autonomia e o respeito à ordem pública e às leis vigentes, e também, às regras, sendo elas a da informação, a da autonomia da vontade, da ausência de obrigação de resultado, da desvinculação da profissão de origem e do teste de realidade. Além disso, devem estar submetidos ao juiz coordenador da unidade à qual estão vinculados (SILVEIRA, KLUNK, WRASSE, 2013, p. 108).

Importante salientar, que o apreço pela informalidade e/ou oralidade em Mediações e Conciliações, não deve ser utilizado como artimanha para a violação de determinados princípios, os quais são garantidores da ordem pública, do bem-estar dos envolvidos, bem como do sigilo das informações que são obtidas nas sessões, já que por diversas vezes, as demandas ali tratadas possuem natureza sensível, como aquelas relacionadas à Direito de Família por exemplo.

Relacionado a isso, destacando o dever de sigilo de mediadores e conciliadores, é importante se remeter à função do ato de manter em segredo às informações ali obtidas. O dever de sigilo tem uma função de salvaguarda das informações ali repassadas. O ato de manter em segredo determinada informação, diz respeito ao exercício do processo

² Art. 4º O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitar os princípios e regras deste Código, assinar, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submeter-se às orientações do Juiz Coordenador da unidade a que esteja vinculado.

comunicacional ali existente, isto é, as partes envolvidas passam a sentir-se mais à vontade quando percebem que qualquer informação ali dita, deverá ser mantida em sigilo.

Este dever é protegido pelo Princípio da Confidencialidade, o qual é considerado dentre outros, como um dos princípios norteadores de Mediações e Conciliações. Tal previsão é componente da inovação trazida pela Emenda n. 3 de 31 de janeiro de 2013, que dispôs acerca do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores Judiciais.

Nesse prosseguimento, a Resolução no inciso I do artigo 1º do Código de Ética supracitado, conceitua a confidencialidade como:

Art. 1º – São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I – Confidencialidade – dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

Nota-se, portanto, que a Resolução, imperativamente, expõe o dever de Mediadores e Conciliadores, no que diz respeito ao dever de manter em sigilo todas as informações que nas sessões são obtidas. Em contrapartida, no mesmo inciso, trata sobre algumas das hipóteses de excepcionalidade do dever destacado, como por exemplo a autorização expressa das partes, a violação da ordem pública ou às leis vigentes. Ainda, reitera que os profissionais não podem ser testemunhas do caso, nem atuar com advogados de nenhuma das partes, em qualquer hipótese.

Como já destacado, a Confidencialidade e o Sigilo constituem peças importantes para a adequada solução de um conflito. A obrigatoriedade do segredo de justiça propõe às sessões uma relação de confiança entre mediadores/conciliadores e mediados/conciliados, onde cria-se a ideia de quem nada que for utilizado em todo o processo, será utilizado contra nenhuma das partes.

Isso porque, sem a confidencialidade, a mediação provavelmente não alcançaria todo o seu potencial e impediria a maximização dos resultados. De fato, os mediados não se sentiriam tão à vontade para um diálogo aberto e para revelarem preocupações,

incertezas, desconfortos e, principalmente, seus interesses. A confidencialidade é uma espécie de antídoto contra o medo – justificável – de que algo revelado na mediação possa ser usado desfavoravelmente em eventual ação judicial. (MAZZOLA, 2017, p. 2)

Sendo assim, percebe-se que ao mesmo tempo em que a Resolução dispõe acerca do dever de sigilo de mediadores e Conciliadores, abre espaço para que em determinadas ocasiões, haja uma relativização desse dever, e determinadas informações que forem julgadas necessárias à sua publicização, devem ser comunicadas às autoridades competentes.

Dado o exposto, o conhecimento dos limites existentes entre o comunicar e o não comunicar, deve perpassar por uma melhor capacitação por parte dos profissionais atuantes, onde os mesmos tenham a certeza de seus pressentimentos, e assim, possam comunicar às autoridades competentes sem a possibilidade de serem sancionados.

3. QUEBRA NECESSÁRIA DO DEVER DE SIGILO E OS LIMITES CIVIS E PENAIIS

Como já mencionada, a relevância do sigilo dentro das técnicas e sessões de conciliação e mediação diz respeito a esferas que vão além do âmbito privado dos indivíduos. Não apenas no tocante à segurança e garantia de proteção e respeito pelas informações ali trocadas, mas também na possibilidade de que garantir esse resguardo informacional e comunicativo é uma maneira de possibilitar uma concepção de justiça que não está em juízes de togas, grandes salas com “lados opostos” ou em tribunais de bonita arquitetura.

Proteger o que é dito é dizer que esses mecanismos são sim mais informais, utilizam da oralidade e demais características para aproximar o que naturalmente tende a se perpetuar distante caso o conflito não seja corretamente trabalhado.

As hipóteses levantadas em caso de eventual quebra desse dever confidencial como expressa autorização das partes, razão de ordem pública e em casos previstos pela lei indicam que apesar da importância, o sigilo pode ser prejudicial ou ter conexão a fatos que se não apurados ou se não detiverem a devida atenção, podem acabar prejudicando para além dos envolvidos, terceiros que transcendem a relação autocompositiva.

Claro que deve haver o respeito quando se diz da impossibilidade de ser testemunha de algum caso ou de ser advogado de alguma das partes em qualquer circunstância, mas e se a informação ali colocada, os indícios ali percebidos ou confissões ali postos significarem

ocorrência de crime, violação na esfera da dignidade da pessoa humana, importarem na esfera de sujeitos vulneráveis ou reforçarem relações que já são desproporcionais por natureza mas que naquele momento se evidencia um intensificar de ameaças e lesões?

De acordo com Mazzola:

Importante destacar que, além de não ser absoluta, a noção de confidencialidade deve ser interpretada à luz de uma lógica sistêmica. O dever de sigilo não pode, em hipótese alguma, servir de escudo para comportamentos abusivos e protelatórios, em flagrante violação aos princípios da boa-fé e da cooperação (arts. 5º e 6º do CPC/15), desestimulando e infantilizando a mediação, sobretudo nesse momento de sedimentação do CPC/2015. (MAZZOLA, 2017, p.2)

São reflexões necessárias haja vista que estes agentes do sistema do Justiça priorizam não uma cultura de paz formal, mas sim no aspecto material da relação envolvida. Debater sobre eventual necessidade de informar o que fora percebido pode também ser entendido como buscar a efetivação de garantias que por vezes, dependem de olhar mais direto já que nem sempre são situações de fácil percepção. É de fato repensar o que seria a democratização das decisões ou a busca pela cidadania em um sistema que ainda resiste por uma interconexão de seus operadores (PEREIRA; PEDROSO, 2015).

O debate proposto e a conexão com o Direito de Família é de suma importância visto que, inúmeras são as demandas familiares ou de dinâmica doméstica que podem ser resolvidas pelos meios adequados de resolução de conflito. Por vezes, diante do que é trazido é possível perceber que em algumas situações fica evidente a vulnerabilidade de alguns sujeitos, eventuais invasões em suas esferas de garantias ou percepção concreta de práticas violentas e preconceituosas. E se, por exemplo o mediador captar a existência de prática de violência doméstica para com mulheres, idosos e crianças?

Ora, tal conduta por vezes é silenciada ou tida como naturalizada pelas vítimas e pela sociedade haja vista as amarras ainda existentes no tocante ao respeito por indivíduos que para além de suas vulnerabilidades intrínsecas, podem estar diante de vulnerabilidades contextuais que intensificam suas lutas (DOS SANTOS; VERONESE, 2018). A quebra do sigilo neste caso, seria claro, mediante fortes indícios ou constatações precisas, de modo que esse conciliador ou mediador viesse a informar à determinada secretaria de um fórum, ou a uma vara familiar ao qual está vinculado, a um magistrado responsável por homologar

os acordos judiciais e ou extrajudiciais ou mesmo a uma equipe multidisciplinar que poderia estar nos presente nos bastidores para algum suporte desse profissional.

A violência doméstica³ contra mulheres, mas também passível de ocorrer contra crianças e idosos infelizmente, demonstra uma construção histórica ainda muito marcada para além na quebra de esferas nucleares de direitos fundamentais, em condutas que demonstram a cultura patriarcal, machista, conservadora ainda muito enraizada no país. Violência esta que abarca uma série de posturas físicas, morais, financeiras, psicológica, sexuais e sociais e que coloca em risco a própria vida desses sujeitos. No caso dos idosos, assim como os profissionais da saúde possuem podem em realizar eventual denúncia ou preencher uma ficha de identificação dessa violência, consubstanciado no art. 19 da Lei n. 10.741/2003, mediadores e conciliadores poderiam utilizar da quebra confidencial para comunicar às autoridades responsáveis na busca pela proteção desses idosos (OLIVEIRA, 2012).

Esse dever de comunicação se faria plausível visto que nas sessões de conciliação e mediação, esses operadores do sistema de Justiça conseguem se aproximar dos sujeitos de forma que nem sempre o Poder Judiciário consegue. Conseguem conversar, escutar e se atentar para demandas de maneira que nem sempre os processos e audiências de instrução alcançam, são operadores que por vezes podem estar mais próximos de demandantes e demandados de uma forma que a Justiça ainda não consegue ou não se permite conseguir.

Em muito se coloca a quebra do segredo profissional aos profissionais da saúde, visto que em algumas situações, esses que realizam o primeiro atendimento a esses grupos. Mas é viável que esse rompimento se faça possível também no caso de crianças e adolescentes, por meio do art. 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual mediadores e conciliadores poderiam realizar a comunicação de maus tratos aos Conselhos Tutelares, outra autoridade, órgão ou instituição competente.

³ Levando em consideração as subnotificações envolvendo violência doméstica contra as mulheres, o preconceito ainda relativo ao ato de denunciar, as sessões privadas de conciliação e mediação poderiam revelar a ocorrência deste crime e assim levantar a atenção dos operadores da Justiça para a devida comunicação. Basta imaginar que por vezes negligenciar, minimizar ou ignorar de sinais de violência doméstica abre margem para o intensificar dos atos violentos se não forem tomadas as medidas necessárias (GOMES et al, 2007).

Levando em consideração que é dever do Estado, da família e da sociedade a devida proteção integral do público infanto-juvenil, em casos de violência seria adequada a informação do ocorrido por parte de conciliadores e mediadores judiciais ou extrajudiciais. O fato de ter um serviço dentro e fora dessa “juridicidade” não exclui o dever de proteção, diversos são os canais de comunicação na busca pela garantia de direitos das crianças e adolescentes, assim nada mais correto e adequado do que firmar essa rede de conexão (LIMA; VERONESE, 2012).

Não há que se falar de responsabilização desses profissionais nos casos apresentados justamente por serem questões sensíveis e que nem sempre há de fato uma assistência ampla e necessária, oportuno ainda seria ainda se conciliadores e mediadores tivessem acesso à equipes multidisciplinares que ofertassem um suporte para casos nos quais uma avaliação mais minuciosa das informações fosse cabível e mais adequada.

No caso de servidores vinculados judicialmente, mediadores e conciliadores poderiam inclusive serem enquadrados em crimes de prevaricação, notificando a quem do que a lei manda. Claro que não há como a Resolução 125 do CMJ abarcar todas as hipóteses de quebra de sigilo, mas seria louvável se na própria instrução e formação desses mediadores e conciliadores judiciais houvesse uma atenção maior à questão de confidencialidade não apenas uma menção da esfera axiológica desse princípio. O artigo 139 do Código Penal precisaria também receber uma atenção especial por parte de como as informações nas mediações e conciliações possuem um caráter especial que transcende a informalidade e representa o elo que a burocracia e objetividade jurídica prejudicam em parte (COGAN; DA SILVA, 2019).

A grande problemática diz respeito ao desconhecimento por parte de Mediadores e Conciliadores dos limites da Confidencialidade, ou seja, até que ponto e possível e legal a quebra do sigilo. Como já destacado, por vezes, as informações tratadas no decorrer das sessões possuem caráter sensível, como por exemplo, suspeitas de estupro, a própria violência doméstica, ou até mesmo a alienação parental.

Nesse contexto, é necessário que os profissionais se sintam à vontade em comunicar estas supostas denúncias, vez que não se tem noção do limite do dever de sigilo, isto é, até que ponto esta suspeita é uma suspeita, ou seria esta suspeita apenas uma sensação?

Partindo do pressuposto de que a suspeita do mediador/conciliador se concretize em um delito de fato, tais profissionais podem ser enquadrados na previsão do artigo 13º, § 2º do Código penal, que trata sobre a “omissão penalmente relevante”:

Art. 13º.

[...]

2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

Nesta hipótese, o profissional responsável pela sessão, ao se omitir perante um fato relevante, estaria cometendo um delito omissivo impróprio, ou também denominado de comissivo por omissão, já que o conciliador/mediador teria o dever de evitar aquele resultado. Estefam conceitua:

Nos crimes comissivos por omissão, o tipo penal incriminador descreve uma conduta positiva, é dizer, uma ação. O sujeito, no entanto, responde pelo crime porque estava juridicamente obrigado a impedir a ocorrência do resultado e, mesmo podendo fazê-lo, omitiu-se. Para que alguém responda por um crime comissivo por omissão é necessário que, nos termos do art. 13, § 2º, do CP, tenha o dever jurídico de evita o resultado. (ESTEFAM, 2018, p. 234).

Vale destacar, a possibilidade de responsabilização civil de mediadores e conciliadores, quando da presença dos requisitos norteadores do instituto da Responsabilidade Civil, quais sejam a conduta ilícita, o nexo causal e por fim, o dano.

Nesse cenário, remete-se também à omissão dos profissionais. A conduta ilícita quando relacionada com a omissão de informação importante, poderá configurar em dano para a (s) parte (s) envolvida (s). O nexo causal está presente quando do processo que interliga o ato ilícito ao dano irreparável.

O dano aqui presente tem caráter existencial, já que poderá atingir uma esfera para além da moralidade do indivíduo, pois se trata, por vezes, de assuntos com natureza sensível. Apesar de parte da doutrina não perceber o dano existencial desmembrado do instituo do dano moral, Flávio Tartuce ensina:

No Brasil, um dos primeiros trabalhos sobre o tema foi desenvolvido por Flávia Rampazzo Soares para quem o dano existencial pode ser tido como “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”. Em outras palavras, tal modalidade de dano “acarreta um sacrifício nas atividades realizadoras da pessoa, ocasionando uma mudança na relação da pessoa com o que a circunda” (TARTUCE, 2018, p. 369).

Portanto, a o conciliador/mediador, desconhecendo os limites do dever de sigilo imposto, poderá ser responsabilizado civilmente ou penalmente, como destacado, caso a sua suspeita não se configure apenas como uma, mas que em determinado momento venha a se tornar literalmente um fato delituoso.

A quebra necessária do dever de sigilo, cuja ultrapassagem dos limites, sejam cíveis e/ou penais, devem ser moldados por meio da capacitação dos profissionais. A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça prevê como um de seus princípios fundamentais, o Princípio da Competência, *verbis*:

III – Competência – dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

Importante destacar, o final do inciso, cujo legislador se atentou para a reciclagem dos profissionais de maneira periódica e obrigatória, como uma forma de atualização constante desta classe.

Por fim, é imprescindível que não apenas conciliadores e mediadores estejam prontos para tal quebra, mas o Poder Judiciário também, estando abertos para o recebimento dessas possíveis denúncias, sem possibilitar a responsabilização dos profissionais.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, é evidente o poder que possui a Confidencialidade quando se trata de processos de Mediação e Conciliação. A previsão do dever de sigilo na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça é de extrema importância quando diz respeito a conduzir uma sessão da melhor forma possível.

O dever de sigilo em seu sentido já positivado, relaciona-se com a ideia ampla de Acesso à justiça, isto é, não importa apenas como se chega ao Poder Judiciário, mas também a maneira como se sai.

Nesse sentido, as partes ao depositarem a sua total confiança nos profissionais responsáveis, sabem que as informações ali recolhidas serão de conhecimento restrito, ajudando na resolução substancial do conflito, ou seja, as partes e os profissionais não possuem mais dúvidas de que esgotaram o conflito, e que a solução concebida foi a melhor possível.

Desse modo, a confidencialidade, portanto, nada mais é do que um mecanismo que torna a audiência mais confortável na perspectiva do mediando, facilitando a exposição dos percalços que o levaram até ali, ocasionando em uma maximização dos resultados

Por outro lado, em determinados momentos é necessário que o dever de sigilo seja relativizado. A confidencialidade não é de toda unanimidade, isto é, não é recorrentemente recomendada quando se trata de mediação de assuntos públicos, por exemplo. Entretanto, numa outra esfera, as justificativas da utilização do sigilo por parte dos conciliadores e mediadores, perpassam pela confiança daquele que rege as audiências.

É de conhecimento, que o mediador não possui poder para arbitrar a solução do conflito, porém, a confiança depositada nele pode ajudar num regimento mais eficaz do processo. O não informar pode abarcar consequências tamanhas que transcendem as esferas das relações privadas e colocam em cheque para o quê ou para quem o sistema atual de Justiça deve ser de fato direcionado. O silêncio é princípio e sua quebra é autorizada em hipóteses legais, apesar disto, é preciso mergulhar nesse mar de hipóteses para que o próprio mediador ou conciliador se permita entender o seu papel ali naquele momento e na vida das pessoas que estão em jogo.

Não que deva ocorrer uma flexibilização desmedida, mas se faz necessário repensar que algumas normas penais em branco ou conceitos indeterminados precisam estar alinhados aos escopos da terceira onda renovatória de Justiça, não se procura apenas que o sistema tenha diversas portas, mas que as mesmas levem os sujeitos envolvidos à uma resolução qualitativa e humana de seus conflitos.

A atenção levantada pela pesquisa proposta perpassa tanto nuances de novas percepções de acesso e do próprio sistema de Justiça como também a relação e importância dos operadores que ali circundam. É preciso entender essa sistemática de forma global, bem como entender o conflito enquanto algo complexo e que precisa de uma atenção direcionada e também no tocante aos sujeitos envolvidos, que por vezes, buscam o Judiciário como uma espécie de *ultima ratio* diante de inúmeras portas de cunho econômico, social e político antes fechadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Resolução n. 125*, de 29 de novembro de 2010. Brasília

CALOU, Marília Bitencourt Campos. *A cultura de mediação: entre as teorias adversariais de enfrentamento de conflito e o novo paradigma de cooperação*. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para título no Mestrado de Direito Constitucional. 2016. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=99836#>. Acesso em: 04 de novembro de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antunio Fabris, 1988.

COGAN, Bruno Ricardo; DA SILVA, Marco Antonio Marques. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E ATUALIDADES. *Revista Direito UFMS*, v. 5, n. 2, p. 226-246, 2019. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9891>. Acesso em: 10 de novembro de 2020

DE SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Métodos autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de covid-19: online dispute resolution–ODR. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 1, n. 26, p.

21-32, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989/371372311>. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

DOS SANTOS, Danielle Maria Espezim; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infante adolescentes*. Revista de Direito. Viçosa. Vol. 10. N 02. 2018. p. 109-157. 2018. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7085867>. Acesso em: 13 de novembro de 2020.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)/André Estefam. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1. Direito Penal penal 2. Direito penal– Brasil I. Título.*

FALCÃO, Leticia Prazeres. O papel da mediação enquanto instrumento pedagógico para o mundo jurídico. In: *Leituras de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGB. Pembroke Collins, 2019. 698 p.

GERVASONI, Tássia Aparecida. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade*. Florianópolis, Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

GOMES, Nadielene Pereira et al. Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias gênero e geração. *Acta paulista de enfermagem*, v.20, n.4, p.504-508, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-21002007000400020&script=sci_arttext. Acesso em: 13 de novembro de 2020

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*-Volume V. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZOLA, Marcelo. *Limites da confidencialidade na audiência de mediação e litigância de má-fé*. 2017. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/256564/limites-da-confidencialidade-na-audiencia-de-mediacao-e-litigancia-de-ma-fe>. Acesso em: 05 nov. 2020.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, n. 1, p. 97-122, 2011.

OLIVEIRA, Maria Liz Cunha de et al. Características dos idosos vítimas de violência doméstica no Distrito Federal. *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*, v. 15, n. 3, p. 555-566, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbagg/v15n3/v15n3a16.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2020

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Acesso à justiça: a insuficiência da via judicial para a sua efetivação*. 2015. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/16366/1/2015_dis_esoliveiraneto.pdf. Acesso em: 07 de novembro de 2020.

PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do novo Código de Processo Civil. *Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13193/2366>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

SILVA, Erica Barbosa. *A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação*. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013_084020/publico/versao_final_Erica_Barbosa_e_Silva.pdf. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion (org.). *A resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação* [recurso eletrônico]/organização de Fabiana Marion Spengler, Theobaldo Spengler Neto – Curitiba: Multideia, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil: volume único*/Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Apresentação oral

**SISTEMA PRISIONAL: ENCARCERAMENTO EM MASSA DE
NEGROS NO BRASIL – REFLEXÕES PARA O SÉCULO XXII**

*PRISON SYSTEM: MASS PACKING OF BLACKS IN BRAZIL –
REFLECTIONS FOR THE XXII CENTURY*

Lucas Augusto Tomé Kannoa Vieira

Doutorando pela Universidade Buenos Aires; Mestre pela ESDHC. Docente no Centro
Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves. Advogado.
E-mail: kannoa1803@gmail.com

Beatriz Vilela de Ávila

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
Presidente Tancredo de Almeida Neves.
E-mail: beatrizvilelavila@gmail.com

Vítor Gabriel Carvalho

Graduando em Direito pelo Centro Universitário
Presidente Tancredo de Almeida Neves.
E-mail: vitorcarvalho08@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho aborda, de forma crítica o problema do encarceramento em massa de negros no sistema prisional dos estados brasileiros. Tem como objetivo estabelecer uma linha evolutiva das escolas criminológicas até a criminologia crítica, destacando o trabalho lombrosiano e seus efeitos enraizados no processo de segregação social contemporâneo. Também e levantar o conceito de panóptico e dispositivo, e sua aplicação pelos estados, alinhados com o compromisso de segregar a população negra e, munidos da perspectiva criminológica do “negro perigoso”, a fim de garantir tal exclusão. Por fim, apresenta dados estatais do cárcere, demonstrando a cor e a face negra majoritária no sistema prisional. A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, adotando uma perspectiva dialética ante os elementos sociais que afetam a realidade. Conclui-se desta

forma, não é novidade que a pele escura traz inúmeras consequências negativas para o indivíduo que a possui, entre elas a seletividade étnico-racial na punição estatal.

Palavras-chave: Criminologia. Seletividade penal. Encarceramento negro.

Abstract: This paper critically addresses the problem of mass incarceration of blacks in the prison system of Brazilian states. It aims to establish an evolutionary line from criminological schools to critical criminology, highlighting Lombrosian work and its effects rooted in the process of contemporary social segregation. Also, to raise the concept of panoptic and disposable, and its application by the states, aligned with the commitment to segregate the black population and, equipped with the criminological perspective of the “dangerous black”, in order to guarantee such exclusion. Finally, it presents state data from the prison, demonstrating the majority color and black face in the prison system. The methodology adopted is bibliographic research, adopting a dialectical perspective before the social elements that affect reality. It is concluded in this way, it is not new that the dark skin brings countless negative consequences for the individual who has it, among them the ethnic-racial selectivity in the state punishment.

Keywords: Criminology. Criminal selectivity. Black imprisonment.

Sumário: Introdução. 1. O perigo Lombrosiano. 2. Seletividade Estatal. 3. Resultados Da Seletividade Penal e Direito Comparado. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda, de forma crítica, o encarceramento em massa de negros no sistema prisional dos estados brasileiros. Desta forma, não é novidade que a pele escura traz inúmeras consequências negativas para o indivíduo que a possui, entre elas a seletividade étnico-racial na punição estatal.

Assim, em termos metodológicos, foi utilizada a técnica de revisão bibliográfica por meio da pesquisa descritiva, consultando como fonte primária a doutrina especializada do tema, como Eugenio Raúl Zaffaroni, Vera Regina Pereira de Andrade, Alessandro Baratta, Michel Foucault, dentre outros. Ademais, a pesquisa também parte para a análise de dados secundários, atuais e relevantes, fornecidos pelo levantamento de órgãos oficiais do

governo e, pesquisas de organizações não governamentais voltadas para o monitoramento dos Direitos Humanos.

O racismo, conforme expõe Salo de Carvalho (2015), permeou-se na América Latina por meio de práticas punitivas autoritárias e, até mesmo, genocidas, fazendo com que a população negra do Brasil sofresse com esta cultura excludente que cada vez mais segrega, revivendo as práticas discriminatórias que advém do período escravagista e se mantem presentes na sociedade brasileira contemporânea.

Fato este comprovado através de inúmeros casos recentes, como o caso de João Pedro, metralhado por policiais dentro da própria casa e também Guilherme, sequestrado e morto. Ambos eram negros e pobres. Entretanto, o racismo não é algo exclusivo do Brasil, trata-se de algo universal, sendo possível mencionar a morte de George Floyd nos Estados Unidos, um homem negro, enforcado por um policial. Através deste acontecimento surgiu um grande movimento antirracista, o *Black Lives Matter*.

Neste sentido, seja nas ruas ou em casa, os negros constantemente sofrem racismo e presenciam seus direitos sendo apagados pela cor da pele. Isto, inevitavelmente, se reflete dentro das penitenciárias, as quais possuem um número elevado de negros (pretos e pardos) presos em comparação com uma minoria branca. Contudo, estas são situações veladas e perpetradas com naturalidade.

O primeiro tópico trabalha a evolução das escolas criminológicas, especialmente as contribuições de Lombroso e suas repercussões nas sociedades contemporâneas, marcas que atrelam a condição de delinquência aos elementos fenotípicos e genéticos, indicando sujeitos predispostos a delinquir.

No tópico seguinte, é feita a apresentação da reflexão de Michel Foucault acerca do panóptico e identifica os dispositivos criado por Jeremy Bentham em 1785, em que o indivíduo é vigiado durante todo o tempo, mas sem a possibilidade de ver seu observador ou saber em qual momento ocorrerá, fazendo com que haja um controle autoritário do poder estatal sob o comportamento dos reclusos, punindo aqueles que não agissem como lhes fora imposto. Neste viés, até que ponto o Estado estaria realmente promovendo a correção da conduta do agente e não promove um controle intencional, excludente e perverso?

Tais dispositivos são correlacionados com as praxes de exclusão social históricas continuamente perpetradas no Brasil, evidenciando um sistema que se reproduz e regenera de forma automática, cujas ações afirmativas não logram êxito em estagnar ou coibir as percepções e perspectivas excludentes.

No tópico terceiro são demonstrados os resultados de tais dispositivos na sociedade brasileira, o encarceramento em massa da população negra em dados percentuais, sob uma análise crítica dos indicativos, seja na porcentagem comprada de negros na sociedade e no sistema; percentuais de negros encarcerados dentre outros dados que demonstram, cabalmente, uma ação intrínseca estatal que leva a uma segregação previamente desenhada e executada.

1. O PERIGO LOMBROSIANO

As Escolas da criminologia são correntes filosófico-jurídicas que seguem uma coerência entre o pensamento de seus doutrinadores. Sendo assim, embora não tenha sido a primeira, o nosso ponto de partida para esta pesquisa será a Escola Positivista, haja vista que o *status* de criminoso desenvolvido por esta Escola, impacta, diretamente, na maneira como grande parcela da sociedade brasileira enxerga aqueles que cometem crimes.

Influenciada pelos princípios e ideias dos fisiocratas e iluministas, surgiu no século XIX na Europa, a chamada Escola Positivista, que se dividiu em três fases: antropológica, sociológica e jurídica. Estas fases tiveram, respectivamente, Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo como seus precursores (FILHO, 2019, p. 35).

Segundo Alessandro Baratta, esta Escola trouxe uma nova forma de analisar o delito, partindo de uma perspectiva filosófica fundamentada em sua totalidade pelo conceito naturalista, fazendo com que o delito continuasse sendo caracterizado como um ente jurídico, que deve ser analisado, conjuntamente, com a ação natural e social do indivíduo (BARATTA, 2002, p. 38).

Posto estas considerações iniciais acerca da Escola Positivista, passaremos à análise do pensamento de seus principais expoentes. Cesare Lombroso, considerado como o pai da criminologia, foi um médico psiquiatra italiano que viveu entre os anos de 1835 a 1909.

Dentro da antropologia criminal, seus estudos tinham como objeto os criminosos e os doentes apenados.

A pesquisa de Lombroso foi realizada no sul da Itália, mais precisamente nos manicômios e prisões. Seu principal intuito era traçar características biológicas comuns a estes delinquentes. Desta forma, Lombroso buscou anomalias – anatômicas e fisiológicas – as quais seriam responsáveis por condicionar o indivíduo a cometer determinados crimes, ou seja, trabalhava sob a perspectiva do tipo antropológico do criminoso (ANDRADE, 1995, p. 25).

Com o objetivo de expor as conclusões de seu estudo, no ano de 1876, Lombroso lançou a sua obra mais conhecida, titulada como “O homem delinquente”. Nela o autor expõe que devido a uma forte carga genética, uma herança de antepassados, algumas pessoas tinham tendência a cometer delitos; estas pessoas ficaram conhecidas como “*delinquente nato*”.

Na quarta edição deste livro, o autor catalogou vários tipos de delinquentes: nato, louco, moral, epilético, de ímpeto e delinquente ocasional (PRADO; MAÍLLO, 2019, p. 89). Entendia, ainda, que era possível circunscrever de forma objetiva o tipo físico de um criminoso. Assim, criou uma tabela que se subdividia em: (I) elementos anatômicos – assimetria do crânio, arcadas superciliares e prognatismo das mandíbulas – (II) elementos psicológicos – tato, olfato, paladar, visão, audição, inibição etc. – (III) elementos sociológicos – tatuagens – (SCHWARCZ, 2005, p. 166).

Concluimos, portanto, que para Lombroso o criminoso era um ser primitivo e doente, e, por isso, o crime é considerado como um fenômeno natural (ALVAREZ, 2002, p. 679). Nesta perspectiva lombrosiana, o criminoso é considerado como um ser selvagem e desde seu nascimento está condicionado a delinquência.

Antes de prosseguirmos com os outros dois expoentes da criminologia positivista, abrimos um parêntese para mencionar o contexto brasileiro. O médico Raimundo Nina Rodrigues foi o principal expoente desta Escola no Brasil, sendo influenciado, diretamente, pelo pensamento lombrosiano. Para desenvolver suas pesquisas acerca do criminoso e suas causas, Nina Rodrigues passou a analisar as três raças que constituem a formação do povo brasileiro, quais sejam: indígena, branca e negra.

Sendo assim, para Nina Rodrigues o progresso da nação só iria ocorrer se não houvesse a mistura entre as raças, dado que a miscigenação ocasiona indivíduos desequilibrados e com desvios comportamentais (RODRIGUES, 2009, p. 90). Entendia, portanto, que os negros e mestiços eram inclinados ao cometimento de crimes, além de haver uma certa superioridade psíquica da raça branca sobre as demais.

Nota-se, que a análise biológica feita por Nina Rodrigues, se reflete em uma seleção estigmatizante e preconceituosa da população negra, indígena e mestiça. Ademais, percebemos que a visão estigmatizada destas raças se mantém presente na sociedade brasileira contemporânea e, também, na atuação das agências punitivas.

Retomando a linha de raciocínio acerca da tríade da Escola Positivista, adentramos na explanação das ideias de Enrico Ferri, que viveu entre os anos de 1856 a 1929. Sendo assim, as contribuições de Ferri se destacam no campo da sociologia criminal, inclusive, sendo considerado o seu fundador.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, a abordagem de Ferri se deu no enfoque sociológico do delito, com o intuito de reduzir sociologicamente o direito penal, isto é, fazer com que o direito penal fosse absorvido pela sociologia e, obviamente, deixaria de existir. Contudo, foi equivocada esta redução sociológica, visto que Ferri adotou um objetivismo valorativo à sociologia, sob o argumento de que a realidade social indicava o bem e o mal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 298).

Para Ferri, a criminalidade não deveria ser analisada sob uma perspectiva reducionista da antropologia – isto o diferenciava de Lombroso –, ou seja, defendia a necessidade de fazer uma análise mais ampla da criminalidade por meio de fatores antropológicos, físicos e sociais (SHECAIRA, 2011, p. 113).

Segundo Anitua, Ferri tinha uma alta capacidade intelectual, isto o possibilitou aprimorar as ideias lombrosianas. Ademais, após a sua tese – que criticava o livre arbítrio – conseguiu compatibilizar a versão naturalista de Lombroso com a abordagem da defesa social de Romagnosi. Entendendo, assim, a necessidade da pena a fim de defender o organismo social do estado perigoso que se encontrava em alguns indivíduos (ANITUA, 2008, p. 311).

Ainda nesta linha de raciocínio, Ferri não se importava com a questão da inimputabilidade – se o delinquente era doente ou não –, para ele, em quaisquer hipóteses o criminoso deve ser responsabilizado, visto que ele vive em um sociedade e, esta, por sua vez, deverá se defender do delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 298).

Dessa forma, constata-se que Enrico Ferri foi o responsável pela fase sociológica da Escola Positivista, tendo uma participação fundamental no aprimoramento das ideias de Lombroso. Sendo assim, utilizou a visão naturalista como uma forma de criticar o livre-arbítrio e, também, de fundamentar as decisões dos indivíduos criminosos.

Para encerrar a tríade da Escola Positivista, passaremos a partir de então à análise das concepções do jurista italiano Raffaele Garofalo, que viveu entre os anos de 1851 a 1934. Garofalo publicou, no ano de 1885, a sua principal obra: “Criminologia”. No entanto, cabe destacar que embora a obra tivesse este nome, a sua definição não é a mesma que, na atualidade, nós conhecemos como criminologia.

Garofalo entendia que os delitos variavam de sociedade para sociedade e, conseqüentemente, o “inimigo” também variava. Isto o fez desenvolver uma construção natural do delito, regido mais pelos sentimentos – piedade e probidade – do que por um critério descritivo. Neste viés, para Garofalo, todas as sociedades que diferem das valorações jurídicas europeias são degeneradas (ANITUA, 2008, p. 314).

Isto demonstra que os argumentos que foram utilizados por Garofalo são totalitários e autoritários, fazendo com que o direito penal se tornasse idealista, isto é, com valores pertencentes à uma sociedade hierarquicamente superior. Logo, os indivíduos que desconhecem os valores daquela sociedade, deveriam ser anulados/afastados de alguma forma, e, quando isto não fosse possível, deveriam ser mortos (ZAFFARONI et al., 2003, p. 578).

Portanto, Garofalo possuía uma perspectiva mais rígida do direito penal, onde os criminosos deveriam ser punidos com maior severidade. Nota-se, também, que a figura do “inimigo” se faz presente, nos dias atuais, através dos discursos que incitam a perseguição de um inimigo social.

Estas considerações sobre os principais expoentes da Escola Positivista – Lombroso, Ferri e Garofalo –, nos indica, embora haja algumas diferenças entre eles, que o criminoso

é um ser anormal do ponto de vista psicológico. Ademais, percebe-se, a influência que Charles Darwin exerceu em relação a esta Escola, visto que o criminoso passou a ser examinado sob uma ótica naturalista.

Por este ângulo, complementa Vera Andrade que a Escola Positivista é caracterizada como uma ciência causal-explicativa da criminalidade, em outras palavras, entende que a criminalidade é decorrente de um fenômeno natural e, por isso, busca explicá-la a partir de um método científico experimental com o suporte de estatísticas criminais (ANDRADE, 1995, p. 24).

O discurso da Escola Positivista não ficou restrito apenas ao território europeu, pelo contrário. Segundo Rosa del Olmo (2004, p. 161) a América Latina começou a importar os discursos de Lombroso, Ferri e Garofalo sem a devida compreensão de que o contexto italiano era distinto do latino-americano. A autora entende que esta importação ocorreu, principalmente, pela relação de dependência frente aos países europeus.

O resultado desta importação serviu para potencializar, ainda mais, uma cultura estigmatizante, marcada pelo preconceito e pela necessidade de inferiorizar determinadas raças. Esta mentalidade, conseqüentemente, se refletiu na Justiça Criminal e no encarceramento daqueles indivíduos que são pertencentes de grupos sociais discriminados.

Isto se interliga ao fato de que os expoentes da Escola Positivista, ao analisarem a criminalidade, não levaram em consideração os aspectos sociais que determinam e selecionam o que é crime e, como efeito, o que é criminoso. Significa que a Justiça Criminal possui uma clientela típica o que não é novidade, visto que: “historicamente, a prisão foi e sempre será depósito infecto de pobres e indesejáveis” (BATISTA, 2011, p. 36).

Neste viés, a compreensão da criminalidade exige o entendimento do processo de criminalização, que se divide em duas etapas: primária e secundária. A criminalização primária ocorre por meio dos poderes legislativo e executivo, isso porque são eles os responsáveis, respectivamente, por criar e sancionar as leis penais que irão incriminar os indivíduos de uma determinada sociedade. Por sua vez, a secundária é exercida pelos policiais, agentes penitenciários e operadores do direito, sendo eles os responsáveis por aplicarem as leis no caso em concreto (ZAFFARONI et al., 2003, p. 43).

Estas considerações são importantes para que possamos identificar em qual momento ocorre a seletividade penal. Se é durante a criação das normas, na abordagem

policial, no julgamento do réu ou no momento da execução da pena. Para tanto, passaremos à análise destas fases.

Segundo Zaffaroni (et al., 2003, p. 44) a seletividade penal na criminalização primária ocorre de forma abstrata, haja vista que o legislador não sabe qual sujeito, em específico, será atingido. Por outro lado, é na criminalização secundária que efetua a seletividade de maneira concreta, isto é, havendo uma orientação em punir os vulneráveis.

É sob esta perspectiva que a criminologia muda seu enfoque, não analisando mais a criminalidade a partir de sua natureza biológica e sim de fatores sociais. Esta nova forma de pensar a questão criminal, ficou conhecida como a teoria do etiquetamento social, ou em seu termo original, *labelling approach*.

Isto quer dizer que o crime é visto como uma construção social. Melhor dizendo, uma conduta não é criminosa em si, é necessário que haja um duplo processo – criminalização primária e secundária – para que possa atribuir o caráter criminal a determinada conduta, o que resultará em uma seleção estigmatizante da clientela prisional (ANDRADE, 1995, p. 27).

Entende-se, portanto, que a atuação da Justiça Criminal é condicionada pela estereotipagem do *status* de criminoso. Decorrendo, assim, algumas implicações práticas: (I) os crimes econômicos – crimes do colarinho branco – não são tratados, pelas agências penais, da mesma forma que os demais delitos; (II) quando ocorre o encarceramento de indivíduos que não se encaixam nestes estereótipos, a atuação da Justiça Criminal é diferente, permitindo, inclusive, celas diferenciadas (ZAFFARONI et al., 2003, p. 47).

Ademais, Vera Andrade (2005, p. 81) aduz que os indivíduos de uma determinada sociedade, independentemente, de fatores como: classe social, faixa etária, etnia e gênero praticam infrações penais, sejam estas definidas como crime ou contravenção. Por outro lado, estes indivíduos também são vítimas destas práticas, isto quer dizer que a criminalidade e vitimação são majoritárias e ubíquas.

Sendo assim, surge a seguinte questão: se a criminalidade é majoritária e ubíqua, qual o motivo da clientela do sistema penal ser composta, de forma predominante, por homens, adultos, negros e oriundos de classe social mais baixa? Esta indagação é respondida através da observação da atuação da Justiça Criminal, que não segue a incriminação

igualitária conforme o discurso jurídico-penal, e, sim, uma seleção desigual orientada pela estereotipagem e senso comum (ANDRADE, 2005, p. 82).

Na esteira desta seletividade, Zaffaroni (et al., 2003, p. 47) assevera que além do enquadramento destes estereótipos e da etiquetagem social, a baixa escolaridade destes indivíduos, trazem impactos para esta seleção, visto que não os permite orquestrar e executar delitos de alta complexidade. Ficando, assim, restritos aos delitos que são mais fáceis de serem detidos.

De acordo com Salo de Carvalho a seletividade do sistema punitivo está atrelada, historicamente, às questões raciais. Por isso, na realidade brasileira, a população jovem negra, pertencente aos mais baixos extratos sociais e que vivem na periferia das grandes cidades, tem sido alvo do encarceramento em massa e, também, dos assassinatos velados pelos autos de resistência. Demonstrando, assim, que a Justiça Criminal está entrelaçada ao racismo estrutural e não conjuntural (CARVALHO, 2015, p. 649).

Na conjuntura social contemporânea, sob o pretexto de que os moradores das favelas e regiões periféricas têm propensão para a criminalidade, é comum a opressão desta parcela da sociedade, ainda, inflamado, pelo discurso de que bandido tem que morrer. Na verdade, quem tem propensão para o crime é o próprio Estado, que legitima a carência, miséria, subnutrição, doença e que a sua omissão permite o surgimento de favelas e de um poder paralelo (BATISTA, 1990, p. 159).

Todas as ponderações aqui feitas, nos remetem a necessidade de combater o conceito de “perigoso”, haja vista que a ideia da existência de um inimigo, é nociva para aqueles indivíduos que se encontram em um estado de maior vulnerabilidade. Assim, a outra parcela da sociedade que goza, de alguma forma de privilégio social, pode somar força neste enfrentamento ao racismo estrutural entranhado no sistema penal.

Até porque, imaginemos que a pesquisa de Cesare Lombroso não tivesse sido realizada no século XIX no sul da Itália e sim no século XXI no Brasil. A partir do determinismo biológico, quais seriam as características do delinquente nato? Lombroso, provavelmente, concluiria que o criminoso é homem, jovem, negro, pobre, favelado, sem estudo, usa gírias e ouve *funk*. Ora, são estes os estereótipos presentes no senso comum

da população e que guiam a atuação das agências punitivas. Isto não é novidade e nem exclusividade brasileira.

2. O MOVIMENTO ESTATAL

Estabelecida a compreensão do “negro perigoso” especialmente calcado na perspectiva lombrosiana de criminoso, o estado avança na construção de, nas palavras de Foucault (2014), dispositivos para garantir a imagem de perigo vinculada a persona negra, bem como, a perpetração desse imaginário construído na sociedade, alcançando a auto imagem do negro, a distopia do não negro para com o negro e, sobretudo, o imaginário coletivo, onde reiterados aspectos de perigo através de dispositivos, sejam, conforme Agostinho (2017), sutis, assim compreendidos por Deleuze, ou nem tanto assim, como sustentado por Agamben.

Como já apresentado, Lombroso estabelece critérios fenotípicos para os sujeitos propensos a delinquir, os traços do homem delinquente, e, nada mais conveniente ao estado, especialmente aos estados marcados pelo paradigma ocidental euro-judaico-cristão, que, negligencia e ignora as bases teológicas do judaísmo e de Cristo, contudo, hegemônico e, que lançou por séculos, mão sobre a exploração do corpo negro.

Necessário dizer que não se tratou apenas de exploração de trabalho, mas dos corpos, da alma negra. Foram mutilados, estuprados, violados física, moral e espiritualmente, capítulo necessário de grafar e gravar nos textos da história da humanidade, como um dever com a verdade e memória para que nunca se repita, ou, que se cesse. Foram cerceados de suas propriedades e heranças natas; foram separados de suas famílias, amores, impostos a procriar e satisfazer a lasciva do senhores, foram forçados ao labor, a sobreviver ante as dificuldades, impedidos de qualquer dignidade, manifestação ou manutenção de sua cultura, e, extermínio de sua religiosidade, com conversão compulsória em um cristianismo que evidente dispositivo de manutenção do status quo.

Esse absurdo social, terror perverso se fundou na distinção fenotípica, o que se aproxima do método lombrosiano e facilitou a construção do “negro perigoso”. Isso alia-se a condição mental estabelecia, onde o negro era escravo, a força quebrado, ceifado de si mesmo, e, inserido em uma ciranda social complexa, repleta de dispositivos que

inviabilizaram uma emancipação do mesmo, porquanto não tinham alma, não tinha liberdade, não eram iguais, não tinham escolha, propriedade, representatividade, eram *res*.

Hobsbawm (1976) preconizava a formação dos bandidos, correlacionando a atividade delinquente a falta de liberdade, inclusive, afirmando “a maioria das pessoas estão presas aos grilhões da autoridade e do trabalho”, o que, referencia-se aos grilhões justamente aplicados ao cotidiano negro até meados de 1890 (ou depois?) no Brasil. Também afirma que a fonte mais importante de bandidos é atrelada a formas econômicas e ao ambiente em que se vivem.

No caso, necessário compreender que os negros, após 1888 não assumiram postos de trabalho remunerados, ao contrário, foram, conforme dispositivos visíveis e invisíveis, marginalizados e segregados, a proposta econômica e o ambiente social foram permeados de elementos, discursos e positivities que conduziram o negro ao banditismo, a ações contra as regras postas.

Nesse sentido, uma questão epistemológica do ambiente surge, conforme propõe Leff (2010), os saberes do novo mundo, especialmente Brasil e Estados Unidos, são construídos a partir de regras positivadas e veladas para conduzir o negro a uma exclusão do trabalho, do consumo, da cidadania, sendo, por vezes segregados em alguns núcleos de serviços inferiores, mal remunerados e, sempre, com uma separação evidente.

Elementos verificáveis são, por exemplo, a capa da revista *Life*, de agosto de 1937, ligando a imagem do homem negro a melancias; No Brasil, o capoeira ocupou por muito tempo o espaço atualmente dedicado ao traficante pequeno e médio, sendo o alvo das ações policiais.

Se, por um lado, os dispositivos de segregação sutis eram frequentemente inseridos na cultura e saberes dos povos do novo mundo, também eram consolidados dispositivos positivados, as chamadas leis de Jim Crow. E por mais absurdo que pareça, a consolidação e fortalecimento da economia dos Estados Unidos fez com que seus modelos de produção, especialmente as *plantations*, fossem copiados por novas frentes de produção, como Brasil, Austrália e África do Sul, esse último, adotou uma política chamada *Apartheid*, que durou até, infelizmente, 1994, 26 anos atrás.

Assim, por vias intrínsecas aos pilares sociais e por vias de poder estatal, criminalização primária e secundária, o espaço social destinado aos negros era específico, limitado e limitante em si, de forma que com o passar do tempo, ele se solidifica em novos elementos e conceitos excludentes, reiterando os dispositivos já estabelecidos e produzindo muitos novos outros, conduzindo assim, a uma vivência a margem da sociedade dita correta, de bem.

É possível compreender tais elementos quando, na construção da imagem do negro na mídia, em papéis cinematográficos ou em novelas e teatros, assumindo uma posição de inferioridade, e, por vezes sequer ocupando espaços de imagem. No Brasil, a população Negra ou Parda é mais de cinco vezes maior do que nos Estados Unidos, tem termos percentuais. Contudo, aqui o espaço de visibilidade é ainda mais restrito, o espaço do negro na mídia norte americana é inversamente proporcional a realidade brasileira, quando comparada o percentual populacional.

É apenas um dos dispositivos, visibilidade em mídia, e quantos outros existem? É necessário assumir a compreensão de que os dispositivos de segregação racial, especialmente os velados, assim compreendidos por Deleuze, são desconhecidos em sua totalidade, e, por vezes, reproduzidos de forma inconsciente.

Ai destaca-se o problema essencial dessa constatação, porquanto, a medida em que se repete, propaga ou simplesmente não se insurge e aniquila tal dispositivo, ele alavanca e sustenta todo o sistema, se reproduzindo e dele deriva-se ações e afirmações que, com o tempo, evoluem, alcançam mais pessoas, envolvem recursos financeiros significativos e, ao se deparar com a raiz perversa, torna-se “aceitável” e “necessária” a discussão acerca da permanência de tal ou tais práticas, em virtude de um dano maior a sociedade.

A profundidade dos mecanismos de segregação vão para além dos atuais governantes ou lideranças, bem como, superam o momento legislativo, são anteriores, não havendo mais a lembrança de quem as originou, todavia, sob o argumento de rupturas significativas e eventualmente traumáticas, não se investe em um filtro para localizar e aniquilar tais elementos sistêmicos.

Ao contrário, se investe em manutenção e tolerância para tais elementos, o que, como já dito, vai proliferar e solidificar na cultura social, de forma a tornar-se, sempre e

cada vez, mais forte e imutável, ainda que, as forças positivadas tenham perdido força pelo surgimento do paradigma do estado democrático de direitos.

O paradigma, especialmente trazido pela constituição de 1988, ainda encontra óbices positivados, a exemplo do artigo 59 do código de processo penal, que permite ao magistrado, levantar ou não a pena base do sujeito, a partir da sua compreensão e interpretação do histórico social, a reprovabilidade ou não do réu.

Nesse sentir, os dispositivos intrínsecos na sociedade assumem seu papel, todos voltam ao “negro perigoso” do imaginário coletivo e individual do magistrado. O medo do negro, alimentado desde as naus do tráfico negreiro até o momento atual. E o enfrentamento desses elementos são, por eles, combatidos e mitigados com toda pujança do poder estatal.

É o que depreende-se a observação dos rótulos atribuídos aos movimentos sociais, em especial, aos que buscam a tão repudiada igualdade, havendo em 2020 argumentos que negam o racismo, atribuindo, por tom jocoso, um “mimimi” ou seja, aqueles que se insurgem contra a realidade que segrega, também alvos de exclusão. Tornam-se os chatos, os “mimizentos”, causando um constrangimento ao sujeito que se propõe revelar e debater a realidade, recurso usado por furtar-se as forças hegemônicas de responder os argumentos sustentados, o que, o presente texto também sofrerá em algum momento.

A fuga do debate, a simples negação, negação da escravidão, com a afirmação de representantes oficiais do povo, chefes de alguns executivos, de que os negros africanos, no período do tráfico negreiro, vieram voluntariamente ao Brasil para laborar. Tal afirmação além de romper com a história, é, violação a memória e verdade daqueles descendentes de escravos, que alcançam quase metade da população brasileira. É violar o respeito ao afeto e família, construindo no próprio negro, uma verdade equivocada e, este, atribui um falso pensar sobre seus antepassados.

Necessário dizer que, com esse discurso aliado a afirmação de que seria uma “promiscuidade” o relacionamento entre pessoas de fenótipos diferentes, especialmente entre brancos e negros, fora eleito o presidente do Brasil.

A questão se evidencia, qual compreensão do brasileiro sobre o negro? Do negro brasileiro sobre si? Da sociedade em geral? Ações afirmativas, como já dito, são por vezes soterradas pelos discursos de manutenção da desigualdade. Ainda que o paradigma

constitucional tenha fomentado uma construção positivada de políticas públicas, as mesmas foram e são alvo de críticas tão fortes quanto os argumentos para sua efetivação.

Desde o critério de determinação do sujeito enquanto negro ou não, até fraudes explícitas de não negros que, por motivos diversos, usam as cotas raciais como atalho clandestino para perpetuar os privilégios e exclusões sociais. Por fim, as políticas públicas de igualdade racial enfrentam argumentações como a pretensa incapacidade do profissional negro, com ingresso em curso superior por cotas raciais, ou mesmo, a pretensa ineficiência do servidor investido através de cotas.

São argumentos em si, falaciosos, contudo, ganham luz nos encaixes sociais previamente estabelecidos para, atribuir sentido e legitimidade a discursos que visam a manutenção do status quo. É o que traz Vieira (2018, 2020) quando preleciona a existência histórica de forças hegemônicas latentes e ativas desde a formação social, e, que tem objetivo comum e imutável ao longo da história, qual seja a garantia e manutenção da sociedade em castas, o que, no período moderno e contemporâneo, demonstra Marx, a divisão de classes sociais.

Outra forma de ver tais dispositivos funcionando, de forma simples e aparentemente inocente são as manchetes da mídia, com a utilização proposital ou inconsciente de expressões que, poderiam sugerir sinônimos, mas carregam em si, por dispositivos, significados moldados a uma segregação. É possível encontrar em diversas manchetes, notícias assim escritas “menor rouba criança.” Isso por si não traria nenhuma conotação de exclusão, direcionamento ou seletividade penal racista, trazendo apenas uma manchete.

O uso do signo “menor”, em que pese significar exegeticamente apenas alguém que não alcançou a maior idade cronológica, também é composto de diversas percepções sociais, que, numa leitura literal não causaria qualquer estranheza, mas, na leitura interpretativa, inclusive do inconsciente do interlocutor, é possível que tais percepções ganhem força, senão vejamos.

Em um exercício de franqueza, imagine nesse momento como é o dito menor que roubou a criança, faça uma descrição mental de sua idade, escolaridade, corte de cabelo, cor da pele, peso e vestimentas. De outro lado, faça o mesmo exercício para com a criança. São pessoas diferentes em diversos aspectos, sem que, o jornalista tivesse dito

tais características. Esses são os dispositivos intrínsecos na sociedade contemporânea e, o resultado é perverso. Quando tais signos são usados para consolidar a força hegemônica, a exclusão ou permanência social em uma casta/classe, ou é usado para vender notícias ou usado para promover ideologias políticas, casos recorrentes no Brasil, a sociedade se posta da forma que foi conduzida.

É sutil, mas não menos perverso ou impactante, ao ser bombardeada com notícias reiteradas de ações de menores, impunidade de menores, dramas de menores, a sociedade acaba por correlacionar os crimes que existem a uma lógica lombrosiana, tais conclusões são facilmente verificáveis, como mostrou Vieira (2015), “o menor cometeu o crime, o menor deve ser negro, negros cometem crimes, negros são perigosos”; “o menor é negro, o negro é perigoso, o menor é perigoso, pois todos eles cometem crimes”; “o menor cometeu crime, o menor é pobre, pobres não devem ter filhos”; “o menor comete crimes e sai impune, o menor já sabe que é intocável, deveriam reduzir a maior idade penal”. Tais proposições surgem e são aparadas pelos dispositivos de seletividade penal.

Como apresenta Tadeu (2008) em uma leitura do panóptico entre Bentham e Foucault apresenta justamente o caminho do estado em selecionar aqueles que pretende excluir, a chamada “polícia das identidades” pelo autor, traduz uma vontade do estado em segregar algumas personas, por motivos particulares do tempo e época.

Necessário observar que essa compreensão, especialmente na proposta de Bentham, faria sentido na ruptura de um estado que vivenciara um paradigma monárquico ou imperialista, contudo, em estados com dita experiência democrática, onde os governantes não se confundem com o estado e, princípios e normas são a base para a compreensão e norte para conduta de todos, e em especial dos agentes públicos, seja sob o princípio da estrita legalidade ou, da juridicidade, é impensável um estado desejar por si, porquanto é, sobretudo, uma ficção jurídica personificada a título de responsabilidades e capacidades, mas ausente desejos e vontades, senão o melhor interesse público.

Outrossim, ausente um desejo do estado brasileiro, e, irrelevante o desejo dos governantes, eis que, essencialmente transitórios, não teria o estado, uma marca racista ou excludente, já que, todos são iguais perante a lei, constitucionalmente previsto. A realidade foge a proposição teórica do estado, quando se percebe um olhar diferenciado entre as

peçoas, não há todos, mas sim, conjuntos misturados e identificáveis, especialmente por questões fenotípicas.

Experiencia passada e traumática para toda a humanidade foi, no regime nazista, a dissociação das peçoas de bem, de sangue puro, de genética nórdica, a quem todos deveriam se igualar e, aos demais, em especial aos judeus, negros, ciganos, que não possuíam características necessárias para participarem de uma sociedade evoluída, não só devendo ser excluídos, mas, também, devendo ser extintos do estado alemão. E assim o foi, ao menos tentado. E se hoje, isso parece uma barbaridade, por que é natural pensar o negro como alguém perigoso? Que deve se ter cuidado e, se possível segrega-los, com uma atenção estatal para ao menor destaque, encarcerar seu corpo?

Para Tadeu (2008) a sociedade sempre teve seus dispositivos, e, prosseguiu escolhendo seus indesejáveis, aqueles cujo olhar do estado se voltaria, ainda que, essencialmente despersonificado, sem raiva, rancor, desejos, a antipatia e a exclusão social foram incutidos dentro do estado a fim de que os por alguém escolhidos, fossem perseguidos, segregados, assassinados, banidos ou excluídos.

Foi assim com os vagabundos; o estrangeiro; o judeu; o cigano; o subversivo; o cristão; o semita; o latino; o capoeira; o grafiteiro; o homossexual; o transviado; o negro. Todo aquele que, por algum motivo, ainda que de sua natureza, incomoda a moral hegemônica posta, será perseguido e caçado pelo estado, não mais apenas por dispositivos sutis de segregação, mas também, com a vigilância panóptica do estado, das forças de segurança, edificadas do alto dos conjuntos de discursos, falsas compreensões e dispositivos racistas que conduziram ao início da perseguição.

Não é dizer que o negro não cometa crimes, por ser negro, mas, justamente por ser negro, será vigiado, terá seus direitos civis violados sistematicamente e reiteradamente até que se encontre alguma prática delituoso, qualquer prática delituosa. E, se acaso não for inclinado a delinquência, o estado vai esperar, vigiar, estruturar armadilhas para que suas oportunidades nos diversos setores sociais seja minadas, no trabalho, no consumo, na família, no lazer, e, ao final, estarão prontos e aptos para remover o negro da sociedade.

É necessário compreender que, ao menor deslize ou descuido, o negro será recebido pelo sistema, mas, antes de qualquer deslize, o sistema será ativo na averiguação e

investigação de tais ilícitos, sem imaginar um tratamento equivalente para um não negro. Se em 2020 o argumento de que o negro, por ser negro, é perigoso, não encontra espaço nas vozes públicas, encontra esse espaço na ação estatal e no controle da população negra, realidade não apenas brasileira, mas globalizada, como o caso de George Floyd.

A armadilha posta e imposta ao negro, sob vigilância estatal, culmina não em ações como dos movimentos Pantera Negra nos Estados Unidos, mas sim, com o tráfico de drogas, destino desenhado, cuidadosamente planejado para o negro, ações que não mais expressam sua cultura, sua ancestralidade ou reivindicações por igualdade e justiça, essas, minadas a muito, anteriormente, pelos dispositivos estruturados, agora, o negro é conduzido a delinquir, por toda falta de espaços e dinâmica social, na delinquência certa, para segregação esperada.

É possível verificar a perseguição estatal, motivada por todos os dispositivos supra mencionados conduz a uma realidade de destruição de pessoas, de vidas, por um racismo histórico e estrutural, carregado de dispositivos prontos a se reproduzir e garantir que o sistema jamais se altere, passando do medo coletivo, dos discursos estruturados, dos significados sensíveis e invisíveis, das posições sociais estabelecidas e firmas para que, todos, negros e não negros, corram dentro do sistema, sem chance de questionamentos ou mudanças.

O resultado dessa praxe é, o encarceramento em massa da população negra, sejam em proporcionalidade de detentos e população, seja em efeito social do cárcere negro, pelo último dos dispositivos, talvez o mais perverso, daquele que alcança o inconsciente da criança negra, de que, a meta, o ideal de vida é justamente delinquir, onde seus heróis são presos ou mortos em confrontos determinados previamente pelo sistema.

3. RESULTADO DA SELETIVIDADE PENAL E DIREITO COMPARADO

De fato, a construção dos estereótipos se encontra evidente na seletividade do poder punitivo, a vulnerabilidade que o preto e o pardo enfrentam frente a esta supremacia é inegável. A partir dos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN 2019), juntamente com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

(IBGE 2010) – último censo demográfico realizado – é possível demonstrar esta realidade no Brasil.

Primeiramente, deve-se analisar o número da população brasileira. Assim, em 2010 haviam aproximadamente 190 milhões de brasileiros que se dividiam em 91.051.646 (noventa e um milhões, cinquenta e um mil, seiscentos e quarenta e seis) indivíduos considerados brancos e 96.795.294 (noventa e seis milhões, setecentos e noventa e cinco mil, duzentos e noventa e quatro) de indivíduos considerados negros – que se englobam pretos e pardos – (IBGE, 2010). Neste viés, é possível perceber como não há uma discrepância entre estas raças, elas praticamente se equiparam quando se trata de quantidade populacional.

Contudo, não é este o resultado que se encontra dentro das penitenciárias brasileiras. De forma geral, o país possui um total de 752.277 (setecentos e cinquenta e dois mil duzentos e setenta e sete) apenados, em 1.407 (mil quatrocentos e sete) estabelecimentos prisionais. Porém, alguns presídios não conseguiram informar a quantidade de indivíduos privados de liberdade por cor da pele, raça ou etnia. Sendo, portanto, contabilizados 645.299 (seiscentos e quarenta e cinco mil duzentos e noventa e nove) detentos.

Neste sentido, o quadro abaixo exemplifica a identificação da quantidade de indivíduos encarcerados em relação a cor da sua pele, raça ou etnia no Brasil:

Tabela 1 – Dados carcerários do Brasil

COR/RAÇA/ETNIA	TOTAL NO BRASIL
BRANCOS	213.402 (duzentos e treze mil quatrocentos e dois)
PRETOS	109.160 (cento e nove mil cento e sessenta)
PARDOS	317.273 (trezentos e dezessete mil duzentos e setenta e três)
AMARELOS	4.168 (quatro mil cento e sessenta e oito)
INDÍGENAS	1.296 (mil duzentos e noventa e seis)

Fonte: Elaborado pelos autores com dados extraídos do INFOPEN (2019).

Assim, em termos percentuais: 33.07% são brancos, 66.09% são negros (pretos e pardos), 0.63% são amarelos e 0.20% são indígenas, nota-se que os negros representam dois terços da população carcerária brasileira. No entanto, ao separarmos os dados por região, tem-se uma melhor compreensão, permitindo uma reflexão mais detalhada:

Tabela 2 – Dados carcerários por regiões

COR/RAÇA/ETNIA	NORTE	NORDESTE	SUL	SUDESTE	CENTRO-OESTE
BRANCA	8.365	15.036	50.394	128.501	11.106
PRETA	8.555	19.086	9.067	63.004	9.448
PARDA	34.246	70.280	18.762	167.606	26.309
AMARELA	816	821	662	1.799	140
INDÍGENA	253	310	284	101	347

Fonte: Elaborado pelos autores com dados extraídos do INFOPEN (2019).

Nota-se que o sul possui uma população carcerária majoritariamente branca e, isto se deve ao fato de terem sido colonizados por alemães, o que faz com que hajam poucas pessoas negras residentes na região. Contudo, esta é a única exceção, haja vista que as demais regiões possuem seu sistema prisional repleto de negros, evidenciando uma grande desproporcionalidade. Desta forma, fica provado que a cultura, a política, o desenvolvimento social e humano, influenciam diretamente no racismo estrutural.

Como foi dito anteriormente, Lombroso acreditava que a criminalidade seria um gene que estaria ligado ao indivíduo desde a sua concepção. Entretanto, a realidade demonstra que o “homem delinquente” nada mais é do que um estereótipo criado e enraizado na sociedade, promovendo uma cultura estigmatizante e excludente.

O próprio Judiciário se torna um núcleo de decisões racistas, sendo possível citar a decisão da Juíza da 1ª vara criminal de Curitiba que, ao realizar a dosimetria da pena de um indivíduo negro, cita que este é “seguramente integrante do grupo criminoso, em razão de sua raça”, não havendo qualquer outro argumento sobre sua conduta social. Assim, tem-se um padrão físico daquele que é considerado criminoso ou não e, antes de serem julgados por seus atos, são julgados por sua aparência.

Outro caso relevante ocorreu na 5ª vara criminal de Campinas, destacando que o réu condenado não correspondia a um perfil criminoso, por ter “pele, olhos e cabelos claros”. Porém, as denúncias contra estes magistrados são, na maioria das vezes, arquivadas, fazendo com que ocorra um racismo velado, protegido e propagado por um meio que deveria gerar segurança e igualdade.

O meio acadêmico corrobora, também, para a expansão do preconceito racial. Em pleno século XXI ainda há resistência na contratação de negros para, por exemplo, palestrar. Estes, são convidados apenas para explanar sobre o racismo, preconceito, exclusão e dificuldades, mas raramente são chamados para falar do direito em si. Os professores, sejam de escolas ou universidades, ainda são majoritariamente brancos, assim como os alunos. Em regra, indivíduos negros cuidam da limpeza, são faxineiros ou, até mesmo, atendentes de lanchonete, mas raras vezes estão em cargos altos, como diretores, professores ou coordenadores. Isto é evidente em qualquer local de ensino brasileiro, evidenciando que a inclusão não tem sido, de fato, aplicada.

A educação é o meio mais relevante para se enfrentar preconceitos e desigualdades, pois é através dela que debates democráticos entre culturas são possíveis. Neste viés, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) em 2017 produziu dados que analisam a distribuição por raça/cor dos docentes, destacando que são predominantemente brancos, haja vista comporem 42% do quadro, enquanto apenas 29% são pretos e pardos.

O INEP divulgou, também, uma comparação feita por regiões, demonstrando que no sul e sudeste se encontram mais educadores brancos, no norte o número de negros tem aumentado, no centro-oeste é possível perceber um certo equilíbrio, mas, ainda sim, com a maioria branca e, por fim, o nordeste, em que predominam os negros.

Neste sentido, há de se destacar também o papel desempenhado pelos afrodescendentes nas novelas brasileiras. A antropóloga Solange Martins Couceiro de Lima, professora da Escola de Comunicações e Artes (ECA) da Universidade de São Paulo (USP) em conjunto com a sua equipe, analisaram 25 novelas da Rede Globo, de 1975 até 1998 e, chegou-se à conclusão de que as telenovelas reforçam a imagem desfavorável dos negros, colocando-os em posições menos privilegiadas, porque, em geral, é a condição que o negro ocupa na sociedade (LIMA, 1998)

Tal entendimento se encontra presente ainda no ano de 2020, sem sombra de dúvidas a forma como os negros são expostos nestes programas de entretenimento são um reflexo da forma como a sociedade os enxerga. Em 2012 a novela “Avenida Brasil” contou com uma audiência elevada e, devido a este sucesso, alcançou a oportunidade de publicar uma matéria na revista *Forbes* dos Estados Unidos (EUA). No entanto, nesta telenovela havia uma mulher negra que protagonizava uma empregada doméstica e também fazia papéis hipersexualizados.

Além de “Avenida Brasil”, houve também “*I love Paraisópolis*” em 2015, trazendo a figura de um homem negro criminoso, ou, também, “O outro lado do paraíso” em 2017, quando uma atriz branca foi presa em uma cela em que haviam apenas mulheres negras, dentre diversos outros pontos racistas presentes na novela. Assim, a forma como são vistos: bandidos, drogados, pobres, favelados, perigosos, prejudiciais para o convívio social, colaboram para criar uma baixa autoestima em ser negro.

Junto a isto, é possível mencionar a música. Quando se ouve a palavra “*funk*” o primeiro pensamento de milhares de indivíduos é: favela, negro, música de bandido. Assim como o rap ou hip-hop. São estilos musicais que, em sua maioria, carregam consigo uma forte crítica a sociedade em que vivemos, como por exemplo a composição “Eminência Parda” do *rapper* Emicida, em que conta a história de uma família negra em um restaurante sofisticado repleto de brancos, que, a todo tempo, lançam olhares de reprovação.

Em 2017 chegou-se ao ponto do Senado analisar uma proposta em que o *funk* seria classificado como “crime de saúde pública à criança, aos adolescentes e à família”, recebendo o apoio de mais de 20 mil pessoas em consulta pública. Mas a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) rejeitou, no mesmo ano, o projeto. Isto porque foi considerado inconstitucional, haja vista o cerceamento da livre manifestação cultural e de pensamento presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Além disso, o *funk* não possui proteção trabalhista. A advogada Maíra Neiva Gomes concluiu em sua tese de doutorado que, em virtude do racismo estrutural enraizado, o *funk* não é reconhecido como arte, consequentemente não entra na classificação de cultura, ou seja, não é reconhecido como trabalho. Desta forma, não há proteção trabalhista, nem

mesmo do sistema jurídico, o que, por sua vez, tira a voz da periferia, que se manifesta através deste estilo musical. (GOMES, 2013)

Deve-se destacar que muitas músicas popularmente conhecidas foram criadas por negros. O samba, por exemplo, era reprimido e gerava até mesmo a prisão para quem o produzia, mesmo que fosse a expressão da cultura de um povo, não eram bem-vistos pela elite e pela mídia. Atualmente, o samba é transmitido nas televisões, nas rádios e nos carros de som do carnaval. Contudo, não passam a representatividade que deveriam, a essência da criação e a sua importância.

Assim, como bem dizia Vinícius de Moraes “Ponha um pouco de amor numa cadência e vai ver que ninguém no mundo vence a beleza que tem num samba, não. Porque o samba nasceu lá na Bahia, e se hoje ele é branco na poesia, ele é negro demais no coração”. Ademais, um gênero musical não deve e nem pode qualificar um indivíduo como sendo criminoso ou não.

A mídia retrata cada vez mais o negro de forma errônea, instigando o preconceito e o medo da pele escura. Os programas policiais como “Cidade Alerta” ou “Brasil Urgente”, ocasionam um linchamento em massa, impedindo a humanização. Isto se deve ao fato de que se preocupam apenas com os números de audiência por meio de um sensacionalismo baixo.

Bem como os filmes e as séries que não possuem intelectuais, advogados, médicos e empresários negros, mas sim analfabetos, bandidos, prostitutas, pobres e viciados em drogas. “La casa de papel” foi uma série que estourou nas telas através da *netflix* e, ao ser analisada, não existem atores negros em nenhum dos 31 episódios exibidos. Em contrapartida, no filme “última parada 174” o ator principal é negro, sobrevivente da chacina da Candelária e perde a mãe vítima de violência no morro, tendo como fim a sua classificação como bandido por um assalto a ônibus e seu assassinato por policiais.

Isto é apenas um retrato do pessimismo sobre a pele negra, o filme, assim como diversos outros, trazem o favelado do morro, demonstrando que não há saída para aquele indivíduo, que o seu futuro é, de fato, virar um criminoso, pois a única forma de melhorar sua condição de vida é através da violência. Chega-se, portanto, a conclusão de que uma

forte fonte de ódio é propagada pelas mídias que se tornam cada vez mais manipuladoras e segregatícias.

Desta forma, é imprescindível falar sobre tatuagens. Como já foi dito, Cesare Lombroso argumentava que o lugar e a quantidade das tatuagens eram importantes para definir sobre a essência criminosa daquele indivíduo. Isto porque provaria que eram insensíveis a dor. Os locais deveriam ser ombros, peito, parte interna do braço, dedos ou costas, com a denotação de gangues ou imagens obscenas.

Características como estas, presentes antes mesmo de Lombroso, foram se aperfeiçoando e moldando qual seria o físico de um ser criminoso. Assim, muitas pessoas já perderam oportunidades de emprego, foram discriminadas, agredidas, presas injustamente e excluídas do seio da sociedade, tendo que se esconder, humilhar e aceitar o inaceitável, o preconceito.

Neste viés, indaga-se: como fica a autoestima de um homem negro? Como ele se sente perante toda esta discriminação? Como é possível melhorar de vida se o branco não confia no preto ou pardo? Estes não são questionamentos novos, entretanto, até hoje, não foram sanados. O perigo criado na mente da sociedade é, sem dúvidas, um reflexo midiático e uma construção social de séculos, que passa de ascendente para descendente.

Ser negro, por si só, já é considerado crime (ALVES, 2015). Inúmeros indivíduos sentem medo de andar na rua se há alguém com a pele escura atrás. O medo de ser assaltado, estuprado, sequestrado, morto ou agredido. Nos ônibus se esquivam de sentar ao lado de um negro. Quando um morador de rua branco pede esmola, está tudo bem. Quando um morador de rua negro pede a esmola, é perigoso.

O cabelo crespo é feio, o liso é bonito. A maquiagem fica boa na pele branca, na escura fica ruim. O amigo da escola branco é uma boa companhia, o negro não. Fazer piadas com brancos não tem graça, com negros é divertido. O branco é inteligente, o negro é burro. O branco é empresário, o negro é faxineiro. O branco de iPhone é rico, o negro é ladrão.

Assim como estas classificações, há diversas outras impregnadas no discurso do dia a dia. O racismo está presente desde os mínimos detalhes discretos até os mais gritantes

e indiscretos, fazendo com que se entre num padrão para conseguir ser aceito ou, então, passar despercebido.

Conforme Lengruber (et al., 2020), a Rede de Observatórios de Segurança analisou a partir de junho de 2019 até maio de 2020 dados sobre os Estados da Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo e, chegou-se ao resultado de que 75% dos negros são mortos pela polícia. Além disso, esta Rede divulgou que no ano de 2017 o índice de violência sexual registrado foi de 73% contra mulheres negras e 12,8% contra brancas.

Ademais, crianças negras de periferias crescem entendendo que devem ter medo da polícia, uma vez que podem ser alvos fáceis de abordagens descabidas, como revistas, prisões, agressões, falsos flagrantes e, até mesmo, mortes. Prova disto são os fatos ocorridos nos últimos anos, em 2019 um menino negro, de 14 anos, brincando na praça em Fortaleza, foi baleado na cabeça por um policial. Em 2020, outra criança negra, também com 14 anos, levou um tiro dentro da própria casa no Rio de Janeiro.

Fatos como estes mencionados são recorrentes, mas não são noticiados. Afinal, é através desta manipulação que a Justiça consegue se manter. Vale ressaltar também o caso mais emblemático de 2020, ocorrido nos EUA, com a vítima George Floyd. Um homem negro, enforcado por um policial. Neste viés, constata-se que a problemática não é exclusiva do Brasil, mas sim universal, podendo citar, ainda, o exemplo da Louisiana State Penitentiary – também conhecida como Angola – um presídio nos EUA que possui uma clientela majoritariamente negra.

Portanto, a cor do medo é o negro e, a fonte do ódio é a mídia. A justiça dotada de privilégios reforça a desigualdade social. A classe dominante pune o desfavorecido. A pele vale mais, a cultura vale menos. O perigo é o homem tatuado, pobre, preto ou pardo, não o político de terno e gravata corrupto. O estereótipo criado vence todos os dias e o negro perde cada vez mais. O racismo não é falado, repreendido e combatido, muito pelo contrário, ele é aceito e resistente devido ao silêncio de toda uma sociedade, seja ela jurídica ou não.

CONCLUSÕES

Em face do exposto, Alessandro Baratta (2002) entende que as classes sociais mais baixas, a dificuldade de empregabilidade, a qualificação profissional falha e os níveis escolares inferiores juntamente com a base familiar precária, são os fatores que determinam a concepção do ser criminoso, ou melhor dizendo, determinam a “população criminosa”.

Neste sentido, o estigma criado em cima do negro, trazido pelo período colonizador e enraizado pelas políticas estatais, comprovam como a população afrodescendente é marginalizada e reprimida no Brasil. Assim, ser negro e pobre é sinônimo de uma vida periférica, repleta de perseguições e violências sociais e soberanas.

Isto se reflete, de fato, quando a população carcerária dos estados brasileiros é analisada, uma vez que o maior índice de presos é composto por negros (pretos e pardos). Neste sentido, Vera Andrade (2005) assevera que a manifestação do sistema jurídico-penal em ser igualitário não condiz com a realidade, haja vista que a incriminação é induzida pela seleção desigual, baseando-se no estereótipo não só do senso comum, como também no dos operadores do controle penal.

A crítica a realidade social apresentada se assevera quando a ação do negro que o levou ao cárcere não é, em sua maioria, praticada para promover a ruptura do sistema e a transição paradigmática e enfim solidificar uma igualdade, ao contrário, a ação delituosa majoritária que encarcera os negros, alcançando a parte final do ciclo proposto é justamente uma ação pensada e construída estrategicamente para concluir a etapa finda da segregação.

Por fim, é possível concluir que para criminalizar não basta o comportamento violador da lei, mas sim a realidade social de cada indivíduo, que nada mais é do que a construção de juízos valorados. Assim, a norma penal vem sendo colocada em segundo plano, cedendo o espaço em primeiro lugar para os julgamentos preconceituosos (BARATTA, 2002). Logo, a vulnerabilidade da cor da pele é notória e, mais do que isso, o privilégio do racista também.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Larissa Drigo. Diagrama ou dispositivo? Foucault entre Deleuze e Agamben. *Cadernos de ética e filosofia política*, São Paulo, p. 6-19, out. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/140573/135539>. Acesso em: 18 out. 2020.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista Dados de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, p. 677-704, v. 45, n. 4, 2020. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2014/08/down068.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 21 out. 2020.

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, p. 24-36, jan. 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 17 out. 2020.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

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

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, jun/2019. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes->

penitenciarias/resource/225de757-416a-46ab-addf-2d6beff4479b. Acesso em: 18 set. 2020.

CARVALHO, Maria Regina Viveiros de. Perfil do professor da educação básica. *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira*. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/486324/Perfil+do+Professor+da+Educa%C3%A7%C3%A3o+B%C3%A1sica/6b636752-855f-4402-b7d7-b9a43ccffd3e?version=1.13>. Acesso em: 30 out. 2020.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, p. 623-652, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1721>. Acesso em: 24 out. 2020.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. *Manual esquemático de criminologia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FOUCAUT, Michael. *Microfísica do poder*. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014.

GOMES, Máira Neiva. *Horizontes rebeldes: relações de trabalho e movimentos sociais no século XXI*. 1. ed. Belo Horizonte: RTM, 2013.

HOBBSAWM, Eric John. *Bandidos*. Trad. Donaldson Magalhães Garschagen. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1976.

LEFF, Henrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LIMA, Solange Martins Couceiro de. Reflexos do racismo à brasileira na mídia. *Revista USP*, São Paulo, n. 32, p. 56-65, 1996.

MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, p. 89-126, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/81000/mod_resource/content/1/TC%20O%20pan%C3%B3ptico.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, Sílvia. *Racismo, motor da violência: um ano da Rede de Observatórios da Segurança*. Rio de Janeiro: Centro de Estudo de Segurança e Cidadania, 2020.

RODRIGUES, Elisa. Raça e controle social no pensamento de Nina Rodrigues. *Revista Múltiplas Leituras*, São Bernardo do Campo, p. 81-107, v. 2, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasmetodista/index.php/ML/article/viewFile/1269/1284>. Acesso em: 18 out. 2020.

SENADO REJEITA PROJETO DE LEI QUE FARIA FUNK CRIME CONTRA SAÚDE PÚBLICA. *Folha de São Paulo*, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/09/1920553-senado-rejeita-projeto-de-lei-que-faria-do-funk-crime-contr-a-saude-publica.shtml>. Acesso em: 30 out. 2020.

SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, Lucas Augusto Tomé Kanno. *A análise das compreensões em direitos humanos*. Belo Horizonte: Instituto DH, 2015.

VIEIRA, Lucas Augusto Tomé Kanno. A construção sócio histórica dos direitos humanos. In: PINTO, João Batista Moreira (org.). *Direitos humanos como projeto de sociedade: caracterização e desafios*. Belo Horizonte: Instituto DH, 2018. v. 1.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Apresentação oral

**A CRIMINOLOGIA CRÍTICA COMO MÉTODO DE ESTUDO
INTERDISCIPLINAR DO FENÔMENO CRIMINOSO**

*CRITICAL CRIMINOLOGY AS A METHOD OF INTERDISCIPLINARY
STUDY OF THE CRIMINAL PHENOMENON*

Paola Cristina Silva Oliveira

Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).
Estudante de pós-graduação lato sensu em Ciências Penais pela UEM.
E-mail: pa.oliveira_@hotmail.com

Resumo: A presente pesquisa busca demonstrar a indispensabilidade da criminologia crítica como método de estudo interdisciplinar do fenômeno criminoso ao problematizar brevemente o crime – determinado comportamento individual valorado axiologicamente como passível de imposição penal pelo descumprir uma norma legal proibitiva ou impositiva, interpretado como fenômeno histórico, social, político e econômico. Inicialmente, fundamentar-se-á a construção histórica do crime, com o objetivo de estudar o fenômeno desviante e o próprio sistema punitivo. Visto que, do ponto de vista jurídico contemporâneo, punições são atos disciplinadores relativos a ações humanas valoradas como ações negativas que desviam das expectativas sociais em determinado momento histórico e político. A escolha da ciência criminológica é justificada por seu método científico interdisciplinar, que permite refletir o delito como fato: “uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam” (BARATA, 2002: 86-7). Por isso, pretendemos situar as concepções de punições penais, percorrendo a exposição histórica do fenômeno punitivo, desde os primeiros pensadores da escola clássica criminológica, como as exposições críticas de Beccaria (2003), ao sistema punitivo de poder absoluto, desproporcional e inseguro. O sistema político administra as Leis, normas, regências sociais e atos tidos como delitivos, utilizando-se do seu poder de força para conter minorias sociais, excluídas de âmbitos acadêmicos, universitários e científicos. Os instrumentos de estratégia funcionam a partir do medo, insegurança e

insatisfação; discursos se utilizam de pensamentos massivos para disseminar a ignorância do direito penal, concretizando o inimigo invisível e imparável. Ao avaliar o resultado da execução penal por uma metodologia empírica criminológica, o fracasso do encarceramento poderá ser visto a partir da perspectiva de seu destinatário, identificando os impactos da culpabilidade por vulnerabilidade na realidade concreta da criminalização da pobreza, como estratégia de controle político diante do regime violento, exploratório, injusto e classista das elites. Por isso, a relativização dos Direitos Humanos demonstra o fracasso na exposição da criminologia crítica, que permite a aproximação entre o sujeito e a norma. Conclui-se, os direitos humanos são fundamentais para a existência de toda e qualquer sociedade, o respeito as garantias constitucionais são essenciais para concretização de uma sociedade mais justa e igualitária.

Palavras-chave: Criminologia crítica. Ciência interdisciplinar no direito. Pesquisa empírica qualitativa. Teorias do fenômeno do crime.

Abstract: This research seeks to demonstrate the indispensability of critical criminology as an interdisciplinary study method of the criminal phenomenon by briefly problematizing crime – a determined individual behavior that is axiologically valued as subject to criminal imposition for breaching a prohibitive or imposing legal norm, interpreted as a historical, social phenomenon political and economic. Initially, the historical construction of the crime will be based, with the objective of studying the deviant phenomenon and the punitive system itself. Since, from a contemporary legal point of view, punishments are disciplinary acts related to human actions valued as negative actions that deviate from social expectations at a given historical and political moment. The choice of criminological science is justified by its interdisciplinary scientific method, which allows reflecting the crime as a fact: “a social reality that does not pose itself as pre-constituted to the cognitive and practical experience, but is built within this experience, through the processes of interaction that characterize it”(BARATA, 2002: 86-7). Therefore, we intend to situate the conceptions of criminal punishments, going through the historical exposure of the punitive phenomenon, from the first thinkers of the classic criminological school, such as Beccaria’s (2003) critical exposures, to the punitive system of absolute, disproportionate and insecure power. The political system manages the Laws, norms, social rules and acts considered as criminals, using its power of force to contain social minorities, excluded from academic, university and scientific

spheres. The strategy instruments work out of fear, insecurity and dissatisfaction; speeches use massive thoughts to disseminate ignorance of criminal law, making the enemy invisible and unstoppable. When assessing the outcome of criminal execution by an empirical criminological methodology, the failure of incarceration can be seen from the perspective of its recipient, identifying the impacts of the culpability for vulnerability in the concrete reality of the criminalization of poverty, as a strategy of political control in the face of violent, exploratory, unjust and classist regime of the elites. For this reason, the relativization of Human Rights demonstrates the failure to expose critical criminology, which allows the subject to come closer to the norm. In conclusion, human rights are fundamental to the existence of any and all societies, respect for constitutional guarantees are essential for the realization of a more just and egalitarian society.

Keywords: Critical criminology. Interdisciplinary science in law. Qualitative empirical research. Theories of the phenomenon of crime.

Sumário: 1. Introdução. 2. A ciência criminológica. 2.1 Breves contextualizações conceituais e históricas. 2.2 Considerações acerca da criminologia crítica. 3. O fenômeno do crime: desvio e punição. 4. Aplicação da pesquisa empírica no direito. 5. Considerações finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

A ciência social representa a busca por reflexões, racionalizações e pesquisas sobre as ações humanas, permitindo estudos na imbricação do fenômeno do crime.

Shecaira (2004: 54) descreve a ciência criminológica como

Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes.

O presente trabalho reflete à análise do Direito do Estado via definição do poder punitivo, como mero exercício de Poder distribuído entre muitas corporações

(ZAFFARONI, 2017), assim como sugere a expansão do poder legal para além da própria corporação, frente ao dever do Direito em buscar alternativas para os meios de criminalização, ao reconstruir o discurso jurídico-criminal de forma análoga ao direito humanitário com o propósito de diminuir os níveis de violência no exercício do poder punitivo estatal.

Desse modo, as linhas e fundamentos humanizam as formas de punição, em defesa da consolidação do Estado Democrático de Direito e aplicação efetiva dos Direitos Humanos no Sistema Penal, visto que, a partir da criminologia crítica, buscou-se alternativas para transformar e guiar o fenômeno da realidade posta, estudando os mecanismos de controle social que, muitas vezes, assemelha-se ao direito penal (SHECARIA, 2004).

À vista disso, a criminologia não se perfaz como mero instrumento do sistema penal ou sociológico, logo não se limita à adoção dos conceitos jurídicos de crime, criminoso, vítima e controle social; distingue-se do rol das Ciências Criminais e das Ciências do Direito Penal (composto por questões materiais e processuais, com objetos e conceitos delimitados em cada ciência, que não se confundem).

Enquanto que, atualmente, a criminologia crítica aborda o âmbito social de forma interdisciplinar, por sua própria consolidação histórica, observando o processo completo do fenômeno criminoso, através do método empírico de análise (BARATA, 2002); deslumbrando o controle penal como criador da própria estrutura social desigual do país, que flexibiliza os direitos humanos para conter as classes classificadas como “perigosas”, incorporando as periferias, negros e pobres como inimigos do Estado na luta contra o terror, conseguindo obter o controle social através do discurso do medo. (ZAFFARONI, 2014).

Enquanto a ciência da criminologia verifica a etiologia do crime por métodos empíricos com elementos que ultrapassam a disciplina do direito:

Qualquer observação conceitual sobre a criminologia esbarra nas diferentes perspectivas existentes nas ciências humanas. Definir criminologia sob a perspectiva crítica é algo totalmente diferente do que fazê-lo sob a ótica do positivismo italiano. Ao se mencionar ser ela uma ciência, parte-se da ideia da neutralidade científica e, evidentemente, prescinde-se da ideologia. (SHECARIA, 2004).

Ao implementar a criminologia como método científico interdisciplinar, significa *“uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam.”*. (BARATTA, 2002).

Decerto, os incessantes processos de mudanças no desenvolvimento social, aproximaram o objeto de estudo do seu pesquisador, evoluindo para uma ciência causal-explicativa que trata o delito como fato, a partir dos métodos de investigação da ciência criminológica.

Bem como, as técnicas de punições sancionatórias são objetos de estudo do presente projeto, pretendendo refletir à análise do papel da punição penal – vista como instrumento de controle social e retribuição ao fenômeno desviante, legitimado pelo Direito de Punir (*jus puniendi*) (SANTOS, 2018) – pois envolve, necessariamente, a imposição da pena condenatória do atual sistema jurídico como consequência do fenômeno criminoso. Ou seja, vistas como uma forma de limitação da liberdade individual, para além de um Direito Penal neutro – que não considera os interesses de classe, raça e gênero dos diferentes sujeitos sociais. (BARATA, 2011).¹

As questões da concepção da pena declarada nas normativas do Sistema de Justiça, evidenciam as justificativas utilizadas pelo poder estatal para aplicar a pena privativa de liberdade compulsória, legalmente comportada no Direito e aceita socialmente. Isto significa, também, que o Estado monopoliza o Poder Punitivo quando determina quais condutas serão consideradas reprovadas e delitivas, bem como, quais serão as sanções implementadas – justificadas por discursos políticos de ressocialização e prevenção do crime.

Para tanto, tais objetos de estudos acima expostos são parte fundante da criminologia crítica, ao deslumbrar o crime de forma social e concreta, isto é, utiliza-se do método empírico em sua ciência, ultrapassando a mera normatividade do direito ao considerar o crime como mero fato social e avaliar as razões dos fatos como consequência histórica, econômica e geográfica.

¹ BARATTA, 2011.

Posto isso, a notoriedade da criminológica como ciência empírica e interdisciplinar se deve aos campos de efeitos da área que ampliam os resultados para o direito e outras ciências, conseqüentemente, constroem e divulgam dados concretos sobre o sistema penal, e com isso, permitem adequá-lo a valores de isonomia condizentes com os marcos consignado em instrumentos mundiais de defesa dos Direitos Humanos.

2. A CIÊNCIA CRIMINOLOGICA

2.1 Breves contextualizações conceituais e históricas

O referencial teórico da pesquisa será traçado diante da evolução histórica da ciência criminológica, esclarecendo conceitos e objetos de estudos fundamentais para o desenvolvimento das ciências criminais.

Brevemente, buscamos percorrer o desenvolvimento histórico e teórico da criminologia, a partir da Conferência Nacional do Desvio, em 1968 na Inglaterra, donde o desvio fora definido como uma patologia social ou pessoal. Como consequência, novas discussões explicativas são levantadas quanto ao fenômeno do crime, diretamente vinculado às ações do sistema penal e deslumbrados nas reações das instâncias oficiais de controle no combate ao “*delinquente*” (LOMBROSO, 2007). Isto é, a criminologia deslumbra as extensões do poder legal como produtora de novos crimes, portanto, geradora de ‘criminosos’ ou ‘delinquentes’ (LOMBROSO, 2007).

Em contraposto, a sociologia criminológica surge como corrente crítica desse conceito de crime, ao defender a definição de crime como dado ontológico pré-constituído ao direito penal – aplicado como ampliador do controle Estatal na contenção dos comportamentos sociais, ao criar novas leis ou reativando as velhas, em razão das contradições de sua economia política (TAYLOR; WALTON e YOUNG, 1980).

Entre isso, a interdisciplinaridade das teorias sociológicas, representaram o início da capacidade crítica de analisar as ideologias justificadoras do sistema penal e penitenciário, favorecendo a superação da defesa social (ou “teoria do fim”) como função idealizadora dos institutos penais. Enquanto, possibilitou a aplicação de métodos diversos daqueles verificados na Dogmática Penal – que se satisfaz na realidade ontológica do crime, com a

criminalidade intrínseca ao sujeito desviante, como um fenômeno natural, observado sob o prisma formal e normativo.

Dentro de uma estrutura econômico-social, a ideologia da defesa social é codificada em prol do sistema penal, predominantemente essencial como aplicador dos princípios justificadores do Estado, dando-lhe aporte jurídico na repressão da 'criminalidade' com premissas do sistema empregando o poder punitivo do Estado como protetor dos interesses comuns a todos os cidadãos.

Do ponto de vista do doutrinador Raúl Zaffaroni (2017), o início da utilização do discurso do poder punitivo, como estratégia de controle de uma instituição, marca a origem da criminologia:

[...] o Papa valeu-se do estabelecimento de um poder punitivo próprio, criando a inquisição, ou seja, uma instituição policial dedicada a eliminar fisicamente os hereges, isto é, aqueles que negavam seu poder centralizado. Aos poucos, eliminou os cátaros, os albigenses e outros e, em seguida, a dirigiu contra as mulheres. (ZAFFARONI, 2013).

À medida que propõe a separação da vingança individual, divina e *pública*² sob as quais, a vingança privada figura como mero castigo e retribuição individual da conduta, não condizente aos costumes e não enunciada ou contra-indicada por disposições normativas da comunidade.

À proporção que a punição penal vigora na vingança pública, que utiliza do exercício de penar do Direito para conduzir a submissão do indivíduo a sanções condenatórias aplicadas em determinado sistema jurídico normativo, criando pressupostos jurídicos de regulamentação que expressam quais condutas sociais serão consideradas como desvio (OLIVEIRA, 2011). Entretanto, para além das relações interpessoais, a priori, é necessário apresentar as construções das punições redigidas por Michel Foucault (2013), ao descrever o papel da punição como práticas de castigo direcionadas a disciplina e controle dos sujeitos:

Essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência ou da ideologia; pode muito bem ser direta, física, usar a força contra a força, agir sobre ele-

² *"A vingança pública ocorre com uma melhor organização da sociedade, com as pessoas abrindo mão de suas liberdades, criando regras em prol de uma convivência mais harmônica e transferindo ao soberano essa tarefa de gestão", SANTOS, 2018.*

mentos materiais sem no entanto ser violenta; pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e no entanto continuar a ser de ordem física. (FOUCAULT, 2013, p. 29).

Tais punições, no período histórico indicado por Foucault, demonstraram as modificações e transformações das práticas penais, que desde seus primórdios se utilizavam-se de humilhações públicas e extrema falta de humanidade em suas operações, entre mortes em suplícios e a *'arte de fazer sofrer'*, uma ostentação de poder destinada a atingir à glória da justiça por uma força constituída na exposição calculada e imposta, exibida como um troféu de controle e retribuição. (FOUCAULT, 2013, p. 45).

Defende-se, na atual pesquisa, que a essência do poder punitivo é o exercício do poder de penar alguém, revestido pela necessidade de percorrer os meios e formas do processo penal, estipulados como critérios de justiça, a fim da determinação estatal de um delito e a imposição da pena, sejam reconhecidos pela sociedade de forma legítima.

Zaffaroni, ao referir-se à *"La destrucción del derecho penal liberal o de garantías"*, retrata-se que na primeira metade do Século XIX, os penalistas liberais construíram um direito penal de ação, correspondente com a sua visão de mundo: igualitária. Mas, após o estabelecimento da Burguesia no Poder, o direito penal liberal foi destruído em sua máxima expressão de perigo perante o direito penal autoritário que, têm concepções de sociedade como homens nascidos dentro de uma estrutura com a opção de escolher existir e participar desta socialização, desde que vivão sob um Poder autoritário, dominante e ilimitado.

A partir disto, ocorreu a busca por concentrações de funções em um único órgão: o Estado – Poder punitivo e com ordenações das Leis em prol de comércio Burguês através do positivismo estatal – destruindo o direito penal liberal ao, por exemplo, substituir a culpabilidade do agente por sua periculosidade, relativizando os direitos individuais do cidadão e fortalecendo o princípio inquisitório. Em consequência, a permanência do positivismo estatal produziu "reincidentes", *"inimigos do povo"*³, "dependentes", etc.

³ "[...] uma das manifestações mais cruéis da violência simbólica exercida pelas mídias é a identificada no processo de 'etiquetamento', de rotulação e na criação do estereótipo criminoso". (ROSA, A. M.; SILVEIRA FILHO, S. L. da. 2009. p.3)

Sobretudo, o século XX foi marcado pela luta entre o direito penal liberal e o direito penal autoritário, devido a evidente ineficiência do discurso autoritário jurídico-criminal no campo da realidade – mesmo que a maioria das ciências ignorem os fatos – pois, as discussões do direito inquisitório são desenvolvidas com base em argumentos falsos sobre a realidade e em plano ilusório, ignorando os princípios e garantias individuais.

O referencial teórico da pesquisa será traçado diante da evolução histórica da ciência criminológica, esclarecendo conceitos e objetos de estudos fundamentais para o desenvolvimento das ciências criminais, sendo: direito penal material, direito processual penal e a criminologia. Posto que, todas estas ciências são interligadas, mas não se confundem nos seus objetos, formas, conceitos, objetivos e missões.

O direito penal determina as normas penais e o conceito de crime, donde sua legitimidade gera sanção como, privações de direitos, penalidades e punições legais diante da ilicitude do crime. O direito processual penal garante o devido processo legal às partes, sua forma objetiva garantir à justiça e limitar o poder punitivo estatal; enquanto, a criminologia nasce da razão-explicativa do fenômeno criminológico social, ou seja, ferramentas estatais formais como os códigos penais:

[...] é impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal, enquanto o segundo estabelece os princípios e formas fundamentais de se regular o procedimento da execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros. (NUCCI, 2018, 32).

O delito é tratado como fato para a ciência criminológica e isto permite uma abordagem empírica como metodologia de estudo, aproximando os resultados as suas razões, origens, consequências, confortos e históricos do crime, do criminoso, da vítima e do comportamento social. Portanto, a criminologia ganhou espaço nas ciências criminais ao se preocupar com o fenômeno criminoso crime em contextualização social, indicando razões, estudos históricos, apontamentos relevantes e dados empíricos. Diante disso, a ciência criminológica permite à política criminal agir de forma mais efetiva e direta ao planejar políticas públicas.

2.2 Considerações acerca da criminologia crítica

Atualmente, a criminologia crítica se disponibiliza de forma interdisciplinar, evoluindo o direito ao estudo empírico, com ampla discussão do conhecimento psicológico e subjetivo *via* epistemologia qualitativa: uma teoria que busca a produção do conhecimento e a inteligibilidade do real:

De origem marxista, a criminologia crítica ou dialética (Roberto Lyra Filho) entende que a realidade não é neutra, de modo que se vê todo o processo de estigmatização da população marginalizada, que se estende à classe trabalhadora, como alvo preferencial do sistema punitivo, e que visa criar um temor da criminalização e da prisão para manter a estabilidade da produção e da ordem social, (PENTEADO FILHO, 2020, p.168).

A partir de Hegel, a relação jurídica se perfaz no campo do espírito objetivo, determinando a punição fundada no comportamento entre autoconsciente e autoconsciente; pois ao não autoconsciente, não caberá o direito de liberdade, já que o sujeito estranho não pertence ao direito do espírito autoconsciente, por isso, não está sujeito ao as relações de Poder – neutralizava-se os degenerados inferiores, se possível, ante a esterilização e a eugenia.

Todavia, Hegel conceitua o inimigo ou estrago com suporte no dissente de Cesare Lombroso, com estereótipos reconhecíveis, pretendendo a existência do inimigo ôntico, assimilado pela sua natureza de inimigos da sociedade: *“tornavam-se muito mais perigosos do que os iguais; dada sua inferioridade imutável, só cabia eliminá-los”*.

Deveras, a população deve possuir um inimigo em comum, temendo sua segurança, acarretando em sua subordinação ao poder de força estatal; o Estado “triunfa” ao defender os “cidadãos de bem” dos seus inimigos. Posto que o poder punitivo fora a primeira expressão utilizada por autoridades em tempos inquisitoriais; atualmente, ainda se ignora a seletividade penal estruturada por características que legitimam o *“inimigo no direito penal”* (ZAFFARONI, 2007).

Consequentemente, ao compreender a criminalidade como fenômeno de construção social, histórica e política, aplica-se a norma na realidade em garantia ao compromisso fundamente da ciência criminológica crítica, por seu método científico interdisciplinar que permite refletir o delito como fato.

Entretanto, atualmente ainda é impregnado discursos neoliberais a fim de realizar reformas políticas que responsabilizam o indivíduo e oferecem “segundas chances” aos merecedores, através de programas que tornam alguns aceitáveis para o mercado de trabalho, como forma de reafirmar a culpa dos delitos no sujeito, retirando a responsabilidade histórica dos poderosos políticos e incentivadores do cárcere.

O medo do terrorismo legitima o Poder punitivo do Estado e, diante da ineficácia do discurso jurídico democrático, a América Latina não consegue garantir as limitações dos poderes do Estado, permitindo o excessivo e punitivo controle político penal do poder estatal. Historicamente, a América Latina seguiu o discurso neoliberal de modelo econômico capitalista, após a queda dos regimes socialistas no fim do século XX. A nova ordem mundial representava a retomada da democracia, na tentativa de superar os anteriores regimes políticos autoritários que marcaram o massacre dos direitos humanos durante as ditaduras militares.

Em consequência, a geopolítica modificou o seu discurso de combate ao terror após a queda do comunismo, estabelecendo outros inimigos globais e novas preocupações sobre os direitos humanos, causando modificações ao discurso jurídico clássico do liberalismo político. A segurança global será estruturada sobre um discurso de terror e medo do terrorismo, com bases fáticas estabelecidas no episódio de 11 de setembro, redesenhando as ameaças das democracias ocidentais e humanitárias, escolhendo como inimigos da nova ordem mundial: os grupos terroristas, espalhados em grupos difusos e como perigo eminente. E sobre tal, recairia o peso das armas e as forças de paz dos guardiões da ordem e da democracia.

Neste sentido, a corrente teórica de *labelling approach*, conceitua a instituição estatal em face da sua função de controle, observando o crime como uma “construção social”, resultante de um processo de tipificação, valoração e definição legal do comportamento ilícito (MUÑOZ, 2012).

Enquanto, a criminologia crítica considera a crise penal controle resultado da própria estrutura social desigual do país que, flexibiliza os direitos humanos para conter as classes classificadas como “perigosas”, incorporando as periferias, negros e pobres como inimigos do Estado na luta contra o terror, conseguindo obter o controle social através do discurso do medo – *Direito Penal do Inimigo*:

Tais excessos do sistema de controle social latino-americano, que segundo Zaffaroni tem como modelo o projeto de controle lombrosiano, se devem muito às condições políticas e sociais características de nossa região, que instalaram um controle social racista e classista e que diferem da lógica do controle nos países centrais. (OLIVEIRA, 2016)

Diante do exposto, na América Latina a figura do inimigo é designada ao traficante, com a intensão de criar um inimigo do Estado democrático de Direito como justificativa para obter o controle social a nível global, com Poder punitivo ilimitado e em crescente crise jurídico-democrática: “[...] *O método seguido aqui é o de uma crítica externa do pensamento penalístico, que parte de resultados e de argumentos extraídos do desenvolvimento da sociologia criminal norte-americana e europeia dos últimos cinquenta anos.*”. (BARATTA, 2002, p.45).

A formação da América Latina é tida no modelo exploratório, com um regime econômico baseado no trabalho escravo por colônias de exploração e ciclos de violência, dentre genocídio dos povos indígenas e diversos problemas humanitários na estrutura social desigual, gerando grandes crises sociais na atualidade.

Diante de um regime exploratório, violento, injusto e classista, as elites da América Latina buscaram formas de conter as classes populares pois, em maior número e em extrema situação de exclusão social, a população poderia se rebelar contra o sistema político que desenvolveu mecanismos de controle social, através da máxima repressão como demonstração de poder punitivo e preventivo.

Nesse sentido, dispõe Zaffaroni,:

[...] insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não solucionada pelo leque de ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia apenas num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 152).

A crise atual no panorama social, advindo do direito criminoso, da base ao debate que busca a dissolução discursiva do Direito penal autoritário, como discurso jurídico que

legítima o exercício punitivo, modificando o conceito de culpabilidade para adequar a penalização ao crime. Isto é, o processo penal é imprescindível a pena, não existindo um sem o outro, por isso a estrutura do processo penal fomentou ideologias distintas durante os séculos, de acordo com o funcionamento social da época.

Inicialmente, o sistema acusatório precedeu o sistema inquisitório e, atualmente, o Brasil tem um sistema misto. Onde o sistema inquisitório é iniciado para reprimir ideias contrárias aos Mandamentos da Igreja Católica que, atribuiu ao juiz poderes de: ativismo judicial até iniciativas probatórias; aglutinando funções na mão de um julgador que pode atuar de ofício, acusando e julgando sem garantir a existência das partes no processo, tendo o acusado como mero objeto de acusação.

Os direitos fundamentais vinculam todos os poderes por deter vinculatividade, vista como mecanismo de imposição aos deveres jurídicos para garantirem os direitos fundamentais. Inclusive, vinculam-se ao Poder Executivo, que deve atuar para proteger e concretizar as disposições normativas; também, têm eficácia vinculativa entre particulares.

Dentre às funções dos direitos fundamentais, a função da defesa de liberdade e função de discriminação é diariamente ignorada pelo Poder Judiciário brasileiro que atua em contramão a constituição: *“O réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido”*, afirmou a juíza Lissandra Reis Ceccon, 5ª Vara Criminal de Campinas.⁴

Observando os ordenamentos jurídicos do ponto de vista de sistemas jurídicos historicamente localizados (RAZ, 2003), percebemos como um discurso aparentemente justo e igualitário, muitas vezes, serviu, em cada particularidade geográfica e histórica, aos interesses de dominação de um grupo sobre outro, como amplamente discutido por Goffman em *“Manicômios, prisões e conventos”* (GOFFMAN, 1987) e Foucault em *“A verdade e as formas jurídicas”* (FOUCAULT, 2003) e *“Vigiar e Punir”* (FOUCAULT, 2013).

Portanto, consideramos via pesquisa crítica criminológica que a crise penal contém relação direta entre o encarceramento em massa e a desigualdade social, relação está que

⁴ Juíza de Vara Criminal diz que réu não parece bandido por ser branco. CONJUR: Consultório Jurídico. 1 de março de 2019, 14h25. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/juiza-campinas-reu-nao-parece-bandido-branco>. Acesso em: 13 set. 2020.

é ignorada a fim de evitar gastos públicos em serviços e programas sociais nas regiões mais desfavorecidas. O silêncio e a falta do senso crítico permitem a manipulação social, produzindo mídias que projetem ideias mastigadas na mesa do cidadão, assim concluímos que

O maior inimigo do sistema penal é ele próprio e a dificuldade de debate parece ser também causada por, de um lado, um certo desânimo na possibilidade de diminuir a barreira em relação ao (imutável?) sendo comum e, por outro, na recusa de outra alternativa que não seja a punição. (GUILHERME;ÁVILA, 2017, p. 20).

O direito penal, em conjunto com o ordenamento jurídico disposto na Constituição Federal, deveria garantir o direito penal mínimo e os direitos fundamentais. Entretanto, nota-se o distanciamento entre os magistrados e o povo, a fim de separar uns dos outros para julgar e temer, enquanto o que está em foco é a vida indisponível de um indivíduo.

A *Lei-de-dor* (CRISTHIE, 2017) se concretiza atrás dos grandes muros que separam a população dos seus “inimigos”, impondo-se aos condenados: penas físicas, psíquicas e emocionais. A marca do sistema penitenciário permanece para distinguir os indivíduos e “alertar” a periculosidade do agente, excluindo oportunidades de trabalho lícito e capacidade de subsistência.

A insustentabilidade do discurso político criminal de ressocialização é possível de ser contestada com a realização da expansão do método empírico na ciência criminológica, visto que os colhimentos de dados no sistema penal respondem a questões seculares: *in concreto* o cárcere é capaz de reduzir a ocorrência de crimes futuros (?); pode-se falar em ressocialização através do sistema prisional (?); contesta-se a legitimidade do sistema punitivo, regulamentada pelo Estado e respaldado por Lei, através das respostas obtidas pelos participantes das pesquisas aqui incentivadas.

3. O FENÔMENO DO CRIME: DESVIO E PUNIÇÃO

Sabe-se, a partir de obras da teoria política (MOURA, 1994, por exemplo) e por via de dados estatísticos divulgados constantemente por pesquisas nacionais sobre as condições sociais, econômicas, educacionais e de acesso à direitos e políticas públicas, que dadas as marcas da formação sócio-histórica brasileira, o Brasil é marcado até os dias

atuais pelo peso do escravismo, ocorre um histórico do patrimonialismo, da corrupção, da violência e do autoritarismo.

Diante de uma sociedade desigual, o encarceramento exponencial é visto como resultado de negligências institucionais que pretendem maquiar a atual situação de desvantagem econômica e racial brasileira: “*Procure alternativas à pena, não somente penas alternativas*” (CHRISTIE, 2017).

Neste sentido, cabe tanto à sociedade civil quanto ao Estado e mesmo ao poder judiciário comprometido com valores de justiça, não malefícios, como a dignidade da pessoa humana, a construção conjunta de estratégias e garantias processuais e institucionais necessárias para a implementação da cidadania no espaço penal.

No início da década de 1980, ocorreu um movimento de aumento das penas e por consequência, atualmente pessoas idosas representam uma fração em alto crescimento da população prisional, causando um significativo aumento nos custos de cada detento – o custo anual médio de um detento com idade acima de 50 anos é o dobro de uma pessoa mais jovem – o alto custo do sistema prisional é ainda mais sentido no bolso do contribuinte, possibilitando que o enfoque no cárcere ganhe espaço.

Por isso, a fim de obter dados capazes de aprimorar e desenvolver o funcionamento do sistema penal jurídico, os fins da pena serão analisados frente ao referencial teórico de Foucault no papel da punição, considerando a contextualização histórica da pena desde seus primórdios, vista como retribuição da conduta delitiva determinada por um direito penal de execução.

A priori, o papel da punição é redigido a partir de Foucault, ao relatar a condenação de Damiens pelo júri de Paris em 2 de março de 1757 em seu livro “*Vigiar e Punir*”, onde foi determinado a retribuição da conduta delitiva em humilhações públicas e cenas de horror, até por fim, obter-se o seu esquartejamento para ser queimado na fogueira. Foucault relata a extrema falta de humanidade nas operações: “*o mesmo carrasco tirou com uma colher de ferro do caldeirão daquela droga fervente e a derramou fartamente sobre cada ferida*” FOUCAULT, 2013..

Ao passo que Léon Faucher relata a rotina de uma prisão da Casa dos jovens detentos em Paris, onde esclarece o estilo penal da época sendo realizado entre suplícios,

repressões e determinações de como o tempo era utilizado pelos detentos, permitidas por um Poder hierárquico demonstrado na “arte” do suplício, prolongando a dor com a exposição do controle, ordenado por um corpo suplicado no judiciário: “*O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento*” (FOUCAULT, 2013).

Nota-se, o suplício não ocorre em terra sem lei. O suplício não ocorre sem regularidade ou de forma selvagem, ele é ordenado e obedece aos critérios de hierarquização de dor, pois o objetivo é atingir a vida com sofrimento, exposição e agonia viva. Mas, ainda que as condenações à morte ocorressem, o suplício acompanhava uma dimensão de penas hierarquicamente determinadas, seja por título acessório, marcações com ferrete, roda, fogueira, açoite, forca ou coleira de ferro, pois a regra era reter a vida do indivíduo por mais ou menos tempo, diante do status do criminoso.

Posto que o poder hierárquico era demonstrado na “arte” do suplício, prolongando a dor com a exposição do controle, ordenado por um corpo suplicado no judiciário. As práticas penais como forma de castigo em 1670 demonstram-se, em suas decisões, entre mortes naturais e as penas físicas, uma ostentação de poder destinada a atingir à glória da justiça por uma força constituída na exposição calculada e imposta, ostentada como um troféu de controle e retribuição.

Na primeira metade do século XIX, o corpo marcado com dores intensas e prolongadas pelo martírio do espetáculo da execução penal, passou a ter um caráter negativo e receber diversas críticas quanto as cenas de suplício na vingança pública. A supressão do espetáculo punitivo e a confissão pública dos crimes, pouco a pouco, extingue-se e é substituída por punições com sofrimentos mais sutis, consequentemente a pena passa a ser apenas um ato de procedimento administrativo, com regras unificadas advindas de grandes transformações institucionais.

Decorrente disso, a execução pública passou a ser interpretada com brutalidade, donde o rito, espetáculo e cerimônia penal ultrapassavam a selvageria, ao inferir na população a visão de normalidade da dor, acostumando os expectadores a violência e frieza através da pena. Ocasionalmente a utilização de um discurso higiênico do controle do crime, os fenômenos de dor e de sofrimento praticamente evaporaram dos manuais de direito penal. Os textos buscam neutralizar as palavras que aproximam as pessoas “comuns” da morte e da miséria da punição, colocando-as como “medidas” necessárias que causam dor,

mas tornam as pessoas mais maduras, retomando a ideia de redenção individual alcançada através dos castigos.

Uma vez que a justiça passou a ter um papel pouco glorioso de punir, ocasionando na busca do Estado de livrar-se do mal-estar da punição que passou a desvincular a violência legal do executor penal para transformar-se em um mecanismo automático e rápido, a fim da condenação passar a ser mero ato burocrático da pena. A pena tornou-se a própria retribuição “*que marcará o delinquente com sinal negativo e unívoco*” (FOUCAULT, 2013), provocando uma delimitação de vida a partir da ocorrência do crime.

Logo, o caráter corretivo da punição passou a ser sentida via consciência abstrata,⁹ pois o castigo passa a ser a parte mais velada do processo penal, deixando de ser um teatro abominável e visível: “*Os rituais modernos da execução capital são testemunho desse duplo processo – supressão do espetáculo, anulação da dor. [...] uma execução que atinja a vida mais do que o corpo*” (FOUCAULT, 2013).

Isto é, a parte da violência deixa de estar ligada a pena e a glorificação de sua força é vista pela harmonia social e para tal, faz-se necessário negar os papéis da violência legal e afastar o cunho negativo da justiça, com intenção de manter o monopólio do exercício do poder.

Atualmente, a condenação não é mais justificada como mero ato de punição ou castigo, mas uma pretensão de buscar a reeducação, correção e a cura do apenado, a fim de permanecer detentora do poder punitivo. A justiça moderna passou a carregar a vergonha de punir e a violência passou a ser considerada o ápice da barbárie social, a prova de irracionalidade e a fraqueza do espírito humano.

Conquanto que o sistema penal houvesse adotado novos funcionamentos ainda há raízes da prática de tortura no sistema prisional brasileiro. Demonstração disso é a modificação do seu objeto, colocando em enfoque a condenação como uma privação pura e simples, agora o espetáculo de dor ou “*lei-de-dor*” (CHRISTIE, 2017, p.30) é secreto entre a justiça e o condenado. Em razão disso, o Sistema de Justiça Criminal moderno carrega a busca de não ser puramente uma instituição que condena e castiga.

Hoje, existem uma série de instâncias anexas que são consideradas personagens extrajurídicos, com elementos que visam esclarecer a decisão do juiz na sentença penal

condenatória a partir da necessidade, utilidade e eficácia da sanção para o condenado. Entretanto, o Direito Penal é justificadamente visto como agente de força política, refletindo à análise do Direito do Estado conceituado como mero exercício de Poder distribuído entre muitas corporações (ZAFFARONI, 2017) ao declarar à aderência positivista como eficácia político-crimal para soluções dos conflitos sociais.

O principal objetivo da justiça deixa de ser a sanção do ato ilícito como o simples ato de punir por retribuição violenta, desloca-se agora para a reeducação do indivíduo, utilizando-se de discursos de reinserção social do apenado, em busca da neutralização da sua periculosidade por privações de direitos determinadas por lei vigente.

O apenado é posto como apenas um meio de tratamento para obter a ‘cura’ do criminoso, onde a política criminal ignora as realidades vivenciadas durante o cumprimento da pena. Ainda, mesmo que a política criminal coloque o apenado como meio, nos discursos oficiais ainda são impregnados a ideia de ‘*redenção individual*’ através do sistema carcerário, onde o indivíduo poderia se redimir e habilitar-se para a vida em sociedade no decorrer das experiências correccionais institucionalizadas.

Nesse diapasão, as questões da concepção da pena declarada nas normativas do Sistema de Justiça, evidenciam as justificativas utilizadas pelo poder estatal para aplicar a pena privativa de liberdade compulsória, legalmente comportada pelo Direito e socialmente aceita. Para tanto, buscou-se garantir a proteção jurídica do direito de punir com caráter Supremo, mas ignorou o agente do crime, presumindo de forma abstrata “*la igualdad de todos frente a la Ley*”(CASTRO, 2009), como se as relações básicas de fornecimentos fossem iguais, supondo uma seguridade de igualdade sobre uma norma geral.

De certo, os discursos utilizados por certo espectro político e econômico hegemônico divulgados pelos aparelhos privados de formação de consensos (como a mídia, a família, as instituições educacionais, e religiosas, etc) perpetuam a ideia popular dos delitos serem cometidos apenas por escolhas individuais e não por consequências (em maior ou menor grau) de uma sociedade estruturalmente desigual.

Quanto ao processo de formação da sentença penal condenatória, há no percurso histórico uma busca pela humanização do apenado, como demonstram os textos penais ao passarem a indagar a razão da ação considerada crime. Por exemplo, as circunstâncias atenuantes introduzidas no código penal na reforma de 1832, os juízes – magistrados ou

jurados – deixam de apenas “julgar”, com as condições de reconhecimento do crime, da lei e do responsável, agora há todo um conjunto de diagnósticos, tocante ao indivíduo pelo sistema do juízo penal, provando-o em princípio a sua culpabilidade.

As instituições penais tornaram-se manejadoras de operações limpas e com etiquetas, expressas de forma rápida e controlada, mas que infligem dor de forma consciente em nome do tratamento ao castigar o destinatário com experiências como à cura que machuca. A dor é posta como inevitável na intenção de atingir à cura, sendo eticamente aceitável causar dor intencional, numa retribuição do mal concebido pelo mal.

A causação de dor ao criminoso ao ser vista como algo correto ou natural, fracassa os compromissos morais e descumpre a fundamentação lógica da internação. Ainda assim, as condenações determinadas por juízes buscam repelir a autoconsideração de causadoras do mal, pois a pena é a própria condenação de dor, sendo esta à dor que torna as pessoas más, retarda, paralisa e representa uma marca de delinquente no egresso.

A efetiva aplicação da penalidade é amparada pela instrumentalidade do processo e a força jurisdicional do Estado, advindo do seu monopólio de poder que, tem como delimitador do seu poder punitivo: a necessidade do processo penal, dado que está é a forma de garantir os direitos fundamentais do indivíduo diante do poder estatal. Nasce da necessidade de existir uma alternativa de controle do autoritarismo e das injustiças sociais, o princípio da proporcionalidade, o qual busca proteger o acusado frente ao poder organizado do Estado.

A encenação e exposição da pena através do condenado atinge outros alvos do castigo, sendo o criminoso apenas um objeto de ciência na cerimônia de moralidade pública, que utiliza o como elemento de instrução para mostrar como a lei aplica a justiça ao crime, colocando o egresso como malfeitor e inimigo do Estado; as discussões sobre as consequências da sanção penal o detento são obstruídas do alcance populacional, pois a violência legal tenta maquiar-se como um mero ato administrativo da pena, constituindo na prisão um espaço para modificar os indivíduos que se tornaram inúteis ao Estado.

O objetivo do tratamento é modificar o criminoso e a prevenção é uma tentativa de modificar as ações futuras de algumas categorias de usuários. Baseadas na ciência com pensamento utilitário e racional, as ideias gerais de prevenção e retribuição ao crime

estão intimamente ligadas com a ideologia da pena. Contudo, ambos os tratamentos não alcançam os efeitos esperados ao não colocarem o agente que sofre a condenação como objeto principal de análise criminal.

A pesquisa teórica demonstra pensamentos críticos à ambos os tratamentos, prevenção e retribuição, quando, no desenvolvimento social demonstram não alcançar os efeitos esperados, justificado pelo agente que sofre a condenação não ser objeto principal da análise criminal. Por isso, o objetivo geral é compreender a partir de uma análise sociológica e psicológica os efeitos danosos do crime para o agente que cumpre pena privativa de liberdade.

Diante dos altos índices das populações menos favorecidas em estado de cárcere, em decorrência da falta de engajamento do Estado em políticas sociais que influenciem diretamente nos altos níveis de pobreza segregada, privação de direitos políticos, fracasso escolar, violência, assim como dramas sociais causados pelo aprisionamento concentrado e seletivo, é preciso reconhecer a incapacidade atual do Estado em administrar a sociedade.

Entretanto, o encarceramento em massa é tratado como um problema temporária, técnico, destoante do sistema de justiça criminal racional e com amplas amarras “capazes” de controlar o crime, às drogas e todos os delitos indesejados, buscando figurar a crise penal como um “acidente” comum encontrado no caminho ao progresso e igualdade, ignorando e amenizando os prejuízos causados a explosão carcerária em massa.

E, alimenta-se cada vez mais o número de encarcerados, sem alcançar o resultado do punitivismo que prática em vão todos os seus ideais como, penas mais pesadas, execução penal em distorção com a Constituição Federal, a desumanização de pessoas e a determinação errônea dos responsáveis: culpabilizando o mal funcionamento das prisões e seus efeitos, em vez de implicar as consequências da atual crise penal sobe um projeto deliberado há décadas, por poderosos atores políticos com interesses na construção de um estado carcerário.

Frente ao exposto, a criminologia critica permeia o sistema penal como ultrapassado e incapaz de atingir seus objetivos taxados em lei, indo em contramão a teoria de reinserção do egresso no meio social. Por isso, a pesquisa empírica como metodologia da ciência criminológica, permite a possibilidade de compreender o universo estrutural do cárcere

como ápice da punição do desvio. A criminologia questiona, analisa e coleta dados para constatações de experiências dos presos e egressos nas casas prisionais, donde os dados concretos poderão ser utilizados como objetos de efetividade penal, a fim de alcançar o bem-estar social.

4. APLICAÇÃO DA PESQUISA EMPÍRICA NO DIREITO

As reflexões do funcionamento do sistema penal partem do marco teórico legislativo até as premissas da pesquisa criminológica empírica, na busca de incentivar o desenvolvimento do estudo científico criminológico para consolidação da eficiência ou fracasso sistema penal condenatório. Expondo as declarações normativas do dever do Estado de fornecer condições assistenciais ao apenado durante o seu cumprimento de pena privativa de liberdade, a fim de tutelar e garantir os Direitos Humanos no campo prisional.

A pesquisa foi desenhada a partir da escolha de metodologia, donde expor os apontamentos do destinatário do positivismo jurídico e colher dados das práticas na prisão é possível através do estudo empírico criminológico, com a comparação dos discursos da política criminal positivista e as experiências, impactos, garantias e práticas vivenciadas na realidade social.

A priori, ao repensar a aplicação do direito sob uma perspectiva empírica, brevemente, faz-se necessário debruçar o enfoque do referencial teórico do direito à norma, no positivismo jurídico crítico de Hans Kelsen:

[...] Normas jurídicas positivas podem ser objeto de uma ciência jurídica, porque a existência – e isso significa a validade – de uma norma positiva é condicionada pela existência de fatos. Esses fatos são os atos pelos quais a norma jurídica é criada, como um costume, um ato legislativo, judicial ou administrativo, uma transação legal, juntamente com a eficácia da ordem jurídica total a qual pertence a norma. Ao descrever seu objeto como normas, a ciência do Direito refere-se a esses fatos; e a positividade do Direito consiste apenas na relação com eles. (KELSEN, 2001, p. 360).

Que propõe um princípio metodológico fundante no mundo do *dever ser* e não à ordem do *ser* na formulação da “Teoria Pura do Direito”:

[...] Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método. (KELSEN, 2013, p.52).

Aproximando “[...] *tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.*” (KELSEN, 2003, p. XI). Para o autor, as normas jurídicas não resultam de ações causais ou morais, não estando atreladas a variáveis inconsistentes, posto que as proposições jurídicas determinam a ligação da conduta humana à norma, com o *dever*¹ de imputar como consequência.

Na ideologia do positivismo jurídico tradicional defendia-se o direito livre de valor entendendo o papel do jurista como uma tarefa científica de descrever a ordem jurídica. Porém, de acordo com este princípio, o juiz deve estar livre de influências ou valores que não sejam o direito (política, religião e influência da justiça).

Na ideia de neutralidade na ciência jurídica (RODRIGUES; MEIRA; BECHARA; HEINEN, 2015), a teoria de Kelsen busca afastar aspectos pessoais e morais – desde política, religião e a justiça, quando reconhece a ciência normativa na constituição da ciência jurídica ao se diferenciar da ciência natural – com condições de causa e efeito que independem da intervenção ou vontade humana na lei da causalidade. (KELSEN, 2001, p. 361).

Com tal força, reconhece-se na atual pesquisa as distinções e adequações da ciência jurídica das demais ciências, considerando às normas jurídicas como objeto de estudo, regidas por ações da vontade humana que designam a imputação como princípio fundante.

Ouso indagar, desde já, o complexo caminho da neutralidade na ciência do Direito, quando Kelsen formula a Teoria Pura do Direito (entendendo-a enquanto método científico) no momento histórico em que “... *o debate jurídico que se passa a provocar é fruto de problemas práticos e concretos, em especial oriundos da instauração do socialismo a partir da Revolução de 1917*”. (PAZELLO, 2013).

¹ “[...] O termo “deve” não tem significado moral, mas puramente lógico. As proposições jurídicas (proposições através das quais a ciência do direito descreve seu objeto, o Direito) valem-se, então, do princípio da imputação.” RODRIGUES; MEIRA; BECHARA; HEINEN, 2015.

Ao adentrar o debate da teoria do direito de Kelsen, E. B. Pachukanis² (1988) interpreta as regências do direito atrelando a palavra “Direito” diretamente ligada ao conceito de Estado – como órgão instrumentalizado para concentrar as forças de coação nas mãos de classes dirigentes:

Eis porque não é mais a análise da forma jurídica que se encontra no centro dos interesses da teoria jurídica, porém, antes, o problema do fundamento da força coativa dos preceitos jurídicos. Disso resulta uma singular mistura de historicismo e de positivismo jurídico, que se reduz à negação de todo o direito que não seja o direito oficial. (PACHUKANIS, 1988).

Visto que, no decorrer dos últimos séculos, os pensadores da teoria geral do direito refletem sobre os processos de formação do poder legal, donde o direito como ciência, almeja alcançar a devida segurança jurídica, na tentativa de garantir os princípios constitucionais como pilares do Estado Democrático moderno. Atualmente este é caracterizado pela força dos princípios, como garantias de reserva legal, irretroatividade da lei, codificação e o devido processo legal constitucional

Ante ao exposto, as reflexões do funcionamento do sistema normativo partem do marco teórico legislativo até à pesquisa criminológica qualitativa. Tal qual, tratando-se do estudo empírico, a escolha do método qualitativo advém da estratégia investigativa, que permite ao pesquisador investigar as características, realidades distintas, opiniões e resultados mais próximos da realidade, recolhendo problemáticas de vários ângulos.

Como ciência empírica e experimental, utiliza-se do método indutivo, observando o processo completo do fenômeno criminoso. Por sua vez, Penteadado Filho esclarece “*o método indutivo é o modelo científico que obtém conclusões gerais a partir de premissas individuais [...]*” (PENTEADO FILHO, 2012, p.55), a fim de obter um padrão a partir dos fatos observados e registrados.

Para tanto, a construção do processo investigativo empírico demanda levantamentos de conceitos interdisciplinares, como a colocação sobre o processo de *fazer pesquisa* no método meta-síntese, descrito pelo doutorando em Psicologia, Paulo Vitor Navasconi:

² “[...] *para o jurista burguês, a palavra “Direito” está inseparavelmente ligada ao conceito de Estado, enquanto órgão de defesa e instrumento de coerção nas mãos da classe dominante*” STUTCHKA, 2009, p.35

[...] meta-síntese corresponderia a uma metodologia que, a partir dos resultados de estudos qualitativos, procura descobrir os elementos essenciais e traduzir os resultados primários num produto final, que os transforma num novo conceito, conservando a especificidade dos estudos primários. (NAVASCONI, 2019).

Por isso, vale-se do método de pesquisa empírica qualitativa, na tentativa de considerar indispensável as opiniões, vivências, razões e experiências do destinatário da norma, possibilitando o colhimento qualitativo de dados e resultados sobre a realidade do sistema carcerário atual. (BRAGA, 2014).

Por via da pesquisa empírica qualitativa é possível significar a experiência carcerária realizada e permitida pelo Estado, efetivando as possíveis respostas cedidas para o questionário elaborado, previamente autorizada, destinado à assistência do apenado do sistema penitenciário, desenvolvendo a pesquisa e produção acadêmica para analisar a realidade da execução penal, quanto seu discurso de reintegração social.

Como consequência, novas discussões explicativas devem emergir ao longo do trabalho do fenômeno criminológico, posto que a criminologia crítica aborda o âmbito social de forma interdisciplinar (por sua própria consolidação histórica) e empírica – visível no mundo do “ser”,³ buscando colher dados sobre a efetividade da reforma do indivíduo, sua ressocialização e reeducação mediante sua experiência no sistema penitenciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, o desenrolar da pesquisa constata que o poder punitivo não impede conflitos ou os resolve, multiplica-os, diante do exercício do poder punitivo ilimitado ser legitimado por discursos de medo e terror (CHRISTIE, 2017). Na realidade, busca-se deslumbrar as práticas dos excessos penais que deslegitimam a função estatal que deveria conter a violência, intolerância e irracionalidade do exercício de controle, descumprindo também os princípios humanitários do direito.

³ “[...] A explicação disso reside no fato de que um conhecimento crítico não pode se limitar em descrever um fenômeno da sociedade, mas deve também investigar seus fundamentos (o seu passado) e o seu futuro, buscando a totalidade por meio de uma análise de todas as dimensões do fenômeno, inserido na sociedade (no marco social) que possibilitou seu surgimento. Somente dessa forma é que a crítica permite não apenas uma análise, mas a emancipação social. (MAILLE, 1979, p.19)”, RODRIGUES, H. W.; GRUBBA, L. S.; HEINEN, L. R.; 2014, p.212.

A justificação de expansão do poder legal permitiu atritos e complicações, produzindo alto número de mortos e o reestabelecimento das práticas de tortura. Atualmente, a máxima expressão de Poder Punitivo é dada pelas restrições dos direitos indisponíveis do cidadão e, através da estrutura seletiva do exercício de poder criminoso de forma classista e racista, enjaulando um cidadão filtrado pelo sistema de poder, por isso é perceptível o fracasso da penalidade em qualquer das funções preventivas que lhe são atribuídas.

Por isso, o exercício do poder punitivo deslegitima a ação estatal, indo em contramão aos princípios humanitários do direito, descumprimento o seu estado de Força punitiva que deveria conter a violência, intolerância e irracionalidade do exercício de controle.

Aos dizeres da legitimidade, importa a ressalva dos instrumentos utilizados para valorar a positividade do direito penal: *o jus puniendi* se concretiza na sociedade ao determinar e valorar quais atos serão considerados delitivos – de tempos e tempos, as relações de delitos se modificam, em concordância com as “evoluções” sociais.

Neste passo, o Estado mantém sua força jurisdicional através do castigo, demonstrando-se Poder de forma preventiva e exemplar via execuções retributiva de fatos considerados criminosos. No mundo do “dever ser”, a pena seria cumprida de forma perfeita e sincrônica, encarregando o direito administrativo (medidas disciplinares no sistema prisional) de tratar os perigosos em potencial com medidas de coerção direta.

O sistema político em curso desenvolve mecanismos de controle social, especialmente através da máxima repressão como demonstração de poder punitivo e supostamente preventivo. Na hipótese da criminalização da pobreza ser uma estratégia de controle político, ao se tornar um regime violento, exploratório, injusto e classista das elites, como forma de contenção das classes populares (MUÑOZ, 2012) – em maior número e em extrema situação de exclusão social, poderiam se rebelar contra o sistema político, que desenvolveu mecanismos de controle social através da máxima repressão, como demonstração de poder punitivo e preventivo. (ZAFFARONI, 2014).

O sistema político administra as Leis, normas, regências sociais e atos tidos como delitivos, utilizando-se do seu poder de força para conter minorias sociais, excluídas de âmbitos acadêmicos, universitários e científicos. Os instrumentos de estratégia funcionam

a partir do medo, insegurança e insatisfação; discursos se utilizam de pensamentos massivos para disseminar a ignorância do direito penal, concretizando o inimigo invisível e imparável.

Ao avaliar o resultado da execução penal por uma metodologia empírica criminológica, o fracasso do encarceramento poderá ser visto a partir da perspectiva de seu destinatário, identificando os impactos da culpabilidade por vulnerabilidade na realidade concreta da criminalização da pobreza, como estratégia de controle político diante do regime violento, exploratório, injusto e classista das elites.

Por isso, a relativização dos Direitos Humanos demonstra o fracasso na exposição da criminologia crítica, que permite a aproximação entre o sujeito e a norma. Conclui-se, os direitos humanos são fundamentais para a existência de toda e qualquer sociedade, o respeito as garantias constitucionais são essenciais para concretização de uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

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*. Revista Brasileira de ciências criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p; 276-287, abr./jun., 1996.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

_____, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal)*/Texto publicado na Revista “Doutrina Penal” n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. pp. 623-650.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

BRAGA, A. G. M. *Criminologia e prisão: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional*. Revista de Estudos Empíricos em Direito. v.1, p.46 – 62, 2014.

CASTRO, Lolita Aniyar de. La criminología crítica en el siglo xxi como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o “las teorías criminológicas no son inocentes”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* | v. 76/2009 | p. 265 – 291 | Jan – Fev/2009 – DTR\2009\15.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: O Papel da Punição na Política Criminal*. 2ª tiragem – Belo Horizonte; ed. D’Plácido, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

GOFFMAN, E. Manicômios, prisões e conventos. Tradução D. M. Leite. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos penais* – 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas. *O Sistema penal em questão*. 1º ed. Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ, 1993.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

Juíza de Vara Criminal diz que réu não parece bandido por ser branco. CONJUR: Consultório Jurídico. 1 de março de 2019, 14h25. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/juiza-campinas-reu-nao-parece-bandido-branco>. Acesso em: 13 set. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, versão condensada pelo próprio autor. 9.ª edição revista da tradução de J. CRETELLA JR. e AGNES CRETELLA Texto traduzido diretamente do original alemão *Reine Rechtslehre*, Leipzig e Viena, 1934. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2013.

LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. *O homem delinquente* – (Coleção fundamentos de direito); tradução: Sebastião José Roque. – São Paulo: Ícone, 2007.

MOURA, Clovis. *Dialética Radical do Brasil Negro*. Editora Anita, São Paulo, 1994.

MUÑOZ, Conde, Francisco. *Direito Penal do Inimigo*. Curitiba: Jura, 2012.

NAVASCONI, Paulo Vitor Palma. *Vida, Adoecimento e Suicídio: racismo na produção do conhecimento sobre Jovens Negros/ as LGBTTis* – Belo Horizonte: Letramento, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza – *Curso de execução penal* – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Frederico Delage Junqueira de. *Identidade do direito, individualização de disposições jurídicas e o caráter peremptório das razões para a ação*. Um estudo sobre teoria dos sistemas jurídicos de Joseph Raz. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2011.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*/tradução: Silvio Donizete Chagas – Editora Acadêmica: SP, 1988.

PAZELLO, Ricardo Prestas. *O direito entre a historicidade e a universalidade a partir da polêmica entre Pachukanis e Kelsen* – Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 57, p. 203-220, 2013.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.55.

RODRIGUES, H. W. (coordenador); MEIRA, D. C. A.; BECHARA, G. N.; HEINEN, L. R.; (organizadores). *Conhecer direito III: Anais do I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica* – (Pensando o Direito no Século XXI; v. 9) – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2015. 946p.

RAZ, J. *The concept of a legal system*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 2003

ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Louranço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. *Criminologia: teorias clássica, moderna e contemporânea*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STUTCHKA, Piotr. *Direito proletário*. In: _____. Direito de classe e revolução socialista. Tradução de Emil von München. 3. ed. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2009. p. 35-57. WARAT, Luis.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1940 – *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013. 2ª reimpressão, março de 2017.

_____, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Karina Batista Spostato. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____, E. Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito Penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Apresentação oral

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE REDUÇÕES DE DANOS: O PROGRAMA
“FAZENDO JUSTIÇA” NO BRASIL E SEUS ESFORÇOS NO
COMBATE AO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO**

*PRISONS PUBLIC POLICIES: THE JUSTIÇA PRESENTE PROGRAM
IN BRAZIL AND ITS EFFORTS IN COMBATING PREVENTIVE
INCARCERATION*

Taiguara Libano Soares e Souza

Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense e do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF.
E-mail: taiguaralsouza@gmail.com.br

Helena Rocha Matos

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.
E-mail: helenar_matos@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho pretende efetivar uma análise preliminar do Programa *Fazendo Justiça*, sob o recorte do fortalecimento e da qualificação audiências de custódia no Brasil, que é liderado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria internacional inédita com o Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD/ONU) e com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). O objetivo geral da pesquisa é analisar, se, e de que forma, os marcos teóricos da criminologia crítica tem capacidade de instrumentalizar a compreensão de medidas contemporâneas de desencarceramento, sobretudo, partindo da teoria do Realismo Marginal e da Criminologia Cautelar de Eugenio Raul Zaffaroni. Investiga-se, portanto, se o minimalismo penal típico da marginalidade do capitalismo pode ser utilização como alicerce teórico de políticas de redução de danos e prevenção a massacres. A hipótese a ser validada e que, a princípio, performa como resultado parcial da pesquisa é de que o o realismo marginal e a criminologia

cautelar são fontes teóricas adequadas para se compreender uma criminologia atuante rumo à diminuição de cadáveres que o sistema criminal produz. Trata-se, nesse sentido, de um estudo empírico (via análise documental do Programa); exploratório e com bases epistemológicas multidisciplinares, delimitadas entre o direito penal, a política criminal, a criminologia e a macroeconomia. As análises promovidas possuem, nesse diapasão, cunho qualitativo.

Palavras-chave: política penal alternativa; desencarceramento; encarceramento em massa; minimalismo penal; poder punitivo.

Abstract: The present work intends to carry out a preliminary analysis of the Making Justice Program, under the heading of strengthening and qualifying custody hearings in Brazil, which is led by the National Council of Justice (CNJ) in unprecedented international partnership with the United Nations Development Program (UNDP/UN) and the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). The general objective of the research is to analyze if, and how, the theoretical frameworks of critical criminology have the capacity to instrumentalize the understanding of contemporary measures of imprisonment, especially starting from the theory of Marginal Realism and Cautious Criminology by Eugenio Raul Zaffaroni. It is therefore investigated whether the criminal minimalism typical of the marginality of capitalism can be used as a theoretical foundation for policies of harm reduction and prevention of massacres. The hypothesis to be validated and which, at first, emerges as a partial result of the research is that marginal realism and cautionary criminology are adequate theoretical sources for understanding an active criminology towards the reduction of corpses that the criminal system produces. In this sense, it is an empirical study (via documental analysis of the Program); exploratory and with multidisciplinary epistemological bases, delimited between criminal law, criminal policy, criminology and macroeconomics. The analyses promoted have, in this tuning fork, a qualitative character.

Keywords: alternative criminal policy; imprisonment; mass imprisonment; criminal minimalism; punitive power.

Sumário: Introdução. 1. Referências teóricas para a compreensão de políticas de redução de danos no Brasil a partir do realismo marginal e da criminologia cautelar. 1.1. A (des)

legitimidade estrutural a partir da periferia. 2.O grande encarceramento e a alternativa pelo minimalismo penal. 2.1. O grande encarceramento no brasil: breves análises. 2.2. A necessidade de um programa penal alternativo. 2.3. O programa fazendo justiça: política de redução de danos à luz da criminologia cautelar. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No último dia 05 de outubro de 2020 a República Brasileira comemorou 32 anos da promulgação da Constituição de 1988. Se por um lado comemoramos a conquista histórica em que os direitos fundamentais figuram no cerne do texto constitucional, por outro, a crueza que a realidade nos impõe desnuda qualquer eventual fantasia a respeito de salvação plena através da norma.

O que está posto no Brasil hoje é, no mínimo, o antagonismo daquilo que foi arquitetado pelo constituinte originário como objetivo de proteção aos direitos humanos. O Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 47 MC/DF) do sistema penitenciário, declarado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015 fragiliza o país enquanto Estado-nação hígido. O descumprimento do preceito fundamental de respeito à dignidade da pessoa humana atesta que falhamos diante da pretensa normatividade e eficácia dos direitos fundamentais em âmbito interno e também como signatários de pactos internacionais firmados em defesa dos Direitos Humanos.

Ainda assim, é importante pontuar o momento histórico em que Constituição de 1988 surgiu: no interregno entre o segundo período autoritário do Brasil no século XX para a transição rumo à democracia direta com sufrágio universal. Seu valor na construção de um Estado Democrático de Direito é inequívoco, sobretudo se partirmos do premissa de que a legitimidade do último deriva da proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

No entanto, considerado o horizonte diagnosticado pelo ECI, e no intuito de contribuir para o arrazoamento de paradigmas alternativos para a justiça criminal, análises críticas precisam ser tecidas. Uma das ponderações se refere ao texto originário

da Constituição e suas posteriores emendas nesses 30 anos e a absoluta ausência de um *projeto nacional de segurança pública*.¹

Veja-se: temas como educação, saúde, previdência, meio ambiente etc. possuem modelos programáticos e normas orientadoras das políticas de Estado que surgiriam após e a partir da promulgação da Carta. De modo distinto, a segurança pública possui apenas uma norma constitucional a ela dedicada, em que se menciona, tão somente, seus sistema organizacional e estrutura hierárquica.

A ausência de um referencial constitucional apto a estabelecer parâmetros epistêmicos e programáticos para a segurança pública enquanto política de Estado é um dos fatores que compõe o desencadeamento de sequelas que hoje constituem a estrutura da política criminal no Brasil.

O que se verifica é que não houve, por parte do constituinte originário ou derivado, a circunscrição de balizas discursivas ou normativas para políticas de segurança pública. O silêncio eloquente a respeito do tema propiciou, dentre demais reflexos, que a cultura e mecanismos autoritários herdados da Ditadura Militar (1964-1985) se perpetuassem democracia adentro. Os exemplos legislativos são inúmeros (possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo juiz; decretação *ex officio* de prisão preventiva; possibilidade de condenação do réu após pedido de absolvição pelo MP) e etc. O mesmo se verifica na cultura predominante nos atores que compõe o judiciário, nos discursos político-eleitoreiros e nos modos de operação das agências punitivas.

Os traços inquisitórios desses elementos, embora representem dispositivos que debilitam o processo penal de modelo democrático e garantista, são símbolos que não dão conta da dimensão iníqua que o sistema penal assumiu no Brasil. É o *sistema carcerário* a insígnia do fracasso da ascensão punitivista que se consagrou na segunda metade do século XX no ocidente. Nesse contexto, o que temos hoje no Brasil é a convivência *pacífica* entre, de um lado, uma Constituição desenhada para o minimalismo penal – com o

¹ Além do uso que a Associação Brasileira de Normas Técnicas normalmente atribui ao itálico, para menção de palavras e termos em língua estrangeira, informamos que utilizaremos o itálico em substituição à função de realce, comumente realizada sob a forma de aspas. Estas serão utilizadas apenas para citações diretas ou títulos de obras ao longo da dissertação.

processo como garantia – e, de outro, um sistema carcerário que funciona como uma bomba biológica: com 170% de ocupação de suas dependências.

O estado de calamidade no Brasil é de proporções acentuadas quando comparado ao resto do globo. Isso porque, tanto os Estados Unidos da América e como a China (primeira e segunda maiores populações carcerárias do mundo) o fluxo de encarceramento registrou marcadores decrescentes nos últimos anos. No Brasil, não apenas a superlotação nos presídios atingiu níveis jamais antes vistos, como a política criminal se encontra em pleno pleito por políticas mais autoritárias, ainda que não haja comprovação científica de que encarceramento gere diminuição da criminalidade. Pelo contrário: a prisão segue sendo um fator criminógeno por excelência. Logo, do clamor público pelo punitivismo, à convivência com números de homicídios de Estados em guerra, à legislação de emergência e à jurisprudência do pânico:² o panorama brasileiro é da barbárie.

Entretanto, é importante pontuarmos, sobretudo quando se pesquisa de dentro da Academia, na área do Direito, que: o ônus do sistema penal, o oficial e extraoficial, não é distribuído de forma equânime pela sociedade. A seletividade das agências penais, trabalhada na América Latina por Eugenio Raul Zaffaroni como característica inerente de todo sistema punitivo, promove o encarceramento generalizado (massivo) de grupos específicos. As estatísticas diagnosticam: nossos presos têm rosto, cor, CEP e sobrenome; são homens, jovens, pobres, pretos e moradores de regiões marginalizadas encarcerados, majoritariamente, em nome da guerra às drogas.

É no panorama do grande encarceramento e superlotação carcerária que se insere a importância do presente trabalho, especificamente no que toca ao tema de encarceramento provisório e realização de audiências de custódia.

A interlocução entre essas categorias é promovida no presente estudo a partir da premissa de que o poder punitivo brasileiro, em absoluta negação à autocontenção, se tornou uma máquina de conversão de prisões flagranciais em prisões preventivas. Dessa forma, a prisão cautelar (cuja previsão processual é de excepcionalidade) se tornou regra no Brasil. Os dados do CNJ para novembro de 2020 indicam que o sistema carcerário

² Expressão utilizada por Marcelo Semer (2019, p. 6) em sua tese doutoral.

conta hoje com 398.536 presos provisórios: 45% da população prisional está encarcerada à espera de julgamento.

Na realidade, o uso indevido – e abusivo – das prisões provisórias é um fenômeno identificado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, desde 2013, como uma das maiores crises humanitárias do continente americano. Relatórios têm sido publicados pela instituição a fim de recrutar dados que possam embasar políticas públicas que revertam esse quadro de violação endêmica de direitos humanos.

Foi com base no relatório emitido pela CIDH em 2017, de aproximadamente 200 páginas, em que a Comissão se dedica a fornecer aos Estados dados e informações de direito comparado a respeito dos riscos que o acautelamento provisório possui, seja no desrespeito às normas internacionais de direitos humanos, seja na proteção da segurança nacional que a presente pesquisa teve início.

Uma análise preliminar desse documento, em associação à série documental “Compreender e reduzir o uso da prisão em dez países”, do *Institute for Criminal Policy Research*, da Universidade de Birkbeck, foram as etapas que iniciaram o estudo exploratório da investigação que aqui se apresenta. Ambos os projetos possuem indicadores globais a respeito do uso da prisão preventiva e da relevância que as audiências de custódia possuem nesse cenário como instrumento de racionalização da entrada do sistema carcerário.

As análises promovidas, a partir no contexto brasileiro, dos dados e recomendações da CIDH e do ICPS foram então submetidas à apreciação, no primeiro semestre de 2019, da Conferência “*Lucerne Summer University: Ethics in a Global Context*” e aprovadas para apresentação oral sob o patronato da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Durante a Conferência – realizada em junho de 2019, na Universidade de Lucerna –, um dos dados apresentados foi o então recente lançamento do *Programa Fazendo Justiça*, em parceria inédita do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD).

A partir da apresentação do desenho institucional do Programa, a considerar seu (i) *ineditismo global* como parceria internacional na implementação de políticas de direitos humanos no sistema de justiça criminal de um Estado; (ii) *ineditismo* do poder judiciário

na figura de responsável pela redução de danos do sistema carcerário; (iii) o *pioneirismo* do CNJ como primeiro órgão do poder judiciário no mundo a se alinhar com a Agenda 2030 da ONU; (iv) a ausência absoluta de pesquisas jurídicas empíricas sobre o Programa e, por fim (v) o alcance local, nacional e internacional do mesmo, os membros técnicos da UNESCO e da Universidade de Lucerna sugeriram que o estudo ali apresentado fosse direcionado à análise do *Programa Fazendo Justiça*.

O direcionamento proposto pareceu adequado para a formulação de um artigo com recortes bem delimitados de sujeito de pesquisa, questão problema, hipótese e objetivos. Nesse sentido, o sujeito alvo de investigação é a política pública Fazendo Justiça – Eixo 1 – mecanismos de fortalecimento das audiências de custódia e racionalização da porta de entrada do sistema carcerário.

Já a questão problema do presente artigo corresponde à análise do seguinte questionamento: o realismo marginal e a criminologia cautelar são correntes teóricas hábeis à interpretação de políticas desencarceradoras como a iniciativa do CNJ junto ao PNUD, a curto e médio prazo?

Trabalhamos com a hipótese de que o desenho inovador da política pública *Fazendo Justiça* possui um projeto institucional apto a reduzir o contingente carcerário via o fortalecimento das audiências de custódia em razão da quantidade de expedientes simultâneos e sincronizados que estão sendo implementados. Nesse sentido, há o combate inerente à produção de cadáveres e massacres na periferia do capitalismo.

Os documentos, como veremos, apresentam a ambição expressa de mudança da prática forense a respeito da preferência precípua pela prisão provisória em detrimento de demais alternativas penais e restaurativas.

Para a análise, trazemos à lume a abordagem da criminologia crítica latino-americana a respeito do poder punitivo sob a ótica do *realismo marginal* e da *criminologia cautelar*. Partimos da premissa de que o poder punitivo é, histórica e inerentemente, tendente ao próprio descontrole e agigantamento. Nesse sentido, os mecanismos que compõe o sistema de justiça criminal da contemporaneidade devem ser compreendidos, antes de agentes criminalizadores, como diques de contenção do poder punitivo. O diagnóstico proposto por Raul Eugenio Zaffaroni de que a criminologia deve se dedicar,

sobretudo na América Latina, a evitar massacres compreende à principal chave de leitura do estudo. Intenta-se, nesse capítulo, promover diálogos entre essas categorias teóricas, a realidade do sistema carcerário no Brasil e o Programa Fazendo Justiça. Os objetivos específicos desse capítulo são: (i) trabalhar as epistemologias criminológicas a partir do Sul Global; (ii) apresentar ao leitor a construção que leva a criminologia cautelar a se preocupar, precipuamente, com medidas preventivas a massacres e, por fim, (iii) cotejar e revisar a literatura latino-americana para identificar aproximações e distanciamentos para com o sujeito da pesquisa.

Os objetivos específicos supracitados são perquiridos via metodologia de pesquisa teórica e empírica, através de um estudo multidisciplinar entre direito penal, segurança pública, criminologia e economia. Serão promovidas análises qualitativas acerca dos dados estatísticos e conceitos teóricos abordados.

A dimensão teórica corresponde à revisão bibliográfica da criminologia crítica latino-americana, especificamente, da criminologia cautelar e do minimalismo penal, a fim de estabelecer um diálogo com a categoria de *política pública humanitária*, de caráter desencarcerador e restaurativo. Promover-se-á, nessa toada, a interlocução de conceitos já sedimentados na criminologia crítica com os conceitos encontrados nas diretrizes da política pública alvo de investigação.

1. REFERÊNCIAS TEÓRICAS PARA A COMPREENSÃO DE POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS NO BRASIL A PARTIR DO REALISMO MARGINAL E DA CRIMINOLOGIA CAUTELAR

Na introdução da obra “A palavra dos mortos”,³ uma questão é colocada como central à publicação: é possível mudar a criminologia, o direito, e os sistemas penais de modo geral, para prevenir a violência? E, punindo apenas o estritamente necessário, será possível cessar essa fábrica de cadáveres em que nos transformamos?

A resposta, já antecipada por Juan Gelman no texto introdutório, é de que sim. E que o caminho a ser delineado por Eugenio Raul Zaffaroni, autor da obra, rumo à construção

³ ZAFFARONI, 2012. p. 15.

desse projeto alternativo para o Direito Penal, parte de uma categoria classificada como *criminologia cautelar*.

Logo no início da publicação de 2012, Zaffaroni esclarece que esta obra é a continuidade de “*Criminologia, Aproximación desde un margen*”⁴, de 1987; o argentino pontua que isso se dá não apenas pela necessidade de complementar o conteúdo da primeira obra, mas porque a criminologia a partir da margem deve ser sempre cautelar, logo, tratam-se de obras correlatas por essência.

É a partir dessa sentença de Zaffaroni que nos propomos a investigar o Programa *Fazendo Justiça*.⁵ sob a ótica de uma criminologia cautelar própria da periferia do capitalismo.

Para o teórico argentino, a criminologia a partir da margem – que, para ele é a América Latina e para a corrente pesquisa, o Brasil de forma primária – deve ser orientada a preservar a vida humana e deve, sobre todos os demais objetivos, *prevenir massacres*. Zaffaroni então esclarece que a *cautela* no exercício do poder punitivo é a única solução próxima e por isso a alcunha de *criminologia cautelar*.

Uma vez que o termo utilizado dentro da construção da criminologia cautelar é massacre, convém contextualizarmos desde já, que tratamos aqui daquilo que entendemos o maior crime contra a humanidade em curso no país:⁶ o sistema carcerário. Em termos numéricos, o que tem-se de mais atualizado são os dados do Banco Nacional de Monitoramento das Prisões (BNMP 2.0),⁷ do Conselho Nacional de Justiça. Embora seja um banco de dados limitado, de acordo com as estatística que estão hoje disponíveis, em outubro de 2020 o sistema prisional brasileiro contava com 884.314 pessoas privadas

⁴ *Id.*, 1988.

⁵ De 2019 a 2020 o Programa se chamou Justiça Presente, na gestão do Min. Dias Toffoli na Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Com a alteração de gestão, em setembro de 2020 o Programa passou à alcunha de Fazendo Justiça, uma vez iniciada a gestão do Min. Luiz Fux. (Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programa-fazendo-justica-apresenta-calendario-de-atividades-em-2020/>>. Acesso em: 27 out. 2020).

⁶ DIETER, M.S. Seminário “Judiciário, sistema penal e sistema socioeducativo: questões estruturais e mudanças necessárias”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Programa Fazendo Justiça. Data: 03 de março de 2020. Brasília.

⁷ BRASIL. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília.

de liberdade (presos e internados), sendo: 881.861 presos em penitenciárias; 398.541 provisórios; 192.230 em execução provisória; 289.870 em execução definitiva e 1220 prisão civil. Já a taxa de aprisionamento corresponde a 359,40 presos para cada 100.000 habitantes, contingente muito superior à média mundial, que corresponde a 145 presos para os mesmos 100.000 habitantes.⁸

O outro banco de dados que atualmente fornece estatísticas a respeito do sistema carcerário é o Departamento Penitenciário (DEPEN),⁹ órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP). De acordo com essa plataforma, o relatório relativo aos meses de janeiro a julho de 2020 indica que o Brasil possui: 702.069 pessoas inseridas no sistema prisional. Desse contingente, tem-se 344.773 em regime fechado e 209.257 presos provisórios. De acordo com o DEPEN, o sistema carcerário hoje funciona com lotação de 171%, havendo déficit de 231.768.

É sob o panorama da terceira maior população carcerária do mundo; do país que possui níveis de mortalidade equivalente a situação bélicas¹⁰ (especialmente para homens, jovens, pobres e negros) e documentos internacionais indicando o sistema carcerário brasileiro e a banalização das prisões (sobretudo as cautelares) como elementos endêmicos de violação a direitos humanos¹¹ que o termo *massacre* adquire relevância.

A profundidade da problemática da questão penal no Brasil oriundo do descontrole do poder punitivo em detrimento da valorização dos direitos fundamentais e do devido processo como dique de contenção hábil a conter esse avanço nos coloca diante de problema de segurança nacional.¹² Falamos, nesse sentido, em massacres, no

⁸ De acordo com o *Institute for Criminal and Policy Research*, mais da metade do mundo (53%) tem taxa de aprisionamento inferior a 150 pessoas a cada 100.000 habitantes. A média mundial é de 145; na América do Sul 233 nos EUA tem-se 655 presos para cada 100.000 habitantes (Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpp12.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2020).

⁹ BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional. Infopen, atualização de Junho de 2020. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Ministério da Justiça e Segurança Pública: Brasília, 2020 (Infopen/2020).

¹⁰ Ipea – Atlas da Violência v.2.6.4 – Mapa. Ipea.gov.br.

¹¹ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. OEA/Ser.L/V/II.163. 2017.

¹² ZAFFARONI, E.R. Seminário “Judiciário, sistema penal e sistema socioeducativo: questões estruturais e mudanças necessárias”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Programa Fazendo Justiça.

plural. Tanto a superlotação carcerária encontra-se como fator propiciador de massacres e rebeliões em seu ambiente prisional (como já é quase *rotineiro* no Brasil);¹³ como, do lado de fora das prisões, há não apenas o recrudescimento das políticas genocidas e de lei e ordem alimentadas pela criminologia midiática,¹⁴ mas também, o reflexo de um sistema carcerário fabricante de homicidas. Nada pode alimentar mais o crime organizado, um fator criminógeno por excelência, do que um sistema carcerário que trata seus internos como torturados oficiais do Estado.

Nesse sentido, convém pontuar que adotamos no estudo em curso perspectiva política delimitada e que, desde já, demarca-se em favor da garantia dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 e dos direitos humanos¹⁵ conquistados no curso do século XX. A impossibilidade analítica neutra decorre do postulado fixado por Zaffaroni, quando o autor esclarece não ser possível qualquer neutralidade no campo da criminologia cautelar, pois sua abordagem é intrinsecamente relacionada a atos de poder, ou seja, política por natureza.

A análise e interpretação do Programa Fazendo Justiça através das lentes da criminologia cautelar (e, no limite, da criminologia crítica latino-americana) decorre da importância da empiria, da conexão com a realidade, para políticas públicas que pretendem superar os marcos da criminologia teórica do norte-global. Como veremos no curso desse e dos demais capítulos da presente investigação, o Programa Fazendo Justiça criou um desenho institucional e organizacional específico para a realidade de cada etapa do sistema de justiça criminal brasileiro, com divisões específicas para as particularidades dos entes federativos (entendido na presente pesquisa na acepção adotada por Zaffaroni¹⁶).

É nesse sentido que a criminologia cautelar se apresenta como chave de leitura adequada para analisar uma política pública desenhada para, primordialmente, reduzir danos causados por falhas reconhecidas como estruturais.

Data: 03 de março de 2020. Brasília.

¹³ IBCCRIM e entidades parceiras pedem à CIDH audiência temática sobre massacres em presídios em Manaus. @ibccrim.

¹⁴ ZAFFARONI, 2012, p. 412.

¹⁵ SARLET, 2015, p. 86-87.

¹⁶ BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003.

Antes de apresentar o Programa *Fazendo Justiça* ao leitor, é necessário abordar de forma crítica o tema da legitimidade do sistema penal. Logo após, traremos à baila o desenho institucional do Programa FJ no diapasão teórico do minimalismo penal, ainda que de forma abreviada, pois seus meandros serão dissecados com detalhes no quarto capítulo. Ato contínuo, apresentaremos categorias teóricas que instrumentalizam a melhor compreensão da política no contexto brasileiro e latino-americano.

1.1 A (des) legitimidade estrutural a partir da periferia

De acordo com a análise promovida por Michel Foucault¹⁷ a categoria da legitimidade do sistema penal corresponde, preponderantemente, à tensão presente no binômio *saber/poder*.¹⁸ Para o francês, se a prática penal ocorre de acordo com o saber penal, está a primeira legitimada. A relação entre o saber e o poder também é abordada na obra “Penas Perdidas: o sistema penal em questão”, de Louk Hulsman,¹⁹ e, para o holandês, a legitimidade se manifesta a partir da construção de um sistema punitivo que se consagre como uma prática racionalmente planejada.

Iremos tratar do conceito de *racionalidade do sistema punitivo* nessa pesquisa na esteira de Zaffaroni,²⁰ entendendo esta como a junção de duas características: (I) coerência interna do discurso jurídico-penal; (II) seu valor de verdade quanto à nova operatividade social.

O primeiro elemento, a coerência interna, se vê comprometido diante da conjugação do positivismo jurídico-penal com a prática do decisionismo que marca o exercício do poder punitivo; historicamente, um não sobrevive ao outro, de modo que se desnuda o fracasso de uma pretensa legitimação racional do sistema penal, conforme esclarece Souza.²¹

¹⁷ FOUCAULT, 2010.

¹⁸ A temática do saber/poder é trabalhada por Foucault em diversas obras, estabelecendo a relação entre o surgimento de novos saberes e novas tecnologias de poder, manifestas no tratamento da loucura, no controle da sexualidade e na prisão. (FOUCAULT, 2010 *apud* SOUZA, 2018, p. 32).

¹⁹ HULSMAN; CELIS, 1993.

²⁰ ZAFFARONI, 2010.

²¹ SOUZA, 2018, p.32.

Já o elemento da operatividade social reflete a superação do *dever-ser* e a responsabilização pelo *ser*. Para tanto, de acordo com Zaffaroni,²² seriam necessários dois níveis de *verdade social*. Primeiramente, o programa de criminalização primária, em nível abstrato, deve se revestir como meio eficaz para consecução dos fins propostos pelo sistema penal. Num segundo momento, a verdade social indicaria que os indivíduos deveriam conviver de acordo com a ordem jurídica-penal. Se o discurso jurídico-penal não atende a estes dois níveis de verdade social, empiricamente revela-se como falácia.

O que a verificação entre o *ser* e o *dever-ser*, sobretudo na América Latina nos informa é a distância abissal entre a entre o saber criminal e o exercício do poder punitivo. Esse descompasso gera a deslegitimidade (e irracionalidade) do sistema de justiça penal como um todo, e de forma estrutural, “pois falar de legitimidade do sistema penal é falar de algo ainda não realizado, quiçá de uma utopia, uma promessa inalcançável”²³

Impossível não avançar, nesta ordem de ideias, pela teoria agnóstica da pena, trabalhada de forma profunda por Eugênio Raul Zaffaroni em seu curso de direito penal e em seu livro: em busca das penas perdidas. Se o poder de punir não pode ser fundamentado e legitimado pelo saber jurídico garantista, cumpre reconhecer este mesmo poder como ato político beligerante (ZAFFARONI, 2011).

Zaffaroni afirma ainda que a legitimidade do sistema penal não pode ser suprida pela legalidade. Primeiramente porque o saber penal só responde pela parcela da legalidade que o órgão legislativo lhe confere. Em segundo lugar, porque o sistema não atua de acordo com a própria legalidade, pois a operacionalidade do sistema penal funciona a margem da lei e de forma profundamente seletiva. Em terceiro lugar, o autor afirma que o sistema penal que viabiliza e instrumentaliza o poder de punir possui vínculos ideológicos genocidas, especialmente em nossa região marginal, pois se baseia em pensamentos criminológicos ainda vinculados à escola positivista Lombrosiana.²⁴

A deslegitimidade do poder punitivo é também uma premissa da teoria de Alessandro Baratta,²⁵ que indica, na qualidade de estratégias de uma política criminal, o

²² ZAFFARONI, 2010, p. 17.

²³ SOUZA, 2018, p. 32.

²⁴ ZAFFARONI, 2010, p. 29.

²⁵ BARATTA, 1997.

entendimento de que o sistema penal é ontologicamente desigual e que a seletividade faz parte da sua natureza; a luta pela abolição da pena de prisão e, por fim, a batalha cultural e subjetiva contra a legitimação do direito desigual através das campanhas de lei e ordem.

Gabriel Ignacio Anitua pontua que uma vez considerada a deslegitimação do direito penal pela criminologia crítica, a teoria do *garantismo penal* surge para estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal. Luigi Ferrajoli, teórico do garantismo, preceitua então que o poder é imanente ao Estado; essa foi sua tarefa ao substituir a vingança privada. O direito penal torna-se nessa substituição o instrumento de racionalidade normativa contra a vingança. No entanto, esse poder estatal, como reconhece Ferrajoli, pode se tornar mais vil e irracional que a própria vingança que visa a substituir, esvaindo-se assim de legitimidade para atuar.²⁶

A respeito da deslegitimidade do sistema penal na América Latina, é de especial valor a ruptura criminológica promovida por Rosa Del Olmo²⁷ ao denunciar o colonialismo cultural e as cópias de pautas do centro que distorcem a realidade das sociedades à margem do sistema capitalista. Vera Malaguti Batista²⁸ elucida ser a partir de Del Olmo a análise da associação dos processos econômicos e culturais ao processo de mundialização do capitalismo, da divisão internacional do trabalho à entrada do positivismo e do correccionalismo na América Latina. Del Olmo empreendeu o que foi chamado de *descolonização ideológica da criminologia*, entendendo-a como uma internacionalização do controle social dos resistentes; foi a autora que deu início na América Latina à ideia de produção de um saber latino-americano próprio. Nas palavras de Vera Malaguti, Rosa Del Olmo “faz a crítica às leituras apologéticas da produção central, traduções no sentido estrito. Ela conclama, na sua ruptura criminológica, um encontro com o saber local e empírico”²⁹

Nesse diapasão, é Raúl Zaffaroni na obra “*Criminologia: aproximación desde um Margen*”³⁰ que apresenta um marco epistemológico na literatura da criminologia latino-

²⁶ ANITUA, 2008, p. 45.

²⁷ OLMO, 1975.

²⁸ BATISTA, 2009, p. 20-39.

²⁹ *Ibid.*, p. 32.

³⁰ ZAFFARONI, 1987.

americana, cuja noção constitui o fio condutor da pesquisa. O autor argentino propõe na obra o paradigma discursivo a partir da realidade da margem, o *realismo marginal*:

Desse modo, fui sentindo que também na dogmática jurídica havia algo que não encaixava. Não demorei muito para advertir que a chave estava na política criminológica e em sua estreita dependência da política geral, em perceber que a dogmática jurídico-penal é um *imenso esforço de racionalização de uma programação irrealizável e que a criminologia tradicional ou etiológica é um discurso de poder de origem racista e sempre colonialista*. (grifo nosso)

A respeito da deslegitimidade, Zaffaroni esclarece que seu conceito não se confunde com a discussão acerca de eventual legalidade, pois “a lei permite, enormes esferas de exercício arbitrário do poder (...) que se exercem cotidiana e amplamente à margem de qualquer “legalidade” punitiva contemplada no discurso jurídico-penal”.³¹

Segue o autor argentino, de forma sintética, a assentar: “achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”.³² Trata-se, nesse sentido, de um sistema que goza de uma falsa operacionalidade e que, por apreço à materialidade, precisamos reafirmar seletivo, estigmatizante, opressor e violador de direitos humanos.

Taiguara Líbano Soares e Souza pontua, através de sua pesquisa empírica a respeito da ocorrência de tortura nos presídios do Estado do Rio de Janeiro, que a própria realidade do sistema penitenciário, marcada por brutal violência institucional, é a evidência fática da ausência de legitimidade, onde a legalidade é relegada à mera ficção.³³

Frisamos, ainda quanto ao campo da (des) legitimidade do sistema penal diante da incongruência entre o saber e o ser, a contribuição da criminóloga Vera Regina de Andrade. Para a autora, o sistema punitivo vigente no Brasil corresponde a uma herança da doutrina escolástica, pautada no maniqueísmo (bem e mal) e numa visão expiatória da pena como castigo pelo pecado cometido, incutindo na sociedade uma visão perenemente polarizada entre quem adentra o cárcere e quem se mantém fora dele. Trata-se de uma sistema marcado por sua *eficácia invertida* pois suas funções declaradas são diametralmente

³¹ *Id.*, 2010.

³² *Ibid.*, p.12.

³³ SOUZA, 2018, p. 35.

opostas das funções reais que adquire. Nesse sentido, o sistema é estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência, a saber, proteger bens jurídicos, combater e prevenir a criminalidade.³⁴

Além de incompetente na sua função, o sistema punitivo funciona seletivamente – criminalizando os baixos estratos sociais e reproduzindo as desigualdades sociais -. Ou seja, o sistema penal engendra mais problemas do que aqueles que se propõem a resolver, se tornando produtor de violências que são distribuídas socialmente de modo desigual. Como se não fosse suficiente, há o agravante dos seus altos custos sociais e do autêntico mercado do controle do crime que se estrutura em torno de si.

Essa perspectiva de produção de violência justifica, sobretudo nas atuais circunstâncias, porque o sistema penal pode ser compreendido como um verdadeiro sistema de violação de direitos humanos. No Brasil e América Latina, a deslegitimação decorre da realidade de barbárie, tortura e maus tratos já diagnosticados pela Comitê da ONU contra a tortura e por Recomendações da Corte Internacional de Direitos Humanos.³⁵

O encarceramento em massa de comunidades específicas, a superlotação do sistema carcerário, a violação endêmica de direitos humanos em suas instalações, os massacres dentro dos cárceres etc. são elementos que compõem a discussão acerca da legitimidade do sistema penal, sobretudo o brasileiro, que possui uma estrutura análoga a campos de concentração.³⁶ No entanto, uma vez feita a ressalva a respeito da distância entre a realidade e a dogmática penal e, pontuado que, trabalhar com a concretude não implica em legitimar os mecanismos de atuação do sistema, seguiremos a pesquisa com ênfase no campo da materialidade e de suas possibilidades de abordagem factual. Para tanto, movimentaremos nos próximos parágrafos desse capítulo chaves interpretativas e categorias epistemológicas específicas que amparam, na dimensão teórica, o agir para conter a barbárie e os massacres dentro e fora dos muros das prisões.

³⁴ ANDRADE, 2006, p. 171.

³⁵ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medidas provisionales a respecto do Brasil. Assunto do complexo penitenciário de curado. Resolução de 28 de novembro de 2018.

³⁶ Essa comparação foi feita por Eugenio Raul Zaffaroni no Seminário “Judiciário, sistema penal e sistema socioeducativo: questões estruturais e mudanças necessárias”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Programa Fazendo Justiça, no dia 03 de março de 2020.

2. O GRANDE ENCARCERAMENTO E A ALTERNATIVA PELO MINIMALISMO PENAL

2.1 O grande encarceramento no Brasil: breves análises

Dissertar sobre o sistema prisional brasileiro é tarefa especialmente árdua. Não há racionalidade na violência que transpassa o indivíduo submetido, ainda que brevemente, ao sistema carcerário nacional. “Não há quem não ressinta o seu impacto”;³⁷ é o ambiente que representa, por excelência, o estado de exceção permanente trabalhado por Agamben,³⁸ utilizado para a violação de direitos. Espaço de violências praticadas que desumanizam desde o indivíduo que sofre diretamente a seu impacto, seus familiares até os agentes penitenciários (que trabalham em situação de absoluta insegurança em função da desproporção numérica³⁹).

Antes de traçar um retrospecto a respeito das medidas de criminalização primária que contribuíram para que o sistema carcerário atingisse a dimensão alcançada atualmente, é necessário pontuar que há divergência dos dados oficiais a respeito do contingente penitenciário.

Atualmente, temos o Departamento Penitenciário Nacional (órgão vinculado ao Ministério da Justiça) e o Banco Nacional de Monitoramento das Prisões 2.0 (vinculado ao Conselho Nacional de Justiça) como plataformas de dados estatísticos do Estado brasileiro a respeito do sistema penitenciário. No entanto, pontua-se que entre as duas bases há uma divergência para o ano de 2020 na escala de 100 mil pessoas.

De acordo com os dados do DEPEN,⁴⁰ temos no Brasil (de janeiro a julho de 2020): 759.518 mil pessoas no sistema prisional, sendo que 228.976 estão em prisão provisória (30%) à espera de julgamento.

³⁷ ALEIXO, 2015.

³⁸ AGAMBEN, 2004, p. 16.

³⁹ O Monitor da Violência é resultado de uma parceria do G1 com o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da USP e com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). (Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/brasil-tem-media-de-7-presos-por-agente-penitenciario-19-estados-descumprem-limite-recomendado.ghtml>>. Acesso em: 8 out. 2020).

⁴⁰ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional.

Em contrapartida, atualmente existem os dados do BNMP 2.0: banco oriundo de iniciativa do CNJ e aliado ao *Fazendo Justiça*, que surge com o escopo de “humanizar”, otimizando a gestão da população carcerária com a transparência e maior eficiência na produção de dados. O banco tem por finalidade automatizar a emissão de peças processuais, monitorar ordens de prisão expedidas pelo judiciário, controle do cumprimento das ordens de prisão e soltura em tempo real, permitindo a criação de um Cadastro Nacional de Presos. A unificação desses dados visa, de acordo com o CNJ, impedir prisões excessivas, descontrole de dados por parte das unidades federativas e cumprimento eficiente das ordens expedidas pelo judiciário, de forma mais célere e benéfica ao apenado.

Com o aprimoramento da plataforma, que num momento inicial, não visava “competir” com o DEPEN em termos de fornecimento de dados oficiais da população carcerária, o que os pesquisadores puderam verificar foi a disparidade entre os dados fornecidos. De acordo com o BNMP 2.0, a população carcerária do Brasil hoje (novembro de 2020) é de 884.315 mil presos, com 398.536 mil pessoas à espera de julgamento (45%). Ou seja, falamos aqui de uma disparidade expressiva que prejudica todo o processo científico e político que se dedica à gestão da população aprisionada.

Importante destacar que o estudo de dados absolutos não pode ser tomado como único vetor interpretativo do fenômeno encarcerador. Isso porque em termos sociais, as estatísticas são insuficientes aos diagnósticos. Muitas outras variáveis e indicadores são necessários à essa análise. No entanto, não há como negar que a aproximação galopante à marca de 1.000.000 de presos é aterradora.

Ainda que as teorias pensadas ao norte global não possam ser transplantadas de forma automática à nossa realidade (não mais), é inegável que a onda punitiva alcançou o Brasil: seja pelo aumento vertiginoso da população carcerária, seja pela segurança pública ter se transformado em pilar eleitoral tão potente quanto a economia (muito mais do que a educação), seja pelos diagnósticos das cortes nacionais e internacionais a respeito das falhas estruturais do sistema penal brasileiro.

Em pesquisa recente, Cristiano Fragoso aponta como a criminalização primária, a hipertrofia legislativa no âmbito penal,⁴¹ é sintomaticamente distinta após a redemocratização do país, muito maior inclusive do que no período ditatorial,

A análise da quantidade de leis penais mostra que a média anual de leis penais no período de 26 anos entre 1985 e 2011 (cerca de 4,27 leis por ano) é mais do que o dobro da média anual de leis penais editadas no período de 44 anos entre 1941 e 1985 (2,07 leis por ano), o que indica que, nas últimas décadas, houve uma aceleração da tendência à expansão da criminalização primária⁴²

Uma vez consideradas nossas particularidades, não há que se falar que a inflação da população carcerária brasileira tenha em muito se diferenciado do padrão norte-americano, especialmente a partir dos anos 90. De acordo com o DEPEN, houve um crescimento de 575% da população carcerária entre 1990 e 2014,⁴³ contra crescimento de aproximadamente 38% da população absoluta do país no mesmo período. Só no período integralmente coberto pelas pesquisas do DEPEN (de 2005 a 2016), o crescimento da população prisional em termos absolutos, transcorreu em ritmo de 6,6% ao ano. Já o crescimento na taxa de encarceramento, mais que dobra desde o levantamento de 1995 (107 presos por 100 mil habitantes contra 352,6 presos pelos mesmo cem mil habitantes).

Victor Pimenta, que atuou como Coordenador-Geral de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário Nacional (2014-2016), consolida estes dados em sua pesquisa de mestrado “Encarceramento e criminologia crítica” e aponta que o estratosférico crescimento brasileiro se dá no momento em que as nações mais encarceradoras do mundo estão em declínio (EUA, 12%, China, 2% e Rússia, 28%).⁴⁴ O diagnóstico de Pimenta vai ao encontro do fato de estarmos inseridos no fluxo que Sacha Darke denomina *new mass carceral zone*, indicando uma das regiões para as quais migraram o grande encarceramento.

⁴¹ “Por força da inflação penal – muito superior à econômica –, a ideia de que “crime” é algo “grave” perdeu fundamento: a maior parte das estimadas 1.688 incriminações existentes no país não viola abertamente um direito fundamental, nem pressupõe violência ou grave ameaça. E, se “tudo é crime” (e é, mesmo), ser “criminoso” significa muito pouco. Como consequência, o sistema penal perde sobriedade e direitos individuais se relativizam a fim de tornar mais eficiente essa máquina cara, lenta, violenta e inútil para prevenção de novos delitos” (DIETER, 2016).

⁴² FRAGOSO, 2015, p. 309.

⁴³ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. 2014.

⁴⁴ PIMENTA, 2017, p. 69-72.

Paralelamente à criação de inúmeros novos tipos penais, houve modificações nas formas de cumprimento da pena. Para Salo de Carvalho, o exemplo simbólico da tendência punitivista que orientou a política criminal brasileira foi a edição da Lei 8.072/90, que aumentou as penas dos delitos tidos como hediondos e, no que toca à execução penal, vedou a progressão de regime, aumento de prazo para livramento condicional e obstrução de comutação e de indulto aos crimes nela dispostos. Ou seja, na esfera do poder legislativo, inúmeros foram os eventos que contribuíram para a *onda punitivista* à brasileira.⁴⁵ É evidente que a o arcabouço legal possui responsabilidade no grande encarceramento, porém não sem participação das agências penais, dos magistrados e de toda uma cultura jurídica autoritária, herdada de golpes militares, da herança escravocrata (servil), da pouca tradição republicana e da dificuldade em superar máculas históricas com processos de reconstrução genuína, e não por meros reajustes conjunturais.⁴⁶

A questão que se coloca a partir do diagnóstico irrefutável de que o Brasil optou pela prisão em detrimento da liberdade no combate à criminalidade e falhou *é o que fazer*. Alessandro Baratta, ainda em 1990, dissertando a respeito dos passos a serem traçados dentro do sistema punitivo assentou que:

Qualquer passo que possa ser tomado para tornar as condições de vida menos dolorosas e menos prejudiciais na prisão, mesmo que apenas para um condenado, deve ser visto com respeito quando se está realmente inspirado pela preocupação com os direitos e o destino dos detidos, e decorra de uma vontade de transformação radical e humanista, não de um reformismo tecnocrático, cujas

⁴⁵ “(a) criação de novos tipos penais a partir do novo rol de bens jurídicos expressos na Constituição (campo penal); (b) ampliação da quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal); (d) criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); (e) enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); (f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); (g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v.g. Lei 10.792/03) (campo penitenciário).” (Ibid., p. 10)

⁴⁶ Sobre o papel do juiz sentenciando o processo penal no Brasil contemporâneo, conferir a recente obra de Marcelo Semer “Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento”. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019.

finalidades e funções sejam legítimas qualquer melhoria da instituição prisional em seu conjunto⁴⁷

Baratta demonstrava então a preocupação com que práticas de redução de danos não se convertencem em mero eficientismo penal. Nessa toada, trazemos à cotejo o entendimento de que as práticas penais alternativas, desencarceradoras, não devem ser interpretadas como reafirmação do sistema penal punitivo. Acreditamos ser possível trilhar um caminho comprometido com a reforma do sistema penal e, ao mesmo tempo, com sua deslegitimação, a partir da crítica visceral de seus fundamentos e efeitos reais, conforme Victor Martins Pimenta⁴⁸ ao tecer comentários sobre sua atuação enquanto Coordenador Geral de Práticas Penais Alternativas.

2.2 A necessidade de um programa penal alternativo

É corrente o entendimento de que as alternativas penais à prisão não foram capazes de romper com a lógica punitivista e encarceradora do sistema punitivo.⁴⁹ Isso porque, na prática, constituíram uma ampliação das possibilidades de controle e punição estatal, somando-se ao cárcere ao invés de substituí-lo. Assim, com a introdução das penas restritivas de direitos, o que ocorreu foi a ampliação do alcance do sistema penal, sobretudo frente às infrações de pequeno potencial ofensivo, que antes passavam eram pouco criminalizadas e passaram a ser reprimidas por penas e medidas alternativas. De fato, “a pena alternativa, tal como é prevista no ordenamento brasileiro e aplicada pelo sistema de justiça, não cumpre a função de esvaziar as prisões”⁵⁰

Embora as penas alternativas à prisão tenham sido, em tese, integradas a uma política criminal minimalista com o escopo de contenção do poder punitivo, seu efeito produziu *eficácia invertida*, de modo a ampliar e relegitimar o controle social punitivo e o sistema penal, constituindo, portanto, um processo de acumulação de poder punitivo⁵¹

⁴⁷ BARATTA, 1997.

⁴⁸ PIMENTA, 2017.

⁴⁹ Nesse sentido, conferir as lições de Salo de Carvalho a respeito da expansão do poder punitivo através dos substitutivos penais em “Substitutivos Penais na era do grande encarceramento”.

⁵⁰ ILANUD, 2006, p. 254.

⁵¹ SOUZA, 2018, p. 272.

O que se pôde verificar é que a introdução de penas e medidas alternativas à prisão não veio acompanhada da instituição de uma política pública que lhes desse suporte criminológico, institucional, discursivo e organizacional. A inserção, *per se*, de penas alternativas à prisão sem a efetiva construção de uma política desencarceradora produziu, no limite, a eficácia invertida própria do *eficientismo penal neoliberal*.

Uma vez verificado esse fenômeno, a pesquisa pretende pontuar as medidas surgidas entre 2015 e 2020,⁵² no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD/ONU), do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça rumo à uma agenda desencarceradora.

De 2014 a 2020, o PNUD promoveu um aporte de \$ 2.862.986 (dois milhões, oitocentos e setenta e dois mil, novecentos e oitenta e seis mil dólares) na produção e implementação de programas visando o *Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro*;⁵³ o projeto resultou na edição de 15 publicações técnicas e acadêmicas⁵⁴ que procuraram alimentar teoricamente o arcabouço de uma nova política criminal, na qual políticas desencarceradoras fossem se transformassem no objetivo de um novo projeto de segurança pública, menos dedicado ao cárcere e mais empenhado em práticas restaurativas e alternativas de manejar o Direito Penal.⁵⁵

⁵² O recorte temporal selecionado se justifica em razão de representar o período em que houve, nos últimos 10 anos, mais agentes de políticas públicas envolvidos de forma intersetorial, na produção de programas e agendas voltadas a práticas desencarceradoras.

⁵³ PNUD. Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas. Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro.

⁵⁴ A Implementação da Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas no Brasil; Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais; Manual de Gestão para as Alternativas Penais: Medidas Cautelares Diversas da Prisão; Manual de Gestão para as Alternativas Penais: Penas Restritivas de Direitos; Manual de Gestão para as Alternativas Penais: Medidas Protetivas de Urgência; Modelo de Gestão para Alternativas Penais: Práticas de Justiça Restaurativa; Modelo de Gestão para alternativas penais: transação penal e suspensão condicional do processo e suspensão condicional da pena privativa de liberdade; Planos Educacionais para Alternativas Penais; Modelo de Gestão para as Alternativas Penais; GUIA I: Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais; Diretrizes para tratamento e proteção de dados na monitoração eletrônica; A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil; Proposta de projeto de pesquisa para a Monitoração Eletrônica; Planos Educacionais para Monitoração Eletrônica de Pessoas; Modelo de Gestão para a Monitoração Eletrônica de Pessoas. No eixo fortalecimento do Controle Social foi realizado uma parceria com a Pontifícia Universidade Católica do Rio para análise das demandas e relatos sobre a realidade do cárcere brasileiro. Nesta parceria foram analisadas mais de 8.000 cartas.

⁵⁵ Mais notas serão tomadas a respeito da atuação do PNUD nos últimos 5 anos no capítulo 4.

Simultaneamente, o Ministério da Justiça (já em parceria com o CNJ e com o PNUD) lançou em 2016 a *Política de reorientação das alternativas penais*.⁵⁶ À época, o lançamento do programa pelo governo federal permitiu que o MJ assumisse fundamentos político-criminológicos orientados à perspectiva desencarceradora, inclusive promovendo, dentro do próprio Ministério da Justiça, críticas ao uso invertido das penas alternativas à prisão.⁵⁷

O MJ estabeleceu então três postulados centrais *orientadores* da política nacional de alternativas penais: (a) a intervenção penal mínima, desencarceradora e restaurativa; (b) dignidade, autonomia e protagonismo das pessoas em alternativas penas penais e (c) ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para o desencarceramento.⁵⁸

A consistência de fundamentos criminológicos que estava sendo forjada pelos órgãos envolvidos na política criminal é relevante em diversos aspectos. É ela que confere os contornos principiológicos e norteadores para o exercício do poder punitivo. Trata-se de transformar conhecimentos criminológicos em “exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, *necessário e importante para a obtenção do socialmente correto*”.⁵⁹

Victor Pimenta foi Coordenador-Geral de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário Nacional no interregno de 2014-2016. Através de publicações científicas, o mesmo tem oferecido relatos empíricos de como se deu a gestão e implementação desses processos. De acordo com o autor, a partir de 2014 houve a possibilidade conjuntural no âmbito do MJ de implementar uma política pública criminal com *fundamentos criminológicos* a partir do *realismo marginal*. Especialmente no campo das alternativas penais, essa conjuntura permitiu a consolidação, a internalização e o início de implementação de um

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento e Ministério da Justiça.

⁵⁷ BRASIL. A implementação da Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas no Brasil: Análise crítica sobre o uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento da pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

⁵⁸ PIMENTA, 2017, p. 18.

⁵⁹ ROXIN, 2002, p. 82.

conjunto de formulações que foram inicialmente elaboradas por um grupo de trabalho do MJ instituído em 2011 e que desenvolveu atividades até 2013. Os acúmulos criminológicos obtidos nesse GT, orientados por uma *concepção crítica* a respeito da trajetória que a política de alternativas ao sistema penal, foram então atualizados em novo grupo de trabalho, contando ainda com consultorias especializadas mediante parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.⁶⁰

O primeiro registro documental relevante que marca a incorporação de novas diretrizes para o sistema de justiça penal, inclusive gramaticais, se deu com a assinatura, em 09 de abril de 2015, do Acordo de Cooperação CNJ n. 06/2015 e posterior publicação das *Diretrizes e Postulados para a Política de Alternativas Penais*,⁶¹ entre o Ministro da Justiça e o Presidente do CNJ. O acordo entre os órgãos apresentou como objeto “o propósito de ampliar alternativas penais em substituição à privação de liberdade, contribuindo para o enfrentamento ao processo de *encarceramento em massa*”

Na mesma ocasião, ambos os órgãos assumiram o compromisso de desenvolver esforços voltados à implementação das *audiências de custódia* em todo o país. As críticas delineadas por Baratta a respeito de produções que aparentam serem alternativas ao paradigma penal mas apenas reiteram a operacionalidade do sistema seguem válidas, podendo se transformar em argumentos próprios do gerencialismo e do eficientismo penal. No entanto, de acordo com o relato de Victor Pimenta, o que houve foi um “acionamento dos acúmulos críticos sobre os efeitos deletérios da prisão, combinado com argumentos eficientistas sobre a gestão do sistema penal”.⁶² Para ele, ainda assim, dentro do *campo de disputa nas arenas de produção da política penal*, a pauta das audiências de custódia⁶³ representou enorme avanço para uma política penal alternativa, “criando mecanismos processuais na justiça criminal que permitem maior realização do postulado da intervenção penal mínima, desencarceradora e restaurativa”.⁶⁴

⁶⁰ PNUD. Programa das nações unidas para o desenvolvimento. Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional.

⁶¹ BRASIL. Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política Nacional de Alternativas Penais. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016 – B; Agenda Legislativa para a Política de Alternativas Penais. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016-C.

⁶² PIMENTA, 2017, p. 16.

⁶³ As audiências de custódia serão trabalhadas com mais densidade em tópicos adiante.

⁶⁴ BRASIL. Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016-E.

No mesmo período, houve então a aprovação da Resolução n. 213/2015 do CNJ. O texto normativo indica um avançado grau na normatização de procedimentos relacionados à oitiva das pessoas presas em flagrante, incluindo diretrizes e regras relacionadas à prevenção e combate a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A resolução alcança alinhamentos com a *perspectiva crítica* do sistema penal, sobretudo os princípios do direito penal mínimo enunciados por Baratta. O documento reconhece de forma explícita que *o cárcere reforça o ciclo da violência*, com a estigmatização e as consequentes dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, ampliando a situação de marginalização e a chance de ocorrerem novos processos de criminalização.⁶⁵ Logo, por mais que o eficientismo componha a visão macrossistêmica, a implementação representou, sem dúvida, importante conquista na luta discursiva da criminologia crítica.⁶⁶

Em 2018, após cerca de três/quatro anos de publicações esforços contínuos e integrados, foi firmado o *Acordo de Cooperação técnica internacional* entre o CNJ e o PNUD para combater a superlotação carcerária e o encarceramento em massa (expressão utilizada de forma literal). Um dos frutos desse acordo é o objeto de pesquisa desse estudo. Lançado em julho de 2019, o Justiça Presente (hoje *Fazendo Justiça*), foi projetado para o fortalecimento do monitoramento e da fiscalização do sistema prisional e socioeducativo em nível nacional.

Importa-nos em especial o eixo 01 da política, que representa o combate ao hiperencarceramento através do fortalecimento das audiências de custódia. De acordo com as diretrizes do Programa, intenta-se racionalizar a porta de entrada do sistema prisional, que atualmente encontra-se em absoluto descompasso – tanto com os parâmetros internacionais como com a legislação doméstica -. Para melhor atender a essa demanda,

⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

⁶⁶ Outro importante avanço na adoção de novas narrativas institucionais para a política penal se deu no âmbito do Plano Plurianual 2016-2019 (PPA), lei de iniciativa do Executivo que define o planejamento governamental de médio prazo, estabelecendo diretrizes, objetivos e metas para a Administração Pública em períodos de quatro anos. Adotou-se como novo ponto de chegada, no que tange ao sistema de justiça penal, a diminuição do encarceramento em massa. Assim, a norma prevê hoje, como meta do MJ, “promover a redução do número de pessoas presas” (PPA 2016-2019, Meta 045J). No mesmo sentido seguiu a Política Nacional de Alternativas Penais, instituída mediante a Portaria n. 495 do Ministro da Justiça, de 28 de abril de 2016, consolidando princípios, finalidades e modelo de participação social da política que tem por objetivo “desenvolver ações, projetos e estratégias voltadas ao enfrentamento ao encarceramento em massa e à ampliação da aplicação de alternativas penais à prisão, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade”. Foi definida como meta a redução da taxa de pessoas presas em 10%, até 2019, conferindo medida concreta para a previsão já contida no PPA 2016-2019.

o projeto possui parceria também com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).

A iniciativa que se dedica a fortalecer as audiências de custódia busca é reduzir o número de prisões preventivas desnecessárias e o descongestionamento do sistema prisional, numa clara adequação às recomendações internacionais de combate ao encarceramento cautelar anterior ao julgamento.⁶⁷

É notório que o contingente de publicações científicas, parcerias, planejamentos estratégicos, manuais de atuação para agentes do Estado, grupos de especialização e aprendizagem e etc. precisa ser manejado por profissionais capacitados (o que, nos parece, é uma constante dentro da organização dessas instituições), mas também num Estado em que os demais mecanismos de implementação de direitos humanos também funcionem. No entanto, aguardar que as demais instâncias sejam bem sucedidas para então promover alterações, ainda que parcas, seria um contrassenso em uma federação específica como o Brasil, com tantas dificuldades históricas e contemporâneas.

Nesse sentido, perfilhamos da compreensão de Julita Lemgrumber⁶⁸ quando a autora, com sensatez, indica que “não podemos, simplesmente, ficar de braços cruzados. Homens e mulheres são condenados à prisão todos os dias”. A posição de Lemgrumber reflete o que o realismo marginal e a criminologia cautelar entender como partir da premissa da realidade (im) posta aos marginalizados, visando minorar o grau de vulnerabilidade a que são submetidos.

2.3 O programa fazendo justiça: política de redução de danos à luz da criminologia cautelar

Criminologia cautelar é a categoria trabalhada por Eugenio Raul Zaffaroni em “A palavra dos mortos: conferências de uma criminologia cautelar”, lançado em 2011,⁶⁹ obra que o autor classifica como continuidade de “Aproximacion desde una margen”, datada de 1987.

⁶⁷ Maiores considerações a respeito do desenho institucional, das publicações, das diretrizes e orientações normativas do eixo 1 do Fazendo Justiça serão abordadas no capítulo 4.

⁶⁸ LEMGRUBER, 1999, p. 161.

⁶⁹ ZAFFARONI, 2012.

A obra de 2011 reúne conferências de Zaffaroni a respeito de temas afetos à compreensão de como o século XX se transformou, após as grandes guerras, em uma fábrica de cadáveres.⁷⁰ Nesse sentido, com o olhar direcionado aos mortos do dia a dia, Zaffaroni esclarece: é preciso devolver a palavra a essas pessoas.

A obra do argentino se dedica então a uma questão-problema básica, qual seja:

é possível mudar a criminologia, o direito e o sistema penais e os modelos policiais para **prevenir, impedir ou moderar** a violência do poder e, em consequência, reduzir a punição ao estritamente necessário sem recorrer à fábrica de cadáveres? O autor pensa que sim, que há que fazê-lo e desenvolve a proposta de uma **criminologia cautelar**. (grifo nosso)

A partir do esforço teórico na construção de uma criminologia que acautele⁷¹ a produção massiva de cadáveres que o descontrole do poder punitivo é capaz de produzir, Zaffaroni esclarece que a cautelaridade, em sua visão, funciona como meio de escape à abstração e apego à concretude. Ele propõe que a função do criminólogo seja, preponderantemente, indagar como se pode, a curto e médio prazos, lidar com o aparato para procurar evitar que ele se desequilibre irremediavelmente. Nas palavras do autor:

Fugindo das abstrações, o mais concreto que encontramos são os cadáveres. Ao incorporar os massacres à criminologia abrimos os olhos a uma realidade cadavérica e os criminólogos não podem se permitir ao luxo de postergar-la enquanto se perdem em especulações sobre sociedades possíveis e culturas futuras, tarefa que, ademais, é levada a cabo por aqueles dotados de melhores armas intelectuais que nós.⁷²

Nesse sentido, Zaffaroni elenca três frentes à criminologia cautelar. A primeira é cumprir a função de monitoramento das condições sociais da criminologia midiática, ou seja, manter-se sempre atenta à quem são os *inimigos*⁷³ e como isso se constrói e desenvolve

⁷⁰ No século XX, contabiliza-se que tenham morrido quarenta milhões de pessoas na Primeira e Segunda Guerra mundiais e cem milhões de pessoas na segunda metade do século XX, por genocídios, fome, doenças e etc. (*Ibid.*, p. 14).

⁷¹ Origem no radical latino *keud*, que *preste atenção*.

⁷² *Ibid.*, p. 463.

⁷³ Teoria de de Gunther Jakobs, que estuda o indivíduo delinquente como objeto de tratamento inimigo da sociedade, não sendo, portanto, cidadão portador de direitos fundamentais. Sem muito esforço conseguimos compreender que a lógica pelo direito penal do autor, e pelo princípio da periculosidade em face da culpabilidade é recurso historicamente utilizados pelas elites dominantes para eliminar do espaço público todos aqueles considerados incompatíveis com o sistema (mendigos, desempregados,

socialmente. Em segundo lugar, está o papel de confrontação com a realidade dos danos e riscos sociais, tanto aqueles que a criminologia midiática inventa como aqueles que oculta.

Por último, a terceira e última frente é o da individualização das medidas adequadas para diminuir o dano real do delito e, principalmente, o número de cadáveres antecipados. Nas palavras do autor, trata-se de “acabar com as medidas contraproducentes ou inúteis, que são simbólicas ou sedativas da opinião pública e que acabam em papéis, para passar a apontar as medidas que têm verdadeira eficácia preventiva ou impeditiva e que são admissíveis em uma convivência democrática”.

Em síntese, as três principais frentes em que a criminologia cautelar deve operar são: (i) explorar quais são as condições sociais criadas que propiciam a criação midiática da paranoia securitária; (ii) confrontar permanentemente a realidade com os danos e riscos sociais e (iii) individualizar os meios adequados para neutralização dos riscos e danos sociais.

A partir do recorte da segunda e terceira frentes atribuídas à criminologia cautelar, pontuamos o que Zaffaroni inclui (sobretudo quanto à realidade brasileira) como necessidade urgente o rompimento com a compartimentação setorial das agências punitivas. Isso porque, até o momento já verificamos o diagnóstico de que poder punitivo tende a se descontrolar, escolhendo bodes expiatórios e lesando seus direitos humanos, mas não se pode olvidar a condição aviltante que as quais os próprios operadores das agências do sistema penal são submetidos.

Zaffaroni aponta o contato pessoal, o intercâmbio de experiências, a superação de desconfianças recíprocas como meios de amenizar a compartimentação absoluta que se instaurou nas agências punitivas dos sistemas penais, apontando o Brasil como o sistema punitivo mais compartimentalizado e fragmentado ao qual ele já teve conhecimento.

A urgência de envolver os atores e operadores penais na prevenção a massacres faz com que a criminologia cautelar tenha a necessidade de se transformar em criminologia

homossexuais, negros, indígenas, muçulmanos, estrangeiros e etc), o inimigo dependerá de quem estiver no poder, instabilidade que um Estado Democrático de Direito jamais poderia abarcar dentro de seus pressupostos da dignidade da pessoa humana. Ver mais em: JAKOBS, 2006, p. 79-81; MUÑOZ CONDE, 2005, p. 64-65.

de Estado. De acordo com Zaffaroni, trata-se de uma iniciativa de infraestrutura social. A respeito da convivência política entre a criminologia cautelar e midiática, Zaffaroni diz:

Assim como se manteve a iluminação a gás enquanto a rede elétrica ia se expandindo, ou com a tração animal enquanto a tração motor avançava, do mesmo modo os políticos podem continuar fazendo algumas prudentes concessões discursivas à criminologia midiática enquanto a criminologia cautelar vai sendo montada e a confrontação é posta em marcha, à medida em que ela se instala e o Estado vai dispondo dos elementos capazes de leva-la adiante.⁷⁴

Já na parte final, o autor argentino faz questão de frisar a distinção entre a criminologia cautelar de uma criminologia administrativa; a última, seria mais a representação de uma criminologia aplicada em que se utiliza conhecimento para prevenir o delito como abstração genérica ou como técnica preventiva policial. Já a criminologia preventiva (utilizada pelo autor com o mesmo sentido de *cautelar*) deve se preocupar com a aplicação científica de conhecimentos em ação constante, dirigida especificamente a evitar cadáveres e, ao mesmo tempo, deve ocupar-se também da redução dos níveis de violência social.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao conceber a criminologia como um rio e na aproximação pela margem, Zaffaroni conjectura os significados variados que as ideologias dos países centrais impõem à nossa periferia. Só poderíamos promover essa aproximação a partir da compreensão da “multiplicação latino-americana das perguntas centrais, somada à notória inferioridade no desenvolvimento teórico e nos recursos informativos disponíveis” e na dramaticidade do nosso cotidiano violento. No holocausto naturalizado do nosso dia-a-dia, o maior número de mortes é causado por agências do Estado, seja nas execuções policiais ou paramilitares (promovidas pelas milícias), seja pela ausência de políticas públicas eficientes que não protegerão crianças de mortes prematuras ou por ingestão de substâncias químicas em prol do sucesso do sistema capitalista neoliberal hegemônico.⁷⁵

⁷⁴ *Ibid.*, p. 473.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 100.

Em suma, o estudo criminológico que parte da materialidade empírica do capitalismo periférico é um esforço perene de emancipação dos indivíduos em situação de subalternidade estrutural e, por consequência, criminalização. Reduzir a vulnerabilidade dessas pessoas é o objetivo da criminologia realista marginal delineada por Raúl Zaffaroni no final do século XX. Trinta anos após ter escrito a obra a qual nos referimos, Zaffaroni esteve no Brasil (em 04 de março de 2020) para participar do seminário organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em especial, pelo Programa Fazendo Justiça, objeto do presente estudo.

Na comunicação verbal realizada no evento, Zaffaroni e o Prof. Dr. Mauricio Stegmann Dieter, da Universidade de São Paulo, realizaram colocações a respeito do sistema de justiça brasileiro, sendo que dentre as explanações realizadas, acreditamos que uma merece especial destaque, pois até agora não foi encontrada em nenhuma pesquisa escrita do autor que possa ser mencionada para fins científicos.

Para o Ministro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil não possui um Estado Penal; pelo contrário, o Brasil possui um sistema de falência absoluta da capacidade do Estado de gerenciar o sistema punitivo. Zaffaroni avalia que no Brasil, as agências punitivas são especialmente desorganizadas em termos institucionais; cada uma promove sua ideologia, sua operacionalidade, suas lacunas. A compartimentalização absoluta entre as agências brasileiras, para Zaffaroni, é a maior do mundo. O autor oferece um diagnóstico acerca da ausência de um discurso de justificação que promova algum grau de homogeneidade entre esses órgãos e poderes e esse desequilíbrio fortalece a expansão do poder punitivo na América Latina e no Brasil especificamente.

4. REFERÊNCIAS

ACOMPANHANDO a Agenda 2030. PNUD Brasil. UNDP. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/acompanhando-a-agenda-2030.html>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção – Homo sacer II*. 2. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

_____. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ALEIXO, Klelia Canabrava; PEREIRA, Henrique Viana. *Para além das ambivalências: por uma política criminal desencarceradora*. Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito, v. 7, n.13, set-dez. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, M. V. Um mar da cor da terra. In: *A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista *Seqüência*, n. 52, jul. 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Editora Revan: Rio Janeiro, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. *Principios de derecho penal mínimo*. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. Revista *Doutrina Penal*. n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *Criminologia e política criminal*. Revista *Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro: v. 1. n., 2, julho/dezembro, 2009.

BRAITHWAITE, J. *El Nuevo Estado Regulador y la Transformación de la Criminología*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. v. 7, n. 13, 2002, p. 43-74.

BRASIL. *A implementação da Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas no Brasil: Análise crítica sobre o uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento da pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

_____. *Departamento Penitenciário Nacional*. 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

_____. *Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CARVALHO, Salo. *Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento*. Revista científica dos estudantes de direito da UFRGS. Porto alegre, v. 2, n. 2, novembro de 2010.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade. *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163. 2017.

_____. Medidas provisórias a respeito do Brasil. *Assunto do complexo penitenciário de curado*. Resolução de 28 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

CNJ; PNUD. *Fortalecimento do Monitoramento e da Fiscalização do Sistema Prisional e Socioeducativo*. Disponível em: <https://info.undp.org/docs/pdc/Documents/BRA/PRODOC_CNJ_final.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

DARKE, Sacha. *Conviviality and Survival*. Co-Producing Brazilian Prison Order. [Kindle]. Londres: Palgrave, 2018.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIETER, M. S. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese Apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 38. Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GARLAND, D. *Penal modernism and postmodernism*. In: *Punishment and Social Control*. New York: Aldine de Gruyter, 2004.

_____. *The Culture of Control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: LUAM, 1993.

ILANUD, Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*. Relatório Final de Pesquisa, 2006.

IPEA – *Atlas da Violência* v.2.6.4 – Mapa. Ipea.gov.br. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en Derecho? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Orgs.). *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, ICC/Relume Dumara, v. 1, 1º sem. 1996.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. *PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil*. Rev. bras. segur. pública. São Paulo v. 11, n. 2, 10-29, Ago/Set 2017.

MULLER, Pierre. *A Análise das Políticas Públicas*. Traduzido por Agemir Bavaresco, Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Tradução de Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLMO, Rosa Del. *Ruptura Criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela/ Ed. De em Biblioteca, 1975.

ONU. *Brasil recebe centenas de recomendações para combater violações aos direitos humanos*. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/76511-brasil-recebe-centenas-de-recomendacoes-para-combater-violacoes-aos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

PIMENTA, Victor Martins. *Fundamentos para a política penal alternativa*. Aracê – Direitos Humanos em Revista, ano 4, número 5, fev. 2017.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Direitos Constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PNUD. Programa das nações unidas para o desenvolvimento. *Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/projects/Fortalecimento-Gestao-sistema-Prisional.html>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

REBELIÃO em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM. Amazonas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSCHE, George; KIRCHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan,

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. In: PENÃ, Guilherme. *Readequação constitucional do Estado moderno Transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI*. 3. ed. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2004.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando Tráfico: pânico moral e estado de negação na formatação do papel do juiz no grande encarceramento*. 2019. 526 p. Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SERRANO, S.; VÁZQUEZ, D. Fundamentos teóricos de los derechos humanos. En: CDHDF. Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos. Fase de inducción. México: CDHDF. p. 205-268. In: VAZQUEZ, D.; DELAPLACE, D. *Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 8, n. 14, jun. 2011.

SOUZA, Jessé. *(Subcidadania) e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade periférica*. Política e Trabalho, João Pessoa, UFPB, v. 22, abr. 2005.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

SOZZO, Máximo. *Metamorfosis de la prisión?* Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. Buenos Aires: MIMEO, 2007.

UOL. *Em discurso agressivo, Brasil abandona diplomacia e ataca relatores da ONU*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/04/30/em-discurso-agressivo-brasil-abandona-diplomacia-e-ataca-relatores-da-onu.htm>>. Acesso em: 18 set. 2020.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Coordenadores Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Criminología, aproximación desde um margen*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, editora Revan, 2010.

_____. Seminário – *Judiciário, sistema penal e sistema socioeducativo: questões estruturais e mudanças necessárias*, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Programa Fazendo Justiça. Data: 3 de março de 2020. Brasília (comunicação oral). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EferoVfyVBA&list=PLSaWDH4NhriaBssk9f81tABYNUfkFsURw&index=5&t=9192s>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

ZERBINI, M. S. *Das audiências de custódia: aspectos constitucionais, penais, econômicos, e iminentes*. Idp.edu.br, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2369>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GT 7

Justiça Juvenil

Apresentação oral

**A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E A PSIQUIATRIZAÇÃO DA
JUVENTUDE NO BRASIL**

*COMPULSORY TREATMENT AND PSYCHIATRIZATION OF YOUTH IN
BRAZIL*

Alana Katiúscia Schütz da Silva

Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES/PROSUC. Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá/CERS. Advogada. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas.
E-mail: alana.schutz@hotmail.com

Ney Fayet de Souza Junior

Doutor (2005) em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre (1999) em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com Pós-Doutorado (2013) em Criminologia pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) e em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2013). Professor de Direito Penal e Criminologia (graduação, mestrado e doutorado) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.
E-mail: neyjr@fayet.adv.br

Resumo: No momento em que se trabalha na desinstitucionalização de usuários do sistema de saúde mental, bem como das suas conexões com a justiça, é possível confrontar-se com o campo da infância e juventude em processos que caminham para lados opostos quando se fala em Estatuto da Criança e do Adolescente e Políticas de Saúde Mental. Dessa forma, o controle social dos adolescentes autores de ato infracional feito pelo Estado mostra, além dos processos de criminalização, discriminação e seletividade, crescentes

processos de psiquiatrização desses jovens. O Poder Judiciário tem, nos últimos anos, determinado a interdição civil e posteriormente a internação compulsória com o fim de justificar a conservação de adolescentes infracionalizados e de adultos que cometeram atos infracionais quando adolescentes em estabelecimentos que supostamente oferecem um tratamento. Assim, o presente trabalho procurou responder: como os adolescentes autores de ato infracional acometidos de sofrimento psíquico vêm sendo estigmatizados como um problema social, associado à patologia e à criminalidade, com o uso da internação compulsória para mantê-los institucionalizados? De forma geral, observou-se os conflitos que a psiquiatrização vêm alocando ao campo social por meio de determinadas lógicas de poder, principalmente pela conjuntura entre sofrimento psíquico e criminalidade na adolescência. Assim, foi utilizado o método indutivo, com levantamento bibliográfico e análise de leis e projetos de leis sobre o assunto abordado que confirmou a hipótese de que a solicitação de perícias psiquiátricas estão se tornando recorrentes pelo Poder Judiciário quando se fala em adolescentes em conflito com a lei, com intuito de averiguar o seu suposto grau de periculosidade, onde esta “solução” encontrada faz com que o ato infracional cometido seja o sintoma de uma doença, em um contexto no qual defesa destes adolescentes se torna quase inviável.

Palavras-chave: Adolescentes; Internação compulsória; Psiquiatrização.

Abstract: When working on the deinstitutionalization of users of the mental health system, as well as their definitions with justice, it is possible to confront the field of childhood and youth in processes that go to opposite sides when talking about Statute of Children and Adolescents and Mental Health Policies. In this way, the social control of adolescents who committed an infraction by the State shows, in addition to the processes of criminalization, discrimination and selectivity, growing processes of psychiatry of these young people. The Judiciary has, in recent years, determined civil interdiction and subsequently compulsory treatment in order to justify the preservation of violated adolescents and adults who committed infractions when adolescents in specifications that supposedly compatible a treatment. Thus, the present work answers: how do adolescent authors of an infraction affected by psychic suffering supplied being stigmatized as a social problem, associated with pathology and crime, with the use of compulsory treatment to make them institutionalized? In general, we observed the conflicts that psychiatrization

has been allocating to the social field through certain logics of power, mainly due to the conjuncture between psychological suffering and criminality in adolescence. Thus, the inductive method was used, with bibliographic survey and analysis of laws and draft laws on the subject addressed, which confirmed the hypothesis that the request for psychiatric expertise is recurring by the Judiciary when talking about adolescents in conflict with the law, in order to ascertain its supposed degree of dangerousness, where this “solution” found makes the infraction committed to be the symptom of a disease, in a context in which the defense of these adolescents becomes almost unfeasible.

Keywords: Adolescents; Compulsory treatment; Psychiatrization.

Sumário: Introdução. 1. A internação compulsória: reflexões legais e socioculturais. 2. A patologização do adolescente no Brasil. 3. A internação compulsória como medida para manter adolescentes autores de ato infracional acometidos de sofrimento psíquico institucionalizados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem, nos últimos anos, determinado a interdição civil e posteriormente a internação compulsória com o fim de justificar a conservação de adolescentes infracionalizados e de adultos que cometeram atos infracionais quando adolescentes em estabelecimentos que supostamente oferecem um tratamento, mas na prática são verdadeiras prisões, contrariando mais uma vez o ordenamento jurídico e retornando à legislação da situação irregular.

Dessa forma, a presente pesquisa tem por objetivo observar os conflitos que a psiquiatria vem alocando ao campo social por meio de determinadas lógicas de poder, principalmente pela conjuntura entre sofrimento psíquico e criminalidade na adolescência. Assim, o trabalho buscará responder: como os adolescentes autores de ato infracional acometidos de sofrimento psíquico vêm sendo estigmatizados como um problema social, associado à patologia e à criminalidade, com o uso da internação compulsória para mantê-los institucionalizados?

Para isso, primeiramente será feita uma breve abordagem sobre a internação compulsória com as reflexões legais e socioculturais, considerando ser um instituto criado para tratamento de dependentes químicos. Posteriormente será feita uma abordagem quanto à patologização de adolescentes que cometem ato infracional, com a correlação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e Políticas de Saúde Mental. Por fim, uma análise da internação compulsória como medida utilizada pelo Poder Judiciário no Brasil para manter adolescentes em conflito com a lei acometidos de sofrimento psíquico institucionalizados.

Assim, será utilizado o método indutivo, com levantamento bibliográfico e análise de leis e projetos de leis sobre o assunto abordado para confirmar ou rejeitar a hipótese de que a solicitação de perícias psiquiátricas estão se tornando recorrentes pelo Poder Judiciário quando se fala em adolescentes em conflito com a lei, com intuito de averiguar o seu suposto grau de periculosidade, onde esta “saída” encontrada faz com que o ato infracional cometido seja o sintoma de uma doença, em um contexto no qual defesa destes adolescentes se torna quase inviável.

1. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA: REFLEXÕES LEGAIS E SOCIOCULTURAIS

No decorrer dos anos, o modo como as drogas foram tratadas foi se modificando ao redor do mundo, desde que a fabricação, o consumo e a comercialização começaram a ser restringidos (RUIZ; MARQUES, 2015, p. 01).

Considerando que não se conseguiu eliminar a utilização, bem como a proliferação das drogas, foi necessário dar uma resposta a este cenário e isto foi feito com a internação dos usuários. As internações sempre foram consideradas como um modo de reclusão, exclusão e asilamento, com denúncias de maus tratos e por serem consideradas uma forma de institucionalização dos que eram tratados como desviantes para o convívio em sociedade.

Seguindo a contextualização histórica proposta, a loucura passa a ser tratada como doença que posteriormente precisa ser curada ou pelo menos necessita de maiores cuidados. E é com a classificação de doença mental que os usuários de drogas passam a ser caracterizados desde 1893 até os dias atuais, sofrendo

influências que antes eram ditas e vinculadas somente aos loucos (WURDIG; MOTTA, 2014, p. 438).

A Lei n. 10.216/2001 (BRASIL, 2001), considerada marco da Reforma Psiquiátrica no Brasil, deu visibilidade e até mesmo “humanidade” para os pacientes usuários do sistema de saúde mental, de forma que regulamentou serviços de assistência psiquiátrica, dentre eles, a internação involuntária, voluntária e compulsória.

Mesmo que a referida Lei tenha visto o paciente de forma humanizada, a melhor forma de tratamento e os tipos de internação – e aqui se destaca a internação compulsória – ainda dividem opiniões, uma vez que

para alguns, a imposição da obrigatoriedade em saúde, serve tão somente para camuflar os problemas sociais, enquanto fere o direito de liberdade, para outros significa proteger a vida de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) (RUIZ; MARQUES, 2015, p. 02).

Até pouco depois da promulgação da Lei n. 10.216/2001, duas Leis eram responsáveis por reger aspectos relacionados às drogas, com um viés proibicionista: Lei n. 6.368/1976 substituída, posteriormente, pela Lei n. 10.409/2002. Após, ocorreram algumas alterações com o objetivo de terminar com o panorama opressor quanto às drogas e dar prioridade à dignidade humana. Então foi criada a Lei n. 11.343/2006 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), com o intuito de “articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas” (BRASIL, 2006).

Ocorre que, a Lei n. 11.343/2006 acabou por deixar punição mais severa ao usuário e abrandar a situação dos traficantes e responsáveis pela distribuição de substâncias ilícitas. O diploma legal afastou os termos legais aquele que faz o uso de entorpecentes ocasionalmente com o que comercializa, “a diferenciação entre ambos lançou novas concepções de intervenções, com a inserção de medidas educativas e exclusão da pena privativa de liberdade, não dispondo de qualquer previsão de internação de usuários” (RUIZ; MARQUES, 2015, p. 3). Porém, a Lei ainda criminaliza esta conduta, o que gera

debates a respeito de sua eficácia, considerando que o paciente não necessita de punição, mas sim de tratamento.¹

Nesse ínterim, a Lei de Drogas é controversa, considerado que em parte se mostra compassiva sobre a redução de danos, com numerosos artigos ressaltando a ligação entre políticas públicas de drogas com saúde pública, porém, por outro lado, passa a corroborar a política repressiva e punitiva do combate às drogas.

Forçoso observar que a internação compulsória introduziu a partir do ‘crack’, especialmente nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro – partindo de iniciativas de internação compulsória em massa – uma inversão do que está previsto da Lei n. 10.216/2001, que passou a ser utilizada para legitimar práticas asilares.

A Lei n. 10.216/2001, foi responsável por promover um tratamento mais humanizado aos pacientes, em conformidade com os direitos humanos. O objetivo foi irromper o histórico de internações de portadores de sofrimento psíquico em instituições totais e de denúncias de maus tratos, mortes e de internações vitalícias em hospitais psiquiátricos e similares.

De maneira geral, a Reforma Psiquiátrica pode ser considerada um movimento de resistência e de luta antimanicomial, para a qual a internação compulsória cumpre uma função de identificar perigosos e anormais e assim estabelecer o diagnóstico, a conduta terapêutica e a penalidade.

No contexto atual da última década, em virtude do “fenômeno do crack” a legislação da RP tem sido utilizada para justificar a internação de usuários de drogas, contrariando a tentativa progressista contida em sua origem. Ocorre, então, o uso de aspectos dessa lei para justificar o procedimento de IC, equiparando-se o usuário de drogas a um portador de transtorno mental grave, baseado em laudo médico que ateste tal situação clínica, cabendo ao juiz, posteriormente, a decisão (AZEVEDO; SOUZA, 2017).

¹ A punição pode ser visualizada no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006: “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: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

É perceptível a contradição na complexa situação social no Brasil, onde um artigo da Lei de Reforma Psiquiátrica é utilizado como um dos componentes de uma prática sobre a população, fixado em preceitos de higienização social e de exclusão.

Quando se fala em internação compulsória e as consequências de não permitir a obrigatoriedade do indivíduo a uma intervenção médica ou a um tipo de tratamento, resta às autoridades a limitação do seu poder preventivo e repressivo, pois não podem exceder o que a legislação os autoriza.

Diante disso, observa-se que, de acordo com os objetivos demonstrados da Lei de Drogas, é indiscutível a importância de incentivo de programas, sem somente recorrer à internação/institucionalização, mas também à prevenção e ao cuidado.

A internação compulsória está prevista no artigo 6º, inciso III, da Lei n. 10.216/2001, como sendo a internação determinada pela justiça (BRASIL, 2001). Ainda, nos termos do artigo 9º, é determinado que o juiz competente deve considerar, a seu critério, as condições de segurança do estabelecimento de internação, para salvaguardar a integridade do paciente, dos demais internados e funcionários.

A internação foi criada para intervir na crise, especificamente quando o indivíduo estiver colocando em risco a sua vida e a de outras pessoas. Não são encontradas ressalvas quando se refere à internação voluntária, porém, é amplamente questionável a aplicabilidade dos tratamentos obrigatórios ao dependente químico. As críticas são por conta do paradoxo que apresentam, por um ângulo intentam proteger a vida, mas, por outro constituem violação da liberdade e punição (RUIZ; MARQUES, 2015, p. 06).

O uso da internação compulsória como meio para tratamento de dependência química, ainda é considerado um tabu na sociedade, pois se observa um paradoxo no seu conceito na medida em que é configurada para proteger um indivíduo de si mesmo e dos danos que pode causar a outros, bem como possibilitar o acesso aos serviços de saúde mental, porém é criticada por indicar uma espécie de punição no lugar de um tratamento, ferindo o direito de liberdade do paciente (SCISLESKI; MARASCHIN; SILVA, 2008).

2. A PATOLOGIZAÇÃO DO ADOLESCENTE NO BRASIL

O tema aqui tratado sobre a internação de adolescentes para tratar uma possível patologia por ordem judicial, carece de estudos ainda hoje no área do Direito. Os trabalhos

que trazem como temática a infracionalização nem sempre abarcam questões de políticas públicas de saúde.

Há alguns anos se presencia um processo de judicialização e patologização de determinados jovens perante a sua categoria social. Acredita-se que esse processo é sustentado pela intersecção dos saberes jurídicos e médicos, que se manifesta no encaminhamento de jovens à internações psiquiátricas por meio de decisão judicial. Importante salientar a predominância da ordem judicial com uma medida destinada à internação de jovens usuários de drogas, o que mostra que este jovem recebe além de tratamento médico um tratamento jurídico.

No momento em que se trabalha na desinstitucionalização de usuários do sistema de saúde mental, bem como das suas conexões com a justiça, é possível confrontar-se com o campo da infância e juventude em processos que caminham para lados opostos quando se fala em Estatuto da Criança e do Adolescente e Políticas de Saúde Mental. Dessa forma, o controle social dos adolescentes autores de ato infracional feito pelo Estado mostra, além dos processos de criminalização, discriminação e seletividade, crescentes processos de psiquiatrização desses jovens.

O uso de drogas é entendido nos dias atuais como um sofrimento psíquico e que tem seu tratamento juntos aos sistemas que prestam serviços de saúde. Isso faz com que seja possível perceber o efeito da Psicologia pelas mudanças que são feitas pelo Direito nas Leis.

Mesmo que há distinção no destino do que é considerado traficante e do que é considerado usuário, sendo o primeiro destinado à prisão e o segundo a prestar serviços comunitários e encaminhado a serviços de saúde, quando se fala em adolescentes estes estão ocupando o lugar de portadores de sofrimento psíquico e ainda são estigmatizados como criminosos em virtude de uma suposta patologia.

Essa justificativa associa-se a produções dos campos de saber sobre adolescentes em situação de vulnerabilidade social, que são descritos como imediatistas e sem perspectivas de futuro, tendo em vista o risco de morte que se faz presente no cotidiano. A própria condição adolescente é investida nas produções do campo psi como impulsiva e inconsequente. Somam-se a isso as afirmações sobre o descontrole e a fraqueza frente à potência da droga e de seus efeitos durante o uso e em períodos de abstinência (REIS; GUARESCHI, 2016, p. 95-96).

É o próprio caminho que o adolescentes percorre dentro do sistema de controle que faz com ele seja visto como alguém socialmente perigoso e que não tem o perfil para ser sujeito a algum tratamento ou reabilitação, fazendo com que ele se torne intratável e, por isso, perigoso.² Esta noção de periculosidade se aproxima de uma incontrollabilidade do sujeito em razão do perigo por parte do sistema.

No campo da saúde coletiva pode-se observar que muitas são as estratégias utilizadas como de cuidado, mas que também podem ser entendidas como de controle por parte do Estado em relação ao adolescente. O uso de drogas por parte deste público difere entre as classes pobres e as classes ricas, onde as primeiras se vinculam ao tráfico e ao uso, por não existirem muitas opções para outros domínios sociais, ao tempo em que as classes ricas utilizam da droga como um elemento de consumo.³

Bentes (1999) mostra a interferência do Direito no campo da saúde, fazendo seu estudo a partir desta problemática. Em seu trabalho analisou o crescente encaminhamento de adolescentes para internações psiquiátricas por ordem judicial na cidade do Rio de Janeiro. O estudo mostrou como as instituições jurídicas atuam e interferem quando se fala em saúde psíquica de adolescentes, de modo que, passa a ser uma via importante de acesso à internações psiquiátricas. Ainda, a autora mostrou em sua pesquisa a diferença não só no perfil das crianças e adolescentes encaminhados pelo Judiciário em relação àqueles que não são, mas também no modo como eles são tratados pela própria equipe do sistema de saúde mental durante a sua internação psiquiátrica. Além disso, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, que deveria servir para proteger esses jovens, é utilizado como justificativa para o encaminhamento judicial para as internações psiquiátricas.

Com a determinação judicial para encaminhas adolescentes para internações psiquiátricas, nota-se que há uma articulação entre o Direito e a Psiquiatria quanto ao consenso sobre as medidas a serem tomadas em relação aos adolescentes em situação de

² Discursividade “renovada”, portanto, quanto à periculosidade: o adolescente com transtorno de personalidade será visto como portador de um “risco perigo”, que deve ser tratado em unidade especializada, conforme preconiza o paradigma da proteção integral (e assegurado seu direito ao tratamento em saúde mental) (VICENTIN; GRAMKOW; ROSA, 2010, p. 66).

³ Destaca-se aqui quem em momento algum se nega que as classes com maior poder aquisitivo não traficam, mas sim como o sistema punitivo seleciona e estigmatiza de acordo com a classe social.

vulnerabilidade social. A decisão judicial aponta para um efeito de uma legitimação da antiga legislação menorista que os colocava em uma posição desacreditada.

Com isso, constatamos que os adolescentes são encaminhados à internação psiquiátrica por vias que já refletem um reconhecimento simbólico anterior: o descrédito social, a situação de marginalidade. O diagnóstico que recebem produz, através da relação entre a medicina e a justiça, a legitimidade necessária para justificar o lugar em que os jovens estão e como eles são tratados socialmente (SCISLESKI; MARASCHIN, 2008, p. 463).

A decisão judicial que encaminha o jovem à internação psiquiátrica, mesmo sendo um instrumento da área jurídica é também uma produção da área médica, tendo em vista que, com certa frequência, a decisão é embasada em pareceres médicos após perícias psiquiátricas. Do mesmo modo que a área hospitalar, sendo o lugar do exercício médico, não pode ser visualizada como exclusiva desses profissionais, considerando que o adolescente só é admitido por decisão judicial. Dessa forma

o que percebemos que está em jogo no procedimento do encaminhamento compulsório é a articulação dessas áreas de conhecimento para constituir e legitimar um consenso a respeito de uma intervenção destinada a uma categoria social, qual seja, a de adolescentes em situação de marginalidade social (SCISLESKI; MARASCHIN, 2008, p. 462).

É possível perceber que, mesmo com a o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio para defender os direitos das crianças e adolescentes, numerosos são os discursos que defendem a redução da maioridade penal. Propostas de alteração do Estatuto vem sendo discutidas desde a sua criação, até mesmo para criar simulacros de medidas de segurança no referido diploma legal. É nesse contexto que a dissociação cruel entre a lei e o tratamento que é dado aos adolescentes que existe a lacuna para intervenções que reproduzem a discriminação, seletividade e estigmatização.

A ordem judicial e a internação psiquiátrica, dentro de uma perspectiva política de “apagar incêndios”, é ineficaz como possibilidade de tratamento que vise à inserção social dos jovens. Pelo contrário, em vez de possibilitar uma abertura que os faça sair de um circuito marginal, essa prática da internação pela determinação judicial convoca sempre os mesmos tipos: adolescentes pobres e em conflito com a lei, com vivências marginais. Nessa parceria, o tratamento oferecido é um tratamento absolutamente moral (SCISLESKI; MARASCHIN, 2008, p. 462).

Esse processo de internação compulsória, somado à categoria que legitima lógicas de poder quanto ao adolescente, passa a fazer parte do dia-a-dia de muitos jovens no tempo em que são estigmatizados como pessoas que precisam de um acompanhamento profissional para viver livremente, ante a uma suposta patologia a eles atribuída.

3. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA COMO MEDIDA PARA MANTER ADOLESCENTES AUTORES DE ATO INFRACIONAL ACOMETIDOS DE SOFRIMENTO PSÍQUICO INSTITUCIONALIZADOS

Apesar de várias justificativas embasarem as proposições para alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente desde a sua criação, chama-se atenção aqui para aquelas em que os discursos se inclinam para o sentimento de medo, ao tempo em que são acompanhados pela forte pressão midiática e clamor social. Dentre os casos em que geraram grande repercussão tanto midiática quanto social, destaca-se aqui o caso de Roberto Aparecido Alves Cardoso, mais conhecido como Champinha.

Em 2003, Champinha sequestrou e assassinou o casal Liana Friedenbach (16 anos) e Felipe Caffé (19 anos), em Embu-Guaçu, região metropolitana de São Paulo. O casal tinha ido acampar quando foi surpreendido por Champinha e outro comparsa que tentaram rouba-los. Como não encontraram dinheiro, decidiram por sequestrar o casal com a ajuda de mais três pessoas, matando Felipe e mantendo Liana em cárcere privado, além de todos a estuprarem por três dias antes de a matarem (BUDÓ, 2015).

Champinha à época do crime tinha 16 anos, sendo o único inimputável dentre as pessoas envolvidas, motivo pelo qual foi internado na Fundação CASA, em São Paulo. Após cumprir três anos de medida socioeducativa de internação, e antes que terminasse o prazo, para garantir sua privação de liberdade foi determinada a aplicação de uma medida protetiva, visto o laudo psiquiátrico feito o qual atestou que Champinha tinha um transtorno de personalidade perigoso. Antes de completar 21 anos foi interditado civilmente através de um pedido do Ministério Público e internado compulsoriamente em 2006 na Unidade Experimental de Saúde (UES), onde está até hoje sem ter cometido novo ato infracional (BUDÓ, 2015).

O caso de Roberto Aparecido Alves Cardoso estampou diversas manchetes em jornais de grande circulação no Brasil, a exemplo do jornal “O Estadão”:

Imagem 1 – Notícia “O Estadão”

Polícia acha corpo do estudante no Embu

Namorada ainda está desaparecida; adolescente suspeito é detido

MARCELO GODOY

Um adolescente de 17 anos confessou à polícia que matou a tiros o estudante Felipe Silva Caffé, de 19 anos, e levou os investigadores de Embu-Guaçu, na Grande São Paulo, até o local em que disse ter deixado o corpo. Era um penhasco no meio da mata, a cerca de 2 quilômetros do sítio abandonado na vizinha cidade de Juquitiba, onde Caffé e sua namorada Liana



Felipe Caffé: marca de tiros

Segundo o delegado Silvio Balangio Junior, titular da Delegacia Seccional de Taboão da Serra, o adolescente preso afirmou ter agido em companhia de outro homem, conhecido como Pernambuco. Ele afirmou não saber o que aconteceu com a jovem, pois Liana “ficou” com seu companheiro enquanto ele “ficou com Caffé”. A polícia não sabe se ele está dizendo toda a verdade.

O acusado seria usuário de drogas e, segundo o delegado, uma pessoa conhecida dos policiais de Embu-Guaçu. “Foi o comportamento dele que despertou as suspeitas dos investigadores da cidade”, afirmou. Segundo ele, todos os indícios mostram que o corpo encontrado, com marcas de tiros, é mesmo o do adolescente, mas uma identificação definitiva só será possível no Instituto Médico-Legal (IML).

Após sair de casa, Liana disse aos pais que ia viajar com uma amiga para Ilhabela. Em casa, o rapaz deu o endereço certo – o Sítio do Lú, em Juquitiba –, mas não disse que viajaria com a namorada. A barraca dos dois foi achada pelo pai de Liana, Ari Friedenbach, na madrugada de segunda-feira da semana passada. Na sexta-feira, a polícia havia suspenso as buscas. Elas foram reiniciadas ontem. Segundo a polícia, nenhum pedido de resgate de Liana foi feito à família.



O casal, na delegacia de Porto Seguro: fim de 11 dias de aventura

Casal de namorados que sumiu no Rio é encontrado na Bahia

Garota de 14 anos e o garçom Wander Rimorini, de 19, estavam em Porto Seguro

BIAGGIO TALENTO

SALVADOR – A aventura do casal de adolescentes L.A., de 14 anos, e Wander Alves Rimorini, de 19, que fugiu do município de Visconde de Mauá, no Rio, dia 30 de outubro, acabou na noite de anteontem, em Porto Seguro. A dona da pousada onde os dois estavam hospedados os reconheceu ao assistir a uma reportagem sobre o caso no Fantástico, exibido pela Rede Globo.

Os três acompanhavam o programa na mesma sala e, nervoso, o casal fugiu deixando a bagagem, mas a dona da pousada avisou a polícia. Eles foram encontrados às 23 horas, tentando pegar um ônibus para o vizinho município de Eunápolis. A dona da pousada ainda tentou, sem sucesso, convencê-los a falar com a mãe da garota.

Havia três anos Rimorini era garçom na pousada Terra da Luz, em Mauá, pertencente à mãe da adolescente, a empresária Cláudia Adriana Fontes Borges. O casal namorava com o consentimento de Cláudia, mas Rimorini convenceu L.A. a fugir para conhecer o Nordeste e “viver uma vida de liberdade”.

O casal partiu sem avisar ninguém, levando o Land Rover da família, cartões de crédito, R\$ 1.100,00 em dinheiro. Eles seguiram para a Bahia, mas o carro foi apreendido numa barragem da polícia rodoviária em São Mateus, no Espírito Santo, pois Rimorini não tem habilitação. Com o imprevisto, eles foram de ônibus até Porto Seguro.

Desculpas – Enquanto as famílias procuravam os jovens, eles faziam passeios de escuna e visitavam cachoeiras. “Foram 11 dias de martírio”, disse a mãe de L., pouco antes de embarcar para Porto Seguro, na tarde de ontem, em companhia do delegado Wagner Seixas, que apura o caso. Segundo ele, Rimorini responderá pelos crimes de rapto consensual e furto qualificado pelo abuso de confiança. Se condenado, pode cumprir pena de 11 anos.

Antes de falar com Cláudia, o rapaz afirmou à reportagem do Estadão que tinha planos de avisá-la só após 30 dias. “Pretendíamos correr o litoral e depois nos estabelecer em algum lugar. Vou pedir desculpas para Cláudia. Nós tínhamos uma relação muito boa, não sei o que vai acontecer agora.” Ele garante, porém, que não está arrependido. “Só não imaginávamos que isso seria tão exageradamente divulgado como foi.”

VIOLÊNCIA

Exame de DNA é prova contra ex-policial civil

Acusado de matar garota de 16 anos, cujo corpo nunca apareceu, é julgado em Brasília

DENÉTRIO WEBER

BRASÍLIA – Tendo como base um exame de DNA, começou ontem em Brasília o julgamento do ex-policial civil José Pedro da Silva, acusado de matar a estudante Michelle de Oliveira Barbosa, em 1998, quando ela tinha 16 anos, e ocultar o cadáver. Partículas de sangue retiradas do porta-malas do carro de Silva foram identificadas como de Michelle, num exame cujo grau de certeza estatística é inferior a 80%. O réu nega o crime, mas a acusação sustenta que o conjunto de indícios contra o ex-policial é mais forte que o DNA.

Segundo testemunhas, Michelle e Silva mantinham um romance – ignorado pelos pais da vítima – e ela estaria grávida. A estudante foi vista pela última vez no dia 10 de julho. O corpo nunca foi achado.

Uma segurança da companhia telefônica de Brasília a viu entrar num Omega dirigido por um homem cuja descrição bate com a de Silva. O ex-policial era amigo dos pais de Michelle e cunhado de uma tia da menina. O julgamento começou às 9h30. Só o interrogatório de Silva demorou cerca de seis horas. A expectativa do promotor Valente é de que o veredicto fosse dado só na madrugada de hoje.

Os pais e o irmão de Michelle acompanharam o depoimento de Silva sentados na primeira fila do auditório. “A Justiça não vai trazer a minha filha de volta, mas deve ser feita” desabafou o pai da menina, o fotógrafo Givaldo Barbosa.

O advogado de defesa, Edmilson Meneses, disse que não há provas do crime. Silva acusou a polícia de plantar provas contra ele e negou ter tido romance com a garota. Em seu celular, porém, há registro de ligações para a casa de Michelle.

O alibi apresentado pelo ex-policial caiu por terra. Isso porque ele afirmava estar na companhia do amigo e sócio Alfredo Oliveira Filho, o Balano. O amigo, no entanto, negou.

Dois aviões são roubados em Corumbá

Dois aviões da empresa VISA Taxi Adreio, prefixos PT-BGG e PR-LMB, foram roubados na madrugada de ontem de uma pista particular, em Corumbá, Mato Grosso do Sul, fronteira com a Bolívia. Segundo a polícia, oito homens invadiram a pista e dominaram dois vigias que estavam no local, às 23 horas de anteontem. Os ladrões passaram horas preparando os aviões e só decolaram às 4h15 de ontem. Os dois aparelhos estão avaliados em US\$ 300 mil, pela empresa. É o segundo caso do gênero este mês no Estado.

Servidores fazem protesto por mais verbas em Itu

Os 3.500 funcionários da prefeitura de Itu, na região de Sorocaba, paralisaram o trabalho ontem em protesto contra o fato de a Câmara não ter aprovado um projeto de lei de suplementação de verbas orçamentárias. Apenas a coleta de lixo, que é terceirizada, e o plantão médico estavam funcionando. A tarde, cerca de 1.500 servidores foram para a frente do prédio da Câmara pressionar os vereadores a votarem o projeto que remaneja R\$ 5,8 milhões no orçamento municipal.

Amotinados mantêm reféns por mais de 24 h

Os 673 presos do Centro de Remanejamento de Presos (Ceresp) de Betim, em Minas, mantinham até o início da noite de ontem duas pessoas como reféns numa rebelião que já durava 24 horas. No fim da tarde, um termo de negociação foi assinado entre dois representantes dos presos e uma comissão formada por um promotor, o diretor do presídio, Polícias Militar e Civil. Pelo termo, os dois reféns seriam soltos para que as principais reivindicações dos amotinados fossem atendidas.

Governador aprova lei para cães violentos

O governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, promulgou ontem a lei que estabelece regras de segurança para a posse e condução de cães considerados violentos. A partir de agora, quem sair às ruas com animais das raças pit bull, rottweiler e mastim napolitano terá de levar os cães com guia curta de condução, enforcador e focinheira. Quem descumprir a lei está sujeito a multa no valor de 10 Ufesp (o equivalente a R\$ 114,90). O regulamento da lei vai definir quem fará a fiscalização do uso dos acessórios.

Mulheres são presas ao enviar droga por Sedex

A polícia de Franca, na região de Ribeirão Preto, prendeu três mulheres, no sábado, por tráfico de drogas. Ana Paula Prado Ferreira Rosato, de 23 anos, está grávida de sete meses; as outras duas são Laura Vieira Lucas, de 19 anos, e sua mãe, Mara Aparecida Lucas, de 46. Elas usavam correspondência via Sedex para enviar cocaína para outra cidade. A droga tinha como provável destino um presídio, em São José do Rio Preto. As mulheres foram levadas para a Cadeia Feminina de São José da Bela Vista.

Espanhóis farão caminhada por cidades de SP

O Caminho do Sol, versão brasileira do Caminho de Santiago de Compostela, será percorrido no dia 19 por peregrinos espanhóis. Eles virão da Europa para a caminhada de 290 quilômetros entre 13 cidades do interior paulista. Os participantes saem de Santana de Parnaíba e andam até chegar a Aguas de São Pedro. Um grupo de deficientes físicos também participará. Os peregrinos sairão às 8 horas da Pousada 1896, em Santana de Parnaíba. Informações pelo telefone (0xx11) 6215-1661.

Imagem 2 – Notícia “O Estadão”

CASO FRIEDENBACH

Champinha é interditado e continuará em fundação

Juíza determina ação antes de o assassino do casal Liana Friedenbach e Felipe Café completar 21 anos, quando poderia ganhar liberdade

Josmar Jozino

A Justiça determinou a interdição compulsória de Roberto Aparecido Alves Cardoso, de 20 anos, o Champinha, um dos envolvidos no assassinato do casal de namorados Liana Friedenbach e Felipe Café, em 2003. A juíza Patrícia Padilha, da Vara Distrital de Embu-Guaçu, na Grande São Paulo, decidiu pela interdição do infrator na quarta-feira, 11 dias antes de Champinha completar 21 anos, quando poderia ficar livre.

Segundo o promotor Wilson Tafner, do Departamento Especial da Infância e da Juventude da Capital (Deij), no Estado de São Paulo não há hospital adequado, com equipamentos necessários, para internação de adolescentes infratores com transtornos mentais ou dependentes químicos. “Temos hoje seis casos de infratores com transtornos mentais. Eles cometeram delitos não menos graves do que o de Champinha.”

A Secretaria da Saúde foi comunicada pela juíza com urgência para “providenciar vaga em estabelecimento psiquiátrico compatível com o tratamento necessário para o adolescente”. A assessoria de imprensa da Secretaria Estadual da Saúde informou que Champinha continuará na unidade Vila Maria da Fundação Casa. Informou ainda que a pasta assumirá na próxima semana a unidade inteira e dará atendimentos médico, psiquiátrico e psicológico, além



SERGIO CASTRO/AE-3/5/2007

SEGURANÇA – Transferência da Unidade Vila Maria só quando houver vaga em hospital psiquiátrico

de oferecer medicamentos. A segurança do interditado ficará sob responsabilidade da Secretaria da Administração Penitenciária.

Patrícia Padilha deu prazo de cinco dias para a mãe de Champinha, Maria das Graças Figueiredo Cardoso, comparecer em cartório para assinar o termo de compromisso da interdição compulsória do filho. Já para a Fundação Casa, a juíza enviou ofício informando que ele só pode ser transferido para o estabelecimento indicado pela Secretaria da Saúde. ●

Caso tem laudos conflitantes

...Pelo menos uma dezena de laudos foi apresentada à Justiça para definir o destino de Champinha. Depois que ele fugiu da unidade da Fundação Casa na Vila Maria, em maio, outras duas avaliações psiquiátricas foram realizadas. Duas delas – do Núcleo de Estudos de Psiquiatria e Psicologia Forense (Nufor) do Hospital das Clínicas e do Instituto Médico Legal (IML) – são conflitantes.

O laudo do Nufor foi concluído em maio e assinado pelos psiquiatras Daniel Martins de Barros e Sérgio Rigonatti e pelos psicólogos Antônio de Pádua Serafim e Fabiana Saffi. O documento diz que Champinha não é um doente mental. Segundo o laudo, ele tem “inteligência limítrofe” e o Nufor não recomenda sua internação. ●

Fonte: Acervo Estadão (2007)

A interdição civil e posteriormente a internação compulsória vêm sendo usadas com o fim de justificar a conservação de adultos que cometeram atos infracionais quando adolescentes, em estabelecimentos que supostamente oferecem um tratamento, mas na prática são verdadeiras prisões, contrariando mais uma vez o ordenamento jurídico e retornando à legislação da situação irregular.

A Unidade Experimental de Saúde (UES) proposta pelo Estado de São Paulo, por convênio entre as secretarias da Saúde, Justiça e da Administração Penitenciária, é a situação que mais nitidamente demonstra essa engrenagem da patologização da adolescência. A Unidade é destinada a oferecer atendimento com contenção aos egressos do sistema de justiça juvenil ou jovens adultos que sofreram interdição civil com diagnóstico de transtorno de personalidade antissocial e identificados como portadores de alta periculosidade (VICENTIN; GRAMKOW; MATSUMOTO 2010, p. 270).

Budó (2015) em sua análise da decisão do TJ/SP sobre a libertação de Champinha constatou que

Apesar da tentativa de indicar que a internação seria para o seu próprio bem, a frase final denuncia o real mote da decisão: o adolescente representa um perigo para a sociedade, o que legitimam então a sua confinamento perpétua, pois os mesmos peritos celebrados na decisão afirmam em seus laudos que os transtornos de personalidade não são doenças e não possuem cura.

A internação compulsória é uma medida solicitada por serviços de saúde, familiares e Ministério Público ao Judiciário, de forma que o acesso ao serviço de saúde se torne efetivo. Esta internação é usada como remédio para manter usuários de drogas internados (GUARESCHI; LARA; ECKER, 2016, p. 27).

O Deputado Federal Osmar Terra (PMDB/RS) propôs em 2010 o PL 7663/2010 (transformado em Lei Ordinária em 2019 – 13.840) que altera as disposições referentes à internação compulsória, priorizando a institucionalização psiquiátrica em detrimento a outros tipos de intervenção (BRASIL, 2010). Mesmo com a proposta no ano de 2010, já era possível vislumbrar que a internação compulsória já era executada através de meios jurídicos anteriormente ao Projeto, a exemplo a criação da UES em 2006.

Em uma análise feita por Guareschi, Lara e Ecker (2016, p. 28) no serviço de saúde mental de Porto Alegre/RS, apontou-se que o transtorno mental nem sempre está presente na vida do jovem que fez com que ele acessasse este serviço. Mesmo que a

internação compulsória esteja prevista na Lei 10.216/2001⁴ – que é tida como a Lei de Reforma Psiquiátrica e, agora, na Lei 13.840/2019 como medida excepcional, ou seja, apenas quando recursos extra-hospitalares se mostram insuficientes – o que acontece na prática é que ela é utilizada para suprir a falta de serviços primários no que tange o uso de drogas. Afastar os jovens do convívio social por meio de medida judicial, apenas agiliza a ação do sistema estatal sobre eles.

Para Vicentin, Gramkow e Matsumoto (2010, p. 270), um dos indicadores do processo de patologização de adolescentes autores de ato infracional é a crescente discussão das relações entre sofrimento psíquico e criminalidade juvenil, que podem ser visualizadas: a) nas propostas de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente pautadas no argumento de transtorno psíquico e periculosidade; b) no aumento de encaminhamentos de adolescentes infracionalizados para perícias psiquiátricas com o intuito de aferir grau de periculosidade; c) na aplicação de simulacros de medidas de segurança a esses adolescentes durante o período de cumprimento de medida socioeducativa de internação.

O caso de Champinha reascendeu a discussão da redução da maioridade penal, tendo em vista que o crime cometido foi considerado frio e cruel, gerando debates sobre a saúde mental dos envolvidos.

No mesmo ano do crime, o deputado Jair Bolsonaro (PSC/RJ) – atualmente Presidente da República – enquanto dava uma entrevista à Rede TV sobre o caso Champinha, defendendo a redução da maioridade penal, foi interrompido pela Deputada Maria do Rosário (PT/RS), que na época era Ministra dos Direitos Humanos, a qual defendeu Champinha dizendo que ele era só uma criança.⁵

O deputado defendeu a prisão de Champinha por já ter atingido a maioridade, bem como é um defensor da redução da maioridade penal e pena de morte. Em 2016, o

⁴ Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. (BRASIL, 2001).

⁵ Dessa discussão o Deputado Jair Bolsonaro disse que não estupraria a Deputada (fazendo referência ao crime pelo qual teve como vítima Liana Friedenbach), porque ela não merecia, pois essa teria dito que o deputado era quem promovia esse tipo de crime, chamando-o de estuprador. A deputada do PT processou o parlamentar, obtendo decisão favorável pelo STJ na condenação do deputado ao pagamento de indenização por danos morais e a publicação da retratação em jornal de grande circulação, em sua página no Facebook e em sua página no Youtube (BRASIL, 2017).

pai de Liana Friedenbach divulgou uma carta aberta ao deputado sobre usar a morte de sua filha para defender determinadas ideias. Em sua carta, o pai da vítima repreendeu o parlamentar:

Primeiro, ele não defendeu a honra da minha filha. Qualquer discurso que não acrescente nada para a sociedade não é defesa. Pena de morte não é defesa! Fazer um circo para ganhar mídia é oportunismo, não é defesa! [...]

Não autorizo o uso da minha história para fazer discurso de ódio ou tentar dar credibilidade a suas propostas insanas (FRIEDENBACH, 2016).

Em 2013, o deputado propôs o Projeto de Lei 5398/2013 visando o aumento da pena para os crimes de estupro e estupro de vulnerável e que o condenado por esses crimes faça um tratamento químico voluntário para a inibição do desejo sexual como requisito para obtenção de livramento condicional e progressão de regime (BRASIL, 2013).

A UES foi criada com o intuito de abrigar adolescentes em conflito com a lei acometidos de sofrimento psíquico com um tratamento especializado enquanto cumprissem medida socioeducativa. Ocorre que, a referida unidade nunca foi usada para este fim. A internação compulsória de Champinha ocorreu apenas pela grande repercussão do caso, onde o governo entendeu que não poderia deixar a sociedade a mercê de um indivíduo perigoso.⁶

Há muitas irregularidades na UES como a falta de plantão médico, regimento interno e projeto terapêutico, motivo pelo qual a Procuradoria da República de São Paulo e o Conselho Regional de Psicologia de São Paulo moveram uma ação civil pública exigindo o fechamento da Unidade (FERNANDES, 2014).

Cada vez mais se vê avaliações psiquiátricas sendo solicitadas por juízes ao adolescente em conflito com a lei, para que se possa averiguar o seu grau de periculosidade ou até diagnosticar transtornos de personalidade antissocial. Esta “solução” encontrada pelos juízes faz com que o ato infracional seja o sintoma de uma doença, fazendo com que

⁶ “Várias são as brechas que permitem o ingresso de elementos estranhos nas decisões da aplicação da medida socioeducativa de internação. [...] Após o cumprimento da medida de internação, outros subterfúgios têm sido utilizados para manter jovens privados de liberdade sem condenação na esfera adulta, o que ocorre através de sua identificação como anormais e perigosos. (BUDÓ, 2015).

o adolescente fique em uma situação na qual sua defesa se torna praticamente impossível (BUDÓ, 2015).

No caso de Champinha – o qual deu origem à criação da Unidade Experimental de Saúde –, a internação compulsória, comumente aplicada a jovens usuários de drogas, foi a “solução” encontrada pelo governo para mantê-lo institucionalizado. Ainda, mesmo que o diagnóstico recebido não seja a causa pelo qual o adolescente é institucionalizado, começa a legitimação de “modos de existência de discursos com viés patologizante que começam a ser compostos sobre o jovem a partir de sua entrada na instituição e permanência no processo de ‘tratamento’ (GUARESCHI; LARA; ECKER, 2016, p. 29).

Como já demonstrado anteriormente, a medida socioeducativa de internação se assemelha muito com o Direito Penal e as medidas de segurança, tendo em vista que o adolescente fica privado de sua liberdade sem que haja uma efetiva ressocialização. Frassetto mostra como a Unidade Experimental de Saúde evidencia ainda mais essa semelhança:

Tanto quanto um adulto submetido a medida de segurança, os jovens que lá se encontram: a) praticaram crimes graves; b) estão internados não como forma de retribuição pelo crime cometido (princípio da culpabilidade), mas porque foram taxados de perigosos (princípio da periculosidade) por avaliações psiquiátricas; c) estariam recolhidos também sob o pretexto de necessitarem de tratamento; d) a privação de liberdade a que se submetem não tem tempo determinado e seu encerramento dependeria, supõe-se, de laudo de cessação de periculosidade; e) estão sob contenção garantida pela Secretaria de Administração Penitenciária; f) todos têm sua entrada e saída definidos por determinação judicial (FRASSETTO, 2011, p. 11).

A UES representa a remanicomialização que tem como alvo os adolescentes chamados de “perigosos”, os quais já cumpriram medida socioeducativa e são internados na unidade sem que tenham reiterado ou reincidido. Esta psiquiatrização de adolescentes em conflito com a lei mostra que o direito e a psiquiatria estão andando em direções opostas, quando na verdade o caminho a ser perseguido por ambos deveria ser a desinstitucionalização dos manicômios judiciários com base na Reforma Psiquiátrica.

O processo de internação compulsória, junto à categoria diagnosticada que o legitima e é atribuída ao adolescente, passa a administrar o cotidiano de muitos desses jovens no momento em que os declara sujeitos que necessitam de um acompanhamento profissional para que possam circular livremente, devido a uma suposta “doença” que estaria presente em seus corpos (GUARESCHI; LARA; ECKER, 2016, p. 30).

Dessa forma, se vê que na prática, mesmo com a Lei da Reforma Psiquiátrica vigente antes mesmo de sua criação, a Unidade Experimental de Saúde não tem o intuito de tratamento do jovem para a obtenção de cura ou de uma futura liberdade. A internação compulsória é usada como solução para a manutenção de adolescentes infracionalizados acometidos de sofrimento psíquico em instituições totais. Parte-se do pressuposto que este paciente não é curável e é uma ameaça permanente à sociedade, mostrando que a unidade é a aplicação prática de uma Medida de Segurança instituída pelo Governo de São Paulo para manter o adolescente em conflito lei acometido de sofrimento psíquico em cárcere por tempo indeterminado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o objetivo de demonstrar através de revisão bibliográfica as interfaces entre o Direito e a Psiquiatria no que tange à determinação judicial de adolescentes a internações psiquiátricas.

O estudo mostrou que não é o ato em si que leva o adolescentes ao sistema, mas sim a sua vulnerabilidade perante ele. O encaminhamento compulsório apenas legitima a intervenção feita, principalmente quando se fala em categoria social, ou seja, de adolescentes em situação de marginalidade social.

Diante dessa tendência de psiquiatrização da juventude no Brasil, vista por meio de determinações de internações de adolescentes usuários de drogas, se confirmou a hipótese de que a solicitação de perícias psiquiátricas estão se tornando recorrentes pelo Poder Judiciário quando se fala em adolescentes em conflito com a lei, com intuito de averiguar o seu suposto grau de periculosidade, onde esta “solução” encontrada faz com que o ato infracional cometido seja o sintoma de uma doença, em um contexto no qual defesa destes adolescentes se torna quase inviável.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Américo Orlando; SOUZA, Tadeu de Paula. Internação compulsória de pessoas em uso de drogas e a Contrarreforma Psiquiátrica Brasileira. *Physis (UERJ)*.

Impresso), v. 27, p. 491-510, 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/physics/2017.v27n3/491-510/>> Acesso em: 13 de novembro de 2020.

BENTES, Ana. Tudo como d'antes no quartel de Abrantes: um estudo das internações psiquiátricas de crianças e adolescentes através de encaminhamento judicial. *Dissertação de Mestrado Não Publicada*, Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 7663 de 14 de julho de 2010*. Altera as Leis n.s 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei n.s 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483808>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

_____. *Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

_____. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 12 de novembro de 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.642.310 – DF*; Data: 15/08/2017; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos>>.

ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201642310> Acesso em: 24 setembro. 2020.

BUDÓ, Marília de Nardin. Do anormal ao perigoso: a psiquiatrização da medida socioeducativa de internação e a prisão perpétua à brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Brasília, n. 57, p. 69-98, 2015.

CASTRO, SÉRGIO. *Champinha é interditado e continuará em fundação*. O Estadão, São Paulo, 03 de maio de 2007. Disponível em: <<https://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo, caso-champinha-intensificou-debate-sobre-maioridade, 9368, 0.htm>> Acesso em: 18 de novembro de 2020.

FERNANDES, Sarah. *Unidade Experimental de Saúde (UES) viola direitos fundamentais*. 2014. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/node/27143/>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

FRASSETO, Flávio Américo. Fronteiras psi-jurídicas dos casos de interdição em andamento em São Paulo e a questão da Unidade Experimental de Saúde. In: *Políticas de saúde mental e juventude nas fronteiras psi-jurídicas*. São Paulo: Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região, 2011. p. 9-14.

FRIEDENBACH, Ari. *Carta aberta à população*. 2016. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/carta_aberta_a_populacao.pdf> Acesso em: 29 setembro. 2020.

GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima; LARA, Lutiane de; ECKER, Daniel Dall'Igna. A internação compulsória como estratégia de governamentalização de adolescentes usuários de drogas. *Estudos de Psicologia (Natal. Online)*, v. 21, p. 25-35, 2016.

POLÍCIA ACHA CORPO DE ESTUDANTE NO EMBU. O Estadão, São Paulo, 2003. Disponível em: <<https://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo, caso-champinha-intensificou-debate-sobre-maioridade, 9368, 0.htm>> Acesso em: 18 de novembro de 2020.

REIS, Carolina dos ; Guareschi, Neuza Maria de Fátima . Nas teias da “rede de proteção”: internação compulsória de crianças e adolescentes e a judicialização da vida. *Fractal: Revista de Psicologia*, v. 28, p. 94-101, 2016.

RUIZ, Viviana Rosa Reguera Ruiz; MARQUES, Heitor Romero. A internação compulsória e suas variáveis: reflexões éticas e socioculturais no tratamento e reinserção do paciente na sociedade. *Revista Psicologia e Saúde*, v. 7, p. 01-08, 2015.

SCISLESKI, Andrea Cristina Coelho; MARASCHIN, Cleci ; SILVA, Rosane Neves da. Manicômio em circuito: os percursos dos jovens e a internação psiquiátrica. *Cadernos de Saúde Pública (FIOCRUZ)*, v. 24, p. 342-352, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2008000200013&script=sci_arttext&tlng=es> Acesso em: 13 de novembro de 2020.

SCISLESKI, Andrea.; MARASCHIN, Cleci . Internação psiquiátrica e ordem judicial: saberes e poderes sobre adolescentes usuários de drogas ilícitas. *Psicologia em Estudo*, v. 13, p. 457-465, 2008.

VICENTIN, Maria Cristina Gonçalves; GRANKOW, Gabriela; MATSUMOTO, Adriana Eiko. Patologização da infância e alianças psi-jurídicas: algumas considerações sobre a internação psiquiátrica involuntária. *BIS. Boletim do Instituto de Saúde (Impresso)*, v. 12, p. 268-272, 2010.

VICENTIN, Maria Cristina Gonçalves; GRANKOW, Gabriela; ROSA, Miriam Debieux. A patologização do jovem autor de ato infracional e a emergência “novos” manicômios judiciários. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano (Impresso)*, v. 20, p. 61-69, 2010

WURDIG, Karolina Kuhn.; MOTTA, Roberta Fin. Representações Midiáticas da Internação Compulsória de Usuários de Drogas. *Temas em Psicologia (Ribeirão Preto)*, v. 22, p. 433-444, 2014. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/5137/513751528014.pdf>>

Apresentação oral

**ASFIXIA COLETIVA: O IMPACTO DAS DISPUTAS ENTRE O
ESTADO E OS GRUPOS CRIMINAIS NAS TRAJETÓRIAS DE
ADOLESCENTES MORADORES DE PERIFERIAS**

*SOCIAL ASPHYXIA: THE IMPACT OF DISPUTES BETWEEN THE STATE
AND CRIMINAL GROUPS OVER THE TRAJECTORIES OF TEENAGERS
FROM THE PERIPHERY*

Clarice Beatriz da Costa Söhnngen

Doutora pela PUCRS. Professora na Escola de Direito da PUCRS. Pesquisadora-líder
do Grupo de Pesquisa Gestão Integrada da Segurança Pública (GESEG/PUCRS).

Advogada. E-mail: clarice.sohnngen@pucrs.br

Ivana Oliveira Giovanaz

Graduanda em Direito pela PUCRS. Integrante do GESEG/PUCRS. Integrante da
Frente de Enfrentamento à Mortalidade Juvenil.

E-mail: ivana.giovanaz@edu.pucrs.br

Resumo: O presente trabalho parte da asserção de que os jovens moradores de bairros periféricos porto-alegrenses são atingidos direta e indiretamente pelas violências, como o descaso estatal em prover serviços básicos, a criminalização, por meio da presença da polícia militar, denominada no Estado do Rio Grande do Sul por Brigada Militar e o convívio com os coletivos criminais. Dessa forma, realizou-se pesquisa bibliográfica, bem como empírica nos Centros de Referências Especializados em Assistência Social – CREAS a partir de entrevistas com jovens que cumprem medidas socioeducativas e profissionais da assistência social. Foram escolhidas unidades distantes geograficamente a fim de dialogar com jovens pertencentes a diversos territórios e com possíveis relações com facções em disputas.

Palavras-chave: Juventudes; Violências; Territórios.

Abstract: The present work is based on the assertion that young people living in the peripheral neighborhoods in Porto Alegre are directly and indirectly affected by violence, such as state neglect to provide basic services, the criminalization, through the presence of the military police, named in the state of Rio Grande do Sul as “Brigada Militar” and living with criminal collectives. Therefore, a bibliographical, as well as empirical research was realized at the “Centros de Referência Especializados em Assistência Social – CREAS” (Reference Centers Specialized in Social Assistance) after interviews with young people who follow socio-educational measures and social assistance professionals. Units that were distant geographically were chosen in order to dialogue with young people that belongs to different territories and with possible relation with factions in disputes.

Keywords: Youth; Violence; Territories.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Para compreender o contexto da Segurança Pública e das violências em Porto Alegre, será analisado brevemente o “Presídio Central” e o surgimento dos coletivos criminais. Dentro do Presídio Central de Porto Alegre (PCPA),¹ em um contexto de violência institucional e de falência estatal com a assistência material dos apenados, surgiu, no final dos anos 80, a Falange Gaúcha, o primeiro grupo criminal do estado do Rio Grande do Sul, o que Renato Dornelles caracteriza como a “pré-história” do crime organizado no RS:

Os integrantes da Falange firmaram um pacto segundo o qual aqueles que estivessem do lado de fora dos presídios deveriam enviar dinheiro para os que permanecessem presos. Esses valores eram utilizados em especial no financiamento de fugas e na compra de drogas. Foi estabelecido um código de conduta obrigatório, num caminho sem volta ou direito a arrependimento: o não-pagamento de dívidas, a delação de companheiros, o descumprimento de tarefas estabelecidas pelos superiores na hierarquia do grupo resultavam em punição, que poderia ser a morte (DORNELLES, 2018, p. 10).

¹ O Presídio Central de Porto Alegre, hoje Cadeia Pública de Porto Alegre, pois, em tese, é para abrigar apenas apenados provisórios, é conhecido como Central e Casarão. Está localizado na Avenida Rocco, n. 1100, na cidade de Porto Alegre/RS.

O agrupamento tinha como objetivo inicial unir os apenados para financiar fugas e melhorar as condições de vida dos aliados² presos, e também a compra de vantagens e a corrupção de agentes penitenciários (CIPRIANI, 2017, p. 108). As fragilidades que estavam presentes naquele período seguiram, até então, sendo manifestas no interior do cárcere, como resultado do modelo de segurança pública e de justiça criminal adotado pelo Estado brasileiro.

A política de encarceramento em massa que implicou a superlotação dos presídios e foi acompanhada do desrespeito aos direitos dos presos³ está associada à emergência de grupos criminais em diferentes estados do país, que seguem até a atualidade. Nas palavras de Bruno Paes Manso, “a terceirização do controle para os presos”:

[...] Policiamento ostensivo, melhoria na gestão das polícias, aprisionamentos em flagrante, no final das contas, acabaram produzindo efeitos colaterais inesperados, como o aprisionamento massivo e a perda do controle no interior das prisões. Ou melhor: a terceirização do controle para os presos, que precisaram estabelecer um esquema de autogestão para sobreviver naqueles ambientes que o estado não parecia ter competência, dinheiro ou até mesmo interesse de administrar (FBSP, 2019, p. 37).

Em Porto Alegre, esses grupos disponibilizam bens e serviços em troca de alianças nas redes de tráfico de drogas, favores ou pelo próprio lucro. Assim, eles são conhecidos pela venda de ilícitos, como as drogas e produtos não permitidos nos presídios, como os aparelhos celulares e mesmo lícitos, como os alimentos e produtos de higiene – sendo protagonistas na “economia delinquente” que se desvela na prisão.

Após um período de intensas turbulências no Presídio Central, ao longo de toda a década de 80 e a primeira metade da década de 90, a Polícia Militar do ERGS, conhecida como Brigada Militar ou BM, passou a gerir o estabelecimento. A fim de reduzir os motins, rebeliões e homicídios ocorridos entre presos, os policiais começaram a separá-los de acordo

² “Aliado” é o amigo, parceiro, também conhecido como “cupinxa”, é aquele que faz parte da facção. Por outra banda, “contra” é aquele contrário à facção, o rival, que pertence a outro grupo criminal.

³ Atualmente, conforme o relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), vinculado ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Estado do Rio Grande do Sul possui 103 estabelecimentos prisionais, sendo que 53 são considerados em péssimas condições, 05 ruins, 27 regulares, 13 boas e 01 excelente. O Presídio Central de Porto Alegre encontra-se em péssimas situações. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 23 dez. 2019.

com as alianças e rivalidades que eles detinham nas ruas. Com o tempo, esse mecanismo foi incorporado à racionalidade da instituição prisional como forma de mantê-la longe de conflitos internos, e as diferentes galerias do presídio passaram a ser separadas de acordo com a pertença de cada indivíduo a uma facção – ou, caso ele não seja integrante de nenhum grupo, segundo o bairro de sua moradia e a facção que o controla (CIPRIANI, 2016, 110/111). Para Sidinei Brzuska, Juiz da Vara de Execuções Criminais (VEC) de Porto Alegre,⁴ a manifestação das facções no Presídio Central tem relação com a falta do Estado em dispor itens básicos de higiene e dignidade ao apenado:

Hoje, se o sujeito tem família, tem uma chance. Se ele não tem família, é complicado. Porque, se ele tem família, a família mantém ele na cadeia. Hoje um preso custa, para a família, aí R\$ 700, R\$ 800 por mês. Dentro do Central. Mas, para as famílias, a PASC é mais cara, porque a família toda semana banca isso. Porque o preso não recebe uma barra de sabão para se lavar, não recebe um creme dental, não recebe uma colher de plástico para comer, ele não recebe um pote para colocar comida, ele não recebe nada. Quem tem que dar isso para ele é a família. Se ele não tem família – essas coisas ele precisa! –, quem é que vai dar para ele? Quem vai dar para ele é a “prefeitura”. E ela até vai dar para ele, e se tu for falar com os presos e com as facções, eles vão dizer o seguinte: que eles estão fazendo um gesto de caridade. Estão apoiando, ajudando, sendo solidários. Esse é o discurso. E não deixa de ser verdade. É verdade, eles estão apoiando, estão ajudando, estão prestando serviço.

Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, publicado em 2019, as mortes internas ao mundo do crime e às suas redes, isto é, as guerras entre as facções “representa em torno de 75-80% das mortes violentas intencionais, no Brasil, proporção estável nos últimos anos” (FBSP, 2019, p. 31) e o perfil continua recorrente: jovens negros e moradores de favelas:

O perfil das vítimas do Grupo 1 (mortes internas ao mundo do crime e às suas redes próximas) também é regular durante os anos, e majoritariamente composto por operadores baixos dos mercados ilegais (drogas, armas, veículos roubados, contrabando, etc.). *São comumente, portanto, jovens negros, de sexo masculino, com escolaridade defasada, moradores de favelas e periferias urbanas, frequentemente com passagens pela justiça criminal* (grifou-se).

⁴ BZUSKA, Sidinei. Sidinei José Brzuska: “As pessoas ignoram o problema que é o sistema prisional”. Entrevista concedida ao Canal Ciências Criminais. 25 nov. 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sidinei-jose-brzuska-as-pecoas-ignoram-o-problema-que-e-o-sistema-prisional/>> Acesso em: 13 nov. 2020.

Essas mortes têm alguma relação com a disputa pela gestão da ordem nos espaços urbanos, por exemplo, quem dita as regras (como o toque de recolher),¹ quem fornece a droga e quem lucra com a sua venda. Diferentemente do que ocorre em São Paulo, onde o grupo criminal Primeiro Comando da Capital – PCC possui hegemonia² e “implementa mecanismos pragmáticos de redução dos conflitos internos ao universo criminal” (FBSP, 2019, p. 33), outros estados brasileiros, como o Rio Grande do Sul, vivem, desde meados de 2013, a efervescência das disputas entre as facções, conforme Gabriel de Santis Feltran:

Se a facção quiser crescer seu negócio para outros estados, ela precisa ocupar o território de outra, e instalam-se guerras (inclusive contra o PCC em diversos estados). Se há mortos nessas guerras, haverá vingança, e aumentam os homicídios no Grupo 1. Mesmo que haja hegemonia de uma facção armada em um estado, portanto, nesse modelo o patamar dos homicídios tende a ser mais alto do que sob hegemonia do PCC, que prima por regular mercados e controlar o uso do armamento, sem domínio territorial armado. Os mecanismos de justiça internos à facção, além disso, tenta romper as cadeias de vingança a todo custo (FBSP, 2019, p. 34).

Já as mortes ocorridas na guerra entre as polícias e o mundo do crime, ou seja, a soma das vítimas da letalidade policial e de policiais mortos:

[...] totalizam 11,45% do total das mortes violentas intencionais no Brasil, em 2018. Nessa guerra, em média morre um policial para cada 18 mortes cometidas pela polícia. O perfil das vítimas, por conta dessa desproporção, é muito similar ao do grupo anterior (Ibdem, p. 31).

Similaridade ocorre ano a ano. Atualmente, o último Atlas da Violência traz o capítulo “juventude perdida” expondo que “os homicídios são a principal causa de mortalidade de jovens, grupo etário de pessoas entre 15 e 29 anos” (IPEA, 2020, p. 20/22):

O fenômeno dos homicídios de jovens no país é, na sua maior parte, um cenário de homicídios de homens jovens. Essa é uma análise que, já há algum

¹ O toque de recolher é uma manifestação expressa de poder de determinada facção que influencia diretamente os moradores, pois suas rotinas sofrem alterações. Após o horário estipulado, avisado entre os moradores no dia anterior, os membros da facção escolhem quem entra e quem sai daquele território. Quando isso acontece, a Brigada Militar reforça o aparato repressivo no local visando mostrar que ela dita a ordem daquele bairro, o que gera conflitos e medo por parte da população.

² Para maiores informações sobre o Primeiro Comando da Capital – PCC, ver os estudos de Michel Misse, professor titular de Sociologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro e fundador do Núcleo de Estudos em Cidadania, Conflito e Violência Urbana. Disponíveis em: <<https://ufrj.academia.edu/MichelMisse>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

tempo, está consolidada nas pesquisas sobre letalidade violenta da juventude brasileira, sobretudo quando se dá ênfase à representatividade dos jovens do sexo masculino no total de homicídios dessa faixa etária.

Para compreender as violências, como a letal, que a juventude está exposta, o Grupo de Pesquisa Gestão Integrada da Segurança Pública (GESEG/PUCRS) dedica seus estudos aos temas de “violências”, “sociabilidades” e “territórios”, especialmente no que tange pessoas de até 29 anos, idade que o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Estatuto da Juventude, Lei n. 12.852/2013, consideram jovens. A presente pesquisa é a ramificação de duas pesquisas anteriores do GESEG/PUCRS: “Os poderes de dentro do cárcere: uma análise dos grupos de apenados organizados no Presídio Central de Porto Alegre”, de 2015 e 2016; e; “Os poderes de dentro do cárcere, segunda fase: os grupos organizados entre os socioeducandos da fundação de atendimento socioeducativo do Rio Grande do Sul”, de 2017 e 2018. A primeira mapeou os coletivos criminais e suas dinâmicas no Presídio Central e a segunda entrevistou socioeducandos em cumprimento de medida socioeducativa de internação e profissionais da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul – FASE.

Os resultados da primeira pesquisa vão ao encontro dos dados do Atlas da Violência (IPEA, 2020), que trouxe o aumento no número de homicídios na faixa etária de 15 a 29 anos de idade no Estado do Rio Grande do Sul a partir do ano de 2013 e seguintes, diminuindo apenas em 2018. Em 2013, por exemplo, 1.078 jovens foram vítimas de mortes violentas, ao passo que, em 2014 foram 1.323, esse salto coincide com o tensionamento entre os grupos criminais existentes em Porto Alegre, com a expansão dos Bala na Cara, criada em 2008, facção conhecida pelo “tiro de esculacho” e pelo embolamento forçado, e pela resposta contrária, a partir da criação dos Anti-Bala, coalização formada entre grupos diversos com o objetivo de frear os avanços dos Bala na Cara, conforme estudos de Marcelli Cipriani e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2016). Essa guerra pelos territórios segue até hoje.

A segunda pesquisa entrevistou socioeducandos que cumprem medida socioeducativa de internação e profissionais da FASE. Os resultados apontaram para a presença das facções nas trajetórias de alguns jovens e o silêncio do Estado sobre o tema. Ainda, foi presente nas falas dos jovens assuntos que envolviam seus bairros, como o sentimento de pertencimento e as amizades ali firmadas. Sendo assim, a presente pesquisa

partiu para o campo do cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, nos Centros de Referência Especializados de Assistência Social – CREAS's, unidades que atendem pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados, conforme André Kirst e Michelle Birnfeld da Luz (LAZZAROTTO et al. 2014, p. 66/67):

Toda unidade CREAS deve executar o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI), ofertando apoio, orientação e acompanhamento em situações de risco pessoal ou social por violação de direitos na iminência ou ocorrência de: violência intrafamiliar física e psicológica, negligência, abandono, abuso e exploração sexual, afastamento do convívio familiar e comunitário, vivência de trabalho infantil, situação de rua, discriminações e outras situações que provoquem danos e agravos às condições de vida, autonomia e bem estar. Algumas dessas situações podem ser atendidas por unidades específicas, desde que referenciadas pelo CREAS, como é o caso, por exemplo, dos Centros de Referência Especializados à Mulher e do Centro Pop para a População em Situação de Rua. Estas possibilidades de Centros específicos produzem uma diversidade de CREAS's, os quais atendem às demandas conforme os recursos que seus respectivos territórios disponibilizam.

Um dos serviços ofertados pelos CREAS's é o cumprimento de medidas socioeducativas em duas modalidades: Prestação de Serviço à Comunidade (PSC) e Liberdade Assistida (LA), conforme a Política Nacional de Assistência Social – PNAS (BRASIL, 2004), considerando-os serviços de média complexidade e que estão acoplados na Proteção Social Especial de Média Complexidade, isto é, “requerem maior estruturação técnico-operacional e atenção especializada e mais individualizada, e, ou, de acompanhamento sistemático e monitorado” (BRASIL, 2004, p. 36).

Em razão do panorama de violência urbana que impacta de maneiras indireta e direta os jovens moradores dos bairros periféricos de Porto Alegre, o presente artigo dispõe a apresentar os resultados preliminares da pesquisa “Em Fogo Cruzado: O impacto das disputas pela gestão da ordem entre o Estado e os coletivos criminais nas trajetórias de adolescentes moradores de periferias” com fomentos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS e do Programa de Bolsas Pesquisa Alunos da PUCRS – BPA/PUCRS. A pesquisa teve como objetivos verificar como o Estado assiste esses jovens, a partir da promoção de cidadania e a presença de serviços, analisando como é a estrutura desses espaços urbanos e os espaços da assistência social, também como pela atuação da polícia nesses bairros, sem ignorar-se o profundo enraizamento

das práticas autoritárias que persistem na instituição policial em uma tentativa vigilante do Estado para “sustenta[r] a proposição de uma ordem de paz” (BASSO e AZEVEDO, 2009, p. 22). Nesse sentido, buscou-se investigar a relação entre os adolescentes e as forças do Estado, apurando sua percepção sobre a seletividade policial decorrente de elementos como a raça, a classe e o território de origem, dentro de uma atividade policial que é marcada pela cognição sobre a presença de grupos criminais nos bairros do município.

Paralelamente, procurou-se apurar os impactos sentidos nos cotidianos dos jovens que são decorrentes dos conflitos entre facções criminais, como as limitações para a circulação urbana e os riscos pelo deslocamento. Ainda, examinou-se a presença das sociabilidades criminais nos cotidianos dos adolescentes (como pela cultura da arma e do consumo), do ponto de vista da imbricação entre seu local de moradia e a maior ou menor proximidade e vinculação com as dinâmicas de grupos criminais. Os resultados preliminares são oriundos da aplicação de entrevistas por meio de questionários semiestruturados com os adolescentes que cumprem medidas socioeducativas em meio aberto e residem em espaços urbanos precarizados, bem como com profissionais, sendo-os assistentes sociais, advogadas e psicólogas. Os questionários semiestruturados foram pensados para terem perguntas abertas evitando desconforto nos adolescentes e permitindo que eles próprios narrem suas trajetórias de maneira espontânea.

Também, o presente artigo abordará brevemente a assistência social em Porto Alegre, a partir das visitas exploratórias realizadas pela bolsista co-autora nos Centros de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, bem como pelo tratamento das entrevistas com profissionais dos CREAS's, trabalhando os conceitos de “CREAS”, “CRAS” e as medidas socioeducativas expostas nos arts. 112, 117 e 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990.

Ainda, serão expostas proposições a fim de avistar caminhos diferentes para os adolescentes em conflito com a lei, a partir dos resultados preliminares da presente pesquisa. Informa-se que as proposições partem das vivências das autoras, portanto, não há pretensão de esgotar o assunto ou trazer resultados prontos e inquestionáveis. Longe disso, a ideia defendida é o trabalho em rede e a construção coletiva. Por fim, informa-se que a presente pesquisa está em andamento, a partir de renovação concedida pelo BPA/PUCRS. Atualmente, estão sendo verificados, por meio de mapeamento de dados oficiais

divulgados pela Prefeitura de Porto Alegre, pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo Governo Federal, os serviços disponíveis para os jovens em seus territórios, como quantas escolas, unidades básicas de saúde, unidades da brigada militar, opções de lazer, existem.

OS SUJEITOS MAIS ATINGIDOS PELAS DINÂMICAS CRIMINAIS

A estratégia utilizada pela Brigada Militar de separar os apenados conforme a facção pertencente ou o bairro que ele reside contribuiu para uma “calmaria” dentro do Presídio Central – que permanece com índices baixos de instabilidades de todo o tipo³ –. Todavia, manifesta-se em vingança, violência e disputas nas ruas de Porto Alegre, especialmente nos bairros periféricos. No tecido social desses espaços urbanos – conhecidos, localmente, como “vilas”⁴ – estão os sujeitos mais atingidos pelas dinâmicas criminais: os jovens, suscetíveis tanto à criminalidade quanto à criminalização, pois:

quem está ali na esquina não é o Pedro, o Roberto ou a Maria, com suas respectivas idades e histórias de vida, [...] suas emoções e medos. [...] Quem está ali é o *moleque perigoso* ou a *guria perdida* (MV BILL; ATHAYDE; SOARES, 2005, p. 175).

Segundo o Atlas da Violência de 2020, produzido pelo IPEA, os “homicídios foram a principal causa dos óbitos da juventude masculina, responsável pela parcela de 55,6% das mortes de jovens entre 15 e 19 anos; de 52,3% daqueles entre 20 e 24 anos; e de 43,7% dos que estão entre 25 e 29 anos” (IPEA, 2020, p. 20), o que é preocupante não só para fatores humanos, mas também econômicos, pois o Brasil enfrenta uma crise econômica. No estudo do Atlas da Violência, verificou-se que os índices de mortes em homens jovens é maior do que de jovens, o que reforça a premissa de que os adolescentes do sexo masculino têm maiores relações com a violência do que as adolescentes do sexo

³ Utilizou-se aspas pois, conforme o Juiz Sidinei Brzuska em entrevista concedida à Gaúcha ZH, há indícios de que homicídios dentro do Presídio Central foram “maquiados” pelas facções com o objetivo de que as mortes pareçam naturais. Os métodos utilizados são as injeções contendo substâncias tóxicas, o sufocamento com sacola plástica e o coquetel gatorade, conhecido por ser uma bebida com crack que causa overdose. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/01/como-morrem-os-detentos-que-cumprem-pena-nas-cadeias-do-rio-grande-do-sul-4393777.html>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁴ Em Porto Alegre, na acepção nativa, os bairros segregados são chamados de *Vilas*. No Rio de Janeiro usa-se o termo *Periféria*, por exemplo.

feminino. Todavia, “na comparação com as taxas das demais faixas etárias, contudo, é possível afirmar que a causa morte por homicídio atinge mais as mulheres e homens jovens do que indivíduos de qualquer outra faixa de idade” (Ibdem).

Alba Zaluar chama a atenção para o conceito da “hipermasculinidade”, que atualmente perpassa a “cultura da ostentação”, e, para a antropóloga, parece atrair os meninos ao mundo do crime:

Parece-me o fato de que alguns (jovens do sexo masculino) se deixam seduzir por uma imagem da masculinidade que está associada ao uso da arma de fogo e à disposição de matar, ter dinheiro no bolso e se exibir para algumas mulheres. A partir de entrevistas que minha equipe fez com jovens traficantes, definimos isso como um etos da hipermasculinidade. Esse é um fenômeno que está sendo muito estudado nos EUA e na Europa e diz respeito a homens que têm alguma dificuldade de construir uma imagem positiva de si mesmos. Precisam da admiração ou do respeito por meio do medo imposto aos outros. Por isso se exibem com armas e demonstram crueldade diante do inimigo.

Entretanto, durante o tratamento das entrevistas com 08 adolescentes e 05 profissionais que lidam diretamente com os jovens, foi possível verificar a vontade que os adolescentes têm de possuir itens de marcas e de se sentirem consumidores, mas esse não é o único e preponderante fator de entrada ao “mundo do crime”. Acerca dos motivos, tem-se ajudar financeiramente suas mães e avós, o sentimento de pertencimento aos seus bairros, os vínculos afetivos ali criados e a tentativa de se distinguirem, isto é, sentirem-se especiais, o que implica na autoestima dos jovens, como o que é feito pelos “Bala na Cara” (BNC) ao se intitularem os “leões da selva”:

Os vagabundo botam na mente dos menor que eles vão fazer e acontecer e ter segurança. Ah, dizem, vou te largar com uma arma, uma moto e uma gurria (jovem, 14 anos, CREAS).

Na Bom Jesus, se teu marido bate em ti e tu chamar os guris, eles mandam o cara embora da vila. Ali não pode ter briga e ajudam a recuperar o que foi roubado (jovem, 16 anos, CREAS).

Eu quero um dia conhecer a orla do Guaíba. Cidade baixa nunca fui, lá não pode. ZN também não. Eu fico muito aqui, tenho meus amigos, minha namorada (jovem, 16 anos, CREAS).

Os balas são conhecidos como os leões da selva, pois têm o poder. Eles tão no Facebook... Só procurar alguém com o perfil com foto de leão, é bala... já as gurias são as leas... Eles não têm pena não... (jovem, 15 anos, CREAS)

Os “Bala na Cara”, diferentemente das outras facções, como os “Abertos” e os “Manos”, não surgiram nas galerias das prisões como uma resposta ao sofrimento vivido no

cárcere, nos moldes da “Falange Vermelha”, posteriormente “Comando Vermelho”, em que a palavra de ordem era: “o inimigo está fora das celas, aqui dentro somos todos irmãos e companheiros” (AMORIM, 1993, p. 18). Eles surgiram nas ruas de Porto Alegre e buscam diferenciarem-se dos outros coletivos por meio do apelido de “leões” ou os “tomadores de boca” e assim passaram a territorializar as ruas e as galerias do Presídio Central. “Territorializar” um espaço significa ditar as regras de convívio, exercendo uma espécie de controle, nas palavras de Mbembe ao estudar as colônias, que podemos contextualizar para os espaços de Porto Alegre: “A ‘ocupação colonial’ em si era uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico – inscrever sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais. – territorialização – (MBEMBE, 2016, p. 135). Conforme CIPRIANI (2016, p. 126):

Os Balas surgiram na vila Bom Jesus. Ali, tiveram vários homicídios – homicídios, não traficídios, envolvendo famílias rivais: os Bragés e os Mirandas, várias mortes entre eles. E dessa rivalidade que surgiu ali, também surgiu uma relação de ódio muito grande, de onde veio o tiro de esculacho, né, que é o tiro na cara, pra fazer a família enterrar o cara com o caixão fechado. E daí que teria surgido o nome, dizem. E esse pessoal aí começou a, junto com essas guerras, se envolver com o tráfico. Se tu pegar hoje as principais figuras expoentes dos Balas – o Schultz, o Sapo, todos eles são dali da vila Bom Jesus e têm um vínculo muito próximo. Então essas pessoas se juntam, começam a vender, daqui um pouco começam a ser presas.... Vão ficar na mesma galeria... De repente você tem uma “facção”. E os Bala, durante um tempo, eram o braço armado das outras, faziam serviços de execução pra elas. Hoje já tão em um nível superior, porque é mais rentável disputar a venda. Eles foram os únicos que surgiram fora do Central, e hoje ainda usam dessas execuções pra tomar pontos na marra. Quer ser dos Bala? Então toma essa arma e vende a nossa droga. Não quer passar pro lado deles? Então vão “passar” [matar] o cara. (OJ02).

A partir do surgimento e da grande lucratividade dos “Bala na Cara”, a figura do traficante “Robin Hood”, em Porto Alegre, foi sendo afastada:

O traficante Robin Hood era muito comum. Tu ouvia a fala que “a gente se sente mais protegido com o tráfico do que com a polícia”. Isso não existe mais. De uns cinco anos para cá, eu diria, a comunidade não se sente protegida com o tráfico. Menos ainda com a polícia, né, muitas vezes se sente violentada pela polícia (mulher, profissional do CREAS).

O tráfico tá ali e tem tirado pessoas de casa, isso não acontecia. O lance de justiça que tinha na comunidade... O tráfico resolve, mas tu fica devendo (mulher, profissional do CREAS).

O tensionamento entre os coletivos criminais existentes em Porto Alegre reflete diretamente no cumprimento de medidas socioeducativas, a partir da dificuldade de execução da medida pelo risco ou impossibilidade de deslocamento do jovem de seu território para a unidade:

Sim, há casos de adolescentes que não podem cumprir a medida socioeducativa, não podem andar pelas ruas de um mesmo bairro, por exemplo, Cruzeiro, várias ruas podem ser territórios de facções distintas (mulher, profissional do CREAS).

Foi visto, inclusive, a dificuldade de alguns jovens de desfrutar da própria cidade de Porto Alegre, pois por serem identificados pertencentes de determinada facção, não podem adentrar território rival. Todavia, a Prefeitura de Porto Alegre parece não levar em conta esse fator quando coloca que o CREAS que atende determinadas regiões não está localizado próximo. Em uma tentativa de desviar dessa problemática, os profissionais anotam no Plano Individual de Atendimento – PIA a região de moradia do jovem e seu nível de envolvimento com as facções:

Normalmente, a gente coloca uma observação quando estamos construindo o PIA e encaminhamos o relatório para o Judiciário. Às vezes os adolescentes têm vergonha de falar, aí vamos descobrir só quando ele não está vindo na medida; outros falam na hora. Tudo é uma construção.

Eu quero um dia conhecer a orla do Guaíba. Cidade baixa nunca fui, lá não pode. Zona Norte também não (jovem, 16 anos, CREAS).

Sim, há casos de adolescentes que não podem cumprir a medida socioeducativa, não podem andar pelas ruas de um mesmo bairro, por exemplo, Cruzeiro, várias ruas podem ser territórios de facções distintas (mulher, profissional do CREAS).

O CREAS Leste fica aqui nesse endereço pois não tem vontade política de tirar a gente daqui (risos). A gente atende toda região Leste que é Bom Jesus, Morro Santana, Chácara das Pedras, parte do Itú Sabará, Cefer, Ipê. Então essa região que estamos está completamente fora e contra-mão da grande parte da galera que precisa ser atendida aqui. É um pouco delicado, pois muitos deles têm risco de chegar até aqui. Todos eles que vêm da Bom Jesus, por exemplo, precisam passar pela Vila Jardim e isso por si só é um desafio. Aí a gente procura alternativas para esse guri não sofrer risco e não parar o cumprimento (da medida socioeducativa). A gente vai até onde o jovem mora, o que dificulta o trabalho, pois enquanto podíamos realizar quatro atendimentos, realizamos um. Enquanto podíamos ligar

e já agilizar o encaminhamento do jovem para algum serviço, faremos isso só no outro dia. Dificulta (mulher, profissional do CREAS).

Já aconteceu do jovem estar em atendimento e pessoas “contra” circularem de carro aqui na volta. A gente percebeu e tirou o guri do hall de entrada (mulher, profissional do CREAS).

Consoante o cotidiano representado no *rap* produzido pelos Racionais MC's, a ausência de opções de lazer e oportunidades de emprego é notório nas entrevistas:

Automaticamente eu imagino
A molecada lá da área como é que tá
Proavelmente correndo pra lá e pra cá
Jogando bola descalços nas ruas de terra
É, brincam do jeito que dá
Gritando palavrão é o jeito deles
Eles não tem video-game às vezes nem televisão
(RACIONAIS MC's, 1993).

É preciso ter outros meios para crescer na vida. Falta esporte, lazer, educação. O jovem precisa saber que ele é capaz (mulher, profissional do CREAS).

A ausência do Estado é acompanhada da presença substancial de seu braço armado, afinal a polícia utiliza do discurso da existência das facções e da guerra às drogas para legitimar possíveis abusos que fogem da sua missão principal que é garantir a cidadania:

As polícias têm estado no centro do debate público e vêm sendo usadas por políticos populistas para fazer valer a ideia de que o enfrentamento ao criminoso e o uso da violência são a sua missão primordial. E embora estes discursos estejam amparados em grande medida pelo imaginário social, a missão da polícia é o controle da ordem e a garantia da cidadania (FBSP, 2019, p. 58).

Um jovem relatou no acolhimento que o policial usou drogas na frente dele. Vai reclamar para quem? (mulher, profissional do CREAS).

Conforme o estudo de Rolim e Hermann (2018), que buscou apurar a relação de confiança entre a população de Porto Alegre e a Brigada Militar, verificou-se que as percepções negativas sobre o trabalho da polícia estão entre os mais jovens, os mais pobres e os menos escolarizados:

Entre os entrevistados, 58,7% entendem que os policiais militares não são violentos e que agem de forma respeitosa com as pessoas. Já entre os entrevistados mais jovens – sobretudo entre aqueles de até 24 anos, mas também entre adultos entre 25 e 39 anos (Teste realizado: Regressão Logística. Sig = 0,000) – há mais avaliações negativas da Brigada Militar no que tange à violência policial. Da mesma forma, pessoas autodeclaradas negras (pretas/pardas) (Teste realizado: Regressão Logística. Sig = 0,031), com menor escolaridade (Teste realizado: Regressão Logística: Sig =

0,041) e com renda mais baixa (Teste realizado: Regressão Logística: Sig = 0,006) tendem a avaliar a BM como sendo violenta e desrespeitosa (HERNANN; ROLIM, 2018, p. 197).

Outro ponto visto durante as entrevistas, foi a ausência da presença paterna, alguns jovens relataram que não conhecem ou não têm contato com seus pais, o que também apareceu nas falas dos profissionais dos CREAS's. As pessoas que circulam nos CREAS's – quando há acompanhamento – são as mães e as avós e se existesse acompanhamento, segundo os profissionais, os jovens cumprirão as medidas socioeducativas. Quando há conflito aparente em relações familiares, existe a tentativa pelos CREAS's, ao longo do cumprimento da medida socioeducativa, de minorá-lo, como a busca pelo reconhecimento de paternidade ou reuniões com componentes da família. Ainda, soube-se que os profissionais dos CREAS buscam entrar em contato com as escolas para verificar a possibilidade de matrícula dos jovens:

Procuramos fortalecer laços entre o jovem e a família. Por exemplo, tem um socioeducando que tem muita vontade de reencontrar sua mãe, entretanto, ela realizou a denúncia contra ele. Então, estamos iniciando o diálogo entre ela e ele (mulher, profissional do CREAS).

PORTO ALEGRE FRENTE ÀS VIOLÊNCIAS

Os Centros de Referência Especializados de Assistência Social – CREAS são unidades públicas de assistência social que “atendem pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados”.⁵ Por outra banda, os Centros de Referência de Assistência Social – CRAS oferecem serviços de Assistência Social, e tem como “objetivo

⁵ BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social: Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/creas>>. Acesso em: 10 de nov. 2018.

fortalecer a convivência com a família e com a comunidade”.⁶ A diferença entre eles é que o CREAS visa cessar ou ressignificar alguma violação ou risco de direitos, enquanto o CRAS busca informar a população sobre seus direitos e ser o mediador para que o cidadão possa usufruir de algum benefício.

O CREAS é o espaço onde os adolescentes em conflito com a lei cumprem as medidas socioeducativas de Prestação de Serviços à Comunidade (Art. 117, ECA, 1990) e/ou Liberdade Assistida (Art. 118, ECA, 1990):

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

Art. 117. A prestação de serviços comunitários **consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.**

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser **cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho** (grifou-se).

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Para Alex Vidal: “Na medida de PSC, ao adolescente é permitida a convivência em sua comunidade, mas lhe é exigido que se dedique um tempo ao trabalho comunitário como forma de compensação pela infração cometida, assim como uma oportunidade de aprendizado” (LAZZAROTTO et al. 2014, p. 207) e o “trabalho pode ser em entidades estatais, privadas ou organizações não governamentais” (Ibidem). Na teoria, o jovem vai à unidade de execução da medida e realiza alguma atividade que o potencialize enquanto

⁶ BRASIL, Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social: Centro de Referência de Assistência Social – CRAS. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/cras>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

ser humano e seja proveitosa para a sociedade, como trabalhar em uma biblioteca, em uma escola ou em alguma gráfica. Na prática, em alguns CREAS visitados, verificou-se poucas vagas em unidades executoras, implicando, por vezes, que a medida seja cumprida no próprio CREAS's desafiando a criatividade dos profissionais.



Imagem feita pela bolsista Ivana Oliveira Giovanaz da sala de espera de um dos CREAS's visitados.



Imagem feita pela bolsista Ivana Oliveira Giovanaz em que aparece o cartão de benefício de transporte para o adolescente que cumpre medida socioeducativa em meio aberto se deslocar para o CREAS ou para a Unidade de Execução da Medida. O cartão VT é disponibilizado pelo CREAS responsável pela execução da medida, é de uso exclusivo do jovem e é recarregado no próprio CREAS.

CONCLUSÃO

Para vislumbrar trajetórias diferentes para os jovens é preciso conhecer suas narrativas, dando voz às suas experiências, além de trabalhar em rede. Em todos os espaços que ocupamos será defendido o trabalho em rede. É necessário que o Judiciário trabalhe junto com a Assistência Social a fim da medida socioeducativa ser pautada conforme as necessidades e as realidades dos jovens. Isto é, caso o jovem tenha risco de deslocamento por determinada rua de Porto Alegre, nada adianta a medida de prestação de serviço à comunidade tenha como execução essa rua territorializada por facção contrária. Talvez, nesse caso, seja possível a construção de parcerias com instituições de ensino superior para propor oficinas e cumprimento da medida em espaços tidos como “neutros”. É essencial, então, trabalhar levando em conta as subjetividades.

É preciso fortalecer os laços dos jovens e de suas famílias ou pessoas que desempenham essa tarefa, não com viés moralista e sim com respeito e amparo. Verificou-se nas entrevistas que raramente há presença paterna durante o cumprimento da medida socioeducativa e que os jovens que possuem familiares ou pessoas presentes são aqueles que, em sua maioria, cumprem a medida. Para tal, é fundamental investimentos na assistência social e em um sistema unificado, em que dados do Conselho Tutelar, por exemplo, possam ser verificados por todos os profissionais do município de Porto Alegre e do ERGS, assim poderá ser verificado se o jovem ou sua família têm histórico de acesso aos serviços de cidadania, como escolas, unidades básicas de saúde, CRAS, CREAS e FASE.

Haja vista a extensa literatura na área (ATHAYDE, BILL, SOARES, 2005; AZEVEDO, BASSO, 2008; FELTRAN, 2008; WASELFSZ, 2016) e os resultados preliminares da presente pesquisa, tem-se que a ausência de efetivação nas políticas públicas em bairros periféricos, visto a falta de direitos sociais e fundamentais, traz aos jovens e aos moradores problemáticas cotidianas de violações e violências. Ademais, acarreta à sociedade problemas a serem enfrentados, como o surgimento, a manutenção e a expansão de grupos criminais e consequentemente as disputas pelo domínio do mercado ilícitos que aumenta a criminalidade e a insegurança. Outras problemáticas históricas a serem enfrentadas é a violência policial e o medo que os jovens sentem da polícia. Modificar o *statu quo* da polícia não é uma tarefa fácil, especialmente em “realidades fortemente

hierarquizadas, como a brasileira”, como bem asseverou Jacqueline de Oliveira Muniz, mas algo precisa ser feito. Em nossa realidade, propõem-se a parceria entre a Secretaria de Segurança Pública do ERGS e o Observatório de Segurança Pública da PUCRS para que debates e ações no âmbito da Brigada Militar, Polícia Civil, Observatório de Porto Alegre e a PUCRS sejam realizados.

Por fim, verificou-se que questões como o fenômeno da “hipermasculinidade” e o lucro são presentes nas narrativas dos jovens, mas, divergindo um pouco da visão de Alba Zaluar sobre a sedução dos jovens que resulta na “cultura da ostentação”, em nossa pesquisa os jovens demonstraram a vontade de fazer uso de marcas e produtos expostos na grande mídia. Todavia, não só, esse não é o único fator que leva um jovem a participar de algum coletivo criminal. Foram vistas falas sobre proporcionar vidas melhores para suas mães e avós, além do grande sentimento de pertencimento aos seus bairros, o que demonstra a necessidade de estudar geografia, cidadania, direito urbanístico, como questões de moradia, para realizar interfaces com a Segurança Pública. Como bem demonstrou Vera Regina Pereira de Andrade, o campo das violências passa mais pela cidadania do que pelo Direito Penal, é preciso levar em conta seus bairros, os processos de gentrificação e a cidadania ofertada para propor políticas de segurança pública do tipo não-penais.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. Comando Vermelho: A história do Crime Organizado. Rio de Janeiro: Editora Record, 1993

IPEA. Atlas da Violência 2019./Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

IPEA. Atlas da Violência 2020./Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Daniel Cerqueira (coordenador), Samira Bueno (coordenadora), Paloma Palmieri Alves, Renato Sergio de Lima, Enid R. A. da Silva, Helder Ferreira, Amanda Pimentel, Betina Barros, David Marques, Dennis Pacheco, Gabriel de Oliveira Accioly Lins, Igor dos Reis Lino, Isabela Sobral, Isabel Figueiredo, Juliana Martins, Karolina

Chacon Armstrong e Taís da Silva Figueiredo. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; BASSO, Maura Gisele Rozado. Segurança Pública e Direitos Fundamentais. Direito & Justiça (Porto Alegre. Impresso), v. 34, p. 21-32, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIPRIANI, Marcelli. Um estudo comparativo entre facções: o cenário de Porto Alegre e o de São Paulo. *Sistema Penal & Violência*, v. 7, p. 161- 174, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social/PNAS. Resolução CNAS n. 145, de 15 de outubro de 2004. Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2019/07/PNAS_2004.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CASTRO, A. L. S. e GUARESCHI, P. Da privação da dignidade social à privação da liberdade individual. PUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n2/a07v20n2.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CIPRIANI, Marcelli. Da ‘Falange Gaúcha’ aos ‘Bala nos Bala’: o surgimento das ‘facções criminais’ em Porto Alegre e sua manifestação atual. Direito e Democracia (ULBRA), v. 17, p. 105-130, 2017.

CIPRIANI, Marcelli. Do Global ao Local: a emergência das “facções criminais” no Brasil e sua manifestação em Porto Alegre. 2016. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

FELTRAN, Gabriel de Santis. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Cad. CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, p. 59-73, abr. 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário Brasileiro de Segurança Pública – ABSP, pp. 218. 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2019.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. A violência simbólica e a prisão contemporânea. Civitas – Revista de Ciências Sociais Ano 1, n. 2, dez. 2001. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/78/77>> Acesso em: 27 dez. 2019.

LAZZAROTTO, Gislei Domingas Romanzini et al (Org.). Medida socioeducativa: entre A & Z. Porto Alegre: Evangraf, 2014.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; MELLO, Kátia Sento Sé. Nem tão perto, nem tão longe: O dilema da construção da autoridade policial nas UPPs. Civitas, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 44-65, jan.-mar. 2015, Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/19939>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MV BILL; ATHAYDE, Celso; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 295 pp. 2005.

Porto Alegre. Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana. Avaliação do programa municipal de execução de medidas Socioeducativas em meio aberto (PEMSE). Porto Alegre, 2010. 110 pp. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smdhsu/usu_doc/avaliacao_do_programa_municipal_de_execucao_de_medidas_socioeducativas_em_meio_aberto.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

ROLIM, Marcos Flávio; HERNANN, Daiana. Confiança nas polícias: percepção dos residentes e desafios para a gestão. Sociologias, Porto Alegre, ano 20, n. 48, maio-ago 2018, p. 188-211. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/v20n48/1517-4522-soc-20-48-188.pdf>> Acesso em: 23 dez. 2019.

SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia A. de; SCARLATO, Francisco Capuano; ARROYO, Monica (orgs.) (1997), *O novo mapa do mundo. Fim de Século e Globalização*. São Paulo: Editora Hucitec. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em planejamento urbano e regional, 343 pp. 1997.

SANTOS, Milton; SOUZA, Mária Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura (orgs.) (1994), *Território, Globalização e Fragmentação*. São Paulo: Editora Hucitec. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em planejamento urbano e regional, p. 15-20. 1994.

SILVA, Luiz Antônio Machado da. *Brasil Urbano: Cenários da Ordem e da Desordem*. Rio de Janeiro: Notrya, 1993.

SOUZA, Marcelo Lopes de. As drogas e a “questão urbana” no Brasil. A dinâmica sócio-espacial nas cidades brasileiras sob a influência do tráfico de tóxicos. In: CASTRO, Iná et al. (Org.): *Brasil: questões atuais da reorganização do território*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

WERNECK, Alexandre. Teoria da rotulação. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (Org.). *Crime, segurança e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

ZALUAR, Alba. “Hipermasculinidade leva o jovem ao mundo do crime”. Entrevista concedida à Folha de São Paulo. 12 de julho de 2004. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1207200423.htm>> Acesso em: 27 dez. 2019.

Apresentação oral

A PRODUÇÃO DA SOCIOLOGIA SOBRE A JUSTIÇA JUVENIL

THE PRODUCTION OF SOCIOLOGY ON JUVENILE JUSTICE

Fernando Salla

Pesquisador associado do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo.

E-mail: fersalla@gmail.com

Raphaela da Silva Correa

Pesquisadora pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). Graduanda em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Paulo.

E-mail: correa.raphaela@unifesp.br

Gabriel Augusto de Carvalho Sanches

Pesquisador pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). Graduando em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo.

E-mail: gabrielcsanches1@usp

Resumo: Este artigo traz os resultados de uma pesquisa, ainda em andamento, sobre a produção bibliográfica a respeito dos adolescentes em situação de conflito com a lei nas ciências humanas e sociais aplicadas do Brasil desde 1990, com especial foco na produção no âmbito da Sociologia. A plataforma escolhida para a coleta de dados foi a Plataforma Sucupira, base de referência do Sistema Nacional de Pós-Graduação (SNPG). Esta pesquisa pretende colaborar com a identificação do perfil da produção acadêmica sobre os adolescentes em conflito com a lei, desde 1990, além de apontar para os principais temas, as orientações teóricas e metodológicas adotadas e contribuir para uma compreensão mais ampla da situação dos adolescentes e das políticas públicas para eles destinadas.

Palavras-chave: Justiça Juvenil. Adolescente em situação de conflito com a lei. Sociologia. Produção acadêmica.

Abstract: This paper aims to present the results of a research, still in progress, on the bibliographic production on court-involved youth in Brazil in social sciences in Brazil since the 1990s, with a special focus on production in the field of Sociology. The platform chosen for data collection was the Plataforma Sucupira, the reference base of the National Graduate System (SNPG). This research intends to collaborate with the identification of the profile of academic production on court-involved youth, since the 1990s, in addition to the identification of the main themes that motivated this production, the theoretical and methodological guidelines adopted. Therefore we aim to contribute to a broader understanding of the situation of court-involved youth and public policies.

Keywords: Juvenile Justice, Adolescents in conflict with the law; Sociology; Academic production.

Sumário: 1. Introdução 2. Metodologia 3. Resultados 4. Hipóteses 5. Referências

INTRODUÇÃO

A produção na área da sociologia do crime, violência e dinâmica criminal, segundo Sérgio Adorno (1993), teria se iniciado a partir de finais da década de 1970, momento em que a criminalidade urbana tornou-se um problema público, fazendo com que os cientistas sociais voltassem sua atenção para isso. Antes disso, os estudos sociológicos com enfoque no tema da violência olhavam para o campo e não para os centros urbanos, visto que uma grande parte da população ainda não estava nas cidades. Adorno também mostra que, em 1980, essa área se estruturava a partir de pesquisas, apontando para a diversidade de mecanismos usados, os quais já incluíam técnicas de pesquisa qualitativas, quantitativas e mistas. Segundo Ratton (2018), foi nesse momento em que houve o deslocamento da produção acadêmica que antes focava prioritariamente no conhecimento jurídico, enfatizando a legislação penal, para um olhar próprio das ciências sociais, apontando as ligações eventuais “entre tipo de desenvolvimento econômico, formas de exercício do poder e permanência de características do período autoritário nas instituições de segurança pública e no Sistema de Justiça Criminal como fatores explicativos prováveis para o crescimento da violência, já percebida como problema social” (p. 5).

Ludmila Ribeiro e Alex Niche Teixeira (2017) nos mostram que os anos 2000, na sociologia do crime, violência e dinâmica criminal, serviram para consolidar grupos de pesquisa em todo o país, principalmente na região Sudeste. Além disso, outros pesquisadores afirmam que “no começo da década era possível identificar mais de 450 pesquisadores do tema, em diversas áreas do conhecimento, mesmo que as ciências sociais fossem a principal” (Lima, Misse e Miranda, 2000, p. 46). Segundo estes últimos autores, esta área também se afeiçoou mais a técnicas de pesquisas da antropologia, como a etnografia e a observação participante. No catálogo elaborado por eles, o tema “Juventude e violência” mereceu destaque, visto que se tratava de 7% das publicações e agrupava “os estudos que descortinam as ociosidades (FRANCH, 2002), as sociabilidades (PIMENTA, 2014) e as masculinidades (MATTO, 2014) que enredam os jovens na prática de delitos violentos (SENTO-SÉ; COELHO, 2014)”. Os autores também afirmam que a sociologia do crime, violência e dinâmica criminal é uma área essencialmente qualitativa, com mais de 41,6% dos trabalhos utilizando desta metodologia.

Ainda segundo Ribeiro e Teixeira (2017), cinco balanços tratam da produção na área da sociologia do crime, violência e dinâmica criminal (ADORNO, 1993; BARREIRA; ADORNO, 2010; CAMPOS; ALVAREZ, 2017; LIMA; MISSE; MIRANDA, 2000; ZALUAR, 1999). Pode-se somar a esses levantamentos, o recente balanço produzido por Rattón (2018, pp. 5-12) que, por sua vez, afirma que o desenvolvimento desse campo se associa tanto à emergência do crime e da violência como problemas públicos no Brasil quanto ao debate sobre as soluções para esses problemas. O autor cita três balanços analíticos (ADORNO, 1993; ZALUAR, 1999; KANT DE LIMA; MISSE; MIRANDA, 2000) e chama atenção para a presença de algumas formulações de Antônio Luiz Paixão (1988) sobre as relações entre democracia, ordem social, explicações da criminalidade e interpretação do funcionamento das instituições policiais e das políticas públicas de segurança.

De forma semelhante a Rattón, nossa pesquisa vem para colaborar com a identificação do perfil da produção acadêmica sobre os adolescentes em situação de conflito com a lei, desde 1990, além de localizar os principais temas que motivaram essa produção, as orientações teóricas e metodológicas adotadas, além das filiações acadêmicas de tais autores e autoras, de modo a colocar luz em um tema ainda pouco estudado na área da sociologia, conforme se verá adiante.

Para fins de organização, falaremos sobre a metodologia escolhida para a realização da nossa pesquisa, seguindo com os resultados iniciais encontrados e as possíveis hipóteses interpretativas que surgiram a partir da análise durante todo o trabalho.

METODOLOGIA

De início, destacamos que o marco temporal definido foi o ano de 1990. A justificativa para tal data se baseia no fato de que é no ano de 1990 que entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), legislação específica sobre o tema (Lei Federal n. 8.069/1990). Alvarez, Lourenço e Tonche (2017), frisam a importância de salientar que, embora um dos maiores objetivos do ECA fosse romper com o tratamento “menorista” e as formas de assujeitamento dos adolescentes que encontravam respaldo na legislação, não houve uma ruptura total com as práticas anteriores, de maneira que “as formas de rotulação e de estigmatização dirigidas a crianças e adolescentes, a maioria negros e pardos, geralmente moradores de bairros periféricos dos grandes centros metropolitanos do país” (2017, p. 1) seguem se perpetuando.

Assim, definido o marco temporal em razão da entrada em vigor do ECA, passamos a questionar quais áreas do conhecimento seriam importantes de serem pesquisadas. Em seu primeiro momento, a pesquisa se voltava para as seguintes áreas do conhecimento: Antropologia, Sociologia, Ciência Política, Direito, Educação, Psicologia, Serviço Social e História. A preocupação com áreas variadas do conhecimento se justifica pelas seguintes razões: os autores do projeto diretamente envolvidos são sociólogos e estudantes de ciências sociais, por isso, buscaram entender como as pesquisas têm sido realizadas dentro da área das Ciências Sociais – Antropologia, Sociologia e Ciência Política; questões correlatas às de interesse para as Ciências Sociais emergem da aplicação da lei, assim tornou-se do interesse desta pesquisa identificar a produção de conhecimento na área do Direito; uma vez que os adolescentes que cometeram atos infracionais são atendidos por profissionais das áreas da Educação, da Psicologia e do Serviço Social era também de interesse verificar o perfil da produção nessas áreas; e, por último, a área da História poderia apresentar contribuições que ajudariam a compreender os desdobramentos do tema no curso do tempo a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente e de demais estudos históricos.

Assim, a primeira tarefa foi identificar a produção acadêmica nestes diferentes campos do conhecimento. Para tanto, havia quatro possíveis bases de pesquisa, sendo: (i)

Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da CAPES; (ii) Scielo; (iii) Repositórios dos Programas de Pós-graduação das respectivas áreas; e, (iv) Plataforma Sucupira, que é a base de referência do Sistema Nacional de Pós-Graduação (SNPG). A partir da identificação dos possíveis bancos de dados, foram realizadas pesquisas exploratórias em cada um deles para ver como seria possível seguir com a pesquisa.

Logo na primeira pesquisa na base de dados da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações, não encontramos trabalhos que são referências na área da sociologia. Por isso, em agosto de 2019, foi realizado contato telefônico com a Biblioteca buscando informações a respeito da alimentação do banco de dados. Dessa maneira, descobrimos que ela é alimentada diretamente pelos programas de pós-graduação e, como o procedimento não é obrigatório, muitos dos programas não o fazem. Por não ter disponível em seu repositório a maioria das produções das áreas em que a pesquisa seria feita, optamos por não utilizar a Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da CAPES como fonte de pesquisa.

Quanto ao Scielo, ao efetuar a primeira pesquisa, apenas 26 artigos foram encontrados e só 12 deles tinham relação com a área. Além disso, a maior parte tratava-se de artigos internacionais, o que não faria sentido para pesquisarmos neste momento, dado que o interesse seria a produção brasileira sobre o tema. Desse modo, também a plataforma Scielo foi descartada como possibilidade de base de pesquisa.

Pesquisando no banco de dados da CAPES, chegamos a 513 Programas de Pós-graduação nas áreas de História, Direito, Serviço Social, Sociologia, Ciência Política, Antropologia, Psicologia e Educação. No que diz respeito aos programas notas 5, 6 e 7, chegamos a um total de 167 programas – desses, 53 têm notas 6 e 7, ou seja, são considerados programas de excelência. Por conta do número alto de PPGs de notas 5, 6 e 7 e considerando que a maioria das regiões brasileiras ficaram sub-representadas, não mostrou-se efetiva a realização da pesquisa através dessa base de dados. Isso porque, em razão das avaliações efetuadas pela CAPES, muitos programas com notas baixas ficariam de fora, o que dificultaria, também a nossa pesquisa, de modo que não teríamos uma representação do Brasil como um todo.

Por isso, a plataforma escolhida para a coleta de dados foi a Plataforma Sucupira, base de referência do Sistema Nacional de Pós-Graduação (SNPG), que reúne as informações básicas sobre as dissertações e teses defendidas. Como os programas de pós-

graduação lidam com a obrigatoriedade de alimentar essa plataforma, ela foi entendida como a mais razoável para efetuar a pesquisa bibliográfica.

Para a efetivação da pesquisa nesse banco de dados, foram escolhidas as seguintes palavras-chave para a localização da produção acadêmica de interesse: “justiça juvenil”, “ato infracional”, “socioeducação”, “adolescente em conflito com a lei”, “punição” e “delinquência juvenil”, buscando abarcar o maior número de trabalhos possíveis. O número total identificado foi de 2.071, sendo 1.700 dissertações de mestrado e 371 teses de doutorado. Depois de uma análise preliminar, considerou-se que haveria impossibilidade de abarcar todas as demais áreas do conhecimento neste trabalho, sobretudo em razão da precariedade ainda dos bancos de dados disponíveis para pesquisa no Brasil e dificuldade de acesso, por exemplo, aos resumos das teses e dissertações mais antigas.

Dito isto, numa segunda tentativa, foram encontrados 1.098 trabalhos, filtrados pela área de avaliação em Sociologia, sendo que 378 eram teses de doutorado e 720 eram dissertações de mestrado.

Passo seguinte foi recolher todos os resumos das teses e dissertações, além de classificá-los por autoria, orientação e universidade. A partir da leitura e análise de cada um dos resumos, foram selecionados 100 trabalhos, entre mestrados e doutorados que de fato tinham a ver com o tema a ser pesquisado. Isso porque, após a leitura dos resumos e títulos dos 1.098 trabalhos, entendeu-se que muitos deles não se relacionavam com o objetivo da pesquisa. Outro fato importante foi no caso de alguns trabalhos em que não foi possível encontrar os resumos, em razão das datas em que foram publicados. Vale ressaltar que tentamos entrar em contato com várias bibliotecas universitárias para solicitar foto dos resumos dos trabalhos ou mesmo cópia a ser enviada pelo correio, mas em razão da pandemia e do distanciamento social que foi imposto, não tivemos sucesso nos contatos.

Os 100 trabalhos selecionados foram distribuídos segundo as seguintes categorias analíticas, que foram criadas e que julgadas adequadas para fazer a agregação dos trabalhos: (i) mídia; (ii) sociohistórico; (iii) sociabilidade; (iv) dinâmicas das instituições; (v) dinâmicas do Sistema de Justiça; (vi) marcadores sociais da diferença; e, (vii) saberes psi.

É importante reafirmar o que é dito por Muniz, Caruso e Freitas, em 2017, ao afirmarem que “o exercício classificatório implica necessariamente em aproximações,

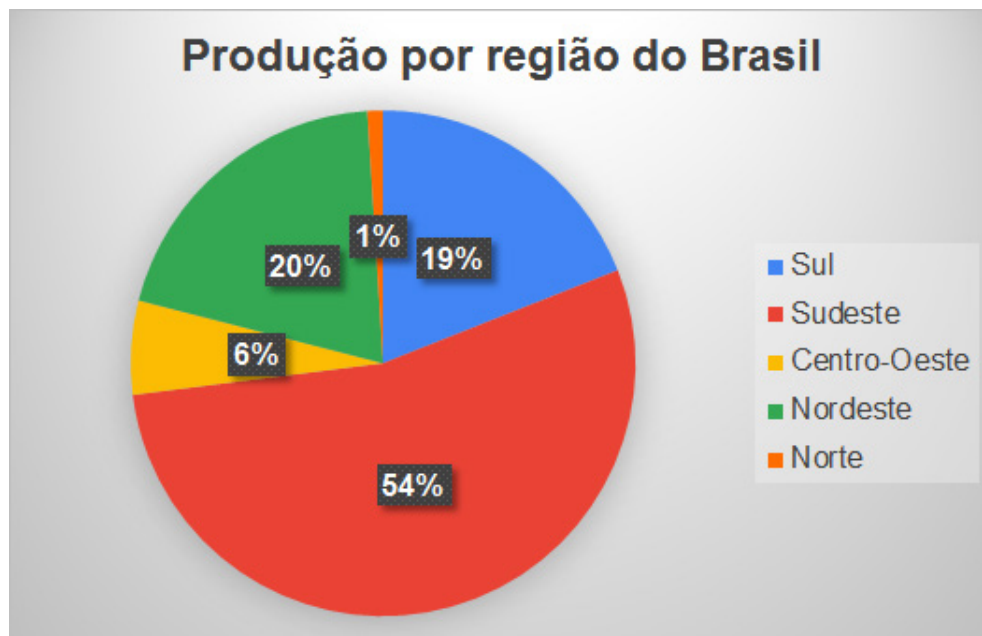
interpretações e escolhas dos autores. Como tal, reconhecemos as dificuldades e fragilidades que as categorias podem conter” (p. 164).

Na categoria (i) mídia, estão os trabalhos que se debruçam sobre os discursos midiáticos a respeito da redução da maioria penal, já na categoria (ii) sociohistórico, estão aqueles trabalhos que dizem respeito a gestão da população de jovens e adolescentes no decorrer da história, enfatizando discurso e práticas de controle. Na categoria (iii) sociabilidade, encontram-se os trabalhos que expõem o cotidiano de internação e enfocam a relação entre os adolescentes cumprindo medida socioeducativa ou entre esses adolescentes e a equipe técnica responsável por eles. A categoria (iv) dinâmicas das instituições, por sua vez, é preenchida por trabalhos que analisam o funcionamento das instituições em relação aos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas e a categoria (v) dinâmicas do Sistema de Justiça é preenchida por trabalhos que analisam o funcionamento do sistema de justiça em relação aos casos de adolescentes em situação de conflito com a lei. Já na categoria (vi) marcadores sociais da diferença, estão os trabalhos cujo enfoque é direcionado aos diferentes tipos de experiência dos adolescentes em suas trajetórias institucionais a partir de intersecções como raça e gênero. A categoria (vii) saberes psi conta com apenas um trabalho, a saber, a dissertação de mestrado de Fernanda Emy Matsuda, que recupera o contexto de emergência do conceito de periculosidade na psiquiatria e analisa sua cooptação pelo sistema jurídico.

RESULTADOS

A partir da análise e do preenchimento de um banco de dados próprio, passamos a apresentar os resultados preliminares da presente pesquisa. Dos 100 trabalhos, 75% são dissertações de mestrado e 25% de teses de doutorado.

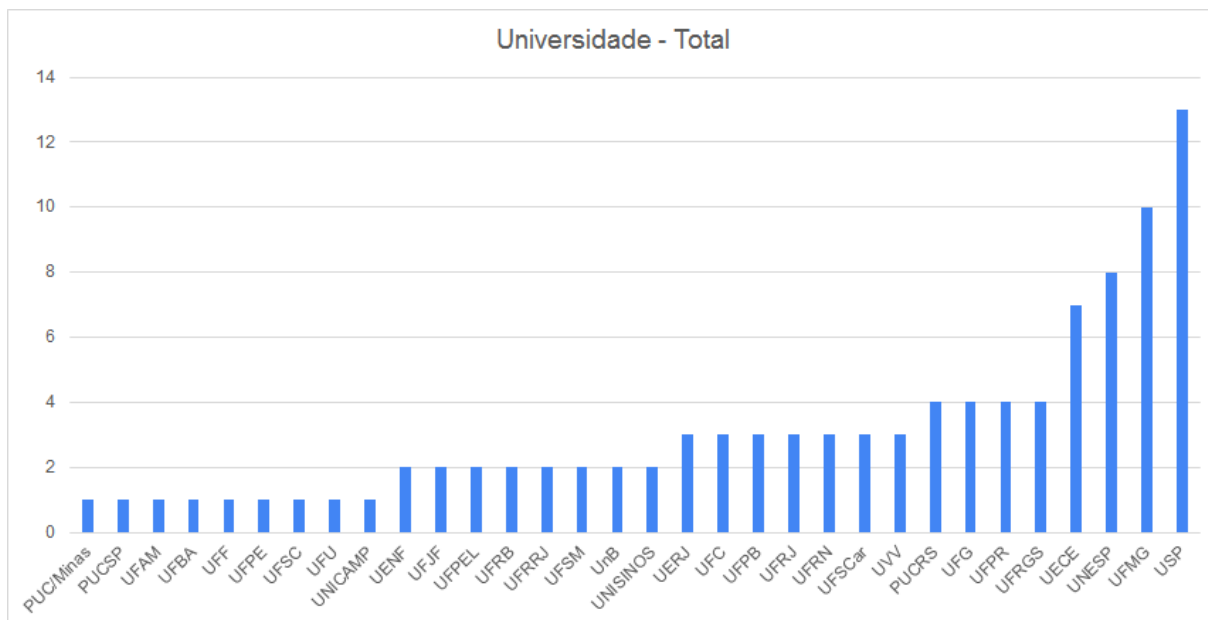
A maioria dos trabalhos está concentrada na região Sudeste (53%). A região Nordeste (21%) e Sul (19%) ocupam o segundo lugar na produção, seguidos pela região Centro-Oeste (6%). Já na região Norte a produção é de 1%.



O professor Marcos César Alvarez, da Universidade de São Paulo, é o nome que mais aparece na orientação dos trabalhos, com 7 deles, seguido pelas professoras Joana Domingues Vargas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e Andrea Maria Silveira, da Universidade Federal de Minas Gerais – cada uma orientou 4 trabalhos.

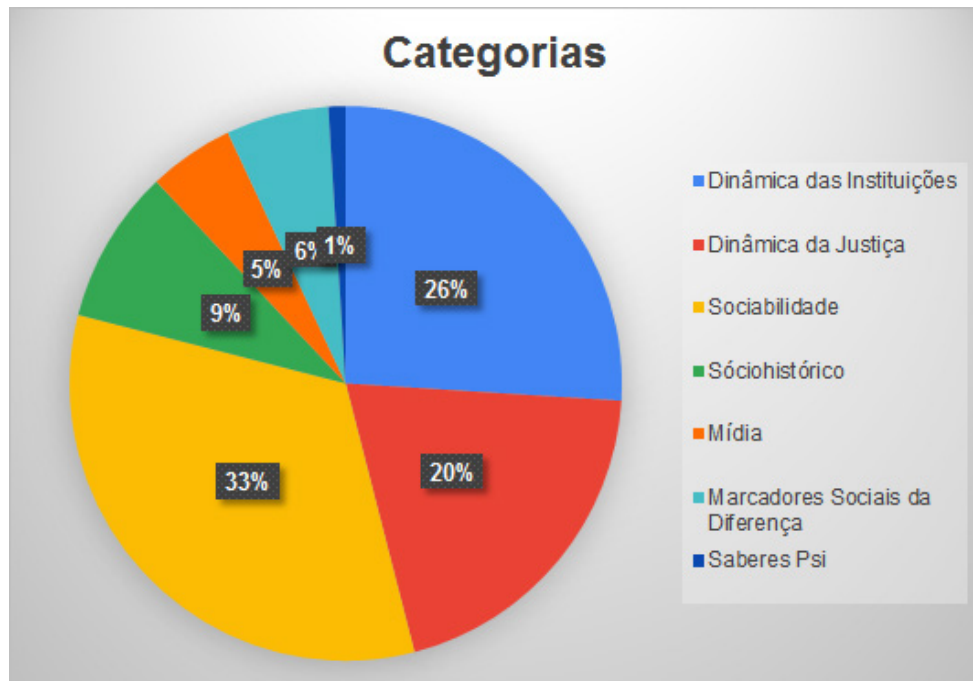
Quanto à autoria, 78% dos trabalhos do total foi realizado por mulheres, enquanto os homens são autores de apenas 22%.

A maior parte da produção é realizada em universidades públicas, sendo a Universidade de São Paulo (USP) a maior produtora de trabalhos, com 13 no total, seguida pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com 9 trabalhos, e pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), também com 9 trabalhos. Em seguida vem a Universidade Estadual do Ceará (UECE), com 7 trabalhos, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a Universidade Federal do Paraná (UFPR) e a Universidade Federal de Goiás (UFG), ambas com 4 trabalhos. Entre as universidades privadas, aparece a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com 4 trabalhos, seguida Universidade Vila Velha (UVV), com 3 trabalhos e pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com 2 trabalhos.



Dado isto, é possível observar que 8 universidades são responsáveis por 54% de todos os trabalhos, são elas: a Universidade de São Paulo (USP), a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Universidade Estadual de São Paulo (UNESP), a Universidade Estadual do Ceará (UECE), a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a Universidade Federal do Paraná (UFPR), a Universidade Federal de Goiás (UFG) e a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Além disso, 38% dos trabalhos estão concentrados em 4 universidades: a Universidade de São Paulo (USP), a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Universidade Estadual de São Paulo (UNESP) e a Universidade Estadual do Ceará (UECE).

Quanto às categorias, 33 trabalhos tratam sobre sociabilidade; 26 trabalhos dizem respeito às dinâmicas das instituições; 20 trabalhos tratam sobre a dinâmica da justiça; 9 trabalhos são de natureza sócio-histórica; 6 trabalhos estão categorizados como marcadores sociais da diferença, 5 como mídia e apenas 1 entra na questão dos saberes psi.



Sobre a produção em cada ano, o ano de 2010 foi o ano em que mais trabalhos sobre o tema foram produzidos, chegando a 12 trabalhos. Em 2017, por sua vez, foram produzidos 11 trabalhos e, em 2016, 10 trabalhos. 2014 contou com a produção de 9 trabalhos e 2015 e 2018 com 8 trabalhos.



Dito isto, é possível afirmar que 33% dos trabalhos foram produzidos nos anos de 2010, 2016 e 2017. Além disso, também observamos que os anos de 2000 e 2009 foram

os anos em que menos se produziu sobre o tema, já que em cada um desses anos tivemos a produção de apenas 1 trabalho.

A partir desses resultados iniciais, a pesquisa pretende subsidiar a elaboração de um balanço bibliográfico sobre os principais temas abordados na produção acadêmica e quais foram as orientações teóricas e metodológicas que deram sustentação às reflexões, no âmbito da Sociologia, sobre os adolescentes em conflito com a lei no Brasil.

HIPÓTESES

Diante desses dados, algumas hipóteses interpretativas foram levantadas. A primeira delas é que possivelmente exista a reprodução de uma divisão sexual do trabalho no que diz respeito a trabalhos na área da justiça juvenil, já que um dos dados que mais chamam a atenção é quanto à autoria dos trabalhos, com uma discrepância entre gêneros muito grande — 78% deles são de autoria feminina.

Outra indagação que se torna inevitável diz respeito à grande produção de trabalhos sobre o tema da justiça juvenil concentrados na região Sudeste — 54% dos trabalhos. Na tabela elaborada em 2017 por Ludmila Ribeiro e Alex Niche Teixeira, vemos que a região Sudeste concentra 57,9% dos artigos catalogados sobre o tema, sendo que 18% dessas publicações são de cunho quantitativo. Além disso, Arthur Trindade M. Costa e Renato Sérgio de Lima (2017, p. 90), também afirma que nos anos anteriores ao ano de 2013, as análises ficavam concentradas na região Sudeste do país, já que essa região conta com maior tradição de produção e uso de estatísticas. Jacqueline Muniz, Haydée Caruso e Felipe Freitas (2017) trazem um balanço sobre a natureza dos trabalhos e quem os escreve e, de acordo com a divisão feita por eles, 374 trabalhos acadêmicos (produções individuais e coletivas elaboradas por pesquisadores da área, sendo estes resultados de pesquisas, revisões teóricas e bibliográficas, estando contidos no amplo espectro de revistas, livros, dissertações e teses consultadas) e 26 trabalhos institucionais (trabalhos de organizações governamentais, não governamentais, internacionais e movimentos sociais) foram identificados. Desse número total de 386 trabalhos, 236 são da região Sudeste, 70 do Centro-Oeste, 42 do Sul, 38 do Nordeste e nenhum foi encontrado para a região Norte. Esses resultados são muito similares aos resultados de nossa pesquisa. Uma das explicações dadas pelos autores é que

“(...) as publicações ainda estão concentradas em São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Porto Alegre, além de Fortaleza e Salvador, que não por acaso reúnem os principais centros de pesquisa da área e as organizações não governamentais mais antigas nos estudos policiais e melhor estruturadas na área de justiça criminal e segurança pública. Pode-se inferir que tais estados concentram não só as publicações de maior relevância na área como os principais acessos às linhas de fomento disponíveis para os estudos policiais. Há que também salientar que Rio de Janeiro e São Paulo protagonizaram durante os anos de 1990 os primeiros lugares no ranking dos crimes contra a vida, além da ocorrência de eventos trágicos e emblemáticos como as chacinas e os episódios de brutalidade policial que tiveram repercussão nacional e internacional.” (p. 163)

Além disso, a produção de apenas 1% dos trabalhos na região Norte do país também chama a atenção, já que, mesmo sendo uma região pouco povoada, segundo o IBGE, em 2017, existiam 50 unidades socioeducativas na região — ou seja, há muitas unidades e apenas um trabalho a esse respeito.

Outra observação importante diz respeito ao fato da intersecção de raça aparecer em apenas um dos trabalhos. Os dados disponibilizados pelo Levantamento Anual SINASE 2017 informam que 40% dos adolescentes e jovens que estão dentro do sistema socioeducativo se autodeclararam de cor parda/preta, 23% de cor branca, 0,8% de cor amarela e 0,2% da raça indígena, sendo que 36% dos adolescentes e jovens não teve registro em relação à sua cor ou raça. Dessa maneira, cabe questionar o que explica a falta de trabalhos com intersecção de raça, principalmente trabalhos que analisem a experiência da socioeducação entre adolescentes e jovens negros, já que eles constituem a maior parte da população que compõe o sistema socioeducativo. Uma das hipóteses interpretativas sobre a carência de abordagem acerca deste tema é a reprodução do racismo estrutural também nos trabalhos de pesquisa na área da socioeducação no Brasil.

Segundo Muniz, Caruso e Freitas (2017), “tem-se a impressão que uma das principais motivações dos pesquisadores brasileiros tem sido investigar atendendo às demandas do debate público”. Atualmente, as intersecções de raça e gênero têm tornado-se cada vez mais importantes e presentes no debate público, sendo assim, se os autores estiverem corretos, essa hipótese se confirmará futuramente.

REFERÊNCIAS

BAUER, Martin W.; GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: Um manual prático. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

SciELO – Scientific Electronic Library Online. Página inicial. Disponível em: <<https://scielo.org/>>. Acesso em: 06, set. 2019.

Avaliação Quadrienal. Resultado da Avaliação Quadrienal 2017. Disponível em: <<http://avaliacaoquadrienal.capes.gov.br/resultado-da-avaliacao-quadrienal-2017-2>>. Acesso em: 04, set. 2019.

Plataforma Sucupira. Catálogo de Teses e Dissertações. Disponível em: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>. Acesso em: 23, set. 2019.

RATTON, J. L. Crime, polícia e sistema de justiça no Brasil contemporâneo: uma cartografia (incompleta) dos consensos e dissensos da produção recente das Ciências Sociais. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB, São Paulo, n. 84, p. 5-12, 2/2017.

RIBEIRO, L.; TEIXEIRA, A. N. O calcanhar de Aquiles dos estudos sobre crime, violência e dinâmica criminal. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB, São Paulo, n. 84, p. 13-80, 2/2017.

MUNIZ, J.; CARUSO, H.; FREITAS, F. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB, São Paulo, n. 84, p. 148-187, 2/2017.

GISI MARTINS DE ALMEIDA, B. A produção do fato da transformação do adolescente: uma análise dos relatórios utilizados na execução da medida socioeducativa de internação. Plural – Revista de Ciências Sociais, v. 24, n. 1, p. 28-53, 2017.

ALVAREZ, M. C.; LOURENÇO, L. C.; TONCHE, J. A “experiência precoce da punição”: justiça juvenil, adolescentes em conflito com a lei e instituições de internamento. Plural – Revista de Ciências Sociais, v. 24, n. 1, p. 28-53, 2017.

Coletadas para estudo durante a pesquisa (e não necessariamente citadas)

KOURY, M. G. P. Medos urbanos e mídia: o imaginário sobre juventude e violência no Brasil atual. Sociedade e Estado, Brasília, DF, v. 26, n. 3, p. 471-486, 2011.

LICO, F. M. C.; WESTPHAL, M. F. Juventude, violência e ação coletiva. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 23, n. 3, p. 764-777, 2014.

RODRIGUES, H. Vidas em fuga: juventude e justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 93, p. e329313, 2017.

DUBET, François. “Sobre a violência e os jovens”. *Cadernos de Ciências Humanas – Especiaria*, v. 9, n. 15, 2006, p. 11-31, jan/jun.

ALBERNAZ, E.; RIBEIRO, L.; LUZ, D. Uso progressivo da força: dilemas e desafios. In: STORANI, P. (Org.). *Uso progressivo da força: um protocolo de atendimento*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009. p. 12-15.

AMPARO-ALVES, J. À sombra da morte: juventude negra e violência letal em São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador. *Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 20, n. 2, p. 563-578, 2010.

ADORNO, S. A criminalidade urbana violenta no Brasil: um recorte temático. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 3-24, jan./jun. 1993.

ALEXANDER, J. C. O novo movimento teórico. *Revista Brasileira de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 5-28, 1987.

BARREIRA, C.; ADORNO, S. A violência na sociedade brasileira. In: MARTINS, C. B.; MARTINS, H. H. T. S. (Orgs.). *Horizontes das ciências sociais no Brasil: sociologia*. São Paulo: Anpocs, 2010. p. 303-374.

CAMPOS, M. S.; ALVAREZ, M. C. Políticas públicas de segurança, violência e punição no Brasil (2000-2016). In: MICELI, S.; MARTINS, C. B. (Orgs.). *Sociologia brasileira hoje*. São Paulo: Ateliê, 2017. p. 143-217.

KANT DE LIMA, R.; MISSE, M.; MIRANDA, A. P. M. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 45-124, 2000.

LIMA, R. S.; RATTON, J. L. As ciências sociais e os pioneiros nos estudos sobre crime, violência e direitos humanos no Brasil. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Urbana; Anpocs, 2011.

LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

PAIXÃO, A. L. Crime, controle social e consolidação da democracia: as metáforas da cidadania. In: REIS, F. W.; O'DONNELL, G. (Orgs.). A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice, 1988. p. 168-199.

ZALUAR, A. Violência e crime. In: MICELI, S. (Org.). O que ler na ciência social brasileira: 1970-1995. São Paulo: Anpocs, 1999. p. 13-107.

AGUIAR, N. Qual a contribuição dos métodos quantitativos em ciências sociais para o conhecimento da sociedade brasileira? In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 25., 2001, Caxambu. Anais... Caxambu: Hotel Glória, 2001. p. 1-15.

CANO, I. Nas trincheiras do método: o ensino da metodologia das ciências sociais no Brasil. Sociologias, Porto Alegre, v. 14, n. 31, p. 94-119, 2012.

ADORNO, S. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. Tempo Social, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 129-153, 1999.

AZEVEDO, R. G.; CIFALLI, A. C. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma. Civitas, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, 2015.

BAZON, M. R. Violências contra crianças e adolescentes: análise de quatro anos de notificações feitas ao Conselho Tutelar na cidade de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 323-332, 2008.

BELLONI, M. L. Infância, máquinas e violência. Educação & Sociedade, Campinas, v. 25, n. 87, p. 575-598, 2004.

BRITES, J.; FONSECA, C. As metamorfoses de um movimento social: mães de vítimas de violência no Brasil. Análise Social, Lisboa, n. 209, p. 858-877, 2013.

CAMPOS, M. S. Mídia e política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioria penal na Câmara dos Deputados. Opinião Pública, Campinas, v. 15, n. 2, p. 478-509, 2009.

CARDIA, N. O medo da polícia e as graves violações dos direitos humanos. Tempo Social, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 249-265, 1997.

CHESNAIS, J. C. A violência no Brasil: causas e recomendações políticas para a sua prevenção. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 53-69, 1999.

COSTA, A. P. M. Redução da idade de imputabilidade penal: mitos e justificativas. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 47-62, 2008.

FERREIRA, V. V. F.; LITTIG, P. M. C. B.; VESCOVI, R. G. L. Crianças e adolescentes abrigados: perspectiva de futuro após situação de rua. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, p. 165-174, 2014.

FRANCH, M. Nada para fazer? um estudo sobre atividades no tempo livre entre jovens de periferia no Recife. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 117-133, 2002.

GALLO, A. E.; WILLIAMS, L. C. A. A escola como fator de proteção à conduta infracional de adolescentes. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 38, n. 133, p. 41-59, 2008.

GALLO, E. A. G. et al. Vitimização por crime na infância e adolescência segundo registros oficiais: coorte de nascimentos de Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 8, p. e00072915, 2016.

GALVÃO, L. K. S.; CAMINO, C. P. S. Julgamento moral sobre pena de morte e redução da maioridade penal. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 23, n. 2, p. 228-236, 2011.

GONZALEZ-ARROYO, M. Quando a violência infanto-juvenil indaga a pedagogia. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 787-807, 2007.

JIMENEZ, L.; FRASSETO, F. A. Face da morte: a lei em conflito com o adolescente. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 404-414, 2015.

KOURY, M. G. P. Medos urbanos e mídia: o imaginário sobre juventude e violência no Brasil atual. *Sociedade e Estado*, Brasília, DF, v. 26, n. 3, p. 471-486, 2011.

LANDINI, T. S. Violência sexual contra crianças na mídia impressa: gênero e geração. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 26, p. 225-252, 2006.

LIMA, R. C. P. Diagnósticos psicossociais de crianças e adolescentes na Febem de São Paulo. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 108, p. 161-181, 1999.

_____. Mudança das práticas sócio-educativas na Febem-SP: as representações sociais de funcionários. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 56-62, 2006.

LINS, R.; FIGUEIREDO FILHO, D.; SILVA, L. A redução da maioridade penal diminui a violência? evidências de um estudo comparado. *Opinião Pública*, Campinas, v. 22, n. 1, p. 118-139, 2016.

LOPES, R. E. et al. Juventude pobre, violência e cidadania. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 63-76, 2008.

Apresentação oral

**SEMILIBERDADE ÀS AVESSAS: UM ESTUDO SOBRE A MEDIDA
SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE DURANTE O
PERÍODO DA PANDEMIA DO COVID-19 NA CIDADE DE BELO
HORIZONTE/ MINAS GERAIS**

*SEMILIBERTY TO ADVERSES: A STUDY ON THE SOCIO-
EDUCATIONAL MEASURE OF SEMILIBERTY DURING THE COVID-19
PANDEMIC PERIOD IN THE CITY OF BELO HORIZONTE/MINAS
GERAIS*

Isadora Costa Saraiva

Especializanda em Psicologia Jurídica pela PUC/MG. Especialista em Ciências Penais pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogada. Assistente Jurídica em uma Unidade Socioeducativa de Semiliberdade. E-mail: isadoracsaraiva@gmail.com

Resumo: O presente estudo demonstrará as principais considerações acerca da medida socioeducativa de semiliberdade aplicada aos adolescentes sentenciados pela prática de ato infracional. Esta medida merece ser estudada visto que é um meio termo entre as medidas de meio aberto e de meio fechado, por ser um meio termo, poderia ser considerada uma medida de difícil cumprimento uma vez que o adolescente em conflito com a lei está a todo o momento sendo testado diante de sua autodisciplina, sua responsabilidade, conseqüentemente, sua semi-liberdade. Nesta oportunidade, pretende-se, como objetivo geral, trabalhar a sistemática da medida socioeducativa de semiliberdade e, subsequentemente, como objetivo específico analisar criticamente, as implicações que a pandemia do Covid-19 ocasionou no cumprimento desta medida no estado de Minas Gerais, especificamente, na comarca de Belo Horizonte. O ponto que se quer destacar são que os princípios e características da semiliberdade têm se embaraçados, o que ocasiona uma semiliberdade às avessas. Tal panorama é inaceitável uma vez que ofende direitos dos adolescentes estabelecidos no ordenamento brasileiro. Ao final do estudo, serão apresentadas sugestões de como fazer com que a medida de semiliberdade mantenha sua

essência, bem como atender as demandas deste público considerando as particularidades do atual momento.

Palavras-chave: Adolescentes em conflito com a lei. Semiliberdade. Pandemia Covid-19. Belo Horizonte/ Minas Gerais.

Abstract: This study will demonstrate the main considerations about the socio-educational measure of semi-freedom applied to adolescents sentenced for committing an infraction. This measure deserves to be studied since it is a middle ground between open and closed means, since it is a middle ground, it could be considered a measure of difficult compliance since the adolescent in conflict with the Law is at all costs. Moment being tested before his self-discipline, his responsibility, consequently, his semi-freedom. In this opportunity, it is intended, as a general objective, to work on the systematic of the socio-educational measure of semi-freedom and, subsequently, as a specific objective to critically analyze, the implications that the Covid-19 pandemic caused in the fulfillment of this measure in the state of Minas Gerais, specifically, in the district of Belo Horizonte. The point that we want to highlight is that the principles and characteristics of semi-freedom have been embarrassed, which leads to a semi-freedom inside out. Such a panorama is unacceptable since it offends the rights of adolescents established in the Brazilian system. At the end of the study, suggestions will be made on how to make the measure of semi-freedom maintain its essence, as well as meet the demands of this audience considering the particularities of the current moment.

Keywords: Adolescents in conflict with the Law. Semi-freedom. Covid-19 Pandemic. Belo Horizonte/ Minas Gerais.

Sumário: Introdução. 1. Considerações iniciais. 1.1. Medida Socioeducativa de Semiliberdade. 2. Atual Panorama da medida socioeducativa de semiliberdade em razão da pandemia do Covid-19. 2.1. Previsão do Conselho Nacional de Justiça. 2.2. Previsão do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais. 2.3. Legislações contra o Covid-19 na Comarca de Belo Horizonte/MG. 2.4. Atual funcionamento da medida socioeducativa de semiliberdade em razão do Covid-19 na Comarca de Belo Horizonte/MG. 3. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao longo deste ano com o surgimento do vírus da Covid-19, a declaração de emergência pública tanto nacional quanto internacional e, a consequente declaração de situação pandêmica, houve uma série de mudanças na execução das medidas socioeducativas. Mudanças essas ocorridas através da publicação de Recomendações e Portarias que disciplinam sobre as novas formas de atuação no sistema socioeducativo no intuito de evitar a contaminação e propagação do novo vírus bem como resguardar a vida dos socioeducandos e de todos aqueles que atuam na justiça juvenil.

Dito isso, o presente artigo tem como matriz metodológica a linha de pesquisa exploratória, que é voltada para uma breve revisão bibliográfica em matéria de sistema socioeducativo, no que tange a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade aos adolescentes infratores. Para tanto, será analisada as últimas Recomendações e Portarias publicadas neste ano em razão da pandemia, como meio de limitar divagações e poder estruturar esta análise no sentido de compreender como se tem regulado a execução da medida socioeducativa de semiliberdade durante o atual momento pandêmico.

Imperioso ressaltar que em relação à pesquisa, adota-se, como marco teórico, o mês de março deste ano (03/2020), quando foi publicada a declaração de emergência pública pela Organização Mundial de Saúde (OMS), até o final do mês de setembro (09/2020), quando houve uma flexibilização das normas de isolamento social, até então aplicadas, na cidade de Belo Horizonte/Minas Gerais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069/1990, é uma lei que regulamenta os direitos e deveres de todas as crianças e adolescentes, considerados como sujeitos de direitos por serem indivíduos em desenvolvimento, devendo, assim serem integralmente protegidos pela família, sociedade e Estado (artigo 227 da Constituição Federal de 1988).

Ultrapassada a questão da proteção, o ECA em seu artigo 112 prevê a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa (MSE) para adolescentes que praticaram ato

infracional, entende-se por ato infracional toda conduta considerada crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA). As possíveis medidas a serem aplicadas são:

Capítulo IV

Das Medidas Sócio-Educativas

Seção I

Disposições Gerais

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semi-liberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Ressalta-se que a eventual aplicação de medida socioeducativa tem por objetivo a (re)socialização dos adolescentes em conflito com a lei, pautado no viés educativo considerada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, a medida socioeducativa propõe a reinserção dos adolescentes infratores a partir do não cometimento de novos atos infracionais. Desse modo, a medida a ser designada tem que levar em conta a capacidade de cumprimento pelo adolescente infrator, considerando seus aspectos psíquicos e físicos, além das circunstâncias e gravidade da infração.

Além da previsão no ECA, a lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), Lei n. 12.594/2012, prevê o conjunto ordenado de princípios, regras e ações pedagógicas que norteiam a aplicação das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes sentenciado pela prática de ato infracional. Dentre essas possíveis medidas a serem aplicadas, a que importa para este trabalho é a medida socioeducativa de semiliberdade.

Ante de adentrar na MSE de semiliberdade, é imperioso ressaltar que para o adolescente retornar para sua liberdade de forma integral, é necessário que cumpra os eixos da medida socioeducativa. Esses eixos são: educação; relações sociais e familiares; profissionalização, cultura, esporte e lazer; saúde; e responsabilização.

Resumidamente estes eixos prevêm: escolarização – o adolescente deve ser matriculado em uma escola e a Instituição juntamente com os pais devem garantir a permanência na instituição de ensino, bom como um bom aproveitamento. O eixo relações sociais e família consiste na regularização da documentação civil do adolescente e o fortalecimento dos vínculos afetivos para que os familiares sejam corresponsabilizados e auxiliem no cumprimento da medida. Eixo profissionalização, cultura, esporte e lazer perpassam pela realização de um curso profissionalizante e/ou preparatório para o mercado de trabalho, além de realização de oficinas e atividades para que o adolescente possa conhecer os espaços ofertados na cidade. O eixo saúde visa à promoção da saúde e, consequente, acolhimento do adolescente no centro de saúde de referência da comunidade. Por fim, o eixo responsabilização visa a reflexão do socioeducando acerca de sua trajetória infracional e o não envolvimento na criminalidade. Alcançados estes eixos, o Juízo avaliará a medida e poderá declará-la extinta se considerar que o adolescente está apto para ter sua liberdade plena.

1.1 Medida Socioeducativa de Semiliberdade

A medida socioeducativa de semiliberdade está prevista no art. 112, inciso V, do ECA, conforme demonstrado acima, tendo em vista o nome “semi-liberdade” percebe-se que é uma medida restritiva da liberdade. A medida em comento somente será aplicada caso não seja possível a aplicação de medidas de meio aberto, tais como Liberdade Assistida ou Prestação de Serviço à Comunidade, haja vista que são medidas restritivas de direitos e, portanto, mais leves.

Vale ressaltar que essa medida, pautada no viés socioeducativo e (re)socializador, prevê que os socioeducandos e seus familiares deverão ser acompanhados pela equipe técnica da Instituição ao qual esteja vinculado para que se desvincule da criminalidade e estabeleça novos projetos de vida para quando retornar integralmente na sociedade, conforme explicou CARVALHO, 2014:

“serão acompanhados de forma que se desvincule totalmente da criminalidade, e orientados no sentido de que serão capazes de fortalecer os vínculos de convivência familiar e social. Nesse caso, o **adolescente e sua família serão devidamente assistidos, sendo inseridos em programas de assistência social, como também deverá estar devidamente matriculado em unidade de ensino com supervisão do seu desempenho escolar, profissionalizá-lo e direcionar esse adolescente para o mercado de trabalho. **Proporcionando ao adolescente autor de ato infracional condições plenas de reestruturação psíquica e familiar para que seja possível a reconstrução de um novo indivíduo e resgata-lo como pessoa sujeito de direitos**”.**(grifo nosso)

Voltando para o viés normativo, especificamente a *Seção VI* do ECA, disciplina o regime de Semi-Liberdade como uma medida que pode ser aplicada desde o início ou ser uma forma de transição para o meio aberto, além de possibilitar a realização de atividades externas, a saber:

Seção VI

Do Regime de Semi-liberdade

Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Percebe-se que a medida de semiliberdade possui como uma das características a privação de liberdade, só que de uma forma mais branda (SPOSATO, 2004,P.107-124), sendo desse modo denominada como *semi-liberdade*. Essa restrição da liberdade é abrandada, pois, conforme mencionado, essa medida possui a característica de possibilitar que os adolescentes em conflito com a lei possam frequentar atividades externas, independentemente de autorização judicial, conforme destacado por BANDEIRA:

“ (...) a semiliberdade como uma medida restritiva de liberdade, **mas que admite a coexistência do adolescente com o meio externo e institucional**, estabelecendo a obrigatoriedade da escolarização e de atividades profissionalizantes, numa interação constante entre a entidade responsável pela aplicação da medida de semiliberdade e a comunidade, **utilizando-se preferencialmente, recursos da própria comunidade**. Com efeito, a medida de semiliberdade avulta da importância, pois **contribui para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como estimula o desenvolvimento do senso**

de responsabilidade pessoal do adolescente". (BANDEIRA, 2006, 164-165) (grifo nosso).

Desse modo, conclui-se que a principal essência dessa medida é a possibilidade de realização de atividades externas, prescindindo de autorização judicial. Ressalta-se que essas atividades contam com uma vigilância mínima, visto que o objetivo da Instituição a qual o adolescente está vinculado é analisar a sua autodisciplina e responsabilidade com seus compromissos e atividades, sendo esta a característica que a difere da medida socioeducativa de internação, *"portanto, sua boa execução está condicionada ao funcionamento efetivo de uma rede de organizações que assegurem atividades de interesse e necessidade do(a) adolescente"*(LAZZAROTTO, *et al*, 2014, p. 242).

Acrescenta-se que a internação é a medida mais grave que pode ser aplicada ao adolescente em conflito com a lei, já que o interno fica sem qualquer contato com o mundo externo. Nesse sentido, BANDEIRA afirma que a medida de internação é "a forma mais drástica de intervenção estatal na esfera individual do cidadão, pois o poder sancionatório do Estado alcança *o jus libertatis do adolescente, o maior bem que se possui, depois da vida.*" (BANDEIRA, 2006, p.183), desse modo, esta medida deve ser devidamente justificada quando for designada, devendo ser aplicada em ultima ratio e dentro das hipóteses previstas em lei.

No que se refere as atividades externas características da MSE de semiliberdade, podem ser citadas como exemplo, as atividades escolares e profissionalizantes, que são obrigatórias, devendo ser exercidas em espaços fora da instituição com o viés de facilitar a (re)socialização dos adolescentes infratores. Além dessas atividades e *"(...) levando em conta os objetivos da medida, bem como o princípio da incompletude institucional, o (a) adolescente deverá realizar prioritariamente as atividades nos serviços oferecidos pela comunidade (...)"* (LAZZAROTTO, *et al*, 2014, p.242) podendo essas atividades serem de de cunho cultural, esportivo, de lazer, de saúde, entre outras, conforme a necessidade dos adolescentes e rotina da Instituição.

Insta salientar que essas atividades deverão priorizar a manutenção ou restabelecimento de vínculos familiares quando rompidos, a reinserção comunitária e, conseqüentemente, implicar na efetiva responsabilização do adolescente perante o ato infracional cometido. Ademais, a equipe técnica multidisciplinar da Instituição a qual o

socioeducando está vinculado deve acompanhar os encaminhamentos e a realização das atividades dos socioeducandos, bem como avaliar o progresso no cumprimento dos eixos da medida socioeducativa.

Além do acompanhamento das atividades, essa mesma equipe realiza atendimento e orientações aos familiares desses internos no intuito de inseri-los nos programas de assistência social ofertados pelo governo de forma a permitir uma melhor estruturação familiar que contribua no processo de responsabilização e, conseqüente, afastamento do adolescente da criminalidade. Esse acompanhamento da família é essencial haja vista que na maioria das vezes vive em locais de extremas vulnerabilidade e carências dos serviços básicos de assistência social, desse modo, a equipe técnica auxilia a inclusão dessas famílias na rede para que possam ter condições melhores e se estruturarem.

Tendo em vista que a medida de semiliberdade possui a restrição parcial da liberdade associada à possibilidade de realização de atividades externas, é considerado um meio termo entre as medidas de meio aberto e de meio fechado. Isto porque ao mesmo tempo em que o adolescente tem o direito de ir e vir para realizar suas atividades externas, ainda, prevalece a privação parcial de sua liberdade, portanto, a semiliberdade está no caminho entre a institucionalização e a liberdade plena. Neste mesmo sentido o SINASE em seu artigo 42, § 3º, prevê: *“Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto”*.

Outrossim, há de se destacar, que na MSE o infrator está a todo o momento sendo testado diante de sua responsabilidade com relação à sua (semi)liberdade. Isto porque, é assegurado ao adolescente infrator o direito de realizar suas atividades externas sozinho, com vigilância mínima, sendo que ao mesmo tempo deve possuir disciplina com seus compromissos e horários pré-estabelecidos pela Instituição, para cumprir da melhor forma os eixos que envolvem a medida socioeducativa. Por sua vez, é dessa forma que a Instituição poderá avaliar se o interno tem disciplina e capacidade de ser reinserido socialmente, ou seja, se consegue lidar com sua liberdade sem infracionar.

Diante do exposto, pode-se dizer que é uma medida de difícil cumprimento, já que os adolescentes normalmente não haviam se deparado até então com compromissos e horários, eram “livres” antes da designação de medida socioeducativa. Essa liberdade que habitualmente vivenciavam era ofertada por meio das práticas ilícitas. Por essa razão,

também, considera-se de difícil cumprimento porque tem que ter uma voluntariedade do adolescente em conflito com a lei com a medida de semiliberdade.

Nesse sentido, considerando que a medida em comento permite o contato com o mundo externo e que não há qualquer tipo de contenção que impeça os adolescentes de saírem, é evidente que o adolescente tem que criar uma adesão e se vincular a medida socioeducativa para que consiga cumpri-la. Assim, este tem que optar pelo afastamento temporário da comunidade e do envolvimento na criminalidade, se aderindo às regras da Instituição, respeitando os horários de restrição e realizando as atividades programadas para que quando considerado apto retorne ao convívio comunitário integral, com novos projetos de vida pautados na vida lícita e incluído nos equipamentos de lazer, educação e esporte presentes no território de vivência.

Passada essas considerações iniciais, é preciso analisar as implicações que a pandemia do Covid-19 ocasionou no cumprimento desta medida no estado de Minas Gerais.

2. ATUAL PANORAMA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-19

2.1. Previsão do Conselho Nacional de Justiça

Considerando a declaração pública de situação de pandemia do Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020, a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da OMS, em 30 de janeiro de 2020, assim como a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), veiculada pela Portaria n.º 188/GM/MS, de 04 de fevereiro de 2020, bem como a Lei Federal n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre as medidas necessárias para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação n.º 62, em 17 de março de 2020.

Esse documento recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid 19 no âmbito dos

estabelecimentos prisionais e socioeducativos. Essa recomendação tem como objetivo a garantia da proteção da saúde e vida das pessoas privadas de liberdade e de todos aqueles que trabalham com sistema prisional e/ou socioeducativo. Visa, também, a redução de aglomerações dentro dessas instituições.

Em relação aos sistemas socioeducativos está à previsão de designação preferencial de medidas socioeducativas de meio aberto quais sejam Liberdade Assistida ou Prestação de Serviço à comunidade (art. 2º), além da revisão das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão (art. 3º, inciso I).

Ressalta-se que essa recomendação sofreu pequenas alterações por meio da Recomendação n. 68, de 17 de junho de 2020 e, por fim da Recomendação n. 78, de 15 de setembro de 2020, que alterou o prazo de vigência para prazo de trezentos e sessenta dias, com a possibilidade de prorrogação ou de antecipação do seu término, ou seja, a Recomendação n.º 62 encontra-se vigente quando da execução deste trabalho.

2.2. Previsão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG)

Diante da Recomendação n.º 62 do CNJ, foi editada a PORTARIA CONJUNTA SEJUSP/TJMG/DPMG/PCMG/MPMG N. 001, de 19 de março de 2020, que prevê a aplicação no sistema socioeducativo uma série de medidas necessárias para o contingenciamento da pandemia do coronavírus no Estado de Minas Gerais. Nos mesmos moldes da recomendação acima mencionada, essa portaria tem como finalidade a garantia da proteção da saúde e vida dos adolescentes privados de liberdade e de todos aqueles que trabalham com sistema socioeducativo. Além da redução do número de internos, e consequentemente, a diminuição de aglomerações dentro das instituições.

Dentre as medidas previstas, no que se refere ao regime de semiliberdade está a recomendação de colocar os adolescentes em Regime Diferenciado de Acompanhamento à Distância (RDAD), exceto os casos de internos sem referência familiar e/ou ameaçados de morte no território de vivência. Entende-se por RDAD o acompanhamento de forma remota pela equipe técnica aos adolescentes que estão cumprindo a medida em suas residências. Essa inserção do adolescente em regime diferenciado ocorre depois de

ouvidos o Ministério Público, a Defensoria Pública e a equipe da unidade socioeducativa a qual o adolescente está vinculado.

Deste monitoramento, deverão ser elaborados planos de acompanhamento para adolescentes inseridos neste regime diferenciado, já em relação aos adolescentes que permanecerem acautelados na Instituição, ainda, deverão ser elaborados planos de atividades e de acompanhamento pedagógico, para que continuem com o regular cumprimento dos eixos da medida socioeducativa.

Acrescenta-se que o Juízo de Execução da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte, em atenção ao art. 3º, I, da Recomendação CNJ n.º 62, de 17 de março de 2020, e considerando o disposto na Resolução Conjunta SEJUSP/PMMG/PCMG/CBMMG, de 17 de março de 2020 (SEI n.º 1450.01.0041168/2020-55/2020), determinou que as Unidades de Semiliberdade localizadas na cidade adotassem as medidas necessárias para colocação dos socioeducandos em regime diferenciado de acompanhamento à distância, pelo prazo inicial de 30 (trinta) dias, sujeito à prorrogação em razão da continuidade do estado de emergência de saúde pública declarado para enfrentamento da propagação do novo coronavírus (COVID-19).

Nessa determinação, consta expressamente que os socioeducandos inseridos no regime diferenciado de acompanhamento à distância deverão ser atendidos, orientados e monitorados de forma telemática e, em casos necessários, por meio de atendimento presencial na Instituição. Além desse acompanhamento telemático, esses adolescentes têm a obrigação de assinarem um termo especial onde constam as regras de adesão regime, dentre elas, está a obrigatoriedade de manter endereço e telefones atualizados, o recolhimento domiciliar noturno obrigatório e, o compromisso de comparecer à Instituição sempre que sua presença for solicitada.

Igualmente, nos mesmos moldes das recomendações acima, esta determinação prevê que os socioeducandos que não possuírem qualquer referência familiar ou apresentar grave ameaça de circulação no território de vivência não deverão ser submetidos à este regime diferenciado. Sendo que para estes adolescentes, as equipes técnicas das Instituições deverão organizar uma rotina de atividades internas que permita o regular desenvolvimento de todos os eixos da medida em execução.

Portanto, temos que o Juízo da Vara de Execução da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte, determinou a colocação dos adolescentes em regime diferenciado nos mesmos moldes da Recomendação do CNJ e da Resolução Conjunta do TJMG. No entanto, todas elas não disciplinaram sobre como seria executada a medida em comento em relação aos adolescentes que permanecem nas Instituições por se enquadrarem nas exceções e, muito menos especificaram sobre o tipo de rotina a ser executada dentro das regras e princípios da medida socioeducativa de semiliberdade.

Acrescenta-se que o Estado de Minas Gerais possui no total de 13 Casas de Semiliberdade, sendo que somente na Comarca de Belo Horizonte estão instaladas 7 (sete) delas, desse modo, é cabível dizer que a maioria das instituições estão sendo disciplinadas sob as novas normativas em razão do pandemia. Além disso, sabe-se que a maioria das cidades do Estado de Minas Gerais que possuem Unidades Socioeducativas de Semiliberdade adotaram as recomendações da Portaria Conjunta mencionada, sendo que a maior parte dos adolescentes foi incluída no RDAD e são acompanhados remotamente pela equipe técnica da Unidade na qual estão vinculados. Em relação aos adolescentes que não foram liberados é porque se enquadram nas duas exceções, ou seja, são adolescentes que não possuem referência familiar ou que são ameaçados de morte. Assim, a estes adolescentes são programadas apenas uma rotina *interna*, conforme será alinhavado no decorrer deste trabalho.

2.3. Legislações municipais contra o Covid-19 na Cidade de Belo Horizonte

Em relação à Comarca de Belo Horizonte foi decretada a situação anormal, caracterizada como Situação de Emergência em Saúde Pública por meio do Decreto n. 17.297, publicado em 17 de março de 2020, pelo Prefeito Alexandre Kalil. Além disso, no Decreto n. 17.304, de 18 de março de 2020, foi determinada a suspensão temporária dos Alvarás de Localização e Funcionamento e autorizações emitidos para realização de atividades com potencial de aglomeração de pessoas. No entanto este decreto foi revogado pelo Decreto n. 17.328, de 8 de abril de 2020, sendo que este suspendeu por tempo indeterminado os Alvarás de Localização e Funcionamento e autorizações emitidos para todas as atividades comerciais. Desse modo, foi decretado o isolamento social na cidade de Belo Horizonte a partir de abril desse ano. Além disso, sabe-se que em outras cidades

do Estado de Minas Gerais, também, houve o fechamento de comércio para evitar a propagação do Covid-19.

Cabe mencionar que a Secretaria Municipal da Educação de Belo Horizonte por meio da Portaria SMED n. 102/2020, de 18 de março de 2020, dispôs sobre interrupção das atividades escolares nas escolas municipais e creches parceiras, integrantes do Sistema Municipal de Ensino, em razão de epidemia causada pelo Coronavírus. Ressalta-se que até a finalização deste artigo as aulas das escolas municipais ainda se encontravam suspensas.

As aulas das escolas estaduais, também, foram suspensas através da Deliberação COVID-19 n. 18, de 22 de março de 2020, sendo que esta deliberação dispõe sobre as medidas adotadas no âmbito do Sistema Estadual de Educação, enquanto durar o estado de calamidade pública em todo o território do Estado, nos termos do Decreto n. 47.891, de 20 de março de 2020.¹ Ressalta-se que a Deliberação COVID-19 n. 18 foi revogada pela Deliberação COVID-19 n. 89, de 23 de setembro de 2020, que dispõe sobre a autorização do retorno gradual e seguro das atividades presenciais nas unidades de ensino nas localidades em que há baixa transmissão do vírus.

Acrescenta-se que em ambas as redes escolares foi determinada a elaboração de atividades escolares através da entrega de materiais ou transmissão das aulas, como por exemplo, no âmbito das escolas estaduais há o Programa Se Liga na Educação transmitida pela Rede Minas, no intuito de diminuir os prejuízos da suspensão das atividades presenciais das escolas.

Imperioso ressaltar que o decreto que determinou o fechamento dos comércios e o início do isolamento social na cidade, decreto n. 17.328, de 8/4/2020, foi alterado por diversas vezes a partir do mês de maio, na qual veio novas regras de relaxamento e, especificamente, a partir do Decreto 17.406, 20 de agosto de 2020, que as medidas começaram efetivamente a ser relaxadas em relação aos comércios. No entanto, em relação aos espaços de cultura, esporte e lazer, isso somente veio a ocorrer no final do mês de setembro. Desse modo, o isolamento social na cidade de Belo Horizonte aconteceu entre o período de março até o final de setembro de 2020.

¹ DECRETO N. 47.891, de 20/03/20, que reconheceu o estado de calamidade pública decorrente da pandemia causada pelo agente Coronavírus (COVID-19).

2.4 Atual funcionamento da medida socioeducativa de semiliberdade em razão do Covid-19 na Comarca de Belo Horizonte/MG.

Diante da atual situação de emergência pública, do fechamento do comércio e espaços de lazer e da suspensão das aulas presenciais, não havia como as Instituições de Semiliberdade liberar os adolescentes para praticarem atividades externas, salvo caso de necessidade de atendimento e/ou acompanhamento médico. Aqui está se referindo aos adolescentes que permaneceram nas instituições por se enquadrarem nas duas exceções de não liberação para cumprimento de medida domiciliar, a saber, alhures mencionada. Então, foi apenas programada uma rotina interna ante a necessidade de isolamento social.

Diante desse panorama, estes adolescentes permaneciam nestas Instituições 24 horas por dia, por tempo integral, inclusive aos finais de semana, tendo a saída liberada somente para consulta médica.

Assim, percebe-se uma restrição total da liberdade, igualando a semiliberdade a uma medida de internação (SPOSATO, Karyna. 2004. Pag. 111-112). Dito isso, é possível dizer que a principal essência da MSE não estava sendo cumprida, o que caracteriza uma *Semiliberdade às Avessas*. Conclui-se que os adolescentes que receberam a medida socioeducativa de semiliberdade no atual momento de emergência pública e se enquadravam nas exceções, no fim das contas, acabavam cumprindo uma medida de internação, considerada a mais grave de todas as medidas, sem ter determinação judicial para tanto, o que é uma afronta aos direitos previstos no ECA.

Diante do exposto, conclui-se que a MSE ficou totalmente desconfigurada diante do atual panorama pandêmico. Assim, cabe perguntar se é viável, diante do atual momento, a determinação da medida de semiliberdade para os adolescentes em conflito com a lei, em especial, àqueles que não possuem referência familiar ou são ameaçados no território de vivência? Caso positivo, quais medidas poderiam ser tomadas para minimizar os impactos das medidas de contingenciamento do Covid-19 no cumprimento da medida de semiliberdade? Por fim, como fazer com que a medida de semiliberdade mantenha sua essência e características na atual situação de emergência pública e deixe de ser uma *semiliberdade às avessas*?

Ainda que seja um momento atípico, por conta da pandemia do Covid-19, o Estado necessita assegurar os direitos dos adolescentes em Unidades Socioeducativas, devendo garantir que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja integralmente cumprido, bem como minimizar os impactos negativos dentro das instituições de semiliberdade. Ressalta-se que uma mínima violação de direitos, no caso, a total privação de liberdade em uma medida que comporta atividades externas, aumenta o sofrimento psíquico, podendo causar danos irreparáveis aos internos e dificultar sua reinserção social. Portanto, devem-se criar alternativas para que o processo socioeducativo e pedagógico dos internos da semiliberdade não seja descaracterizado e que os procedimentos legais sejam todos respeitados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cabe mencionar que a medida de semiliberdade é um importante meio de ressocializar o adolescente em conflito com a lei, por que:

“o adolescente infrator deve ser amparado como sujeito de direito e inserido em políticas pública direcionada a educação, saúde, cultura, esporte, profissionalização e todo o suporte necessário como preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente. A ressocialização é sem dúvida a reintegração do adolescente infrator ao convívio harmônico com outros indivíduos da comunidade, considerando sua fase de desenvolvimento tanto físico como mental, e a medida de semiliberdade proporciona tanto ao menor infrator quanto para a sua família o auxílio necessário, mostrando os caminhos a serem percorridos e ensinando os valores e princípios para se viver em sociedade, dessa maneira afastando-o de uma vez por todas da criminalidade” (CARVALHO, 2014).(grifo nosso).

A ideia principal deste artigo é que a essência da medida socioeducativa de semiliberdade não está sendo cumprida, o que é inadmissível, haja vista que contraria os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de contrariar os princípios e regras do SINASE.

Importante frisar que como a medida de semiliberdade prevê a realização de atividades externas fica inviável sua aplicação no atual cenário de calamidade pública, desse modo, seria recomendável a suspensão da aplicação dessa medida a novas sentenças de atos infracionais.

A medida de semiliberdade, a qual foi denominada como Semiliberdade às avessas, para além de estar desconfigurada, iguala-se a uma medida de internação, que é a medida

mais grave prevista no Estatuto e, portanto, deveria ser devidamente justificada, o que não é o caso. Assim, é designada uma medida de semiliberdade e o adolescente que privado de suas atividades externas, em razão da pandemia do Covid-19, fica totalmente restrito e sem contato com o mundo externo.

É evidente que a total privação de liberdade, em uma medida que comporta saídas externas, aumenta o sofrimento psíquico do socioeducando o que provocará uma dificuldade de sua (re)socialização, consequentemente, sua responsabilização diante do ato infracional cometido.

Tendo normas que garantem direitos e preveem o modo de funcionamento pautados em atividades fora da Instituição, a total privação de liberdade não pode estar condicionada às regras de prevenção e propagação do vírus Covid-19. Desse modo, se o Estado e o Judiciário não têm condições de garantir a medida socioeducativa de semiliberdade como determina a lei, sobretudo, garantir a realização das atividades externas e a reinserção dos adolescentes na sociedade, não deveria aplicá-la no atual momento de emergência de saúde pública.

Como ideia inicial, defende-se a não aplicação da medida de semiliberdade, em especial, àqueles que não possuem referência familiar ou são ameaçados no território de vivência, para que não cumpram uma medida de internação enquanto perdurar a situação de pandemia.

Além disso, os tribunais deveriam priorizar a não instauração de processos de justiça juvenil, ou caso instaurem, que priorizem a designação de medidas de meio aberto que sejam eficazes na responsabilização do adolescente infrator e caso sejam crimes mais graves deveriam aplicar a medida de internação. O que não pode ocorrer é a designação de uma medida socioeducativa desconfigurada, como é o caso da MSE de semiliberdade no atual panorama pandêmico.

Caso contrário, se for designada a medida em comento, deve-se analisar se o adolescente poderá ser liberado para o regime diferenciado de acompanhamento à distância- RDAD, conforme as novas determinações judiciais. No entanto, se se verificarem que o adolescente se enquadra em alguma das duas exceções já mencionadas, a saber ser ameaçado ou não ter referência familiar, o próprio judiciário já deveria repensar

alternativas diversas para que este não cumpra uma medida de internação enquanto deveria ser de semiliberdade, ou melhor, deveria analisar criteriosamente sobre a melhor forma de responsabilização deste sem violar seus direitos ou prejudicar sua saúde psíquica.

Desse modo, para os adolescentes sem referência familiar, sugere-se que o Judiciário ao invés de aplicar uma medida socioeducativa de semiliberdade e na impossibilidade de designar uma medida de meio aberto, suspenda o processo de apuração de ato infracional e determine uma medida protetiva de Acolhimento Institucional (Abrigo de crianças e/ou adolescentes). Inclusive, em caso de eventual desligamento da medida de semiliberdade estes adolescentes deverão ser encaminhados para Instituições de Acolhimento. Assim, após retorno das atividades externas, o processo retornaria seu curso e a semiliberdade poderia ser aplicada a estes adolescentes.

Já em relação aos adolescentes que são ameaçados de morte, o juiz, poderá suspender o processo e desde logo determinar a análise e posterior inclusão do adolescente nos Programas de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM).

Não se pretende que o Tribunal não deva mais atuar sobre as novas apurações de atos infracionais. É evidente que tal atuação é necessária para a (re)socialização dos adolescentes envolvidos na criminalidade. No entanto, designar uma medida socioeducativa que não permite a realização de sua principal característica é inaceitável. Desse modo, deve-se pensar em estratégias para que a medida de semiliberdade mantenha sua essência, ainda, que no atual panorama e deixe de ser uma semiliberdade às avessas.

Merece destacar que há um Projeto de Lei de n. 3.668/2020, de 06 de julho de 2020, em trâmite na Câmara dos Deputados e atualmente encontra-se aguardando o despacho do Presidente da Câmara. Esse projeto de lei que prevê a suspensão das medidas socioeducativas de semiliberdade, liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade enquanto perdurar o atual momento pandêmico, sendo que os adolescentes já inseridos deverão ser acompanhados pela equipe da Instituição ao qual estão vinculados para manutenção do acompanhamento já iniciado, sendo que não foi dada destinação àqueles já inseridos e que não puderam ser liberados para cumprir a medida em suas residências.

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo através do Provimento CSM n. 2572/2020, de 18 de agosto de 2020, estabeleceu a suspensão das

medidas socioeducativas de semiliberdade e de prestação de serviço à comunidade, visto que estas são condicionadas ao exercício de atividades externas que não foram retomadas em razão da pandemia do Covid-19. Por fim, este provimento estava vigente até o mês de outubro desse ano. Estes são alguns dos exemplos que poderiam ser executados na medida socioeducativa de semiliberdade, já que esta não está cumprindo sua essência, deveria ser suspensa até poder retomar as atividades externas.

Ressalta-se, por fim, a súplica é no sentido de que todos os atores envolvidos, desde o Legislativo, Executivo e Judiciário olhem para os adolescentes em conflito com a lei a partir das especificidades do momento em que se vive sem desconfigurar a medida de semiliberdade. Fica então a sugestão de que elaborem normas mais significativas e específicas tendo em vista a essência da medida socioeducativa de semiliberdade, em favor de garantir os direitos dos adolescentes em conflito com a lei.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Ilhéus: Editus, 2006. p. 163-182.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)*, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado, 1990.

_____, *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)*. Lei n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Brasília, DF: Senado, 2012.

_____, Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Senado, 2020, Publicado em: 07/02/2020, Edição: 27, Seção: 1, Página: 1.

_____, Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 3.668/2020*. Regulamenta a manutenção do conjunto ordenado de objetivos e princípios que envolvem a aplicação e a execução das medidas socioeducativas durante o período de crise sanitária causada pela Covid-19. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256889>>. Acesso em: 30/09/2020.

CARVALHO, Miria Pereira Laurindo. *Aplicabilidade das medidas socioeducativas: um enfoque na semiliberdade*. Projeto de conclusão de curso apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II), do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA. Palmas, 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52750/aplicabilidade-das-medidas-socioeducativas-um-enfoque-na-semiliberdade>>. Acesso em: 13/11/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação N. 62*, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: *CNJ*, março, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 04/11/2020.

_____, *Recomendação N. 68*, de 17 de junho de 2020. Acrescenta o art. 8º-A à Recomendação CNJ n. 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar a vigência por noventa dias. Brasília: *CNJ*, junho, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364>>. Acesso em: 04/11/2020.

_____, *Recomendação N. 78*, de 15 de setembro de 2020. Acrescenta o art. 5º-A à Recomendação CNJ n. 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar sua vigência. Brasília: *CNJ*, setembro, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480>>. Acesso em: 04/11/2020.

ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Brasil; UNICEF – *Fundo das Nações Unidas para a Infância*, 2004, Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/guia_ilanud.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2020.

Impactos da pandemia no sistema socioeducativo. *Prioridade Absoluta – Instituto Alana*, 19 de junho de 2020. Disponível em: <<https://prioridadeabsoluta.org.br/acessojustica/impactos-da-pandemia-no-sistema-socioeducativo/>>. Acesso em: 28 de julho de 2020.

MINAS GERAIS, *Decreto n. 17.297*, de 17 de março de 2020. Declara situação anormal, caracterizada como Situação de Emergência em Saúde Pública, no Município de Belo

Horizonte em razão da necessidade de ações para conter a propagação de infecção viral, bem como de preservar a saúde da população contra o Coronavírus – COVID-19. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 17 mar 2020, Ano XXVI – Edição N.: 5976 – EXTRA.

_____, *Decreto n. 17.304, de 18 de março de 2020*. Determina a suspensão temporária dos Alvarás de Localização e Funcionamento e autorizações emitidos para realização de atividades com potencial de aglomeração de pessoas para enfrentamento da Situação de Emergência Pública causada pelo agente Coronavírus – COVID-19. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 18 de mar 2020, Ano XXVI – Edição N.: 5977 – EXTRA.

_____, *Decreto n. 17.328, de 08 de abril de 2020*. Altera os Anexos I e II do Decreto n. 17.361, de 22 de maio de 2020, que dispõe sobre a reabertura gradual e segura dos setores que tiveram as atividades suspensas em decorrência das medidas para enfrentamento e prevenção à epidemia causada pelo novo coronavírus. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 08 de abr 2020, Ano XXVI – Edição N.: 5992 – EXTRA.

_____, *Decreto n. 17.406, de 04 de agosto de 2020*. Suspende por tempo indeterminado os Alvarás de Localização e Funcionamento e autorizações emitidos para todas as atividades comerciais e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 04 de ago 2020, Ano XXVI – Edição N.: 6074 – EXTRA.

_____, Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – Superintendência de Gestão Administrativa. *Portaria Conjunta SEJUSP/TJMG/DPMG/PCMG/MPMG n. 001, de 19 de março de 2020*. Aplica ao sistema socioeducativo as medidas necessárias para o contingenciamento da pandemia do coronavírus no Estado de Minas Gerais. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 20 de mar 2020.

_____, Secretaria Municipal de Educação. *Portaria SMED N. 102, de 18 de março de 2020*. Dispõe sobre interrupção das atividades escolares nas escolas municipais e creches parceiras, integrantes do Sistema Municipal de Ensino, em razão de epidemia causada pelo Coronavírus – COVID-19. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 18 de mar 2020.

_____, Comitê Extraordinário Covid-19. *Deliberação COVID-19 N. 18 DE 22/03/2020*. Dispõe sobre as medidas adotadas no âmbito do Sistema Estadual de Educação, enquanto

durar o estado de CALAMIDADE PÚBLICA em decorrência da pandemia causada pelo agente Coronavírus COVID-19, em todo o território do Estado. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 22 de mar 2020.

_____, Comitê Extraordinário Covid-19. *Deliberação COVID-19 N. 89 DE 23/09/2020*. Dispõe sobre a autorização do retorno gradual e seguro das atividades presenciais nas unidades de ensino que especifica, enquanto durar o estado de CALAMIDADE PÚBLICA em todo o território do Estado. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 22 de mar 2020.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Provimento CSM n. 2572/2020*. Disciplina a suspensão do cumprimento das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e de semiliberdade. *Diário da Justiça Eletrônico – Caderno Administrativo*, São Paulo, Ano XIII – Edição 3108, 18 de agosto de 2020.

SPOSATO, Karyna Batista (Coord.). *Guia Teórico E Prático De Medidas Socioeducativas*. ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Brasil, pg. 107- 124. 2004.

LAZZAROTTO, Gislei Domingas Romanzini [et al]. *Medida Socioeducativa: entre A & Z*. Porto Alegre: UFRGS: Evangraf, 2014, p. 241-243. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/115265>>. Acesso em: 01 de outubro de 2020.

UNICEF. *Nota Técnica: COVID-19 e Crianças e Adolescentes em Privação de Liberdade*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/media/8466/file/covid-19-e-criancas-e-adolescentes-em-privacao-de-liberdade.pdf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

Apresentação oral

**A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO POR
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES EM
CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA RESTRITIVA
DE LIBERDADE**

*THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF THE BRAZILLIAN STATE
FOR VIOLATION OF THE HUMAN RIGHTS OF ADOLESCENTS IN
COMPLIANCE WITH RESTRICTIVE SOCIO-EDUCATIONAL MEASURE
OF FREEDOM*

Josué Justino do Rio

Doutor em Educação pela UFSCar. Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado pelo UNIVEM. Bacharel em Direito pelo IMESB. Professor no IMESB e no Centro Paula Souza. Associado do IBCCRIM. Advogado Criminalista. E-mail: josue_rio.direito@hotmail.com

Marina Perini Antunes Ribeiro

Mestre em Teoria Geral do Direito do Estado e Bacharel em Direito pelo UNIVEM. Professora da UNIP. Secretária Municipal de Negócios Jurídicos. Advogada. E-mail: marinaparibeiro@hotmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo analisar a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa restritiva da liberdade, já que o Brasil é signatário de Convenções e Tratado Internacional de Direitos Humanos em matéria envolvendo adolescentes em conflito com a lei. A pesquisa se pautou pela análise do Caso da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), localizada no município de Cariacica, no estado do Espírito Santo, em razão das denúncias de violação de direitos humanos dos adolescentes nas dependências da UNIS. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 30 de dezembro de 2010, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos que ordenasse ao Brasil, de forma imediata, a implantação das medidas provisórias necessárias à proteção da vida e da integridade física

dos adolescentes privados de liberdade e de qualquer pessoa que se achasse nas dependências da UNIS. Após analisar os documentos e argumentos apresentados pelas partes, a Corte constatou a ocorrência de graves violações de direitos humanos de adolescentes internados em cumprimento de medidas socioeducativas na UNIS, razão pela qual editou a Resolução de 25 de fevereiro de 2011 e ordenou a imediata implantação das medidas provisórias, a fim de que o Brasil tomasse medidas para assegurar que regime disciplinar estivesse em conformidade com as normas internacionais sobre o tema. É importante enfatizar que a Corte encontra-se acompanhando a implantação das medidas provisórias fixadas, de modo que na última Resolução emitida, a de 15 de novembro de 2017, determinou ao Estado Brasileiro que continue adotando, de forma imediata, todas as medidas necessárias à erradicação das situações de risco e de proteção à vida, à integridade pessoal, psíquica e moral dos adolescentes privados de liberdade na UNIS. Cuida-se de pesquisa de caráter documental, o que permitiu uma melhor compreensão dos elementos que conduziram a Corte a determinar ao Brasil a adoção das medidas provisórias voltadas à proteção da vida e da integridade física, psíquica e moral dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa constritiva da liberdade e de qualquer pessoa que nas dependências na UNIS.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional do Estado; Adolescente em conflito com a lei; Medida socioeducativa constritiva da liberdade; Violação de direitos humanos.

Abstract: The present research aims to analyze the State's responsibility for violating the human rights of adolescents in compliance with a restrictive socio-educational measure of freedom, since Brazil is a signatory to Conventions and the International Human Rights Treaty in matters involving adolescents in conflict with the law. The research was guided by the analysis of the Case of the Socio-Educational Internment Unit (UNIS), located in the municipality of Cariacica, in the state of Espírito Santo, due to the allegations of human rights violations of adolescents on UNIS facilities. On December 30, 2010, the Inter-American Commission on Human Rights requested the Inter-American Court of Human Rights to order Brazil, immediately, to implement the provisional measures necessary to protect the lives and physical integrity of adolescents deprived of their liberty and from anyone on UNIS premises. After analyzing the documents and arguments presented by the parties, the Court found serious violations of the human rights of adolescents

hospitalized in compliance with socio-educational measures at UNIS, which is why it issued the Resolution of February 25, 2011 and ordered the immediate implementation of the provisional measures, so that Brazil could take measures to ensure that the disciplinary regime was in conformity with the international norms on the subject. It is important to emphasize that the Court is monitoring the implementation of the provisional measures established, so that in the last Order issued, that of November 15, 2017, it determined the Brazilian State to continue adopting, immediately, all the measures necessary for the eradicating situations of risk and protection of life, personal, psychological and moral integrity of adolescents deprived of their liberty at UNIS. Documentary research is taken care of, which will allow a better understanding of the elements that led the Court to determine in Brazil the adoption of provisional measures aimed at protecting life and physical, psychological and moral integrity of adolescents in compliance with a restrictive socio-educational measure of freedom and of anyone on UNIS facilities.

Keywords: International State Responsibility; Teenager in conflict with the law; Constructive socio-educational measure of freedom; Violation of human rights.

Sumário: Introdução. 1. A responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. 2. A Unidade de Internação Socioeducativa de Cariacica/ES. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa restritiva da liberdade, tendo em vista ser o Brasil signatário de Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos em matéria envolvendo jovens em conflito com a lei.

Desse modo, para compreender a conjuntura do objeto da pesquisa, a investigação se pautou pela análise do Caso da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), localizada no município de Cariacica, no estado do Espírito Santo, a partir da denúncia apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou Comissão Interamericana – CIDH) à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte ou Corte Interamericana – Corte IDH), bem como o seu andamento processual e decisões (Resoluções) proferidas no caso.

Com efeito, inicialmente serão feitas breves anotações acerca da responsabilização do Estado no plano internacional decorrentes de violações de direitos humanos, especialmente no contexto pan-americano, uma vez que o Brasil é Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto está sob a jurisdição tanto da Comissão Interamericana quanto da Corte Interamericana. Nesse cenário, a compreensão acerca da natureza da responsabilidade internacional – isto é, se *subjetiva* ou *objetiva* – mostra-se imprescindível, principalmente no que tange aos seus aspectos probatórios em relação ao prejuízo causado ao indivíduo.

Em seguida, abordar-se-á o Caso da Unidade de Internação Socioeducativa, desde a primeira Resolução emitida pela Corte Interamericana, ou seja, a de 25 de fevereiro de 2011, que determinou a adoção das medidas provisórias solicitadas pela Comissão Interamericana ao Brasil, diante das graves denúncias de violação dos direitos humanos ocorridas na Unidade Socioeducativa, assim como o seu acompanhamento pela Corte, até a edição da Resolução de 15 de novembro de 2017. O estudo desse caso permitirá depreender o papel do Estado e seus agentes acerca da importância da concretização de políticas públicas de caráter preventivo envolvendo crianças e adolescente, consubstanciadas tais políticas na doutrina da proteção integral e no reconhecimento efetivo desses atores como pessoas em desenvolvimento, além da condição de vulnerabilidade.

Trata-se de pesquisa de natureza documental, com base nas decisões proferidas pela Corte no caso em estudo e em sentenças de casos análogos, permitindo, com isso, uma melhor compreensão dos elementos que conduziram a Corte Interamericana a determinar ao Brasil a adoção das medidas provisórias destinadas à proteção da vida e da integridade física, psíquica e moral dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação e de qualquer pessoa que estivesse nas dependências na UNIS.

1. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A noção de direitos humanos está umbilicalmente relacionada à revelação de que os seres humanos, “apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”, ou seja, é “o reconhecimento universal de que, em razão dessa

radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais” (COMPARATO, 2004, p. 1).

Entretanto, como anota Flavia Piovesan (2018), existe uma polêmica relacionada ao fundamento e a natureza dos direitos humanos e que sempre se mostrou intensa e permanece permeando o pensamento contemporâneo, no sentido de serem compreendidos como direitos naturais e inatos, como direitos positivos, históricos ou, ainda, direitos derivados de determinado sistema moral. Segundo a autora, as reivindicações morais, assim com os direitos humanos, decorrem de “um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõem construído axiológico emancipatório” (PIOVESAN, 2018, p. 202).

Na concepção de Comparato (2004), tem-se que a primeira fase de internacionalização dos direitos humanos teve como ponto de partida a segunda metade do século XIX e com duração até a 2ª Guerra Mundial, cuja manifestação se deu em três setores: a) direito humanitário; b) luta pelo fim da escravidão; c) regulamentação dos direitos dos trabalhadores. Flávia Piovesan (2018) assina que o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho são identificados como os primeiros marcos desse processo de internacionalização dos direitos humanos. Segundo a autora, para que os direitos humanos ser internacionalizassem, “foi necessário redefinir o âmbito e alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional” (PIOVESAN, 2018, p. 204).

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, diante dos massacres e das atrocidades praticadas, foi aprovada, em 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Internacional sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, documentos estes considerados como marco histórico da internacionalização dos direitos humanos que, ademais, ainda estão em pleno desenvolvimento, na medida em que a sociedade não é estática, mas está em constante transformação. Na lição de Flávia Piovesan (2018), os direitos humanos se tornaram uma preocupação legítima no plano internacional com o fim da 2ª Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU em 1948. Nesse cenário, o Tribunal de Nuremberg (1945-

1946) simbolizou um impulso aos movimentos de internacionalização dos direitos humanos. A propósito, o Tribunal de Nuremberg “aplicou fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra, e crime contra a humanidade, previstos pelo Acordo de Londres” (PIOVESAN, 2018, p. 215).

É sob a ótica da proteção internacional dos direitos humanos que se enquadra a responsabilidade jurídica do Estado no plano internacional por violações de direitos humanos. Não obstante, essa responsabilidade jurídica encontra-se insculpida em documentos de direitos humanos, dentre os quais está a Convenção Americana de Direitos Humanos, o que conduz à conclusão de que, qualquer ação ou omissão estatal contrária às obrigações assumidas em matéria de proteção dos direitos humanos, independentemente se a conduta ilícita está prevista na legislação interna do Estado, é passível de responsabilização na esfera internacional.

Com efeito, sobre a responsabilidade internacional do Estado, Valerio Mazzuoli (2020) leciona que o instituto tem duas finalidades: a primeira consiste em coagir psicologicamente os Estados, no sentido de que não descumpram os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos (caráter preventivo); a segunda está em atribuir ao indivíduo vítima de algum prejuízo oriundo de ato lícito praticado pelo Estado, uma reparação justa e devida, podendo ser de ordem pecuniária ou de natureza diversa (caráter repressivo). Além disso, a responsabilidade internacional do Estado possui uma natureza secundária, qual seja, de limitar a atuação no plano externo, evitando, com isso, que o Estado atue de forma a causar prejuízos a terceiros e não provoque desequilíbrio das relações pacíficas entre os Estados. Para o autor, o princípio fundamental da responsabilidade internacional traduz-se na ideia de justiça, cujos Estados estão vinculados ao que assumiram no cenário internacional, portanto é responsável por qualquer ação ou omissão imputável em conformidade com as regras do direito internacional público.

Anote-se que em matéria de reparação internacional por violação de direitos humanos, o instituto da responsabilidade internacional, conforme assinado por Valerio Mazzuoli (2020), objetiva a reparação de um prejuízo causado, seja de caráter pecuniário ou de outra natureza, como uma obrigação de fazer ou não fazer. A reparação de índole civil (*restitutio naturalis* ou *restitutio in integrum*) visa restituir as coisas, o quanto possível, ao *status quo*, como forma de satisfação, ao passo que, não sendo possível essa restituição,

ainda que parcialmente, o dano deve ser reparado pecuniariamente (indenização ou compensação).

Frise-se que a reparação pecuniária é a prática que mais comumente se tem apresentado no quadro de uma demanda internacional envolvendo a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos. Porém, em muitos casos, o que as vítimas das violações de direitos humanos (ou seus familiares) desejam não é propriamente uma indenização em dinheiro, senão a prática de um ato estatal que demonstre arrependimento pelo ocorrido (v.g., um pedido formal de desculpas). Também, ainda no que tange à responsabilidade dos Estados por violação de direitos humanos, têm sido comuns as condenações relativas às obrigações de fazer ou não fazer, como, v.g., modificar o nome de um órgão público, de uma escola ou de uma praça, ou ainda determinar a prática de um ato interno capaz de trazer à tona a verdade dos fatos (v.g., a criação de Comissões da Verdade) (MAZZUOLI, 2020, p. 35).

É importante ressaltar que a responsabilidade internacional do Estado não conhece a responsabilidade penal, com imposição de penas de caráter penal. Porém, a responsabilidade penal internacional é admitida em casos de genocídios, de crimes de guerra e de crimes contra humanidade, mas trata-se de responsabilidade pessoal do indivíduo, tal como ocorre perante o Tribunal Penal Internacional (TPI). À exceção do TPI, as Cortes regionais não possuem competência penal, apenas cível, consoante bem observado por Valerio Mazzuoli (2020).

Frise-se, por oportuno, que a Organização das Nações Unidas dispõe de dois sistemas de responsabilização internacional dos Estados por violação de direitos humanos, que são assim descritos por Denise Martins Moretti:

- (i) sistema convencional – previsto nos tratados internacionais entre Estados no âmbito da ONU. Este sistema divide-se em três modalidades: (a) divisão não contenciosa, que é a mais antiga e elaborada a partir de técnicas de solução de controvérsias do Direito Internacional clássico, como os bons ofícios e a conciliação; e, mais recentemente, pelo sistema de relatórios periódicos pelos Estados;
- (b) sistema quase-judicial, cuja criação é recente, remontando ao pós 2ª Guerra Mundial e que possui duas espécies – responsabilização iniciada por petições de Estados ou por petições de particulares contra Estados, ambas dirigidas aos Comitês previstos nos tratados internacionais; e
- (c) sistema judicial ou contencioso, no qual a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos é estabelecida por meio de um processo judicial, processado perante uma Corte Internacional; e

(ii) sistema extraconvencional – originado de resoluções da ONU e de seus órgãos, editadas a partir de interpretações da Carta da ONU com relação à proteção dos direitos humanos. O sistema extraconvencional é composto por procedimentos especiais no âmbito de órgãos da ONU, com base no dever geral de cooperação internacional dos Estados em matéria de direitos humanos, conforme previsto na Carta da ONU (MORETTI, 2012, p. 33).

A aplicação do princípio da responsabilidade internacional dos direitos humanos decorre do descumprimento de obrigação geral primária assumida pelo Estado sobre direitos humanos. Por serem primárias tais obrigações, elas possuem natureza jurídica objetiva, isto é, não há necessidade de comprovação de culpa ou dolo pelos seus agentes. Essas obrigações primárias se fundamentam na afirmação de uma ordem pública internacional voltada à tutela individual.

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a teoria da responsabilidade *objetiva* ou *absoluta* do Estado encontra amparo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no voto divergente proferido pelo Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, no caso *El Amparo vs. Venezuela*. Na oportunidade, o Juiz acentuou que o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado decorre da simples promulgação ou aprovação de uma lei interna em desconformidade com as obrigações assumidas em Tratados e Convenções de Direitos Humanos, ou, então, pela não adequação ou não adoção da legislação interna à tutela dos direitos humanos. Segundo o magistrado:

La tesis de la responsabilidad objetiva enfatiza correctamente el elemento de la diligencia debida por parte del Estado, del control que debe éste ejercer sobre todos sus órganos y agentes para evitar que, por acción u omisión, se violen los derechos humanos consagrados. Así siendo, es ésta la tesis que, a mi modo de ver, más contribuye a asegurar la efectividad (effet utile) de un tratado de derechos humanos. Es la tesis que mejor sirve la realización del objeto y propósito de los tratados de derechos humanos y la determinación de la configuración o del surgimiento de la responsabilidad internacional de los Estados Partes, a la luz de las obligaciones convencionales de protección consagradas en dichos tratados y de los principios generales del derecho internacional. No veo cómo condicionar la determinación del incumplimiento de las obligaciones convencionales de protección a una eventual constatación del elemento subjetivo de la falta o culpa de los Estados Partes, o de la ocurrencia de un daño subsiguiente. (CORTE IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela, Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997).

Ademais, em um reflexivo e extenso voto concorrente proferido no caso de *La última tentación de Cristo*, o Juiz Cançado Trindade delineou os fundamentos da responsabilidade internacional do Estado, que ao final do seu voto foram resumidos em treze critérios:

- *primero, la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos surge al momento de la ocurrencia de un hecho – acto u omisión – ilícito internacional (tempus commisi delicti), imputable a dicho Estado, en violación del tratado en cuestión;*
- *segundo, cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes – Ejecutivo, Legislativo o Judicial – o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión;*
- *tercero, la distribución de competencias entre los poderes y órganos estatales, y el principio de la separación de poderes, aunque sean de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, no condicionan la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;*
- *cuarto, cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, per se comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;*
- *quinto, la vigencia de una norma de derecho interno, que per se crea una situación legal que afecta los derechos protegidos por un tratado de derechos humanos, constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación continuada de dicho tratado;*
- *sexto, la existencia de víctimas provee el criterio decisivo para distinguir un examen in abstracto de una norma de derecho interno, de una determinación de la incompatibilidad in concreto de dicha norma con el tratado de derechos humanos en cuestión;*
- *séptimo, en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno se reviste de naturaleza más bien procesal que sustantiva (como condición de admisibilidad de una petición o denuncia a ser resuelta in limine litis), condicionando así la implementación pero no el surgimiento de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;*
- *octavo, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno tiene contenido jurídico propio, que determina su alcance (abarcando los recursos 16 judiciales eficaces), el cual no se extiende a reformas de orden constitucional o legislativo;*
- *noveno, las normas sustantivas – atinentes a los derechos protegidos – de un tratado de derechos humanos son directamente aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado;*
- *décimo, no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (animus) del poder público (sobretudo el judicial) de*

aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos;

– décimoprimer, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (restitutio in integrum), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación;

– décimosegundo, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte necesarias para su armonización con la normativa de un tratado de derechos humanos pueden constituir, en el marco de un caso concreto, una forma de reparación no-pecuniaria bajo dicho tratado; y

– décomotercero, en este inicio del siglo XXI, se requieren una reconstrucción y renovación del derecho de gentes, a partir de un enfoque necesariamente antropocéntrico, y no más estatocéntrico como en el pasado, dada la identidad del objetivo último tanto del derecho internacional como del derecho público interno en cuanto a la salvaguardia plena de los derechos de la persona humana. (CORTE IDH, Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001).

A propósito, o posicionamento Corte no que tange ao caráter geral da normatividade da Convenção Americana já havia sido assentado na análise da opinião consultiva OC-4/84 – proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica em relação à naturalização, de modo que os Estados-partes devem respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, sem qualquer manifestação discriminatória, ou seja: *“Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”*. (CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984).

Os Estados-partes da Convenção Americana têm como dever adotar em seu direito interno mecanismo tanto de proteção quanto de pleno exercício dos direitos consagrados no documento de que é signatário, dando ensejo, dessa feita, à responsabilização internacional do Estado por violação dos direitos consagrados nas Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A Corte Interamericana, com efeito, no julgamento do caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, ressaltou que, no direito das gentes,

[...] una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como

válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente [...]. En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. (CORTE IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 1998).

Conquanto existam duas teorias a respeito da responsabilidade internacional do Estado, quais sejam, a *subjetivista* (teoria da culpa) e a *objetivista* (teoria do risco), certo é que na linha da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a responsabilidade internacional do Estado por violação de uma obrigação primária é natureza *objetiva*, denotando o fortalecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, exigindo, com isso, efetivação e respeito às obrigações em matéria dessa natureza assumidas pelo Estado.

2. A UNIDADE DE INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA DE CARIACICA/ES

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 30 de dezembro de 2010, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos que ordenasse a República Federativa do Brasil, de forma imediata, a implantação das medidas provisórias necessárias a proteger a vida e a integridade física dos adolescentes privados de liberdade e de qualquer pessoa que se achasse no interior da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), sediada no município de Cariacica, no estado do Espírito Santo.

Os fatos que fundamentaram a solicitação das medidas provisórias pela Comissão se referem ao pedido de aplicação de medidas cautelares (MC-224-09) apresentado pelo Centro de Defesa dos Direitos Humanos da Serra do estado do Espírito Santo e pela Justiça Global, concernentes à situação de risco imediato e grave à vida e à integridade de jovens privados de liberdade naquele estabelecimento socioeducativo. No entanto, mesmo após determinadas as medidas cautelares pela Comissão, em 25 de novembro de 2009, vários episódios de violência continuaram a ocorrer:

[...]

i) em 12 de novembro de 2010 teria ocorrido um motim nos módulos “Despertar”, e uma tentativa de homicídio durante uma briga entre internos do módulo 2;

- ii) em 13 de dezembro de 2010 teria ocorrido um motim no qual vários internos subiram no teto da Unidade;
- iii) em 31 de janeiro de 2011, ante uma tentativa de fuga, agentes de segurança externa da UNIS teriam entrado na unidade e agredido os adolescentes, resultando em cinco deles feridos, os quais foram levados ao Departamento de Medicina Legal para realizar um exame forense. Segundo a autoridade responsável pela Unidade, teria ocorrido uma tentativa de fuga e ante isto a segurança externa ingressou na ala C, o que teria motivado o enfrentamento com os adolescentes. No entanto, dos relatos dos adolescentes surge que as lesões dos internos seriam todas nas costas, causando dúvidas sobre a confrontação alegada;
- iv) em 1º de fevereiro de 2011 um adolescente teria sido agredido por outros internos no módulo Despertar I; teria ocorrido outro motim por falta de atendimento médico a um adolescente no qual o representante da “Pastoral do Menor” local foi chamado a intervir;
- v) durante as visitas realizadas pelos representantes nos meses de agosto e novembro de 2010 e fevereiro de 2011, verificaram a existência de adolescentes “flutuantes”. Assim se chamam os jovens ameaçados de morte e que por isso passam o dia algemados no pátio do centro e só à noite são levados para uma cela, e [...]. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 25 de fevereiro de 2011).

Os argumentos invocados pela Comissão para requerer as medidas provisórias à Corte foram de que:

- a) “existe evidência suficiente para considerar que o Estado, através das autoridades da Unidade de Internação Socioeducativa, não exerce o controle efetivo d[o] mencionado estabelecimento” e, portanto, não é capaz “de garantir a vida e integridade pessoal das pessoas ali presentes”. Neste sentido, “a direção do complexo em várias ocasiões denegou o acesso a determinadas áreas da UNIS, tanto aos petionários e à Pastoral do Menor, como em seu momento à delegação de juízes do Conselho Nacional de Justiça, sob o argumento de que não pode garantir a segurança dos visitantes”;
- b) “o nível de descontrolo e a frequência com que ocorrem [...] atos de violência e fugas na UNIS são absolutamente incompatíveis com os parâmetros mínimos aplicáveis a centros de detenção de crianças e adolescentes”;
- c) “deve-se presumir *prima facie* que as crianças e adolescentes privados de liberdade ficariam em um grau alto de [desproteção] quando as circunstâncias indicam que o Estado não cumpre com os parâmetros mínimos de prevenção e garantia conforme [ao] *corpus juris* em matéria de justiça juvenil”;
- d) quando o Estado se encontre perante crianças e adolescentes privados de liberdade, deve assumir sua posição especial de garante com maior cuidado e responsabilidade e deve ter em consideração o interesse superior da criança;
- e) no contexto destes motins e rebeliões, existem “condições concretas e específicas de risco iminente de que as crianças e jovens privados de liberdade

sofram dano irreparável em sua vida e integridade pessoal” por parte de outros internos, “ante a incapacidade do Estado de protegê-los”. Ademais, a respeito do requisito de dano irreparável, a Comissão considera que se deve ter em consideração o impacto diferenciado das atuações e omissões do Estado;

f) a existência de um risco iminente de que crianças e adolescentes sofram danos irreparáveis em mãos das forças de segurança ou dos próprios custódios do centro, os quais costumam responder de forma desproporcional e exclusivamente repressiva quando ocorrem desordens. Com efeito, o Brasil não tem demonstrado a adoção efetiva dos mecanismos necessários para prevenir a ocorrência de fatos de violência na UNIS e ante sua incapacidade de prevenir efetivamente estes surtos de violência, “sua única resposta é o emprego da força”, o que gera “um risco certo e grave, sendo em grande medida evitável que se produzam danos irreparáveis, tanto para [os internos] quanto para as outras pessoas afetadas por estas ações dentro do estabelecimento”;

g) por outro lado, “estes surtos de violência e descontrole geram uma situação de risco certo de que ocorram graves situações de emergência como incêndios ou outras catástrofes coletivas”;

h) a gravidade dos supostos fatos, o risco iminente e a alta probabilidade de um dano irreparável confirmam que estão acreditados os elementos requeridos pelos padrões convencionais de aplicabilidade das medidas provisórias. Da mesma maneira, em virtude “das condições de detenção da UNIS, a falta de prevenção, controle efetivo e classificação de sua população, a Comissão Interamericana consider[ou] que se concretizam os extremos para a adoção de medidas provisórias no presente assunto”. O anterior é contrário aos padrões internacionais de justiça juvenil conforme o interesse superior da criança e cobra ainda mais importância ao tomar em consideração os antecedentes de violência no centro, e

i) muitas das informações apresentadas pelo Estado como resposta à solicitação de medidas provisórias já foram analisadas no trâmite perante a Comissão, e seriam insuficientes para garantir a vida e a integridade pessoal dos internos. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 25 de fevereiro de 2011).

Mediante a análise dos documentos e argumentos apresentados pela Comissão, assim como pelo Estado Brasileiro, a Corte constatou a ocorrência de graves violações de direitos humanos dos adolescentes internados em cumprimento de medida socioeducativa na UNIS, razão pela qual editou a Resolução 25 de fevereiro de 2011 e determinou a implantação das medidas provisórias solicitadas pela Comissão, a fim de que o Brasil tomasse, de forma *imediata*:

1. [...] todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as crianças e adolescentes privados de liberdade

na Unidade de Internação Socioeducativa, bem como de qualquer pessoa que se encontre em dito estabelecimento. Particularmente, o Estado deve garantir que o regime disciplinário se enquadre às normas internacionais na matéria. As presentes medidas provisórias terão vigência até 30 de setembro de 2011.

2. [...] que realize as gestões pertinentes para que as medidas de proteção à vida e à integridade pessoal sejam planejadas e implementadas com a participação dos representantes dos beneficiários e que, em geral, os mantenha informados sobre o avanço de sua execução.

3. [...] ao Estado que informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada dois meses, contados a partir da notificação da presente Resolução, sobre as medidas provisórias adotadas em conformidade com esta decisão. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 25 de fevereiro de 2011).

Mesmo após a determinação das medidas provisórias, por meio da Resolução de 25 de fevereiro de 2011, a Corte constatou a ocorrência de diversos incidentes de violência, de intimidação e ameaça contra os internados, sublinhando inclusive a existência de discrepância entre as partes litigantes no que tange a implantação e eficácia das medidas de proteção aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa restritiva de liberdade na UNIS. Dessa maneira, a Corte, por meio da Resolução de 26 de julho de 2011, convocou a República Federativa do Brasil, os representantes dos beneficiários e a Comissão Interamericana para uma audiência pública, que se realizou em Bogotá, na Colômbia, em 25 de agosto de 2011.

Após a audiência, a Corte editou a Resolução de 1 de setembro de 2011, ocasião em que insistiu na imprescindibilidade de o Brasil continuar adotando, de forma imediata, todas as medidas necessárias a tutelar de forma eficaz a vida e a integridade pessoal dos adolescentes internados para cumprimento de medida socioeducativa na UNIS, assim como de qualquer pessoa que se achasse na instituição; assegurasse o enquadramento do regime disciplinar às normas internacionais; implantasse as sugestões pertinentes a fim de efetivar as medidas provisórias planejadas e implementadas com a participação dos representantes dos beneficiários. As medidas provisórias teriam vigência até 30 de abril 2012.

Em abril de 2012, a Corte editou nova Resolução, em que reiterou ao Brasil que prosseguisse na efetivação de todas as medidas necessárias à erradicação do risco de atentados à integridade pessoal e psíquica dos socioeducandos privados de sua liberdade,

bem como de qualquer pessoa que se encontrasse no estabelecimento, porquanto a Corte observou que o Brasil, embora tivesse implantado medidas objetivando melhorias na segurança e na redução da violência no âmbito da UNIS – como a regionalização da atenção socioeducativa, capacitação dos agentes e apuração dos fatos denúncias –, algumas providências assumidas no Pacto de Aprimoramento do Atendimento Socioeducativo não foram concretizadas (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 26 de abril de 2012). A Corte, aliás, na ocasião ainda destacou que:

[...] desde a emissão da Resolução de 1 de setembro de 2011 persistiram denúncias sobre fatos violentos dentro de UNIS; em particular informou-se sobre a ocorrência de ameaças e agressões por parte de agentes contra internos, motins e incêndios, o uso de reclusão prolongada como forma de castigo, atos de automutilação e tentativas de suicídios de internos reclusos por longos períodos. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*, Resolução de abril de 2012).

Com efeito, como as ações governamentais se mostraram insuficientes para resolver as graves violações de direitos humanos flagrados na UNIS, a Corte se viu obrigada a emitir a Resolução de 20 de novembro de 2012, em que mais uma vez reafirmou a necessidade de o Brasil promover a erradicação das situações de risco e proteger a integridade física e psíquica de todos os internos restritos de sua liberdade naquela unidade, tendo em vista que a Corte atestou que o Brasil não havia prestado as informações prescritas na Resolução de 26 de abril de 2012, sobre a execução das medidas para evitar atos violentos que expusessem a risco a vida e a integridade dos beneficiários, além de apresentar de forma genérica que os casos que representavam a quebra da normalidade do funcionamento da instituição teriam sido adotadas diligências internas na Unidade e dos órgãos de controle e de Justiça (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 20 de novembro de 2012). Segundo a Corte:

Esta afirmação não foi corroborada com a documentação que demonstre a atuação estatal em relação com as diversas denúncias remetidas pelos representantes dos beneficiários e seus escritos de observações. Tampouco foi remetida informação ao Tribunal sobre: a) o diagnóstico de segurança realizado na UNIS em abril de 2012; b) a atuação específica e a eficácia da Comissão de Avaliação Disciplinar (CAD) nesta Unidade, c) e os procedimentos de investigação iniciados no ano 2012 sobre alegadas condutas irregulares de funcionários da UNIS e do IASES. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioed-*

ucativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales, Resolução de 20 de novembro de 2012).

Entendendo que havia cumprido todas as determinações fixadas, o Brasil requereu o levantamento das medidas provisórias. Entretanto, a Corte, após examinar as informações que lhe foram apresentadas, expediu a Resolução de 21 de agosto de 2013, na qual evidencia que o Brasil ainda não havia adotado todas as medidas exigíveis à erradicação de todas as formas de violência contra jovens em regime de internação na UNIS. Na Resolução, a Corte solicitou ao Brasil que apresentasse:

[...] informação completa e pormenorizada sobre as atuações em seu conjunto realizadas para dar cumprimento às medidas provisórias decretadas, sobre a situação de risco dos beneficiários, e sobre as medidas de caráter permanente para garantir a proteção dos beneficiários nesta Unidade, de acordo com o Considerando 1 da presente Resolução, o mais tardar até 21 de outubro de 2013. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 21 de agosto de 2013).

Destarte, em 29 de janeiro de 2014, a Corte, apreciando o relatório apresentado pelo Brasil e as observações trazidas pelos representantes dos beneficiários, concluiu que persistia a imprescindibilidade de se manter as medidas provisórias, considerando-as indispensáveis para garantir o acesso “dos representantes à UNIS e a colaboração entre estes e o Estado na implementação das presentes medidas provisórias” (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 29 de janeiro de 2014). A Corte mais uma vez reafirmou a necessidade de o Brasil adequar o seu regime disciplinar às normas internacionais referentes à matéria. A Resolução determinou ao Brasil que prestasse, a cada três meses, informações sobre a concretização das medidas provisórias e as de caráter permanente (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 29 de janeiro de 2014).

Não obstante, a Corte emitiu a Resolução 26 de setembro de 2014, ratificando que, diante das informações apresentadas pelos representantes dos beneficiários e pelo Brasil, não houve:

[...] a erradicação completa da situação de risco dos beneficiários das medidas provisórias em virtude da continuação de relatos sobre situações de agressão entre internos, de funcionários contra internos, e do uso “abusivo” de algemas,

agressões, ameaças e encerramentos como forma de castigo aos socioeducandos, entre outros. Além disso, o relatório apresentado pelo Estado, uma vez contrastado com a informação apresentada pelos representantes e pela Comissão, não foi suficientemente convincente para demonstrar que as medidas adotadas até o momento tenham adquirido o caráter de permanentes e que tenham conseguido eliminar a situação de risco contra os internos e as pessoas presentes na Unidade (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 26 de setembro de 2014).

Diante dessa conjuntura, a Corte determinou a continuidade das medidas provisórias, porquanto julgou essencial à proteção dos beneficiários, assegurar o acesso dos representantes no interior da UNIS e auxiliar na colaboração da execução das medidas provisórias, visando, com isso, a adequação com as normas internacionais de proteção da criança e do adolescente, sobretudo diante da gravidade dos casos denunciados (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 26 de setembro de 2014).

Se não bastasse, em 23 de junho de 2015, a Corte editou outra Resolução, reiterando a necessidade de manter as medidas provisórias ao Estado Brasileiro, porquanto perduravam os episódios de violação à integridade física e psíquica dos internos, sublinhando, mais uma vez, que o Brasil garantisse que o regime disciplinar se adequasse às normas internacionais de proteção de adolescentes em conflito com a lei. Pontou, ainda, que o Brasil continuasse a prestar informações, a cada quatro meses, sobre os avanços e execuções das medidas com a finalidade de erradicar as situações de riscos (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 23 de junho de 2015).

Urge salientar as dificuldades e a ineficiência do Brasil na efetivação de medidas aptas a superar as denúncias de violação de direitos humanos dos adolescentes em conflito com a lei, principalmente devido à falta de investimentos suficientes na construção de novas unidades e na capacitação dos agentes públicos que trabalham no interior das unidades socioeducativas. Incumbe acentuar, por oportuno, que se está perante um “Estado de Coisas Inconstitucional”, conforme, ademais, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em caso análogo de grave violação de direitos humanos, embora com atores diferentes (BRASIL, 2015). Esses elementos, ademais, são perceptíveis na Resolução de 23 de junho de 2015, quando a Corte destacou que:

3. Brasil reconheceu que o Estado do Espírito Santo “conta com algumas unidades que operam com um número de internos superior à sua capacidade, mas que não é o caso da UNIS”. A este respeito, mencionou avanços na construção de novas unidades de atenção socioeducativa: foi iniciada a ampliação do Centro Socioeducativo de Atendimento ao Adolescente em Conflito com a Lei (CSE Cariacica), o qual deveria ser concluído em maio de 2015 e foi realizado recentemente o levantamento topográfico para a construção da Unidade de Internação de São Mateus. O Estado destacou que, em fevereiro de 2011, a UNIS tinha uma população de 139 internos e que hoje a unidade tem capacidade para 60 socioeducandos. Também informou que, mediante a Lei 772, de 4 de abril de 2014, o Governo do Estado do Espírito Santo autorizou a contratação temporária de novos funcionários para atender as necessidades urgentes do Sistema Socioeducativo desse Estado. No entanto, o processo de realização de novos concursos públicos foi suspenso por meio do Decreto 3754-R, de 2 de janeiro de 2015.

4. Além disso, o Estado informou que, em 20 de agosto de 2014, houve uma reorganização na administração da Unidade, produzindo várias mudanças nos cargos da gerência desta instituição. Em relação ao anterior, afirmou que a nova administração da UNIS adotou uma série de medidas orientadas à melhoria da atenção socioeducativa dentro das quais se incluem a reorganização das equipes de funcionários, a realização de uma assembleia geral com os funcionários, a criação do Conselho Socioeducativo da UNIS, a realização de reuniões periódicas da equipe técnica e de segurança, entre outros. Ademais, a nova gerência implementou uma “gestão participativa e multidisciplinar”, a qual implica uma maior participação e integração dos funcionários na gestão do Programa de Atenção da unidade e contempla a participação dos adolescentes e de suas famílias na proposta.

5. O Estado reconheceu a existência de fatos que requerem a intervenção, mediação ou reparação por parte do IASES ou de seus órgãos de controle, afirmando que nos meses de agosto a dezembro de 2014 foram contabilizadas 651 “ocorrências” na UNIS. No entanto, afirmou que o panorama atual da UNIS difere substancialmente daquele que inspirou a Corte a decretar as medidas provisórias vigentes e que não subsistem as circunstâncias que constituíram o fundamento destas medidas. Nesse sentido, afirmou que o IASES “tem agido com transparência e eficiência nas apurações das ocorrências registradas no âmbito de suas unidades, sempre com o intuito de prevenir e remediar as possíveis violações de direitos fundamentais dos socioeducandos”, e que qualquer ato que compromete a vida e integridade física dos internos é devidamente remediado e responsabilizado. Assim, informou que em janeiro de 2015, iniciou-se na UNIS um novo modelo de acompanhamento de “ocorrências” para contabilizar o número e o tipo das mesmas, com o objetivo de diminuir a quantidade destas “ocorrências” na unidade. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 23 de junho de 2015).

Em 2017 foi editada a Resolução de 15 de novembro, determinando ainda ao Brasil que continuasse a adotar, de forma imediata, todas as medidas necessárias à

erradicação das situações de risco, de proteção à vida, à integridade pessoal, psíquica e moral dos adolescentes privados de liberdade na UNIS, o que demonstra a dificuldade e complexidade de efetivação dos direitos humanos de adolescentes submetidos à medida socioeducativa de internação. De acordo com a Resolução:

1. Que o Estado continuará adotando de forma imediata todas as medidas que sejam necessárias para erradicar as situações de risco e proteger a vida e a integridade pessoal, psíquica e moral das crianças e adolescentes privados de liberdade na Unidade de Internação Socioeducativa, bem como de qualquer pessoa que se encontre nesse estabelecimento. O Estado deverá também realizar as gestões pertinentes para que as medidas antes referidas sejam planejadas e implementadas com a participação dos representantes dos beneficiários, mantendo-os informados sobre o andamento de sua execução.
2. Que o Estado continuará prestando informação completa e pormenorizada sobre o conjunto das ações realizadas para dar cumprimento às medidas provisórias decretadas, sobre a situação de risco dos beneficiários e sobre as medidas de caráter permanente para garantir a proteção dos beneficiários nessa Unidade, a cada quatro meses, contados da notificação desta resolução. Particularmente, a Corte reitera que o Estado deve garantir que o regime disciplinar se ajuste às normas internacionais na matéria. [...]. (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 15 de novembro de 2017).

Vale ressaltar que a Corte, embora tenha reconhecido que houve avanços quanto às ações para efetivação das medidas provisórias fixadas (com elaboração de plano de trabalho), enfatizou que traçar um plano de trabalho não é suficiente para superar as graves violações de direitos humanos, pelo contrário, é indispensável que o plano seja devidamente executado. A Corte ressaltou, ainda, que os Estados são obrigados a tomar todas as providências necessárias à efetiva proteção das pessoas beneficiárias de uma medida provisória. Na Resolução, a Corte assinalou que há informações prestadas pelo Brasil que contraria as conclusões das visitas que foram efetuadas *in loco* pelos representantes e pela Defensoria Pública, apontando, inclusive, manifestações a respeito das dificuldades enfrentadas pelos representantes para acessar as informações que confirmem o efetivo atendimento de saúde, educação, atividades de profissionalização, etc (CORTE IDH, *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Medidas Provisionales*, Resolução de 15 de novembro de 2017).

Se no plano internacional não foi possível solucionar as graves violações de direitos humanos, está-se a tentar uma solução doméstica para o problema, o que levou

a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo e outras Defensorias a impetrarem habeas corpus coletivo (HC 143.988-ES) junto ao Supremo Tribunal Federal, em favor de todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte, em razão do descumprimento de normas protetoras de direitos humanos de adolescentes em conflito com a lei. No julgamento desse *writ*, observa-se grave quadro de violação de direitos humanos dos internos em cumprimento de medidas socioeducativas em várias unidades da federação, dentre elas a “Casa de Custódia UNINORTE”, instituição com capacidade máxima para 90 (noventa) adolescentes, mas que abrigava 201 (duzentos e um). Dentre os diversos fatos narrados, tem-se que:

ii) não foi dada, pelas autoridades, qualquer solução adequada ao cenário de superpopulação existente desde 2015, circunstância deflagradora de rebeliões, motins e conflitos entre os socioeducandos; iii) inexistia nesse estabelecimento qualquer separação em razão da idade, compleição física, espécie de ato infracional cometido ou, ainda, modalidade de internação; iv) ouvidos, os adolescentes teriam presenciado reiteradas situações de agressões, maus-tratos e torturas, por parte de agentes socioeducativos e também da Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo, o que seria aferível tanto pelas imagens de rebelião ocorrida no ano de 2015, como pelo laudo de médico legista a atestar ofensa à integridade física corporal ou à saúde de um dos internos pela ação de instrumento contundente; iv) as falas dos socioeducandos e da equipe técnica, colhidas em inspeção realizada, seriam sincrônicas em anunciar a deficiência nas condições de higiene e limpeza, seja pelo acúmulo de dejetos nos arredores da unidade (restos de comida, copos plásticos, marmitex atrás das habitações); seja pela falta de saneamento, a acarretar odores desagradáveis, acúmulo de insetos e até mesmo sapos; v) aos adolescentes internos seria impingido confinamento equiparável aos adultos do regime disciplinar diferenciado, eis que somente lhes seria autorizado sair dos seus quartos para visitas de familiares e o acesso à quadra esportiva era assegurado apenas nos sábados – pelo exíguo interregno de trinta minutos; vi) foram registrados falecimentos de socioeducandos internados na unidade, sendo apontadas as mortes de ROMÁRIO DA SILVA RAIMUNDO, em 26/07/2011; GABRIEL TÓTOLA DA SILVA em 22/01/2013; LEONARDO DE JESUS DAS VIRGENS, em 10/04/2014 e JEFERSON RODRIGUES NOVAIS, em 30/11/2016, sendo a deste último, um dia depois de ingressar no sistema; vii) desde 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) vem concedendo medidas provisórias ensejadas pela constatação de graves violações a direitos humanos nas casas de custódia de adolescentes no Espírito Santo; [...]” (BRASIL, 2020).

A Segunda Turma, ao final do julgamento, concedeu a ordem de habeas corpus para que fosse tomadas diversas providências consideradas imprescindíveis à proteção dos direitos humanos de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, sendo

que, diante do relevante interesse público, houve proposta à Turma para criação de um Observatório Judicial a respeito do cumprimento das internações socioeducativas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. A Turma determinou que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação não ultrapassem a capacidade pela qual foi projetada. O colegiado propôs critérios e parâmetros que hão de ser observados pelos juízes das unidades de internação que estiverem com taxa de ocupação superior àquela a qual foi projetada, a saber:

- i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso;
- ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister;
- iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares;
- iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação;
- v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução;
- vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem;
- vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária;
- viii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos.

Constata-se que a problemática da violação de direitos humanos de adolescentes durante as execuções de medidas socioeducativas não se restringe à UNIS, pelo contrário,

conforme delineado no HC 143.988-ES, há inúmeras denúncias de violações que ocorrem em várias unidades em diversas unidades da federação, de modo que a execução de medidas socioeducativas precisam passar, urgentemente, por um choque de gestão, com vistas a garantir que as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes, em razão da prática de ato infracional, possam despertar neles o senso de responsabilidade e torná-los seres humanos capazes de compreender a importância do seu papel na sociedade.

Nesse cenário, não pode esquecer-se da lição de Bobbio (2004), de que o problema fundamental dos direitos do homem não é justificá-los, mas protegê-los. E isso não é uma questão filosófica, mas política. O problema real a ser enfrentado, adverte Bobbio (2004), consiste nas medidas imaginadas e imagináveis voltadas à efetiva proteção desses direitos, de modo que é

“[...] inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados (BOBBIO, 2004, p. 22).

Nota-se que, no caso específico da UNIS, desde 2011, quando ordenadas as medidas provisórias pela Corte, isto é, há mais de 9 (nove) anos, o Brasil ainda não conseguiu erradicar todos os atos de violência ocorridos naquele estabelecimento socioeducativo, o que denota a incapacidade governamental de lidar com questões envolvendo adolescentes em conflito com a lei e, principalmente, de respeitar as Convenção e Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que é signatário. Registre-se que a Corte ainda está monitorando a efetivação das medidas provisórias ordenadas ao Brasil, fato que evidencia o quão distante ainda está o país de concretizar as balizas dos direitos humanos sob a ótica da dignidade humana e também da prevenção ao sofrimento humano.

Os fatos como os ocorridos na UNIS e os narrados no HC 143.988-ES apontam para reflexões sobre o nível de desenvolvimento da democracia brasileira, sobretudo se considerar que a proteção integral é o vetor axiológico fundante do microsistema de proteção de direitos de crianças e de adolescentes, e que há de ser respeitado e promovido em todos os aspectos na ordem política, econômica, social e internacional. Essa conjuntura conduz à compreensão de que “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático” (PIOVESAN, 2004, p. 26). Portanto, uma

democracia para ser estável demanda efetiva proteção dos direitos humanos da população, especialmente a mais vulnerável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, notou-se a preocupação com a tutela dos direitos humanos no plano internacional, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, diante das barbáries cometidas, permitindo, por conseguinte, o surgimento dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos, inclusive com a criação de Órgãos e Tribunais Internacionais. É da internacionalização dos direitos humanos, aliás, que emerge a teoria da responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos.

Ademais, foi com base nessa teoria que Corte Interamericana pacificou entendimento de que a responsabilidade de qualquer Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos é *objetiva*, em se tratando de caso de violação de direitos humanos. Nessa ótica, considerando que o Brasil é signatário da Convenção Americana, está sob a jurisdição dos Órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, razão pela qual se submete às decisões proferidas pela Corte, seja mediante sentença condenatória proferida nos casos contenciosos ou na edição de medidas provisórias, como ocorreu no caso da UNIS.

Se não bastasse a gravidade dos fatos apresentados pela Comissão à Corte, depara-se, infelizmente, com inúmeras violações de direitos humanos praticadas contra adolescentes em várias unidades destinadas ao cumprimento de medidas socioeducativas privativa de liberdade nos diversos estados da federação brasileira, denotando a ineficiência do Estado Brasileiro e a falta de compromisso, como Estado Democrático de Direito, de garantir os direitos humanos dos adolescentes em conflito com a lei e com a concretização das medidas previstas nas normas internacionais que regulamentam a matéria.

Embora a Corte Interamericana tenha determinado providências relacionadas ao caso da UNIS e o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 143988-ES ordenado providências, fixando diretrizes e parâmetros visando reprimir violações de direitos humanos cometidas contra internos nas unidades socioeducativas, certo é que há um longo caminho a ser percorrido e desafios a serem superados, principalmente em razão

das deficiências estruturais de ordem física e técnicas, e até mesmo em decorrência de uma mentalidade e de um discurso punitivista que custam em permanecer, mesmo após o advento da Constituição de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e de Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário.

É imprescindível que os agentes estatais compreendam o seu papel na proteção dos direitos humanos de adolescentes em conflito com a lei, o que demanda, primeiramente, uma atuação permanente na criação e efetivação de políticas públicas voltadas à prevenção, mediante a concretização dos direitos fundamentais e sociais à educação, à saúde, à moradia, à alimentação, ao saneamento básico, etc., de qualidade, e, em segundo plano, quando houver o adolescente praticado ato infracional, independente da sua natureza, a aplicação e execução das medidas socioeducativas, para que atinjam seus objetivos, exigem que o Estado disponibilize recursos necessários para o seu cumprimento, com respeito aos direitos humanos, pois pessoa em desenvolvimento.

Enfim, a construção de uma sociedade mais justa e igualitária – somado a outros fatores concomitantes – passa por um sistema de execução de medidas socioeducativas que respeitam os vetores axiológicos do sistema republicano, principalmente porque a democracia implica no reconhecimento e proteção dos direitos humanos, sobretudo daqueles indivíduos que estão em situação de vulnerabilidade. Um Estado incapaz de concretizar políticas públicas eficientes na tutela dos direitos humanos de sua juventude, certamente não será um país com democracia estável, pois está afastando-se dos postulados republicanos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORETTI, Denise Martins. *A reponsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violações do direito à educação a partir do sistema global de proteção dos direitos humanos*. In: Revista Digital de Direito Público, v. 1, n. 1. 2012.

CORTE INTERAMERIANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C n. 46. Disponível em:

< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_46_esp.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

_____. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n. 4. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n. 73. Disponível em:

< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C n. 39.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos 25 de fevereiro de 2011. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_Se_01_portugues.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de abril de 2012, pár. 20. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_04_por.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de abril de 2012. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_04_por.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de abril de 2012, pár. 20. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_04_por.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de novembro de 2012. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_05_por.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de agosto de 2013, pár. 3. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_06_por.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 29 de janeiro de 2014. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_07_por.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26 de setembro de 2014, pár. 7. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_08_por.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de junho de 2015. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_09_por.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Medidas Provisionales*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 15 de novembro de 2017. Disponível em:

<https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_10_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, económicos e culturais*. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1. Número 1. 1º semestre de 2004. p. 21-47.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Habeas Corpus 143.988/ES, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf1>>. Acesso em: 06 nov. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional de l ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*. In: Seminário “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral del siglo XXI” 23-34 nov. 1999: San José, Costa Rica). Memoria

del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral del siglo XXI”/Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por Antônio Cançado Trindade. 2. ed. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, Vol. 1, p. 16.

Apresentação oral

**O LÚDICO É MATAR: HOMICÍDIO DE JOVENS NO ESTADO DE
RORAIMA EM 2018**

*THE LUDIC IS KILLING YOUTH HOMICIDE IN THE STATE OF
RORAIMA FROM 2018*

Ketiane Guerreiro

Mestranda em Segurança Pública Direitos Humanos e Cidadania na UERR.
Especialista em Segurança Pública pela UFRR. Graduada em Ciências Sociais na UFRR

E-mail: observatoriosegurançarr@gmail.com

Gilmara Pinheiro de Andrade

Mestranda em Segurança Pública Direitos Humanos e Cidadania – UERR.
Especialista em História da Amazônia – UERR. Graduada em Segurança Pública –
UERR

E-mail: gilmarapinheiro22@gmail.com

Regys Odlare Freitas

Reitor da UERR. Doutor em Direito – UFF. Mestre em Direito – UNICURITIBA.
Graduado em Direito – FACES. Reitor da UERR.

E-mail: regysfreitas@hotmail.com

Resumo: esta pesquisa tem como objetivo analisar as mortes violentas intencionais junto aos jovens no estado de Roraima. Segundo o Mapa da violência de 2019, no Brasil, a letalidade dentre os jovens é tema preocupante, principalmente dentre homens jovens. Em Roraima, a participação desses jovens como autores e, principalmente, vítimas de homicídios é sinônimo de alerta com dados crescentes de 2009 a 2019, no qual o Estado atingiu o ranking de mortes violentas em 2018, e novo *modus operandi* de crimes com corpos decapitados. São negros e pobres em sua maior parte, vítimas da violência física e estrutural, formando uma espécie de organização delinquencial.

Palavras-chave: Facções criminosas; Justiça Juvenil; Mortes Violentas Intencionais; Organização Delinquencial; Sistema de Justiça Juvenil.

Abstract: This research aims to analyze intentional violent deaths among young people in the state of Roraima. According to the 2019 Violence Map, in Brazil, lethality among young people is a matter of concern, especially among young men. In Roraima, the participation of these young people as perpetrators and, mainly, victims of homicides is a synonym for an alert with growing data from 2009 to 2019, in which the State reached the ranking of violent deaths in 2018, and a new modus operandi of crimes with decapitated bodies. They are mostly black and poor, victims of physical and structural violence, forming a kind of criminal organization.

Keywords: Criminal factions; Juvenile Justice; Intentional Violent Deaths; Delinquent Organization; Juvenile Justice System.

1. JUVENTUDE, CRIMINALIDADE E COTIDIANO.

No Brasil, os jovens são considerados indivíduos de 15 a 29 anos, especificamente a idade que vem chamando a atenção pela letalidade e pela característica violenta de tais mortes sobretudo no Norte e Nordeste. Nessa fase da juventude, além da construção de identidade, existe a necessidade de pertencimento a determinados grupos, voltadas à questão de seu bem-estar, muitas vezes, associado ao modo de vida e ao anseio de “poder ter” de modo a adequar-se aos padrões de consumo da sociedade capitalista. Na impossibilidade de adquirir por meios lícitos, muitos cogitam a possibilidade de ingressar no crime, a fim de saciar seus anseios materiais e sociais.

A crescente magnitude do comportamento classificado como criminoso não é um obstáculo no caminho para a sociedade consumista plenamente desenvolvida e universal. Ao contrário, é seu natural acompanhamento e pré-requisito. É assim, reconhecidamente, devido a várias razões, mas eu proponho a principal razão, dentre elas, é o fato que os “excluídos do jogo” (os consumidores falhos – os consumidores insatisfatórios, aqueles cujos meios não estão à altura do desejo, e aqueles que recusaram a oportunidade de vencer enquanto participavam do jogo de acordo com as regras oficiais) são exatamente a encarnação dos “demônios interiores” peculiares à vida do consumidor (BAUMAN, 1998, p. 57).

Por meio da compreensão sociológica da realidade e do conhecimento podemos analisar o pensamento das ideias; descrita por Berger (2001, p. 29) a interpretação teórica do mundo é observada por poucos, porém todos estão inseridos em alguma forma de conhecimento e no raciocínio teórico sistêmico, podendo ser analisados por meio do método empírico, com apreciação fenomenológica da vida cotidiana – compreendida como as experiências subjetivas do sujeito- sendo na prática múltiplas realidades; e que existe uma realidade que se apresenta por excelência: “é a realidade a vida cotidiana”.

Assim, a vida ganha significado por meio da ordem de objetos e de linguagens utilizadas na vida cotidiana, de acordo com a realidade do presente nas ocupações diárias que perpassam pelo comportamento no qual o indivíduo desempenhará de forma subjetiva, formando padrões tipificados de forma contínua.

Para dialogar com essa temática, utilizaremos a pesquisa de Carl Hart (2014), que desmistifica muitas concepções acerca dos usuários de droga, e enfatiza que “o vício é efeito de um mundo doente, não a causa dele”; para o autor são as condições sociais e econômicas do próprio indivíduo. Enfatiza, ainda, que grande parte dos indivíduos que experimentaram drogas no decorrer de suas vidas, não se tornaram usuários, bem como os usuários são capazes de ter domínio próprio, diferente do que muitos acreditam.

Continuando nesse entendimento, Rocha *apud* Roberto Da Matta (1986, p.123) afirmam que “cultura é um mapa, um receituário, um código através do qual as pessoas de um dado grupo social pensam, classificam, estudam e modificam o mundo e a si mesmas”, contendo assim sentido estritamente antropológico.

Os atores sociais envolvidos neste contexto da pesquisa são oriundos de diversas localidades geográficas, portanto, carregam em si características culturais peculiares aos seus costumes e tradições. Dessa forma, é necessário observar o jovem no Estado de Roraima, sob a ótica de Heller (1970, p.17), que descreve o ser humano como inserido na cotidianidade desde seu nascimento, em todos os aspectos que estejam em funcionamento, de forma heterogênea e hierárquica, assim “o homem participa na vida cotidiana com todos os aspectos de sua individualidade”. Um dos fatores dessa teoria se aporta na questão da homogeneização, que corresponde à “completa suspensão do particular-individual, à transformação em ‘homem-inteiro’, é algo excepcional na maioria dos seres humanos”. Nessa fase o homem se orienta por paixões dominantes, não havendo vida cotidiana sem

imitação; agrava-se quando a espontaneidade é deixada de lado e substituída por formas da estrutura do pensamento e das práticas de forma absolutistas; torna-se alienação.

No contexto galeras em Boa Vista, há um crescente consumo de drogas, especialmente de maconha e pasta de cocaína”. Estas são as drogas de fácil acesso na cidade, que conta com inúmeros pontos de vendas, as chamadas “bocas de fumo”. Locais frequentados não somente por adolescentes de galeras, mas também por pessoas acima de qualquer suspeita, inclusive por policiais (MARQUES, 1998, p. 57).

Passadas duas décadas da referida pesquisa, as práticas cotidianas revelam a continuidade das anteriores, envolvendo o usuário de drogas e o traficante, que por meio da dinâmica de venda de drogas utiliza a mão-de-obra de jovens e adolescentes. Nesse sentido, as atividades, nas quais esses indivíduos estão inseridos, fazem das práticas cotidianas uma forma de interação social, até mesmo, de forma lúdica, semelhantes às práticas dos grupos nos quais participam de forma comunitária, e veem no outro a ameaça, por se tratar de ambiente de medo e violência como defesa, bem como de rivalidades impostas de acordo com símbolos e significados por eles determinados, numa lógica compreensiva da razão de ser, estabelecida por seus membros na busca de poder, ou até mesmo visibilidade.

Para Arendt (2014) “violência é tão somente a mais flagelada manifestação de poder, porém distinta de terror, que não pode ser considerada como dogma de violência, mas é uma forma de governo que advém da violência”. Nessa perspectiva, começamos indagando como Roraima atingiu o patamar da violência com mortes violentas intencionais no ano de 2018?

A referida pesquisa buscou analisar o elevado número de jovens vítimas de homicídios, e a condição de vulnerabilidade social, com o propósito de explicar a divisão desses espaços segregados e a atuação das facções criminosas no Estado de Roraima, junto a jovens que sofrem uma série de problemáticas de cunho econômico e social, os quais enfrentam o declínio das oportunidades de acesso às estruturas sociais disponíveis como educação, trabalho, lazer e cultura. (Abramoway, 2002).

Em Roraima, as estatísticas envolvendo os jovens como vítimas de crimes, são sinônimas de preocupação segundo Oliveira (2017); afirmam o crescimento nos índices de homicídio de 2006-2016, mudaram exponencialmente na capital Boa Vista (RR),

contabilizando 964 homicídios nesse período. Desse total, 488 vítimas de homicídios correspondem a jovens de 15 a 29 anos de idade.

Pela faixa etária, confirma-se que os jovens são as maiores vítimas de homicídios em Boa Vista. Do total dos casos, 367 (38,1%) corresponde à faixa etária de 20 a 29 anos, 196 (20,3%) de 30 a 39 anos, 121 (12,5%) de 15 a 19 anos, 115 (12%) de 40 a 49 anos, 66 (7%) de 50 a 59 anos, 40 (4,1%) de 60 a 69 anos, 19 (2%) de 70 a 79 anos, 9 (0,9%) de 80 e mais anos, 9 (0,9%) de 10 a 14 anos, 6 (0,6%) menor de 1 ano, 3 (0,3%) de 1 a 4 anos, 3 (0,3%) de 5 a 9 anos e 10 (1%) (OLIVEIRA, 2017, p. 255).

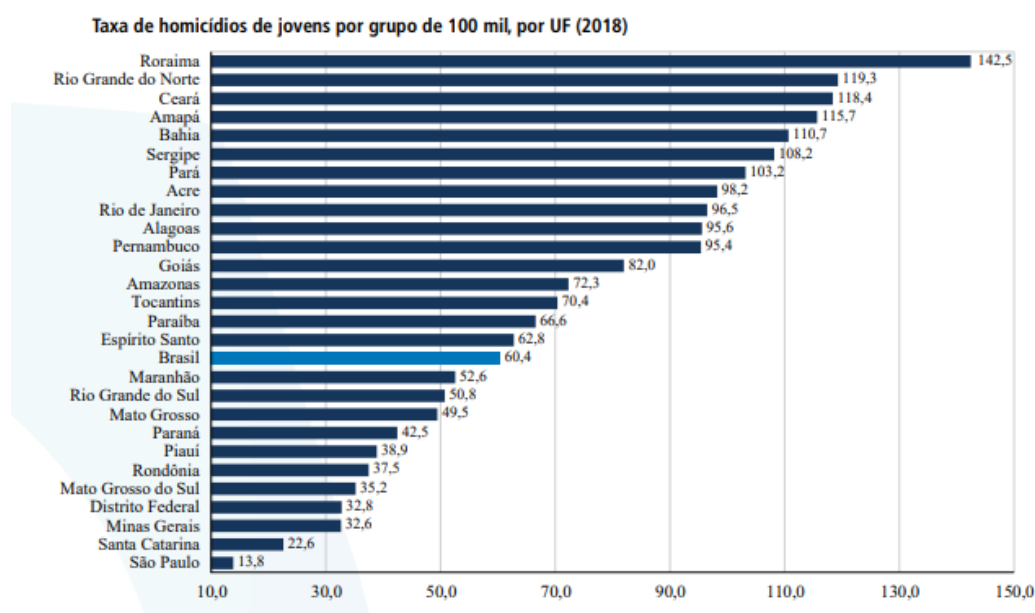
De acordo com a pesquisa de Oliveira (2017), nos dados envolvendo jovens vítimas de homicídios, chama atenção, no período de 2007 a 2017, a variação dos homicídios, que representa 69,9%, totalizando 248 homicídios. Nesse contexto, os homicídios de jovens entre 15 e 29 anos representaram 112,8%, com total de 100 homicídios, o que comprova o aumento dos índices de mortandade entre jovens nesta entidade federativa.

O crescimento de mortes de jovens é sinônimo de preocupação, sendo um dos fatores que mais influenciam na sensação da insegurança gerada a partir da percepção dos crimes ocorridos na sociedade. Negligenciadas por autoridades do Estado de Roraima até meados do ano 2015, as facções criminosas modificaram as práticas criminais, e *modus operandi* do contexto local, descritas de forma empírica por órgãos da Segurança Pública, instituições de inteligência e Judiciário. Assim, o envolvimento de jovens como autores de práticas criminais foi confirmado por meio de relatos dos boletins de ocorrência e da mídia impressa e cibernética, nos quais os jovens estão inseridos como vítimas e possíveis autores de homicídios.

Esta pesquisa procurou observar, por meio da análise do cotidiano desses jovens, as representações simbólicas, culturais e de justiça criminal no ambiente no qual estão inseridos. O acesso negado a eles causa diversas separações de espaços e afeta a necessidade de pertencimento, além de colocá-los às margens da participação democrática. O cenário de violência tomou cenas de homicídios com decapitações entre outros requintes de crueldades alarmantes, com cooptação desses indivíduos à criminalidade, por meio das facções criminosas, que relacionam os homicídios deles às regras simbólicas nos quais estão inseridos, sendo que a execução de jovens, faz parte desse poder simbólico e regras de dominação (Bourdieu, 2001).

O significativo crescimento da violência no Estado de Roraima vem tomando proporções sem precedentes nos últimos anos, principalmente na capital Boa Vista. A pesquisa buscou analisar o aumento por meio das taxas de homicídios, a fim de verificar se existe alto índice de vítimas jovens. Para isso, foram analisadas matérias da imprensa local, que afirmam ser a maioria das vítimas jovens e adolescentes, enfatizando que essas mortes são devido a disputas de facções rivais de classe média a baixa, com ápice no ano de 2018, enquanto no Brasil, nesse mesmo ano, houve queda de 12%, com total de 57.956 homicídios. Em Roraima, os índices revelam a contramão do restante do país, vez que no ano de 2018, a quantidade de vítimas de homicídios foi maior que o período de 10 anos, contabilizando 367 casos, dentre estas vítimas, 194 eram jovens.

GRÁFICO 01 – ATLAS DA VIOLÊNCIA 2020



Fonte: IPEA/FBSP (2020, p. 21)

Com aumento da criminalidade e da violência urbana, os espaços são regulados pelo poder paralelo ao Estado, atualmente liderados por facções criminosas, às quais cooptam jovens em condições de vulnerabilidade social, os quais são invisíveis ao poder governamental, enfrentando o declínio de oportunidades de acesso às estruturas sociais disponíveis, como educação, trabalho, lazer e cultura. Com tantos anseios sociais não

atendidos, tornam-se presas fáceis às práticas criminosas, pois se sentem empoderados na posse de armas e na imposição do medo às suas vítimas.

Na capital Boa Vista (RR), podemos citar um dos casos de mortes violentas intencionais envolvendo jovens, publicado em jornal cibernético de grande repercussão (G1/RR), no qual descreve o caso do jovem que foi ludibriado pela própria prima para ser entregue ao tribunal do crime.

Figura 5 – Jovens decapitados em RR



Fonte: Jornal Folha de Boa Vista/2019

Segundo jornal G1 em Roraima, as organizações criminosas atuam diretamente na prática de diversos crimes, principalmente quanto ao tráfico de drogas que tomaram proporções na criminalidade local, cooptando principalmente jovens e adolescentes, a fim de fortalecerem seus grupos, sendo que atualmente o que chama atenção são as disputas territoriais e suas práticas criminosas. Assim, com novo *modus operandi* dos crimes, efetivando o envolvimento dos jovens junto à criminalidade e nas taxas de homicídios como membros atuantes ou rivais.

Investigações da Polícia Civil apontaram que o garoto de 14 anos encontrado sem cabeça e coração (...), em Boa Vista, entregue a integrantes de uma facção criminosa pela própria prima, de 16 anos. (...) Em depoimento à delegada Eliane Gonçalves, na Central de Flagrantes, a adolescente confirmou a versão e disse que foi pressionada a atrair o primo para que ele fosse julgado por um tribunal do crime, porque suspeitavam que ele fosse integrante de uma facção rival.

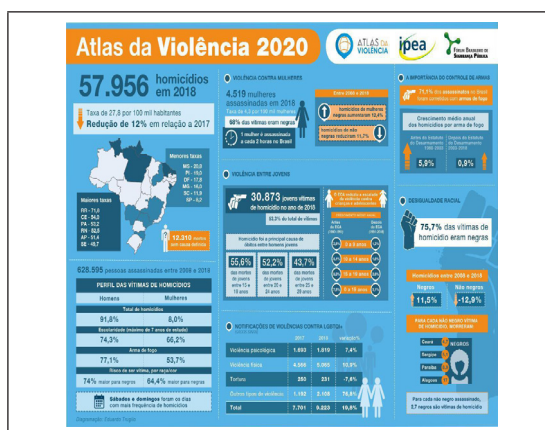
O corpo do adolescente foi encontrado nas proximidades de um lago no bairro Nova Cidade, na zona Oeste da capital, por crianças que brincavam nos arre-

dores. A cabeça estava perto dos pés, e o coração havia sido arrancado (<https://g1.globo.com/roraima/noticia/2019/08/21/garoto-achado-decapitado-e-sem-coracao-foi-atraido-por-prima-sob-pretexto-de-ir-a-lan-house-em-rr.ghtml> acessado em 05/09/2020).

Analisar o contexto do jovem vítima de violência é bem mais que dados quantitativos, é necessário observar questões pertinentes a relações sociais, a relações de seu cotidiano, assim como a relações de cultura, na perspectiva de que “existe como sistema de códigos que comunicam o sentido das regras que orientam as relações sociais entre os homens e as coisas” (Rocha, 2009, p.101).

Estudos do Mapa da Violência 2019 (Waiselfisz, 2019), revelam que a região Norte e Nordeste do Brasil, anda na contramão do restante do país, com resultados alarmantes de mortes por homicídios; entre os anos de 2007 a 2017, os homicídios cresceram 68%, totalizaram 65.602 pessoas mortas. Nesse período, as mortes violentas intencionais das vítimas de faixa etária de 15 a 25 anos, correspondem a 38%, porém no ano de 2017, esse grupo representou 51,4% dos óbitos de jovens (homens e mulheres). Salientando, que no ano de 2007 a população roraimense somava 415.281 habitantes, e 126.028 eram jovens, no ano de 2017, conforme se observa no infográfico a seguir, determinada redução dos dados a nível nacional e aumento destes em Roraima.

Figura 6 – Infográfico 2020



Fonte: IPEA/FBSP (2020)

Para diversos autores, o processo do crescimento de mortes de jovens é sinônimo de preocupação por liderar os índices por mortes violentas, sendo que esse é um dos fatores que mais influenciam na sensação da insegurança gerada a partir da percepção dos crimes ocorridos na sociedade no qual está inserido.

Em paralelo às altas taxas de desemprego, tem se observado um preocupante protagonismo juvenil no tocante aos indicadores de criminalidade e violência: os jovens são, majoritariamente, as principais vítimas e os mais comuns autores dos mais alarmantes índices de violência verificados no país, com especial ênfase às altas taxas de homicídio de jovens. (CARA E GAUTO, 2017, p. 175).

Segundo Soares (2003), é necessário devolver a visibilidade por meio da valorização da autoestima de forma individualizada, considerando a necessidade de pertencimento. Para o autor, uma arma nas mãos dos jovens é mais que uma estratégia econômica para sua sobrevivência, é necessidade de ser visto, valorizado e reconhecido socialmente, podendo ser destacados na cena da violência benefícios simbólicos, afetivos, psicológicos e intersubjetivos (Soares, 2003, p. 77).

Figura 7 – Acréscimo de 20% dos homicídios em RR



Fonte: Jornal Folha de Boa Vista/2018

Por meio da perspectiva sociológica, Soares (2007) analisa a situação dos jovens cooptados pelo mundo do crime e afirma que, em muitos casos estes indivíduos buscam possuir visibilidade social.

Ao ter acesso à arma, o menino, frequentemente, ao menos no Brasil, tem acesso também aos grupos de traficantes de drogas e de armas, que se instalam nas

vilas, favelas e periferias das cidades. Esse convívio proporciona um segundo benefício valioso para os jovens: a gratificação do pertencimento, a qual é tão mais intensa quanto mais coeso for o grupo

(...)Um menino pobre caminha invisível pelas ruas das grandes cidades brasileiras. Esse menino, que quase sempre é negro, transita imperceptível pelas calçadas sujas das metrópoles, em que muitas vezes se abriga, pois foi expulso de casa pela violência doméstica, esquecido pelo poder público, ignorado pela comunidade, excluído da cidadania (SOARES, 2007, p. 76-77).

Coadunando com este pensamento, Balestreri (2010) ao afirmar que existe abandono na construção de valores morais dos jovens no campo-materno-paterno e, principalmente, no que tange a educação e a experiências para contrapor à lógica do consumismo, da alienação capitalista, independente aquisitivo, pois para aquele jovem que possui poder aquisitivo, sem tais valores poderá causar crise existencial como consequência a depressão, por outro lado aqueles que veem seu pertencimento atrelado a delinquência não são representados.

Por esse prisma, as dinâmicas sociais são marcadas por inserções deficitárias tanto na educação como no mercado de trabalho, evidenciando-se ausência de oportunidade de lazer e de formação cultural; firmam-se, assim, segregações pautadas na desigualdade e precariedade de condições econômicas, na qual muitos jovens estão inseridos. No entanto, alguns deles preferem sair da condição de invisibilidade, e, de alguma forma, passam a ser protagonistas de suas histórias, pois acreditam capazes de influir nos processos sociais e políticos (Abramoway, 2002, p.56).

Para Chauí (2019), a narração da obra Casa Grande e Senzala, de Gilberto Freyre é a descrição mítica de patrimonialismo e patriarcalismo, com presença do brasileiro como povo “generoso, alegre, sensual, solidário e que desconhece o racismo”; porém sabemos que as relações foram marcadas por uma realidade opressiva e sangrenta, completa de negações aos trabalhadores e escravos da época, envoltos por mecanismos da exclusão; da distinção; do jurídico; da sociologia e da inversão do real.

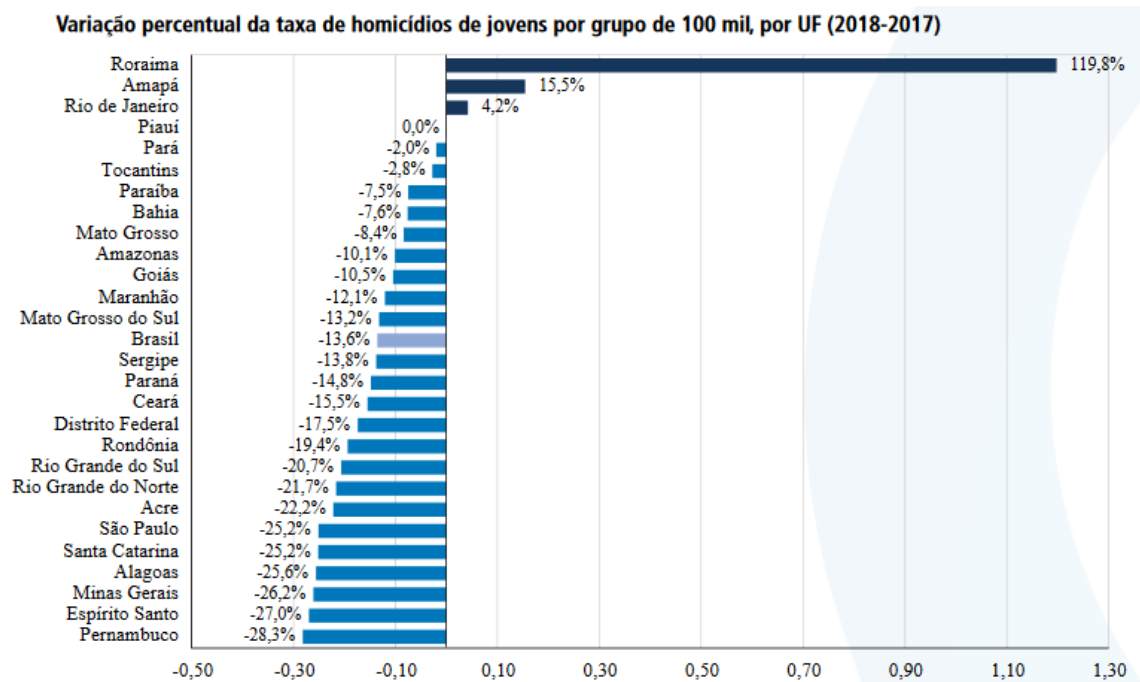
Em resumo, a violência não é percebida ali mesmo onde se origina e ali mesmo onde se define como violência propriamente dita, isto é, como toda prática e toda ideia que reduza um sujeito à condição de coisa, que viole interior e exteriormente o ser de alguém, que perpetue relações sociais de profunda desigualdade econômica, social e cultural, isto é de ausência de direitos. Dessa maneira, as desigualdades econômicas, sociais e culturais, as exclusões econômicas, políticas e sociais, a corrupção como forma de funcionamento das instituições, o

racismo, o machismo, a intolerância religiosa, sexual e política não são formas de violência, isto é, a sociedade brasileira não é percebida como estruturalmente violenta e a violência parece um fato esporádico de superfície (CHAUI, 2019, p.41).

Pode-se observar que as taxas de homicídios por 100 mil jovens conforme as Unidades Federativas do gráfico superior, são marcadas por disparidades do fenômeno nos estados brasileiros. No ano de 2018, dezesseis estados apresentaram taxas de homicídios de jovens acima da taxa nacional de 60,4 por 100 mil. Todos os estados que se encontravam nessa situação, em 2017, mantiveram suas taxas superiores à média nacional, ainda que com variações. A exceção foi Roraima, que apresentou taxa de 64,8 homicídios a cada 100 mil jovens (abaixo da média nacional que, naquele ano, foi de 69,9), mas, em 2018, foi o estado com a maior taxa de homicídios de jovens do país, com o índice de 142,5 por 100 mil. Na sequência, estão Rio Grande do Norte (119,3) e Ceará (118,4). Os estados com as menores taxas foram São Paulo (13,8), Santa Catarina (22,6) e Minas Gerais (32,6).

A nível nacional, apesar de em 2018 ter havido melhora nos índices de mortalidade violenta juvenil, a última década ainda representa um período de aumento na taxa de homicídios de jovens. De 2008 a 2018, a taxa no país aumentou 13,3%, passando de 53,3 homicídios a cada 100 mil jovens para 60,4. Entre 2017 e 2018, contudo, apenas três estados tiveram acréscimo na taxa de homicídios de jovens, conforme apontado no gráfico 7: Roraima (+119,8%), Amapá (+15,5%) e Rio de Janeiro (+4,2%).

Gráfico 02 – Atlas da violência 2020



Fonte: IPEA/FBSP (2020, p. 22)

Segundo Atlas da violência 2020, na pesquisa consolidada sobre letalidade violenta da juventude, a grande maioria das vítimas de homicídios no Brasil são jovens do sexo masculino e negros.

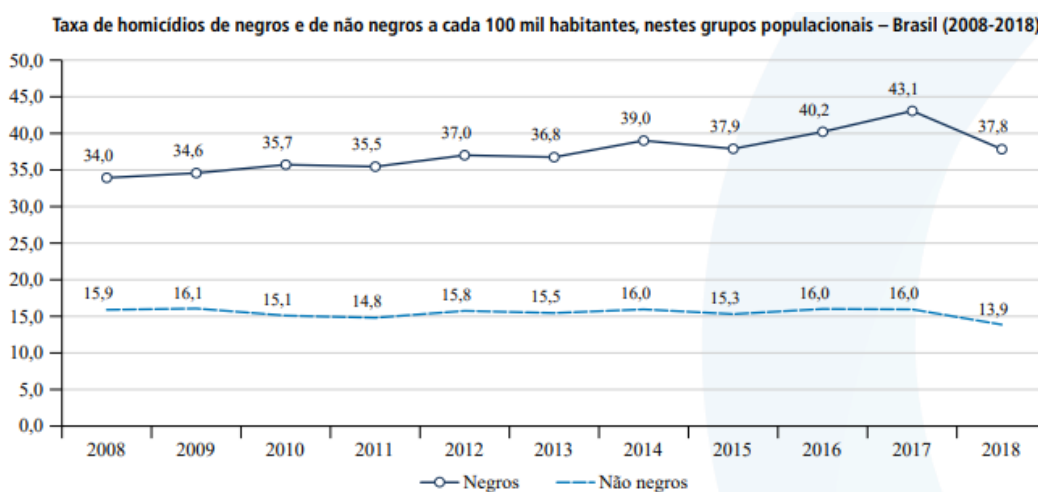
O maior índice se mantém em Roraima, com 258,2 homicídios por grupo de 100 mil homens jovens, seguido por Rio Grande do Norte (226,3) e Amapá (224,8). Os estados com valores mais baixos se mantêm os mesmos em relação às taxas gerais de homicídios de jovens: São Paulo (24,6), Santa Catarina (39,8) e Minas Gerais (59,0). (IPEA/FBSP 2020, p. 22)

Para Chauí (2019), a temática da violência vem sendo minimizada na história do Brasil quando se trata das relações sociais, considerando as diferenças culturais e papéis profissionais no qual os indivíduos ocupam, principalmente ao que se refere à aceitação do outro nas suas particularidades, quando estas são distintas do padrão social.

Enclausurar jovens identificados como autores de homicídios resolve a problemática da violência juvenil? Segundo Alexander (2017), o encarceramento em massa, em especial

dos jovens negros de classe média a baixa se disfarça de controle social, mas trata-se de uma nova modalidade de segregação dos tempos modernos. A comprovação dessa segregação são as baixas taxas de encarceramento de jovens brancos de classe alta.

Gráfico 3 – Atlas da violência 2020



Fonte: IPEA/FBSP (2020, p. 48)

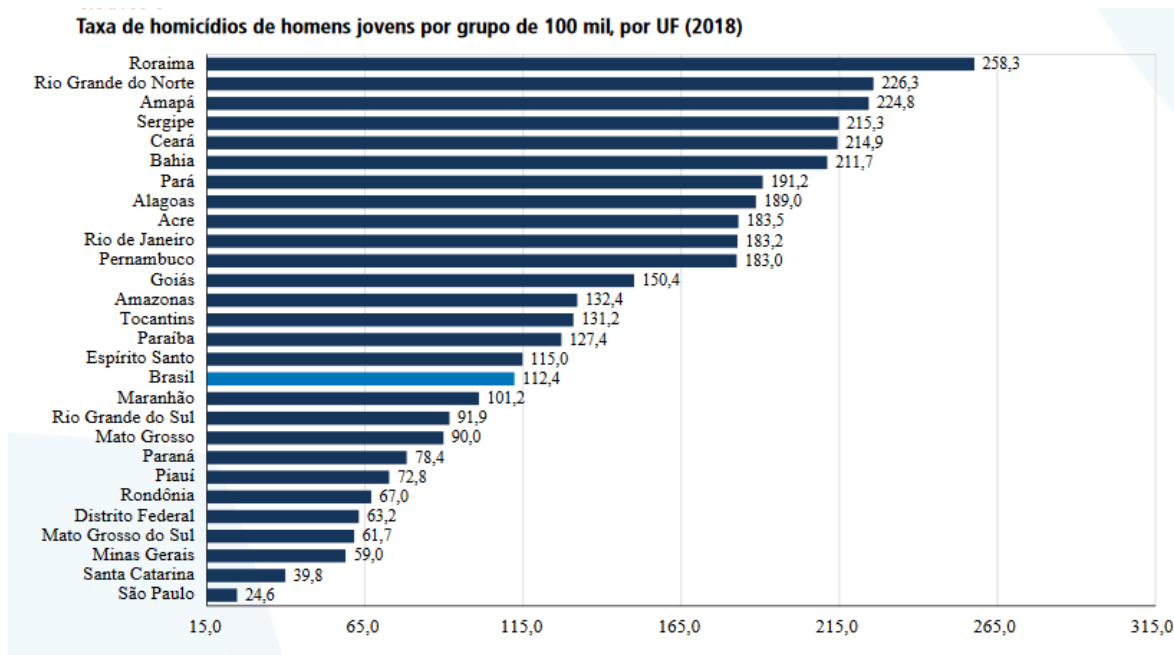
Conforme o gráfico, observa-se a permanência da região Norte e Nordeste na elevação de vítimas jovens, do sexo masculino e negro. Conforme recorte da nossa pesquisa, Roraima atingiu ranking nacional no ano de 2018, com taxa de 87,5 a cada 100 mil habitantes.

Roraima foi a UF com a maior taxa de homicídios de negros em 2018 (87,5), vindo em seguida Rio Grande do Norte (71,6), que ocupava a primeira posição no Atlas da Violência 2019, Ceará (69,5), Sergipe (59,4) e Amapá (58,3). Também no período compreendido entre 2017 e 2018, Roraima registrou 59,4% de crescimento das taxas de mortes de negros, que saltaram de 54,9 para 87,5 por 100 mil habitantes negros. Considerando-se o percentual de crescimento da taxa de homicídios de negros nos últimos dez anos (2008-2018), novamente o Rio Grande do Norte perde a primeira posição, que ocupava na edição anterior deste Atlas, mas, desta vez, para o Acre, que registrou um aumento de 300,5% nesse período, seguido de Roraima (264,1%), Ceará (187,5%) e Rio Grande do Norte (175,2%). Em contrapartida, estados da região Sul e Sudeste registraram as menores taxas de homicídios de negros em 2018 – São Paulo (9,8), Santa Catarina (12,6), Paraná (17,7), Minas Gerais (19,9) –, juntamente com o estado do Piauí (20,3). As maiores reduções de taxas do decênio estiveram ma-

majoritariamente concentradas nas seguintes UF's: Distrito Federal (-54,7%), São Paulo (-47,3%), Espírito Santo (-39,2%), Paraná (-30,8%), Alagoas (-27,0%) e Pernambuco (-20,9%) (IPEA/FBSP, 2020, p. 48).

Diante desse contexto nacional, referente a homicídios, no qual Roraima obteve destaque proporcional de 100 mil habitantes, convém observar os índices desse indicativo nos dados estatísticos do próprio estado, durante os anos de 2018, com dados obtidos da Secretaria de Segurança Pública Estadual, conforme podemos observar.

Gráfico 4 – Atlas da violência 2020



Fonte: IPEA/FBSP (2020, p. 48)

No contexto geral das taxas de homicídios de jovens homens pode-se analisar que nos últimos cinco anos, a taxa nacional cresceu 2,5% (2013 a 2018), menor do que a do período de 2008 a 2018, que obteve variação de 13,5%. Em relação ao último período, de 2017 a 2018, o índice reduziu 13,8%. Apenas três UF's apresentaram aumento nos valores: Roraima (+133,5%), Amapá (+19,1%) e Rio de Janeiro (+3,9%).

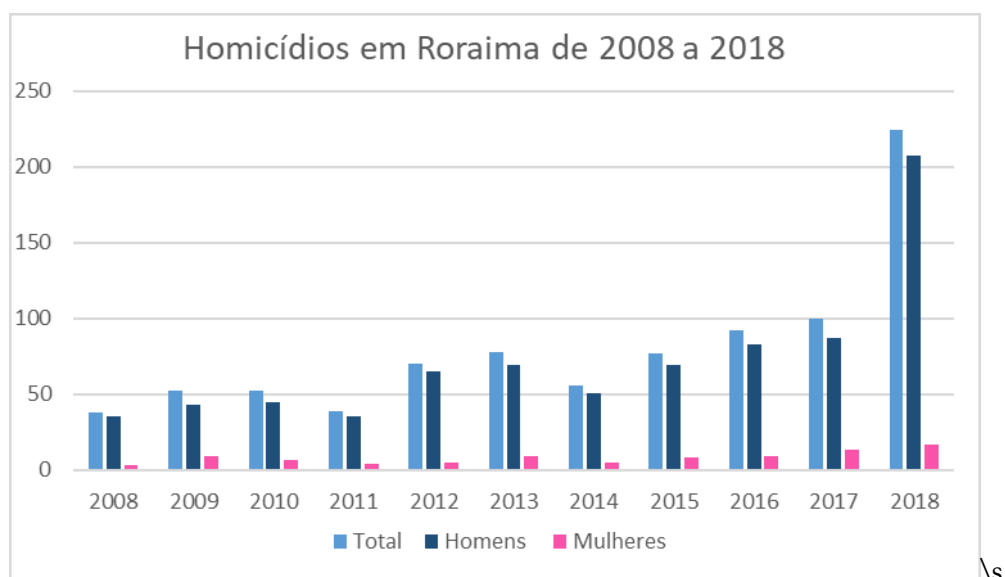
Figura 8 – Ranking de homicídios no ano de 2018 em RR



Fonte: Jornal Folha de Boa Vista/2020

Na prática as ações seriam copiladas e serviriam até mesmo para identificar características físicas com particularidades comuns, como, por exemplo, a rivalidade dos jovens, por distinção de nomenclaturas e símbolos dos grupos aos quais pertencem. Existem regras simbólicas e símbolos que os distinguem em grupos, assim as mortes podem ser observadas por distinção de gênero.

Gráfico 5 – Homicídio de jovens de 2008 – 2018



Fonte: IPEA/FBSP (2020)

Do ano de 2008 a 2018, as taxas de homicídios dentre jovens em Roraima cresceram a porcentagem de 489,5, ficando acima dos demais estados brasileiros. Comparado ao ano de 2017, os homicídios cresceram (+51,3%) em 2018, tornando-se o estado com a maior taxa de homicídios de jovens do país, com o índice de 142,5 por 100 mil.

Pesquisas realizadas pelo Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com dados consolidados no Atlas da Violência 2019, retratam a evolução dos homicídios no Brasil, de acordo com dados de 2017. Quanto à tabela denominada Brasil: variação da taxa de homicídios de jovens homens, por grupo de 100 mil, por UF (2017-2016). O instituto faz a seguinte análise.

Os dados aqui apresentados explicitam a necessidade de políticas públicas focadas na redução de homicídios entre jovens, principal grupo vitimado pelas mortes violentas intencionais. Observou-se aumento expressivo dos homicídios de jovens em diversas unidades da federação, as mesmas onde verificou-se o crescimento da taxa geral de homicídios em 2017. Ao mesmo tempo, o grupo etário de 15 a 29 anos representou 54,5% do total de vítimas de homicídio naquele ano, embora represente apenas 24,6% da população total do país. A redução da violência letal entre jovens, dessa forma, é um importante quesito para a redução dos homicídios no Brasil (IPEA/FBSP, 2019, p. 29).

Segundo Soares (2003), é necessário evitar que se pensem políticas públicas antiviolença como políticas de massa, coadunando com a lógica que estas devem ser voltadas para prevenção violênica, sendo necessária política pública que cumpra a função de “restituir visibilidade, reconhecer o valor pessoal, acolher o indivíduo, é preciso que se ofereça, aos sujeitos que compõem seu público-alvo, aberta a apropriações individualizadas”, condições satisfatórias para sua capacitação e sobrevivência. Nesse sentido, afirma a importância crucial das famílias como melhor barreira de proteção para os jovens, impedindo que sejam recrutados pelo tráfico, enfatiza ainda.

Observa-se assim que a arma nas mãos de nosso jovem personagem é muito mais que um meio a serviço de estratégias econômicas de sobrevivência. Há uma fome anterior muito mais profunda e radical do que a fome física: a fome de existir, a necessidade imperiosa de ser reconhecido, valorizado, acolhido. Por isso, pelo menos tão importante quanto as vantagens econômicas, destaca-se na cena da violência dos benefícios simbólicos, afetivos, psicológicos, intersubjetivos (SOARES, 2003, p. 77).

Seguindo a lógica do pensamento do autor, a problemática da violência junto aos jovens deve ser pensada com planejamento voltado a políticas públicas preventivas,

desenvolvidas a fim de atenderem os anseios desta população carente de recursos, que por natureza sente a necessidade de pertencimento a determinados grupos. E sendo assim, que sejam grupos que cooptem para atividades que desperte novos conhecimentos profissionalizantes, espaços lúdicos e incentivos às artes.

Com a inexistência de políticas públicas preventivas, deu-se espaço para facções, que cooptam jovens e adolescentes, geralmente usuários de drogas, a fim de fortalecer seus grupos com essa a mão de obra. Tais jovens e adolescentes, muitas vezes, enxergam essa dinâmica sob a ótica do lúdico e passam a ocupar os espaços públicos – que deveriam ser utilizados com atividades desportivas, teatrais e de lazer- com regras simbólicas, como meio de enfatizar suas identidades de pertencimento à determinada bandeira de facção, ou para aumentar a rivalidade existente entre outras opositoras, por questões de domínio de espaço territorial, ou alguma espécie de ameaça que entenderem como significativas.

Dessa forma, os líderes determinam dentro das ocupações específicas de cada membro de determinadas facções, nos chamados *tribunais do crime*, os rituais a serem executados, como práticas violentas contra aquele identificado e julgado como culpado, chegando a ponto de matar, como uma forma de parte do jogo, que é a regra consuetudinária da resolução de determinado conflito, pautado no regimento das facções. Assim, os grupos se organizam no sistema simbólico de grupos rivais, com práticas de mortes. É necessário analisar a violência com a perspectiva da complexidade, considerando os aspectos sociais (Minayo, 1994).

A concepção compreensível diz que crime organizado é praticado apenas por membros da elite, sendo sua natureza é transversal, estão na verdade explorando como seu exército, utiliza da mão de obra dos jovens mais vulneráveis, formando a chamada organização delinquencial. Pode-se acrescentar ainda, que as mortes desses jovens, podem ser pesquisadas no âmbito da criminologia crítica para se entender as causas dos delitos violentos e suas consequências sobre as vítimas (Balestreri, 2010).

Assim o fenômeno modificador e segregador desta sociedade, deveria ser analisado através criminologia crítica como afirma Schecaria(2020, p. 316), é necessário modificar o paradigmas da criminalização, com o objetivo de “reduzir as desigualdades de classes sociais”. Através da mesma lógica, o Estado deveria “assumir a criminalização e penalização da criminalidade das classes sociais dominantes”, sendo que o crime de colarinho branco

seria o crime contra a coletividade. Por outro lado a necessidade legal dos crimes como “a injúria social causada pelo imperialismo, racismo, discriminações de gênero, de sexo e crimes decorrentes da pobreza fosse mais lesiva aos atos individuais praticados”.

Diante dessa realidade, pode utilizar a abordagem da criminologia crítica, junto aos jovens identificados como infratores, a qual analisa as tratativas do direito infracional ou direito penal juvenil, que na sua efetivação, não é realizado de forma igualitária, e, dependendo da classe social econômica e status que estes jovens estiverem inseridos, as medidas de proteção enquanto adolescente, e demais garantias no cumprimento de suas sanções estabelecidas em lei, poderão agravar o quadro de envolvimento com a criminalidade, vez que estes estão em fase de desenvolvimento e nestes casos tutelados pelo estado.

Para Barros (2020, p. 46), a explicação mais plausível a estes fenômenos, estão relacionados ao capitalismo gore, com observação destas relações de poder desempenhadas através das demandas capitalismo presente no consumo e o colonialismo presente, entre o sujeito endriago, que deve em determinado momento de vida assumir a figura masculina hegemônica que deve ser provedor dentro do ambiente intrafamiliar, e, se depara com a égide da precarização laboral e da masculinidade, no qual deve ser considerado os aspectos e na econômicas sociais políticas e culturais, próprio de país de terceiro mundo. As alternativas existentes para subsistência e meio para satisfazer seus desejos de consumos capitalistas, por meios de práticas violentas como meio de autoafirmação pessoal e como o próprio modo de subsistência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os jovens desta pesquisa são indivíduos de classe média a baixa, com diversos comprometimentos, não escolhidos propositalmente neste trabalho, mas por serem transgressores, assim denominados de galeras na década de 90 e, posteriormente, essa nomenclatura modificou-se para facções como forma de incorporar um maior grupo, com ramificações no contexto nacional e internacional. Entretanto, nossas considerações sobre o envolvimento dos jovens nestas facções criminais são meramente para servir como “soldados do tráfico”. Conforme pensamento de Balestreri(2010), são organizações delinquentiais que de forma desorganizada se reúnem em busca de novas oportunidades,

aquisição de objetos de desejos e/ou ascensão social, ou para participar de novas experiências lúdicas como forma de interação interpessoal.

Tanto nas organizações delinquentais, como nas facções observam-se características semelhantes entre si, peculiaridades com amizades anteriores ao pertencimento no grupo e ocupações nos mesmos espaços que vão desde caminhar nos logradouros, praças públicas, a execuções de membros da grupos rivais. Portanto, consideramos que são grupos de jovens com objetivos semelhantes, que por meio da utilização das drogas, tornam-se endividados com o fornecedor do produto e, assim como um mercado de troca, são designados a sanar seus débitos com execução de membros de grupos rivais, ou até de participante de seu mesmo grupo, que de alguma forma descumpriu alguma das regras consuetudinárias vigentes nos códigos das facções.

Observamos um poder regular entre os jovens, formado por membros das facções que determinam quanto à execução dos indivíduos que estão sob observação por alguma desobediência às regras do grupo, ou por ser de outro grupo e por alguma rivalidade poderá ter sua vida ceifada. Os indivíduos (ou no singular) que serão designados a “matar”, quando forem submetidos ao chamado “tribunal do crime”, deverão decapitar se for cometido por membro do PCC. Dessa forma, justifica-se a quantidade de corpos com estas características no ano de 2018 no estado de Roraima.

Para que os anseio desses jovens sejam alcançados de forma mais saudável, são necessárias políticas públicas sociais que abordem a construção de valores morais, proporcionem lazer, cultura e esportes, para que essa juventude consiga investir em novas oportunidades com formação profissionalizante, segurança, atuando por meios legais, e principalmente por meio dos estudos. O investimento na educação ainda é a melhor forma de sanar a banalidade da violência entre jovens.

Nesse sentido, Roraima urge políticas públicas capazes de influir nesse processo de capacitação e qualificação, as quais contemplem atividades lúdicas. Contudo, na ausência dessas ações afirmativas, permanecerá o cenário de jovens envolvidos em crimes bárbaros, no qual eles mesmos já são vítimas de um sistema deficitário, no qual o lúdico é matar, numa lógica simbólica de representações sociais.

Assim, esses jovens devem ser capacitados a atuarem na sociedade à qual pertencem com espaços que os recepcionem com novas perspectivas de vida: no âmbito profissional, cultural e recreativo. Além do mais, o estado deve considerar na elaboração da sua agenda estadual de políticas públicas sociais planos de curto, médio e longo prazo, que visem preencher os espaços de interação social, como quadras esportivas e parques aquáticos, por exemplo, – sobretudo nos bairros mais longínquos – bem como, promover a qualificação para o mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*/Miriam Abramovay et alii. – Brasília: UNESCO, BID, 2002.
- ABRAMOVAY, M. WAISSELFISZ, J. J.; ANDRADE, C. C. e RUA, M.G. (1999) *Gangues, galeras, chegados e rappers: juventude, violência e cidadania nas cidades da periferia de Brasília*. Rio de Janeiro: UNESCO, Instituto Ayrton Senna, SETUR e Garamond.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*; tradução por Pedro Devaglio; 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.
- ANUÁRIO DO FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA,
- AMORIM, C. *Comando Vermelho – a história do crime organizado*. Rio de Janeiro: Record, 1993.
- ARENDT, H. *Sobre a Violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- BALESTRERI, Ricardo Brisola. *Um novo paradigma de segurança pública*. p. 57 a 67. In: *Segurança no Brasil: um campo de desafios*. COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla (Org.). 1. ed. Salvador BA: EDUFBA, 2010. v. 120. 143p, ver em: <https://static.scielo.org/scielobooks/c46v3/pdf/costa-9788523212322.pdf>
- BARROS, Betina Warmling. *A coerência da crueldade: os significados da violência extrema para os envolvidos no tráfico de drogas no Rio Grande do Sul* (Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Porto Alegre/RS, 2020.
- BERGER, Peter L & LUCMAN, T. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*; tradução por Floriano de Souza Fernandes, Petrópolis: Vozes, 2001.

- BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- CARA D.; GAUTO, M. *Juventude: percepções e exposição à violência*. In: Abramovay, Miriam. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*/Miriam Abramovay et alii. – Brasília: UNESCO, BID, 2002.
- CERQUEIRA, D. R. C.; MOURA, R. L. *Vidas perdidas e racismo no Brasil*. Publ. UEPG Ci. Soc. Apl., Ponta Grossa, 22 (1): 73-90, jan./jun. 2014.
- DIAS, C. C. PCC: *Hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. v. 1. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição XIII. São Paulo, 2019.
- HART, Carl. *Um preço muito alto*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2014.
- HENRIQUE, Alfredo. *Documentos comprovam como funcionam os tribunais do PCC*. VICE. 10/10/2016. Disponível em: <https://www.vice.com/ptbr/article/kbe9de/pcc-tribunal-do-crime>. Acesso em: 08 set 2019.
- Garoto achado decapitado e sem coração foi atraído por prima sob pretexto de ir à lan house em RR.G1/RR*. 21 agosto de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2019/08/21/garoto-achado-decapitado-e-sem-coracao-foi-atraido-por-prima-sob-pretexto-de-ir-a-lan-house-em-rr.ghtml> Acesso em: 08 set 2019.
- FELTRAN, Gabriel. *Irmãos: uma história do PCC*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- LIRA, Kedson. *DIREITO CONSUETUDINÁRIO NA PENITENCIÁRIA AGRÍCOLA DE MONTE CRISTO*. Monografia apresentada no curso de Direito da Faculdade Cathedral da Amazônia, 2014.
- WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* (A onda punitiva). Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Renavam, 2003ª edição, revisada e ampliada, agosto de 2007. 4ª reimpressão, setembro de 2019.

_____. As duas faces do gueto. Tradução de Paulo Cezar Castanheira.- São Paulo: Boitempo, 2018.

MANSO, B.P.; DIAS, C.N. *A guerra – A ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Todavia, 2018.

MARQUES, J. G. *BRINCANDO DE MATAR*. Monografia apresentada no curso de Ciências Sociais da UFRR, 1998.

MINAYO. M. C. S. *A violência social sob a perspectiva de saúde pública*. Cadernos de Saúde Pública 10(Suplem. 1):7-18. 1994

OLIVEIRA, Janaine Voltoline de. *Retratos da violência urbana e da criminalidade em Boa Vista– Roraima: a capital mais setentrional do Brasil*. Aaraquara: Revista Cadernos de Campo, n. 22 | p. 245-270, jan./jul. 2017

ROCHA, Gilmar. TOSTA, Sandra Pereira. *Antropologia & Educação*. Belo Horizonte: Autentico Editora, 2009.

SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. Ed. ver. Atual. e ampl.- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, Ivan Luiz. *Crime Organizado: aspectos jurídicos e criminológicos*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

SILVEIRA, A. *A prevenção dos homicídios: desafio para a segurança pública*. In: BEATO, Cláudio (org). *Compreendendo e avaliando: projetos de segurança pública*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

SOARES, L. E. *Novas políticas de segurança pública*. Revista Estudos. Revista Estudos Avançados, São Paulo, v. 17, n. 47, p.75-96, 2003.

_____. *A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas*. São Paulo: Revista Eletrônica da Universidade de São Paulo, V.21, N.61, 2007.

ZALUAR, A. *Democratização inacabada: fracasso da segurança pública*. In: ESTUDOS AVANÇADOS 21 (61), 2007, ver em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a03v2161.pdf>.

WASELFISZ, J. J. *Mapa da Violência 2019: conjuntura da violência letal no Brasil*.^{1ª} Edição Brasília – DF – 2019.

Apresentação oral

**A POSSÍVEL APLICABILIDADE DO INSTITUTO JURÍDICO
DA COCULPABILIDADE DE MANEIRA MITIGADA AOS ATOS
INFRACIONAIS**

*THE POSSIBLE APPLICABILITY OF THE LEGAL INSTITUTE OF
COCULPABILITY IN A MITIGATED MANNER TO THE INFRACTIONS*

Lucas Bécsi Valiengo

Pós graduando em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos pela Internet (CEI).
Especialista em Direito Penal e Criminologia – ICPC. Bacharel em Direito – PUC-SP.
Advogado.

E-mail: lucas.valiengo@gmail.com

Luiz Felipe Bragança Petri

Especialista em Direito Penal e Criminologia – ICPC. Bacharel em Direito – FDV.
Advogado Criminalista.

E-mail: luizfelippepetri@gmail.com

Resumo: A pesquisa possui como objetivo a verificação da aplicabilidade do instituto da cculpabilidade delineado pela teoria do fato punível junto a justiça juvenil, em especial os atos infracionais perpetrados por adolescentes, uma vez que toda legislação nacional, tanto constitucional quanto infraconstitucional, determinam a responsabilidade compartilhada de toda sociedade e do Estado junto a adolescentes. É sabido que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e em especial da Emenda Constitucional de 2010, que os diversos direitos básicos devem ser garantidos, de maneira prioritária, as crianças, jovens e adolescentes. Nesse sentido, a própria Constituição, de maneira literal, determina ser dever “da família, do Estado e da sociedade” a garantia de referidos direitos. Diante dessa expressa determinação, é inegável a responsabilidade partilhada entre a família, Estado e sociedade na garantia dos direitos básicos das crianças, jovens e adolescentes. Por ser vulnerável pela ótica da CF e do ECA, o adolescente em conflito com a lei não é submetido a uma análise do cumprimento dos requisitos da definição analítica de crime. Em outras palavras, quando da aplicação de uma medida socioeducativa, o juízo não

analisa os requisitos do conceito de crime, por ser o adolescente em conflito com a lei vulnerável e, carente, por conta dessa situação, da capacidade de culpabilidade. Contudo, conforme ampla bibliografia nacional já destacou, o adolescente em conflito com a lei invariavelmente é submetido a medida de internação, sem quaisquer análises do seu meio social ou características pessoais relevantes, que ocorreria caso fosse julgado como adulto pelo sistema de justiça criminal. Logo, haveria uma discrepância entre o tratamento dado ao adulto, ao se analisar, quando do processo criminal, aspectos como culpabilidade e individualização da pena, em relação ao adolescente infrator, que por si só já seria uma incongruência, uma vez que o sistema de justiça juvenil poderia ser considerado, em tese, mais “brando” que o sistema criminal dos adultos. Diante dessa incongruência, seria de interesse dos ativistas dos direitos juvenis a máxima aplicação dos institutos benéficos do sistema penal ao sistema juvenil, como o instituto da cculpabilidade. O art. 103 do ECA define ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Ou seja, sob uma visão realista, um ato infracional nada mais é que um crime ou contravenção penal, perpetrado por um adolescente, sem, contudo, as diversas garantias inerentes ao processo penal. Em razão dessa discrepância, um possível instituto tipicamente do processo penal, a cculpabilidade, poderia ser transportado para a justiça juvenil, de maneira mitigada, a fim de que os efeitos típicos desse instituto, qual seja, atenuação da reprimenda e até mesmo sua exclusão, fossem aplicados. A mitigação desse instituto é necessária, uma vez que não se pode falar em responsabilização pessoal do adolescente, diante da sistemática etária adotada, que impede qualquer discussão sobre aspectos como a compreensão da ilicitude da conduta pelo menor de 18 anos.

Metodologicamente, o presente trabalho foi realizado fruto de pesquisa teórica, com base nos conceitos doutrinários acerca da culpabilidade, da cculpabilidade, e das obras referentes a Justiça juvenil e a discussão acerca da possibilidade de implementação do direito penal adulto e seus princípios e preceitos na referida Justiça. Ainda, utilizou-se de dados oficiais divulgados pelo governo brasileiro, análise jurisprudencial, e análise de dados fornecidos por determinadas obras doutrinárias.

Na primeira seção, traçaremos uma relação crítica entre a perspectiva dominante da definição analítica de crime, especificamente em relação ao elemento da culpabilidade, a partir da perspectiva da cculpabilidade e a sua aplicação na infância e juventude. Sabe-

se de pronto que a culpabilidade possui como elementos constituintes a exigibilidade de conduta diversa, a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. Esse instituto é inaplicado à infância e juventude, pelo fato de a criança e adolescente em conflito com a lei não completa os elementos necessários ao cometimento do crime. Em outras palavras, a criança e o adolescente em conflito com a lei não praticam crime, uma vez que carecem do elemento culpabilidade para que possa assim ser considerado. No entanto, um dos institutos aos quais se torna necessária a verificação, ainda que atualmente seu diagnóstico seja de aplicabilidade somente aqueles que praticam crimes, é o da coculpabilidade, ponto que será focado nessa primeira seção.

Na segunda seção, abordaremos as correlações existentes entre a chamada justiça juvenil e a justiça criminal dos adultos, e conseqüentemente, o direito penal. A doutrina ainda não possui uma posição acerca da possibilidade da Justiça juvenil, que abarcaria somente o Direito Juvenil, de ser, na realidade, uma Justiça Penal Juvenil, que integraria o chamado Direito Penal Juvenil, que por sua vez integraria o Direito Penal como um todo. As posições são múltiplas e em diferentes sentidos. Existem aqueles que defendem a possibilidade de um Direito Penal Juvenil, que conteria tanto as garantias referentes ao Direito Juvenil clássico, bem como aquelas correspondentes ao Direito Penal e o Direito Processual Penal, como o *in dubio pro reo*, presunção de inocência e verdade real (SARAIVA, 2010, p. 88; SPOSATO, 2006, p. 67; ROXIN, 1997, p. 46 e FERRAZ, 2017, p. 50). Há, contudo, as posições contrárias, que afirmam que a criação de um Direito Penal Juvenil legitimaria um discurso punitivo (ROSA, 2011, p.27; RAMIDOFF, 2003, pp. 152-155). Ainda, seria da opinião de outros autores que o Direito Juvenil preveria um sistema protetivo e responsabilizador, que dispensaria a aplicação do sistema penal (VERONESE, 2005, p. 260). Ao final do capítulo, contudo, através de pesquisas empíricas realizadas (RODRIGUES, 2017), bem como de dados divulgados pelo governo brasileiro sobre internação de adolescentes e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 143.988/ES, que admitiu a superlotação em diversos Estados da Federação nas unidades de internação de adolescentes, verificaremos que os argumentos dos autores contrários à existência do Direito Penal Juvenil não mais se sustentam, pois a sana punitivista do encarceramento continua muito presente na realidade de muitos adolescentes, e o abandono de um suposto sistema protetivo aos adolescentes ocorrera há muito.

Na terceira seção, considerando o exposto nos dois capítulos anteriores, será verificado a possibilidade de implementação do instituto da coculpabilidade, tanto no atual sistema de Justiça Juvenil, bem como no supracitado sistema de Justiça Penal Juvenil.

Na quarta seção, serão verificadas as possíveis consequências práticas e teóricas da aplicação do instituto da coculpabilidade na Justiça Juvenil. Será verificado se referido instituo poderá auxiliar ou prejudicar quando da possível internação de um adolescente infrator, quais possíveis saídas poderão ser propostas frente ao cometimento de um crime por um adolescente, e se o referido instituto somente possui aplicabilidade de maneira repressiva.

Finalmente, a conclusão resumirá o colocado nos capítulos anteriores, bem como seus principais pontos, problemáticas e soluções.

Palavras-chave: justiça juvenil; coculpabilidade mitigada; aplicabilidade.

Abstract: The objective of the research is to verify the applicability of the institute of coculpability outlined by the theory of punishable acts in juvenile justice, especially the infractions perpetrated by adolescents, since all national legislation, both constitutional and infra-constitutional, determine the shared responsibility of all society and the State towards adolescents. It is known that with the enactment of the 1988 Federal Constitution, and especially the 2010 Constitutional Amendment, the various basic rights must be guaranteed, as a matter of priority, to children, youth and adolescents. In this sense, the Constitution itself, in a literal way, determines that it is the responsibility of “the family, the State and society” to guarantee such rights. In the face of this express determination, it is undeniable the shared responsibility of the family, the State, and society to guarantee the basic rights of children, youth, and adolescents. Since the adolescent is vulnerable from the perspective of the FC and the ECA, he or she is not subject to an analysis of compliance with the requirements of the analytical definition of crime. In other words, when applying a socioeducational measure, the court does not analyze the requirements of the concept of crime because the adolescent in conflict with the law lacks, due to this situation, the capacity to be guilty. However, as the broad national bibliography has already pointed out, the adolescent in conflict with the law is invariably submitted to an internment measure, without any analysis of his social environment or relevant personal characteristics, which would occur if he were tried as an adult by the criminal justice

system. Therefore, there would be a discrepancy between the treatment given to the adult when analyzing aspects such as culpability and individualization of the sentence in relation to the adolescent offender, which in itself would be an incongruity, since the juvenile justice system could be considered, in thesis, to be “milder” than the criminal system of adults. Faced with this incongruity, it would be in the interest of juvenile rights activists to apply the maximum benefit of the penal system to the juvenile system, such as the institute of coculpability. Article 103 of the ECA defines an infraction as conduct described as a crime or criminal offense. In other words, from a realistic point of view, an infraction is nothing more than a crime or criminal misdemeanor perpetrated by an adolescent, without, however, the various guarantees inherent in the criminal process. Because of this discrepancy, a possible institute typically of criminal procedure, coculpability, could be transported to juvenile justice in a mitigated manner, so that the typical effects of this institute, i.e., mitigation of reprimand and even its exclusion, could be applied. The mitigation of this institute is necessary, since there can be no talk of personal accountability of the adolescent, in face of the age system adopted, which prevents any discussion on aspects such as the understanding of the illicit conduct by adolescents. Methodologically, the present work was carried out as a result of theoretical research, based on the doctrinal concepts of guilt, coculpability, and works related to juvenile justice and the discussion about the possibility of implementing adult criminal law and its principles and precepts in that justice. Also, official data disclosed by the Brazilian government, jurisprudential analysis, and analysis of data provided by certain doctrinal works were used. In the first section, we will trace a critical relationship between the dominant perspective of the analytical definition of crime, specifically in relation to the element of guilt, from the perspective of coculpability and its application in childhood and youth. It is well known that culpability has as constituent elements the demandability of diverse conduct, imputability and the potential awareness of illegality. This institute is inapplicable to childhood and youth because the child and adolescent in conflict with the law does not complete the elements necessary to commit the crime. In other words, the child and adolescent in conflict with the law do not commit a crime, since they lack the element of guilt to be considered as such. However, one of the institutes to which verification is necessary, although currently its diagnosis is of applicability only to those who commit crimes, is that of coculpability, a point that will be focused on in this first section. In the second section, we will address the correlations between so-called juvenile justice

and adult criminal justice, and consequently, criminal law. The doctrine still does not have a position on the possibility of Juvenile Justice, which would only encompass Juvenile Law, to be, in reality, a Juvenile Criminal Justice, which would integrate the so-called which in turn would integrate criminal law as a whole. The positions are multiple and in different directions. There are those who defend the possibility of a Juvenile Criminal Law, which would contain both the guarantees referring to the classic Juvenile Law, as well as those corresponding to the Criminal Law and the Criminal Procedural Law, such as in *dubio pro reo*, presumption of innocence and real truth (SARAIVA, 2010, p. 88; SPOSATO, 2006, p. 67; ROXIN, 1997, p. 46 and FERRAZ, 2017, p. 50). There are, however, opposing positions, which state that the creation of a Juvenile Criminal Law would legitimize a punitive discourse (ROSA, 2011, p.27; RAMIDOFF, 2003, pp. 152-155). Further, it would be the opinion of other authors that the Juvenile Law would provide for a protective and responsible system, which would dispense with the application of the penal system (VERONESE, 2005, p. 260). At the end of the chapter, however, through empirical research (RODRIGUES, 2017), as well as data released by the Brazilian government on internment of adolescents and the recent decision of the Federal Supreme Court in HC 143. 988/ES, which admitted overcrowding in several states of the federation in the detention centers for adolescents, we will find that the authors' arguments against the existence of Juvenile Criminal Law no longer stand, since the punitive sense of imprisonment is still very present in the reality of many adolescents, and the abandonment of a supposedly protective system for adolescents had long occurred. In the third section, considering what has been said in the two previous chapters, the possibility of implementing the institute of *coculpability* will be verified, both in the current system of Juvenile Justice, as well as in the aforementioned system of Juvenile Criminal Justice. In the fourth section, the possible practical and theoretical consequences of the application of the institute of *coculpability* in Juvenile Justice will be verified. It will be verified if this institute can help or hinder the possible internment of an adolescent offender, what possible exits can be proposed in the face of the commission of a crime by an adolescent, and if this institute only has applicability in a repressive manner. Finally, the conclusion will summarize what has been said in the previous chapters, as well as its main points, problems and solutions.

Keywords: juvenile justice; mitigated *coculpability*; applicability.

Sumário: Introdução. 1. A culpabilidade e a coculpabilidade no Direito Penal. 2. A Justiça Penal Juvenil. 3. Aplicabilidade do instituto da *coculpabilidade* na Justiça Juvenil e seus possíveis efeitos. 4. Conclusões. 5. Referências

INTRODUÇÃO

Desde a sua concepção, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, assumiu-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o sistema protetivo ali revolucionaria o método de como se lidar com as crianças e adolescentes em conflito com a lei. Com seu caráter mais protetivo e supostamente garantista, a sistemática prevista no ECA possuiria um condão de dar mais humanidade e ser menos gravoso que a sistemática penal clássica.

Porém, a realidade do dever ser prevista na legal, muitas vezes, não se aplica a realidade concreta brasileira. Conforme se demonstrará, apesar da sistemática do Justiça Juvenil ser, de fato, menos penosa e mais garantista que o sistema penal clássico, o sistema de persecução penal é o mesmo: são os mesmos policiais, os mesmos promotores, os mesmos juízes, dentro de uma mesma lógica do sistema penal clássico, que muitas vezes determinarão o futuro de um adolescente em conflito com a lei.

Os avanços legais e normativos são de extrema utilidade, nesse ponto não há que se negar. Contudo, uma mudança teórica sem uma mudança fática não traz benefícios concretos àqueles que, diariamente, precisam enfrentar todo o poder da persecução penal. E nesse momento, é importante angariar e se utilizar de todas as ferramentas possíveis.

Nesse sentido, vem o presente trabalho. Ao se apresentar a possibilidade de aplicabilidade de um instituto tipicamente penal a justiça juvenil, tem-se como objetivo principal uma construção maior argumentativa que proteja o adolescente em conflito com a lei do poder persecutório estatal.

Conforme será demonstrado, apesar do direito penal ser o mecanismo principal utilizado pelo Estado para diminuição dos direitos de seus cidadãos, é possível encontrar, dentro desse próprio sistema, mecanismos para atenuar referido mecanismo. E ao transportarmos esse mecanismo a chamada justiça juvenil, encontraremos cada vez mais

argumentos para uma intervenção estatal mínima, quando falarmos de adolescente em conflito com a lei.

SEÇÃO 1: A CULPABILIDADE E A COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

A culpabilidade é integrante do conceito de crime. Sabe-se que para a existência do crime figuram-se como pilares de sua conceituação e existência o fato típico, ilícito e culpável (CIRINO DOS SANTOS, 2017; QUEIROZ, 2013; BATISTA E ZAFFARONI, 2013). A culpabilidade, por si, carrega categorias que o diferenciam dos demais elementos integrantes da definição analítica de crime. A categoria culpabilidade é definida por BATISTA E ZAFFARONI

“como o juízo que permite vincular pessoalmente a prática delituosa ao autor da ação, ao que atua como principal elemento autorizador do exercício do poder punitivo. A mera existência de um conflito criminalizado é insuficiente para reconhecer-se a existência de um delito, quando não for ele vinculável de maneira pessoal a seu autor” (2018, p. 160).

Por essa perspectiva, a culpabilidade é o juízo estatal que vincula a ação criminalizada ao agente. É da verificação do nexo de causalidade entre a ação realizada e a imputação ao seu agente que se verifica o elemento da culpabilidade. (BATISTA E ZAFFARONI, 2018, p. 160) Dentro desse elemento há as categorias da exigibilidade de conduta diversa, a (potencial) consciência da ilicitude e a imputabilidade, encontrando-se ausentes no que se refere ao instituto na infância e juventude, tendo em vista que o adolescente em conflito com a lei não possui a culpabilidade capaz de fazê-lo praticar crime. O adolescente em conflito com a lei, quando pratica ação que viola a lei penal, pratica ato infracional, pois sua ação existe sem que integre os três elementos fundadores do cometimento de crime. Por praticar ação sem a categoria culpabilidade, figura ele como inimputável para fins de cometimento de crime. É por isso que quando viola a legislação penal pratica ato infracional.

Isso se torna crucial para a persecução do entendimento daquilo que figura da infância e juventude, sobretudo por ser a conceituação da culpabilidade elemento central nos debates atuais quando da prática de ação delituosa por menor infrator. O menor

infrator possui na ausência de culpabilidade a categoria central que o diferencia do agente que comete crime e que, portanto, possui em sua completude os elementos do fato típico, ilícito e culpável. E é justamente a inexistência da culpabilidade que o faz ser impassível de punibilidade. Existe a inimputabilidade ao menor infrator, que diz respeito a incapacidade psíquica do agente em compreender o caráter ilícito da ação praticada, mas não só isso, a incapacidade psíquica do indivíduo de determinar suas ações, bem como compreender em sua completude as consequências reais de sua ação praticada. Por se saber que o delito requer capacidade psíquica do autor, no que diz respeito a sua capacidade de autodeterminação voltado à prática daquele fim, bem como de suas consequências, verifica-se que quando da infância e juventude, tais requisitos se encontram ausentes (BATISTA E ZAFFARONI, 2018). A criança ou adolescente em conflito com a lei não possui a capacidade de autodeterminação e a consciência do cometimento de crimes suficientes para que sua ação seja considerada crime. Por conta disso, o Direito brasileiro estabeleceu o critério biológico quando da idade à realização de crime e caracterização da imputabilidade para que seja realizado. Conforme expõe BATISTA E ZAFFARONI

‘culminando um largo processo histórico, uma presunção calcada em critério cronológico (ou biológico) converte a imaturidade de criança e adolescentes em infranqueável impedimento psíquico à compreensão da ilicitude e à autodeterminação da conduta segundo tal compreensão. [...] prestigiado em muitas legislações, remete às políticas públicas concernentes ao desenvolvimento cultural e biológico dos jovens, a seu processo de aprendizagem e socialização’. (2018, p. 253)

Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro compreendeu que o fator biológico é determinante para a caracterização da imputabilidade ao agente delituoso, estabelecendo, a partir disso, que aqueles que não possuírem a faixa etária necessária a tal enquadramento não possuem a imputabilidade necessária a existência do crime. Ao autor de fato análogo a crime que não possua a faixa etária necessária a existência de crime tem-se a incapacidade de autodeterminação e a incompleta compreensão da atitude praticada e suas consequências reais.

Nesse sentido, diante da ausência do elemento culpabilidade quando da infância e juventude, verifica-se que não necessariamente a inexistência dessa categoria faça com que se ignore a importante definição da coculpabilidade. Muito embora o elemento culpabilidade não integre a ação praticada pelo adolescente em conflito com a lei, não

se deve abandonar a coculpabilidade e sua ideia central quando das consequências do cometimento de um ato infracional.

A coculpabilidade¹ possui como característica fundamental a necessidade de responsabilização estatal pela prática de ato delituoso. O agente quando pratica ação delituosa confirma a falha estatal em promover avanços sociais no quesito de evitação do resultado criminoso. O Estado, incapaz de garantir todos os direitos fundamentais previstos em seus diplomas legislativos assume a falha que invoca a existência do crime em meio social. Em outras palavras, quando há o cometimento de crime, o Estado deve ser também responsável pela ocorrência do delito, isso porque foi incapaz de proporcionar condições hábeis para que o indivíduo atuasse em conformidade com a legislação. No entender de BATISTA E ZAFFARONI,

“a ideia reitora da coculpabilidade é de que, já que nenhuma sociedade oferece uma mobilidade que proporcione a todos os seus membros o mesmo espaço e as mesmas oportunidades, a culpabilidade deve interessar-se em cada caso pelas chances concretas brindadas ao sujeito, cabendo imputar à sociedade – que será a coculpável nesse sentido – aquilo que a ele foi negado”. (2018, p.170)

O que se quer com a coculpabilidade é demonstrar que a existência do crime se dá em grande medida pela falha estatal em oferecer condições aqueles que praticam o delito, bem como em fornecer a segurança necessária ao cidadão ator do delito e à vítima do delito. O indivíduo ao cometer o fato punível não o pratica meramente como uma ação individual carregada do livre arbítrio a que busca desde sempre uma consequência prática previamente estabelecida a si (BATISTA E ZAFFARONI, 2018). Embora se saiba e se entenda que a melhor formulação em relação a teoria do injusto quando das teorias da ação se verifique no modelo teleológico da ação (GOMES, 2016), ao qual no entender de CIRINO DOS SANTOS (2017, p. 96), é a “realização de um fim, porque o autor produz uma situação desejada na medida em que escolhe os meios adequados para produzir o resultado e os emprega de modo apropriado”, o indivíduo quando da prática do ato

¹ Deve-se destacar que Zaffaroni abandona a concepção de coculpabilidade e passa a trabalhar com a concepção de culpabilidade por vulnerabilidade. Nesse aspecto, o autor explica que seu abandono a teoria da coculpabilidade se deu por conta da má aceitação e má vinculação a essa categoria a criminalidade dos pobres. O autor entende que a coculpabilidade foi fortemente associada aos crimes praticados por pobres. Diante da falha do Estado em proporcionar condições materiais os indivíduos praticariam crimes, partindo daí a noção de que o crime se concentraria nos pobres. Vide: BATISTA, Nilo; Zaffaroni, Raul Eugênio. Direito penal brasileiro. v. ii, ii. Rio de Janeiro: Revan. 2017.p. 171.

delituoso não age com total finalidade na sua prática criminosa e com o livre arbítrio capaz de dotar de si total conhecimento do delito praticado, bem como de suas consequências.

Observa-se que não há contradição aos postulados, tendo em vista que a ação é sempre voltada a prática de determinado fim previamente estabelecido pelo agente se utilizando de ferramentas que considera adequadas a persecução daquela finalidade. É assim que CIRINO DOS SANTOS (2017, p. 97) estabelece que “na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é sua direção inteligente: a finalidade dirige a causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor”. Não se nega aqui a capacidade de livre conhecimento do ato praticado, bem como a cristalizada característica do ser humano de raciocínio pela ação praticada atribuída a si. O que se quer dizer é que a ação humana quando do cometimento do delito, embora traga em si a sua determinação para a prática do fato, o faz também motivado por condições externas ao qual a mera constatação da escolha não é capaz de compreender em sua totalidade. O indivíduo, quando do cometimento do crime, a pratica diante de condições variadas e não uniformes. Ao agir de maneira delitiva há aqui não uma mera relação de causalidade entre a ação praticada e a imputação do resultado ao agente, como fruto de sua liberdade de escolha para a prática do ato, mas a constatação de que há uma variabilidade imensurável de condições que atuam sobre o agir delituoso, inclusive, aquelas que dizem respeito ao processo de criminalização de bens jurídicos pela perspectiva crítica, ao qual a seleção de bens jurídicos criminalizados se dá de maneira seletiva (BATISTA E ZAFFARONI, 2012). Por conta disso que a aplicabilidade de qualquer punição praticada ao agente deve levar em consideração o marco seletivo do sistema de justiça criminal, bem como das estruturas sociais capitalistas ao qual coloca em desigualdade diferentes pessoas (BATISTA E ZAFFARONI, 2018).

Sob essa perspectiva tem-se aqui a delineação de que o crime, seja por qual faceta se observe, teria sido evitado, caso houvesse maior participação estatal na garantia de condições ao não cometimento do delito. Parte-se do pressuposto de que caso o Estado tivesse agido de maneira proativa no quesito de maior estruturação social, a ação delituosa não teria ocorrido ou, ao menos, ocorreria em menor escala. Aqui, não se nega que o delito ainda existiria caso houvesse maior participação estatal na evitação do resultado, mas denota a necessidade de maior participação estatal na persecução da efetivação dos direitos sociais e direitos e garantias individuais, com a clara constatação de que, a partir

disso, o delito não ocorreria ou ocorreriam delitos diversos dos usualmente ocorridos ou delitos em menor escala. O Estado, por essa perspectiva, admite sua falha na contenção e evitação do cometimento do delito e se torna responsável em concurso com o agente delituoso pela prática do delito.² O próprio Estado deve ser responsabilizado no que se refere ao reconhecimento do estado a que coloca o agente na posição de possibilidade de prática do delito dada a sua estrutura seletiva de busca por punibilidade. Em outras palavras, o próprio Estado deve, segundo BATISTA E ZAFFARONI (2018, p. 167), “impedir que o exercício do poder punitivo ultrapasse o nível de responsabilização que se possa atribuir ao criminalizado pelo esforço pessoal que empreendeu para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade”. E, é aqui, por meio desse vislumbre que se tem a necessidade de aplicação da culpabilidade à infância e juventude, uma vez que o Estado deve garantir especial tratamento no que se refere aos menores infratores. Conforme BATISTA E ZAFFARONI

‘a culpabilidade, como vínculo personalizado entre o agente e o injusto, como valoração jurídica e como capítulo do empreendimento teórico redutor do poder punitivo, deve incorporar o dado da seletividade estrutural e buscar compensá-lo, reduzindo assim o vício político nele enraizado’. (2018, p. 166)

Em suma, define-se culpabilidade como a somatória entre o conceito pacificado de culpabilidade, mais responsabilização parcial do Estado no ato criminoso, uma vez que cabe a este a garantia de condições sociais, consubstanciada na efetivação de direitos e garantias sociais para que todos seus cidadãos possam exercer uma vida saudável e relativamente igual perante os outros, com igualdade de direitos e oportunidades. O Estado, portanto, responsabiliza-se pela sua própria fragilidade em não exercer os direitos e garantias sociais de todos os cidadãos previstos pela Constituição Federal, precipuamente aqueles que praticam injustos penais, e o faz de modo a reduzir a forma de invasão na liberdade do agente.

² Muito embora a definição de culpabilidade seja interessante no que tange a sua responsabilização mútua ao adolescente, verifica-se que a assunção de responsabilidade pela prática delitiva não altera o fato da existência da infração. Em outras palavras, não basta admitir a falha estatal e tratar de reduzir a aplicação da medida socioeducativa, isso porque, a atuação estatal consequente que se dá pelo sistema de justiça criminal produz subjetividade ao adolescente em conflito com a lei que extrapola a mera responsabilização estatal. Vide: DAVIS, Angela J. *Policing the black man: arrest, prosecution, and imprisonment*. New York: Vintage. 2017.

SEÇÃO 2: A JUSTIÇA PENAL JUVENIL

O termo “justiça penal juvenil” não possui conceito pacífico na doutrina nacional, nem mesmo é aceito por boa parte dos estudiosos e da jurisprudência pátria. De maneira simples, poder-se-ia definir o direito penal juvenil como “a categorização do Direito relativo a intervenção punitiva sobre adolescentes como um subsistema do Direito Penal (...)” (FERRAZ, 2017, p. 48). Ou seja, o termo Justiça Penal Juvenil traria os adolescentes para a baila do Direito Penal clássico, com as peculiaridades próprias do sistema relativo ao adolescente em conflito com a lei, previsto no ECA.

Porém, referida categorização está longe de não possuir adeptos e opositores. Para aqueles que são a favor de uma adoção de uma Justiça Penal Juvenil, o principal motivo seria a possibilidade de garantir aos adolescentes em conflito com a lei todos os direitos e garantias tipicamente previstos no direito penal e processual penal. Para João Batista Costa Saraiva

‘abandonar um Direito Penal Juvenil equivaleria a abandonar os conceitos introduzidos pelas normas do ECA, desconsiderar a normativa internacional na matéria e significaria duas opções: ou o apego a dogmas do menorismo ou um discurso de abolicionismo penal’. (SARAIVA, 2010, p. 88)

Já para Karyna Sposato,

‘ Diz-se “novo Direito Penal Juvenil” porque este se vê vinculado aos mesmos objetivos e à mesma missão do direito penal moderno, como a proteção do cidadão diante do arbítrio público. Por isso vincula-se à Constituição Federal, aos direitos fundamentais e à lei e assume alguns dos postulados de Ferrajoli no que tange à minimização de brutalidades seja de intervenções sociais seja das intervenções jurídicos-penais. O fundamento central é a concepção de crianças e adolescentes como pessoas humanas e, assim, também sujeitos de direitos’. (SPOSATO, 2006, p. 67).

Em âmbito internacional, destaca-se a posição semelhante de Claus Roxin. Segundo o autor alemão

‘Não pelo âmbito das normas tratadas, senão pela especial classe do autor, o Direito Penal Juvenil se converte em um campo próprio do Direito. Trata dos delitos dos jovens (de 14 a 18 anos) e suas consequências (apenas parcialmente penais). Sua regulação se encontra na Lei de Tribunais dos Jovens (JGG) de 4-8-1953; e contém preceitos especiais de direito material, processual, de medição de pena e penitenciário para jovens menores (em parte também para

jovens maiores de idade entre 18 e 21 anos), e, portanto, para efeitos de sistemática jurídica, deve enquadrar-se parcialmente em todas as disciplinas antes indicadas.’ (ROXIN, 1997, p. 46)

Contudo, nesse ponto, mister informar que na Alemanha, da onde o autor produz, a própria legislação denomina a sistemática aplicável aos adolescentes em conflito com a lei de “Direito Penal Juvenil”. Em suma, para os adeptos da adoção de um “Direito Penal Juvenil”, a principal razão seria a possibilidade de garantir aos adolescentes em conflito com a lei, além dos direitos e garantias específicos do ECA, também aqueles referentes aos Direito Penal e Processual Penal clássicos.

Em contraposição aos argumentos trazidos acima, os contrários a uma concepção de Direito Penal Juvenil o justificam de maneira, primordialmente, principiológica. Para Alexandre Morais da Rosa

‘As garantias precisam ser trabalhadas a partir da autonomia do Direito Infracional e não de um ilusório Direito Penal Juvenil. Respeitar a diferença pressupõe que o discurso seja sério e enfrente algumas questões que são, de fato, omitidas, como, por exemplo, o fundamento da medida socioeducativa.’ (ROSA, 2011, p. 27)

Além do supracitado, Morais da Rosa afirma que referido modelo legitimaria um poder punitivo estatal. Ainda, segundo Josiane Veronese (VERONESE, 2011, p. 260) ‘(...) não seria necessário o recurso ao Direito Penal e seu conjunto de punições uma vez que o ECA prevê um sistema próprio não punitivo, mas protetivo e responsabilizador’. Em resumo, os contrários a uma sistemática de Direito Penal Juvenil afirmam que sua aplicabilidade seria, em parte, legitimadora de um discurso punitivo, e em parte desnecessária, vista que o ECA preveria um sistema mais “brando” que o do sistema penal clássico.

Nesse momento, contudo, é necessário um apontamento. No *habeas corpus* coletivo número 143.988,³ do Espírito Santo, impetrado pela Defensoria Pública do referido estado, em 16/08/2018, o Supremo Tribunal (STF) reconheceu que, de 27 Estados da Federação, 9 deles, ou seja, 1/3, possuíam superlotação nas suas unidades de internação

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>

dedicadas a adolescentes em conflito com a lei, chegando a patamares de 183% no estado de Sergipe e 175% no estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, a referida decisão colocou que

‘Com estes dados já é possível projetar o cenário perturbador do ambiente proporcionado aos adolescentes custodiados na UNINORTE, e que é agravado, pois se extrai da inicial que o ambiente “ é potencializado por outros fatores como INSALUBRIDADE DO LOCAL, atos de TORTURA, AGRESSÕES e TRATAMENTOS DEGRADANTES, além de FALTA DE PESSOAL em número suficiente para a garantia de um processo socioeducativo DIGNO’

Ou seja, ou existe uma enorme quantidade de adolescentes cometendo atos infracionais que demandam internação no país, ou a lógica punitivista que os contrários a adoção de um Direito Penal Juvenil já se encontra em vigor, e o caráter “mais protetivo” do ECA é sumariamente ignorado por grande parte dos magistrados Brasil afora. Ademais, importante nesse momento trazermos as constatações fáticas e numéricas trazidos pelas professoras Ellen Rodrigues e Vera Malaguti Batista, em suas respectivas obras.

A professora Ellen Rodrigues, em sua obra *A justiça juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*, traz interessantes gráficos e dados estatísticos, a partir do capítulo 3.2 de sua obra intitulado “Pane no sistema: o cenário nos 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Entre as diversas colocações, interessante apontar que (RODRIGUES, 2017, p.240)

‘Ao destacar o aumento constante das medidas socioeducativas de restrição de liberdade nos últimos anos, o *Levantamento Anual do SINASE* relativo ao ano de 2016 chama a atenção para a preocupante predominância das medidas de internação (64%) e para o significativo aumento das internações provisórias, que corresponderam a 23% do total (SDH, 2015).’ (RODRIGUES, 2017, p.240)

Ademais, destaca ainda a autora que

‘ De acordo com o relatório relativo ao ano de 2013, 42% do total (10.051) dos atos infracionais registrados eram relativos ao roubo e 224,8% do total (5.933) correspondia a infrações análogas ao crime de tráfico de drogas. (...) Além do descompasso entre o aumento das medidas de internação e a curva descendente

dos atos infracionais violentos, merece destaque a discricionariedade das autoridades quanto à imposição de restrição e privação de liberdade em razão do tráfico de drogas.’ (RODRIGUES, 2017, pps.247-248).

Voltando um pouco mais no tempo, a clássica obra da professora Vera Malaguti Batista *Difíceis ganhos fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro nos mostra que a lógica punitivista já domina as mentes do Poder Judiciário, ao analisar 20 anos – de 1968 a 1988 – os processos penais referentes aos adolescentes na cidade do Rio de Janeiro, ou seja, períodos anteriores a promulgação do ECA. Em sua conclusão, destaca a autora

‘Tudo se encaixa na criminalização do adolescente pobre; da investigação do meio em que se criou à falta de defesa nos processos, passando pela uniformização dos pareceres médicos e das sentenças dos juízes. (...) A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dados aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigos’ (BATISTA, 2016, pps.. 134-135)

Ou seja, mesmo no longínquo ano de 1968, a juventude brasileira, principalmente a marginalizada, foi e continua sendo o principal foco do sistema de controle penal brasileiro. E mesmo com a mudança do sistema para àquele previsto no ECA em 1990, é necessário lembrar que aqueles que julgaram se mantiveram, com suas mesmas lógicas individuais, o que talvez explique o excesso de medidas de restrição de liberdade em 2016, e até mesmo a declaração contida na decisão do *habeas corpus* coletivo número 143.988, acerca da superlotação das unidades de internação.

Em conclusão, apesar daqueles que são contra a adoção do termo “Justiça Penal Juvenil” o fazerem por entenderem que isso traria a lógica punitivista do sistema penal convencional ao sistema mais protetivo dos adolescentes, a realidade é que essa lógica já se encontra ali inserida, há décadas. A preferência pelas medidas de restrição de liberdade por parte do Poder Judiciário e a posterior internação do adolescente não é ocorrência atual, conforme as pesquisas destacadas acima, que traçam desde o ano de 1968 até a decisão do *habeas corpus* coletivo acerca da superlotação, em 2018, ou seja, 50 anos de decisões!

Portanto, se a realidade da justiça juvenil é a mesma da justiça penal clássica dos adultos, não existe razão fática ou mesmo principiológica para não se utilizar os princípios

e previsões benéficas aos adolescentes em conflito com a lei, enquanto se abandona aqueles que claramente poderiam agravar sua situação.

SEÇÃO 3: APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA *COCULPABILIDADE* DE MANEIRA MITIGADA NA JUSTIÇA JUVENIL E SEUS POSSÍVEIS EFEITOS

Conforme destacado na primeira seção, definiu-se a *coculpabilidade* como a responsabilização parcial do Estado no ato criminoso, uma vez que cabe a este a garantia de direitos sociais e condições hábeis para que todos seus cidadãos possam exercer uma vida saudável e relativamente igual perante os outros, com igualdade de direitos e oportunidades.

Já na segunda seção, através da análise de dados estatísticos trazidos por duas autoras, bem como a análise jurisprudencial de importante julgado perante o Supremo Tribunal Federal, foi verificada que a lógica utilizada no sistema juvenil, quando referente aos adolescentes em conflito com a lei, é a mesma do sistema penal clássico. Diante disso, seria completamente incongruente não se aplicar os princípios e benefícios inerentes ao sistema penal clássico aos adolescentes em conflito com a lei, podendo-se falar seguramente num sistema de “Justiça Penal Juvenil”.

Levando em conta as duas seções supracitadas, para a aplicabilidade de um instituto tipicamente penal que é a *coculpabilidade*, é necessário a conjunção harmoniosa dos preceitos do sistema penal clássico e do sistema penal juvenil. Isso porque, conforme destacado na primeira sessão, o conceito de *coculpabilidade* possui dois componentes essenciais: aqueles referentes ao conceito clássico de culpabilidade, adicionado a questão de responsabilização conjunta do Estado, diante da sua falha em prover garantias mínimas a seus cidadãos. O primeiro componente, entretanto, não pode ser aplicado a crianças e adolescentes, diante da escolha por um sistema biológico, já explicado anteriormente.

Porém, o segundo conceito inerente a *coculpabilidade*, qual seja, a responsabilização parcial do Estado no ato criminoso, pode ser amplamente aplicado aos adolescentes em conflito com a lei dentro da lógica de um direito penal juvenil. Referida aplicabilidade, que aqui caracterizamos de mitigada, por utilizar somente de um dos componentes chaves

do conceito de coculpabilidade, possui inclusive previsão constitucional. Conforme artigo 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”.¹

Ou seja, a própria Constituição determina expressamente que é dever do Estado a garantia de direitos mínimos aos adolescentes. Não seria absurdo, então, responsabilizar solidariamente esse mesmo Estado quando do cometimento de ato infracional por um adolescente, diante do total falta de garantia deles. Por conta disso, verifica-se a aplicabilidade da coculpabilidade aos adolescentes em conflito com a lei uma vez que a Constituição Federal atribuiu a criança e ao adolescente tratamento diferenciado no que tange aos seus direitos e garantias individuais, bem como a forma de atingi-los. O Estado quando leva em consideração o tratamento a que deve ser dado para a criança e ao adolescente possui maior proteção no que se refere aos seus direitos e garantias constitucionais. Não é à toa que surge, a partir disso, a noção de proteção integral da criança e do adolescente, consubstanciado no ECA.

Por meio dessa noção de proteção integral da criança e ao adolescente, tem-se que com o cometimento de ato infracional o Estado falhou na persecução de seu fim de efetivação dos direitos e garantias. Quando a criança ou adolescente praticam infração análoga ao crime, verifica-se a falha estatal em promover os direitos e garantias fundamentais ao qual prometeu quando da criação de sua Constituição. Nesse sentido, vislumbra-se que a aplicação da coculpabilidade se apresenta interessante nesse setor, tendo em vista que a criança e adolescente em conflito com a lei necessitam de melhor proteção, dada a sua formação subjetiva ainda em estágios de formação. Uma formação subjetiva em constante contato com o sistema de justiça criminal pode ter consequências ruins a formação das crianças e adolescentes (DAVIS, 2017). Isso verifica-se sempre quando das aparições das crianças e adolescentes ao contato com o sistema de justiça criminal. Quanto menor a interferência dos aparatos policiais e judiciais na vida dessas crianças e adolescentes, melhor se terá uma formação subjetiva relativa à psique do indivíduo quanto a formação

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

objetiva, livre de enfrentamentos rotineiros do aparato policial (DAVIS, 2017). Diga-se, quanto menos intervenções dos aparatos de justiça criminal na vida da criança e do adolescente, melhor será o desenvolvimento deles, tendo em vista que a violência inerente ao Estado viola e deforma a subjetividade de pessoas, ainda mais em se tratando daquelas em formação.

Concluindo-se pela aplicabilidade, mesmo de maneira mitigada, do instituto da coculpabilidade aos adolescentes em conflito com a lei, a questão que permanece é sua utilidade prática e possíveis efeitos na realidade dos referidos adolescentes. Primeiramente, é importante ressaltar que o ECA possui previsões que não a medida de internação, apesar de pouco utilizadas, conforme números estatísticos já destacados anteriormente. Em seu art. 112, o ECA prevê diversas medidas a serem aplicadas, como prestação de serviço à comunidade e advertência.¹ Com a aplicabilidade mitigada da coculpabilidade, poder-se-ia argumentar que a punição menos gravosa, diante da falha do Estado em garantir o mínimo existencial ao adolescente em conflito com a lei, deveria ocorrer de maneira obrigatória, seguindo a ordem do art. 112, sendo a medida de internação a medida última, seja qual caso for. Ademais, também é possível argumentar que, sendo o tráfico de drogas o principal crime que hoje recai sobre os adolescentes em conflito com a lei, e considerando que o objetivo do referido crime é o ganho econômico através da venda das drogas, e por se tratar de um crime sem violência, mesmo em casos reiterados, a internação do adolescente deve ser considerada completamente ineficaz, pois caberia ao Estado prover o adolescente com o mínimo material, para que não existisse a necessidade de se obter proveitos através de meios ilícitos.

Finalmente, utilizando-se um instituto tipicamente penal, poder-se-ia também utilizar outros benefícios e direitos inerentes aos adultos aos adolescentes em conflito com a lei. Nesse momento, importante a lição de Salo de Carvalho, quando das consequências jurídicas na adoção de um Direito Penal Juvenil, afirmando que

‘passa-se a dotar estes sujeitos (adolescentes autores de ato infracional) de garantias fundamentais e em assegurar a esses jovens todos os direitos individuais que conformam o sistema jurídico-penal de garanti dos adultos que praticaram delitos: garantias relativas aos requisitos legais de imputação do ato ilícito (ato infracional); à efetivação do devido processo legal (processo infracional);

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

à aplicação e a execução de sanções (medidas socioeducativas); e aos critérios de aplicação de sanções disciplinares durante a execução de medidas socioeducativas)' (CARVALHO, 2012 p. 463)

Complementando a visão supracitada, informa Hamilton Gonçalves Ferraz que

'Entretanto, em razão da especial proteção conferida à infância e juventude pela normativa internacional, constitucional e legal pertinente, assegurar aos adolescentes autores de ato infracional as garantias fundamentais que já devem ser asseguradas aos adultos é insuficiente. Deve-se tomar estas garantias com uma espécie de "pisso" para enriquecê-las a partir da doutrina da proteção integral.' (FERRAZ, 2017, p. 58)

E nesse sentido, remetemos, a título de exemplo, a um direito há muito já atribuído aos adolescentes em conflito com a lei pelos tribunais internacionais, mas não aplicado no Brasil que é o direito a audiência de custódia. No Brasil, esta teve seu início em 2015, através da Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, contudo, não previu sua aplicabilidade aos adolescentes, sendo recentemente incorporada ao Código de Processo Penal, no art. 287, pelo chamado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019).

Entretanto, conforme dito acima, que o direito a audiência de custódia aos adolescentes há muito foi previsto nas diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O principal caso a ser citado é o *Caso dos Meninos de Rua (Villagrán Morales e Outros) vs. Guatemala*.² De maneira sucinta, referido caso

"se relaciona com a denúncia apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o sequestro seguido de tortura e assassinato de cinco jovens, dentro os quais Villagrán Morales. Os fatos não foram investigados adequadamente pelo Estado demandado, que tampouco garantiu o direito de acesso à justiça" (PAIVA, HEEMANN, 2020, p. 79).

Ainda, "estabeleceu a Corte Interamericana que o Estado descumpriu com seu dever de investigar e punir os responsáveis pela violação de direitos humanos, determinando, então, que realizasse uma investigação real e efetiva" (idem, ibidem).

Nos comentários da referida decisão, os autores Caio Paiva e Thimotie Aragon destacam que "os demais jovens assassinados foram presos sem ordem judicial ou situação de flagrância e não foram conduzidos sem demora à presença de uma autoridade judicial,

² Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

conforme determina o art. 7.5 da CADH” (idem, p. 80). Ademais, “a Corte obviamente reprovou esse comportamento da Guatemala, advertindo sobre o descumprimento da – assim chamada no Brasil – audiência de custódia” (idem, ibidem). Por fim, concluem os autores que “a audiência de custódia deve ser aplicada na apreensão de adolescentes infratores ou em conflito com a lei, quando a sua realização deverá ocorrer em prazo ainda mais rápido” (idem, ibidem).

Em resumo, é a visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que seja aplicada à adolescentes em conflito com a lei o direito a audiência de custódia, ou seja, um direito que, no Brasil, é garantido somente aos réus do chamado processo penal clássico ou da justiça criminal adulta, demonstrando que, ao menos internacionalmente, na nossa região, se falar em Direito Penal Juvenil não é nenhum absurdo. Por conta disso, há que se buscar necessariamente pela responsabilização a título de coculpabilidade do Estado pela falha a que se tem em proporcionar aos adolescentes em conflito com a lei condições de vida aptas a viver. E, quando se trata de sistema de justiça criminal, retirar cada vez mais esse aparato da vida destes jovens, a fim de que possam sem desenvolver sem qualquer mecanismo estatal capaz de influenciar na formação de sua subjetividade.

CONCLUSÕES

Conforme exposto alhures, o punitivismo tipicamente relacionado ao sistema penal adulto já se encontra enraizado no sistema relacionado aos adolescentes em conflito com a lei há décadas. Seja em razão de uma dificuldade de solidificação de um novo sistema mais protetivo, seja em razão dos mesmos atores da persecução penal serem aqueles que, muitas vezes, aplicam tanto a lógica da sistemática penal clássica, concomitante com a sistemática supostamente mais protetiva do ECA, fato é que, desde os anos 60, ou seja, antes da sistemática do ECA, e depois de sua implementação, a internação dos adolescentes em conflito com a lei é regra.

Na primeira seção, foram expostos os conceitos clássicos de culpabilidade e coculpabilidade, a partir da lente do direito penal clássico. Após, fora abordado, na segunda seção, as diferentes visões acerca do termo “Justiça Penal Juvenil”: de um lado, temos aqueles que o defendem, sob a premissa de utilização dos princípios e benefícios do direito penal clássico; de maneira oposta, aqueles que são contra a utilização do referido

conceito, o fazem de maneira primordialmente principiológica, sob a premissa de não se querer levar um arcabouço supostamente punitivista a justiça juvenil.

Entretanto, ao se analisar os dados atuais, e mesmo os pretéritos, verificou-se que referida lógica punitivista já faz parte do dia a dia da Justiça Juvenil, sendo incongruente com a realidade uma não aplicabilidade dos preceitos mais protetivos do sistema penal clássico a justiça juvenil, podendo-se, portanto, falar em justiça penal juvenil.

Sob essa premissa, verificamos a possível aplicabilidade do instituto da coculpabilidade na justiça penal juvenil, de maneira mitigada. Isso ocorre pois, conforme explicado na primeira seção, os conceitos essenciais da coculpabilidade não podem todos serem aplicados aos adolescentes em conflito com a lei, em decorrência do critério biológico adotado pelo código penal. Contudo, a segunda parte do conceito da coculpabilidade, no que se refere a responsabilização parcial do Estado em sua falha de garantir o mínimo existencial aos adolescentes em conflito com a lei, não só podem, como devem ser aplicados, vista clara previsão constitucional. Daí, a aplicabilidade de maneira mitigada da coculpabilidade.

Aberta a possibilidade de aplicabilidade de um instituto tipicamente penal a justiça juvenil, além das vantagens inerentes ao próprio instituto, outras defesas de direitos e garantias aos adolescentes em conflito com a lei podem ser utilizadas, como o direito a audiência de custódia. Dito isso, ao se garantir os direitos e garantias tipicamente penais aos adolescentes em conflito com a lei, além daqueles previstos na legislação juvenil, criam-se novos argumentos capazes de prevenir e até mesmo reverter o crítico quadro de internações em excesso no país, talvez, finalmente, fazendo valer o caráter mais protetivo que a legislação juvenil tanto prometeu em sua criação.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro. v. I*. Rio de Janeiro: Revan. 2013

_____. *Direito penal brasileiro. v. II*. tomo II. Rio de Janeiro: Revan. 2017

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro/Vara Malaguti Batista. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão, outubro de 2016.

CARVALHO, Salo de, WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. *Revista Discursos Sediosos*, Rio de Janeiro, Ano 17, números 19/20, 1º e 2º semestres de 2012.

DAVIS, Angela J. *Policing the black man: arrest, prosecution, and imprisonment*. New York: Vintage. 2017.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no Direito Penal juvenil*. – Belo Horizonte: Editora D'Plácio, 2017.

PAIVA, Caio. HEMMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito penal juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva*. Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 9, n. 12, 2003.

ROCHA, Renato Gomes de Araújo. *Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2016.

RODRIGUES, Ellen. *A justiça juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da, LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I, 2. ed. Trad. De Diego-Manuel Luzon Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral*. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2ª Ed, rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito penal juvenil e a responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?: o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Apresentação oral

**ROUBO E MOTIVAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE OS ADOLESCENTES
EM CONFLITO COM A LEI**

*THEFT AND MOTIVATION: A STUDY ON ADOLESCENTS IN CONFLICT
WITH THE LAW*

Luciana Souza Borges Herkenhoff

Doutora em Psicologia pela UFES – Universidade Federal do Espírito Santo; Professora
e pesquisadora da UVV – Universidade de Vila Velha.

E-mail: luciana.borges@uvv.br

Natália Vieiras Dalla Bernardina

Mestre em Segurança Pública pela UVV – Universidade de Vila Velha. Especialista em
Direito Tributário. Servidora Pública.

E-mail: nataliavieirasdb@gmail.com

Resumo: A temática da violência juvenil está presente entre as maiores preocupações da sociedade brasileira na contemporaneidade. A fim de desenvolver melhor o tema, objetivou-se em linhas gerais, com o presente estudo, analisar e investigar os motivos pelos quais um adolescente comete o ato infracional análogo ao crime de roubo. Para tanto, foram entrevistados, individualmente, 20 adolescentes voluntários do sexo masculino, já condenados pela prática do referido ato. O trabalho também buscou tratar sobre o perfil do adolescente que faz parte do sistema socioeducativo de privação ou restrição de liberdade, com considerações acerca da violência e da construção da moralidade no período da adolescência, tendo como referência autores como Piaget e Yves La Taille. A pesquisa foi realizada dentro do Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo – IASES – na Unidade de Internação Norte, durante os meses de outubro e novembro de 2019. Os resultados mostraram uma predominância de adolescentes que cometeram o ato infracional análogo ao roubo por desejos consumistas e não somente por questões de necessidade financeira. A pesquisa também demonstrou uma construção moral rasa, com uma presença marcante da fase da heteronomia. Por fim, observou-se que as medidas socioeducativas aplicadas pelo IASES cumpriram sua função socioeducativa, uma vez que

a grande maioria dos adolescentes demonstraram que, uma das razões para não voltarem a cometer novos delitos é o temor a uma nova internação.

Palavras-chave: Violência; Roubo; Motivação; Moralidade; Criança e Adolescente.

Abstract: The theme of youth violence is present among the greatest concerns of Brazilian society today. In order to further develop the theme, the aim was to outline and analyze and investigate the reasons why an adolescent commits an offense analogous to the crime of theft. To this end, 21 male volunteer adolescents were interviewed individually, already convicted for the practice of the referred act. The work also sought to address the profile of the adolescent who is part of the socio-educational system of deprivation or restriction of freedom, with considerations about violence and the construction of morality in the period of adolescence, having as reference authors such as Piaget and Yves La Taille. The research was carried out within the Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo – IASES – in the North Inpatient Unit, during the months of October and November 2019. The results showed a predominance of adolescents who committed the offense analogous to theft by consummate desires and not just for reasons of financial need. The re-search also demonstrated a shallow moral construction, with a marked presence of heteronomy. Finally, it was observed that the socio-educational measures applied by IASES fulfilled their repressive function, since the vast majority of adolescents demonstrated that one of the reasons for not committing new crimes is the fear of a new retreat.

Keywords: Violence; Theft; Motivation; Morality; Child and teenager.

Sumário: Introdução. 1. Sobre a criança e o adolescente. 1.1. As medidas socioeducativas e o instituto de atendimento socioeducativo do Espírito Santo. 2 O roubo. 3 Da moral e da motivação. 4. Da pesquisa de campo. 5. Dos Resultados e Discussão. Conclusões. Referências

INTRODUÇÃO

A associação entre violência urbana e juventude tem tido grande relevância nos meios de comunicação, nos objetos de estudos das instituições de pesquisas e no que diz respeito à segurança pública no Estado Brasileiro. Os jovens são vistos tanto quanto autores

de violência, que muito se confunde com a criminalidade, quanto vítimas vulneráveis dessa violência (CAMPOS, 1994).

O fenômeno social da violência é complexo e “suscita representações” (GUIMARÃES, CAMPOS, 2007, p.188) pois cada grupo social confere a cada conduta humana um valor simbólico que serve como um guia de referências, as quais são consideradas violentadas ou não, a depender desse sistema de representações e como ele influenciará a sociedade em que está inserido.

O controle da violência tem sido a principal pauta dos assuntos políticos no Brasil, mas é preciso esclarecer que ela não possui apenas uma causa. Alba Zaluar (1999) expõe uma dessas possíveis causas quando defende que nosso país foi formado por um conjunto de princípios individualistas, o que Velho (2000) chama de heteronomia, como sendo todos parte de um sistema capitalista o qual enxerga o indivíduo como um bem a ser consumido (e a violência funciona como um meio para o consumo). Dessa forma, quem não se enquadra nesses conceitos, ou quem não produz ou consome é visto como marginal – literalmente, é posto à margem dos processos de interação social – e são os adolescentes quem mais sofrem com essa cultura social.

Sendo assim, na primeira parte deste trabalho, buscamos estabelecer algumas referências sobre o significado de adolescência, a sua perspectiva psicológica e legal, lembrando que esse termo é recente na literatura, entendido como uma criação da modernidade, a adolescência é compreendida como uma fase de extrema influência do mundo exterior nas escolhas e formações dos seres.

Nos tópicos seguintes, descrevemos o sistema socioeducativo, as medidas a serem adotadas quando os adolescentes cometem algum ato infracional e alguns aspectos da instituição responsável execução dessas medidas no estado do Espírito Santo. Foram apresentados alguns dados sobre os adolescentes em conflito com a lei, atendidos por essa Instituição, e feitas algumas considerações sobre o crime de roubo.

Posteriormente, tratamos da violência e a sua relação com as regras de convivência e influência social, trazendo algumas considerações sobre a perspectiva moral do adolescente que comete o ato infracional análogo ao roubo utilizando os estudos que Piaget e de Yves La Taille realizaram sobre o tema.

Diante das considerações feitas, constamos também, no presente trabalho, o resultado de 21 entrevistas sobre o tema, realizada com adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação, na cidade de Linhares/ES, que praticaram o ato infracional análogo ao crime de roubo. As respostas obtidas permitiram identificar, nessa amostra, a motivação para essa atitude delituosa e características em comum desses adolescentes, o que permitirá a adoção de medidas táticas, estratégicas, eficientes, eficazes e, principalmente, efetivas no combate e prevenção do crime e da violência.

1. SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Segundo Coutinho (2005) a concepção de adolescência manifesta-se na cultura ocidental em uma conjuntura de consolidação do individualismo, incentivado pela Revolução Francesa do século XVIII, em que, socioculturalmente, cada indivíduo é responsável por suas próprias escolhas e por encontrar o seu próprio lugar social. Entretanto, o termo *adolescência* só prosperou após a Segunda Guerra Mundial, razão pela qual há pesquisadores que entendem que o início dessa discussão tenha se dado apenas em meados do século XX. Enquanto construção da modernidade, a fase da adolescência baseia-se no anseio de liberdade, “portanto, a idealização da adolescência é bastante compatível com a ascensão da cultura do consumo e do liberalismo” (COUTINHO, 2005, p.18).

Inicialmente entendida como uma fase de transição, a adolescência não era vista em si própria como um objetivo concreto, pois era compreendida como o desenlace da infância e os primeiros passos para uma vida adulta. Entretanto, a partir das décadas de 60 e 70, com a adoção do consumismo como modo de vida, os integrantes dessa etapa, passaram a ser notados socialmente devido ao seu poder de consumo, e de ditar tendências (ROCHA e GARCIA, 2008)

Campos (1994, p.15) expõe a “mística da adolescência” estudada a fundo por Adelson em seu trabalho *The Mystique of Adolescence* de 1964, o qual estabelece duas imagens caricaturadas para os adolescentes, a primeira retrata o adolescente como uma “vítima-visionária” (p. 16), ou seja, alguém sofredor, moralmente puro, mas explorado e esquecido pelo contexto adulto da sociedade, sendo vítima de todo um sistema corrupto, a outra imagem para o adolescente, trazida pelo estudioso é o de “causador-de-vítimas” (p.16), com traços de amoralidade, crueldade, que faz víti-mas de suas atitudes. Segundo

Campos (1994, p. 16) nesta última imagem o ado-lescente é um “delinquente, cujos deslizes são verificados na massa popular”.

Parte dos estudiosos da psicologia entende a adolescência como um fenômeno psicossociológico, ou seja, é uma fase que compreende uma construção de autoimagens, depois de um processo de modificações físicas, assim como uma etapa em que há intensas contribuições da sociedade na constituição subjetiva do ser. (BORGES, 2011)

Para Silva e Botelho (2016), essa condição de ser adolescente, mesmo com a possibilidade de sua visibilidade comercial (possibilidade de serem consumidores), coaduna com a ideia de delinquentes de Campos, uma vez que a sociedade os constrói com uma “ideia de transgressão” (SILVA e BOTELHO, p. 302), proporcionando mais a segregação social dos adolescentes do que a sua inclusão. Essa habitualidade excludente impulsiona-os a se posicionarem às margens das políticas sociais.

O sistema Brasileiro de justiça juvenil, orientado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que o menor de 18 anos é inimputável para a prática de crimes, mas é capaz de praticar atos infracionais, os quais serão punidos a partir de um “controle judicial baseado na responsabilização socioeducativa de pessoas entre 12 e 18 anos incompletos” (SILVA e BOTELHO p. 307). Especificamente em relação ao adolescente essas medidas considerarão a capacidade do menor infrator de cumpri-las, as circunstâncias e a gravidade da infração.

1.2 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E O INSTITUTO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO DO ESPÍRITO SANTO

As medidas socioeducativas estão previstas no artigo 112 da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, elas são sanções aplicadas aos adolescentes levando em consideração o fato de serem pessoas em processo de desenvolvimento. Bandeira (2006, p. 135) as chama de “sanções pedagógicas”, pois devem ser norteadas por um entendimento de completude, para que atinjam todo o ambiente do adolescente, ou seja, que de algum modo alcancem sua família, escola e meio social, “enfim, a medida socioeducativa deve procurar tratar o problema de forma transindividual”(p. 136)

Essas medida, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, se subdividem em seis tipos e podem cumular-se entre si, são elas: i) Advertência, que possui o objetivo de

noticiar aos responsáveis do adolescente sobre os perigos da prática de uma ato infracional, podendo ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios de autoria do ato infracional ii) Reparação de danos: possui o propósito de compensar os reflexos do ato infracional de maneira patrimonial, a fim de ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima. Para que não se deixe de aplicar o caráter educativo da medida, dá-se prioridade para que o próprio adolescente arque com a indenização.

iii) Prestação de serviço comunitário: compreende a prática de tarefas gratuitas, por intervalo de tempo inferior ou igual a 6 meses, a ser cumprido em estabelecimentos assistenciais, como escolas e hospitais, iv) Liberdade Assistida: a referida medida tem o objetivo de manter o adolescente na sua família de origem com acompanhamento da autoridade judiciária a fim de evitar a reincidência, v) Semiliberdade: a mesma pode ser imposta por uma decisão inicial de maneira fundamentada, tendo em vista ser uma medida excepcional por restringir a liberdade. A semiliberdade deve ser aplicada em estabelecimentos adequados à condição peculiar do adolescente. vi) Internação: é uma medida de privação de liberdade que pode se dividir em provisória ou não.

A internação provisória: compreende um período não superior a 45 dias, é realizada em local especial sem qualquer proximidade com adultos, já a internação propriamente dita é decretada judicialmente e por tempo indeterminado, mas possui duração máxima de 3 anos ou até o adolescente completar 21 anos.

Dessa forma, observa-se, portanto, um caráter punitivo, mas também educativo das medidas socioeducativas, as quais buscam uma reinserção familiar, social e comunitária do adolescente (SILVA e OLIVEIRA, 2016).

Para Volpi (2013) as medidas socioeducativas, dentro do âmbito da segurança pública, possuem a missão de impedir a continuidade de uma trajetória delituosa precoce, estabelecendo uma relação de “política pública de segurança cidadã” (p. 46). O autor ressalta a importância das instituições responsáveis pela aplicação das medidas socioeducativas na vida e na recuperação de um adolescente envolvido em conflitos com a lei, pois são elas que traçam novos contornos¹ na vida dos jovens atendidos pelo sistema.

No estado do Espírito Santo, “o órgão gestor e executor da política pública socioeducativa” (ESPÍRITO SANTO, 2014, p. 9) é o Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo – IASES, que passou por uma reestruturação em 2005,

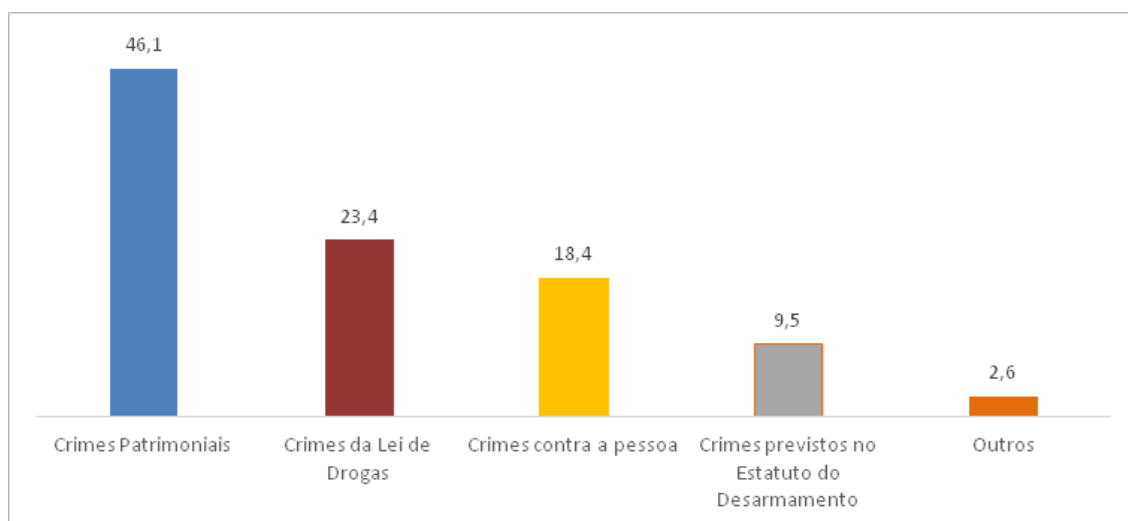
¹ Segundo o autor, as instituições responsáveis pela aplicação das medidas socioeducativas apresentam aos jovens novos conceitos de relações sociais, valores sociais e de dinâmica social. VOLPI, 2013.

conforme Lei Complementar 314/2005, e hoje, faz o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei por meio de programas e metodologias específicas orientadas pelas diretrizes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) (IASSES, 2019a).

Em 1º de novembro de 2019, época em que a pesquisa foi realizada, o IASSES possuía, ao todo, 766 adolescentes tutelados² em suas unidades, sendo que 84,1% deles se encontravam no programa de internação e a idade com maior incidência dos jovens atendidos pela instituição era de 17 anos, com 29,8% do total de adolescentes que, em sua maioria, 98%, são do sexo masculino (IASSES, 2019a).

Outro dado importante demonstrado pelo Observatório Digital é o ranking de atos infracionais mais cometidos pelos adolescentes atendidos pelo sistema socioeducativo do ES. O painel mostra que 46,1% do total de adolescentes atendidos estão envolvidos com o cometimento de atos infracionais análogos aos crimes contra o patrimônio,³ em seguida, com 23,4% estão os atos infracionais análogos aos crimes da lei de drogas (IASSES, 2019a).

Gráfico 01 -



²

³ Os crimes patrimoniais são assim classificados pelo Código Penal Brasileiro e são encontrados no Título II do mesmo diploma legal, trazendo alguns deles como exemplo são: o furto, o roubo, a extorsão, o dano e o estelionato. BRASIL, 1940.

Corroborando com os dados recentes do Observatório Digital mantido pelo IASES em seu site institucional, o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAEL), vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trouxe, em 2016, o total de guias expedidas por atos infracionais cometidos por adolescentes no mês de novembro do mencionado ano, o número foi de 182.420 guias expedidas, das quais 59.169 (32,4%) se deram pelo ato infracional de tráfico de drogas e condutas afins, enquanto o ato infracional análogo ao crime de roubo totalizou 75.123 guias, aproximadamente 41% do total de guias expedidas durante o referido ano. (BRASIL, 2016).

Das informações apresentadas pelo IASES e pelo CNAEL, observa-se que o crime de roubo possui destaque dentre os crimes/atos infracionais cometidos por adolescentes.

2. DO ROUBO

O delito de roubo⁴ se caracteriza como um crime patrimonial, previsto na modalidade dolosa, que consiste na ação de “subtrair coisa alheia móvel” (MIRABETE, 2014, p. 221). Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de roubo, ou seja, ser o praticante do ato.

Segundo Mirabete (2014) no delito de roubo o agente utiliza a violência, a grave ameaça ou qualquer outro meio que diminua a oportunidade de resistência da vítima, para a subtração do bem patrimonial. O autor esclarece ainda que essa violência pode ser empregada antes, durante ou depois da subtração do bem. Por isso, não se aplica o princípio da bagatela⁵ ao delito, uma vez que os bens jurídicos tutelados, como a integridade física e a tranquilidade psíquica, são considerados de grande importância para o legislador.

⁴ Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando um adolescente pratica uma conduta descrita pelo Código Penal ou pela Lei de Contravenções penais, tal conduta chama-se de ato infracional. BRASIL, 1990. Neste subcapítulo tratamos da palavra crime pois é como o Código Penal Brasileiro o conceitua.

⁵ Prado, 2010, também o chama de Princípio da Insignificância, o qual possui uma conceituação extremamente fluida. O Princípio é utilizado no direito penal como fundamento para afastar a tipicidade material do delito, considerando o grau de lesividade ao bem jurídico tutelado. O autor coloca ainda outros requisitos para a aplicação do princípio no caso concreto, como: “valoração socioeconômica da sociedade, culpabilidade, personalidade, conduta social e antecedentes do agente”, pois a Insignificância encontra limites no Princípio da Segurança Jurídica. p. 158.

Nucci (2018) leciona que o delito de roubo se caracteriza como um crime complexo, justamente pelo fato de a sua prática atingir mais de um bem jurídico, o patrimônio e a integridade física e/ou psíquica, explicando que a violência utilizada é apenas um meio para atingir o patrimônio da vítima.

Ressalta-se que a lei penal descreve um comportamento criminoso levando em consideração a vontade do agente praticante do fato em realizá-lo ou não. A lei não analisa juízo de valor moral, pois a finalidade do Direito Penal é coibir e punir condutas consideradas criminosas.

Para a visão sociológica, entender o crime como um desvio implica em abranger mais variáveis no processo de estudo da prática de um delito, como por exemplo, o estudo sócio-histórico da produção social, as interações e os mecanismos de controle social, “Ou seja, uma abordagem sociológica do crime deve ultrapassar a visão estritamente jurídica, devendo ser abordada como uma construção social que nunca deixará de estar associada à lei e ao controle social formal e informal.” (MACHADO, 2008, p. 38)

Portanto, compreende-se que praticar um crime ou um ato infracional é uma conduta desviante e que segundo Formiga e Gouveia (2005), também pode ser entendida como uma “conduta anti-social” (p. 139), caracterizada como “a não conscientização das normas que devem ser respeitadas”.

A criminalidade assim como a violência se relacionam com as regras de convivência social, uma vez que em cada cultura há um conjunto de valores morais que não necessariamente são semelhantes aos de outras, o que dificulta a compreensão de uma moral única, ou uma regra de convivência única como a lei por exemplo (ZALUAR, 1999).

3. DA MORAL E DA MOTIVAÇÃO

Primeiramente vale esclarecer, de forma simples uma noção inicial sobre moral. Segundo La Taille (2010a) a moral é um sentimento de obrigatoriedade, de dever, que não necessariamente corresponde sempre a uma exigibilidade social. Vazquez (1985) entende moral como uma forma de comportamento do ser humano frente a determinadas questões, as quais são guiadas por um conjunto de normas que orientam o que se deve fazer.

La Taille (2010a) estabelece que a observância às regras, tidas como obrigatórias, pode decorrer de um imperativo categórico, aquele em que a obrigatoriedade da observância da norma é uma exigência pessoal, do próprio indivíduo, ou também pode derivar de uma exigência social, de modo que, em geral, as regras que se relacionam com a justiça, como aquelas que estabelecem crimes/conduitas proibidas, são socialmente exigidas, ao passo que os comportamentos benevolentes possuem a obrigatoriedade individual.

Piaget (2017) afirma que a moral pode ser construída pela coerção ou pela autonomia/cooperação, esta última composta por três fases, a anomia, a heteronomia e a autonomia propriamente dita. Piaget acredita que a autonomia é construída através de experiências e interações sociais, pois é a partir delas que se adquirem noções de justiça e respeito.

O autor entende que o ser humano passa por um processo de evolução e construção da moral, sendo necessário passar pelas três fases (anomia, heteronomia e autonomia, nessa ordem) para se alcançar a consciência moral.

De Araújo (1996, p. 106) explica que, segundo o processo psicogenético de evolução adotado por Piaget, ele estabelece fases para o desenvolvimento da moral no ser humano, que começa desde a infância. Piaget (2017) entende que a criança quando nasce encontra-se na fase de anomia, a qual vive em uma condição de egocentrismo, sem conhecimento das regras de convivência social e sem a percepção do outro. Com o seu crescimento e interação com o mundo ao seu redor, principalmente a família, unidade social mais próxima da criança, ela começa a perceber a existência de normas de convívio comunitário adentrando na segunda etapa proposta pelo autor, a heteronômia, na qual a criança, age de acordo com o que lhe é passado, ou seja, é o momento em que ocorre a moral pela coação, pois é quando há uma obediência às regras que são impostas às crianças, como por exemplo, as regras ditas por um professor, pelos pais, ou até mesmo por outras pessoas mais velhas.

É na fase da adolescência, em geral, que se inicia a etapa da autonomia. É quando o indivíduo passa a ter consciência, aceitar a norma não mais pela coação, mas sim pela “cooperação” (PIAGET, 2017, p. 11), pois há um respeito mútuo entre quem transmite

a regra e quem a recebe. Ao contrário das crianças, os adolescentes conseguem elaborar reflexões futuras⁶ sobre suas atitudes e escolhas.

De forma mais clara, Freitas (2002) estabelece para a heteronomia de Piaget, a característica do respeito unilateral, tendo em vista que as regras são providas por outras pessoas (pais, mães, professores...) que não são os autores do próprio fato, assim é o processo denominado de coação. Há uma obediência hierarquizada, com o cumprimento das obrigações impostas pelo receio da sanção decorrente da não obediência.

Já a cooperação, processo pelo qual se pode alcançar a fase da autonomia, segundo Piaget (1977, p. 225-226) é “toda relação social na qual não intervêm nenhum elemento de autoridade ou de prestígio”, existindo um respeito recíproco entre os sujeitos que elaborarão a norma moral. Há uma participação na construção da norma, possibilitando a consciência moral.

Segundo La Taille, a violência pode ser legitimada pela moral, como por exemplo “certos atos educativos podem ser descritos como atos de violência, mas legítimos, enquanto uma humilhação, também forma de violência, não goza de tal legitimidade” (LA TAILLE, 2009, p. 332). Por isso essa relação tão próxima entre moral e violência discutida no presente trabalho.

Uma vez que a adolescência é a fase em que o indivíduo começa a se questionar sobre o seu próprio projeto de vida, ele vê na violência, legitimada pela moral, um instrumento para alcançar seus objetivos. Entretanto, quando o referido questionamento é feito, não é mais no plano moral que ele se responde, mas sim no plano da ética. Conforme La Taille (2009, p. 332) é na pergunta: “que vida eu quero viver?” que se origina o plano ético e por isso há uma ligação forte entre moral, ética e violência, uma vez que ética e moral são indissociáveis. Portanto, o autor propõe que a moral se relaciona com a legitimação ou não da violência e o plano ético confere à violência o modo pelo qual se atinge objetivos de vida.

Entretanto, é curioso saber que, o mesmo, autor, compreende que a realização de uma conduta violenta não implica diretamente em considerar que o agressor não

⁶ Para Piaget, 2017, o adolescente elabora teorias e reflete sobre seu próprio pensamento, ou seja, ele traz a reflexão como um processo de adiantamento da interpretação de uma experiência.

possui juízo moral, mas sim, o que existe é a falta de elementos que proporcionam esse conhecimento. O problema está nos fundamentos que constroem a moral, seja ela em qualquer das três fases elencadas por Piaget, na anomia, heteronomia e principalmente na autonomia.

O que leva um adolescente a cometer um ato infracional, como o roubo por exemplo, não se reduz a apenas a uma causa, ou na ausência de moral, mas sim a um conjunto de fatores que permeiam e influenciam a construção do que será/é a sua moral e também a sua ética, esta última quando pensamos no plano individual de vida. A intensão de se praticar uma conduta violenta advém de (e provoca no adolescente) sentimentos como o consumismo, a vergonha, a indignação, a simpatia, o medo e o amor.

É importante lembrarmos que a adolescência se caracteriza como uma etapa de decisões, em que o indivíduo se concentra em seus planos para o futuro, para a sua perspectiva de vida, pois é o momento em que se inicia a consciência reflexiva sobre si mesmo (PIAGET, 2017). O “eu” segundo Noguchi e La Taille (2008, p.18) é o agrupamento de representações que o ser faz de si mesmo, “o conjunto de representações de si é concebido como um sistema, no qual alguns valores são centrais”, para os autores, esses valores centrais, para serem mantidos continuamente, dependem de um desejo, de uma ação, e é isso que gera a força motivacional do indivíduo. Logo, o que motiva um ato violento são os valores centrais estabelecidos pelo próprio indivíduo.

O autor destaca que a violência é uma produção social, uma vez que possibilita ser um meio de estratégia social, para buscar o que se almeja dentro de um grupo permeado por regras morais próprias, como também, pode ser um fim em si mesma, ou seja a violência pode ser uma representação almejada, na medida em que sentimentos como paciência, empatia e a passividade são vistos como vulnerabilidades entre os adolescentes. O respeito imposto pela violência harmoniza com a busca pelo elemento do pertencimento a um grupo, motivando as condutas juvenis.

Outra representação que pode vir a possuir um valor central, para os adolescentes, é a visibilidade social, originada por um sistema capitalista e consumista. Segundo Conte (2007), “é possível dizer que o consumismo surge como meio de construção de identidades” (p. 97). O autor expõe que, atualmente, as pessoas são reconhecidas, por seus

semelhantes, de acordo com os objetos que exteriorizam, “como se estivessem reduzidos a uma embalagem” (p. 97).

A autora explica que a formação da identidade de uma pessoa sofre influências do meio social em que ela vive, de modo que a cultura do consumismo, adotado pela sociedade hoje, influencia a escolha das representações centrais que um indivíduo adota para si. Ideais como felicidade e conquista passaram a ter um novo significado, a felicidade como algo narcisístico, egoísta e individual e a conquista como apenas a ostentação e o prazer de ter para exibir.

Velho (1996) exemplifica esse motivo de representação central de visibilidade social, relatando assaltos realizados por adolescentes buscando ter roupas, joias, dinheiro, “objetos de desejo” (p. 7), revelando o deslumbramento dos jovens pelos bens de consumo desejáveis, e, a priori, intangíveis por meios legais ou pelo trabalho remunerado.

4. DA PESQUISA DE CAMPO

O estudo foi desenvolvido como uma pesquisa de campo, exploratória descritiva. As pesquisas exploratórias possuem como fim principal “o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições” (GIL, 2008, p. 41), visões aproximadas do fato, já as pesquisas descritivas se consubstanciam em registrar características do objeto de estudo, como o estudo da descrição de um grupo de pessoas por suas características de idade, sexo, nível de escolaridade etc.

Quanto à classificação do procedimento, a pesquisa se deu como um estudo de caso que possibilitou um “conhecimento amplo e detalhado” do objeto (GIL, 2008, p. 57). O estudo de caso possibilita estudar um evento dentro do seu próprio contexto.

Sendo assim, foram realizadas 20 entrevistas individuais com os adolescentes do sexo masculino em cumprimento de medida socioeducativa de internação na UNIS Norte, localizada em Linhares/ES.

A seleção dos adolescentes foi aleatória e voluntária, participando apenas os jovens que haviam praticado o ato infracional análogo ao roubo na sua forma consumada, podendo ser qualquer modalidade de roubo descrito no artigo 157 do Código Penal

Brasileiro, e cada adolescente respondeu às perguntas em relação a um ato infracional de roubo cometido.

Para uma melhor compreensão do universo do estudo, segundo o Observatório Digital da Socioeducação (IASSES, 2019b), em novembro de 2019 o Instituto Socioeducativo do Espírito Santo atendia 644 adolescentes em medida socioeducativa de internação, a Unidade de Internação Norte, local em que foi realizada a pesquisa, contava com 112 adolescentes internados, dos quais 42 estavam pela prática do ato infracional análogo ao crime de roubo.

5. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Das respostas obtidas na pesquisa, observou-se que as idades de 16 e 17 anos concentram 80%(16) dos adolescentes que cometeram ato infracional análogo ao crime de roubo. A referida idade apresentada pela pesquisa se harmoniza com outros estudos sobre o tema, como mostra Welter e Scortegagna (2015) em sua pesquisa com os internos do Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE) do Rio Grande do Sul estabelecendo que a idade média dos adolescentes que participaram da pesquisa foi de 17 anos, em consonância, também, com a pesquisa realizada por Priuli e Moraes (2007) que entrevistaram 48 adolescentes que cumpriam medida socioeducativa de internação na Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM-SP) em São José do Rio Preto, onde 35,4% dos adolescentes possuíam a faixa etária de 17 anos.

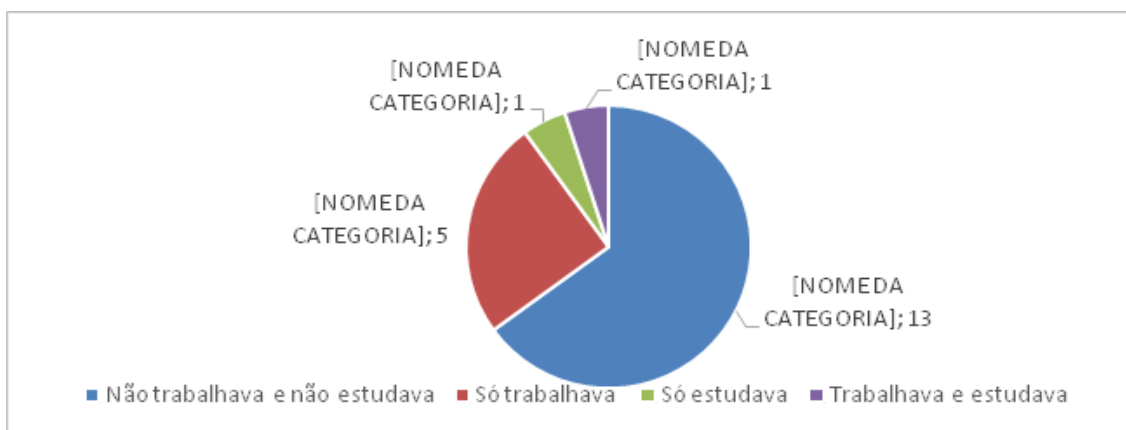
A pesquisa realizada em São Paulo também extraiu de seus dados que as idades de 16 e 17 anos apresentaram os maiores índices de consumo de drogas entre os adolescentes, estendendo-se o termo “droga” como sendo aquelas lícitas (álcool e tabaco) e ilícitas (maconha e crack).

O levantamento mostrou que os adolescentes, em sua maioria, eram usuários de um ou mais tipos de drogas, a começar pelo tabaco, a maconha, a bebida alcoólica e o crack. Esses altos índices de frequência se tornam mais preocupantes quando notamos que o início desse hábito remonta ao período da infância. Somados estes dados, obtivemos que, entre a maioria usuária, os amigos também faziam uso de algum tipo de substância ilícita. (Priuli e Moraes, 2006, p. 1.189/1.190)

Ainda sobre o tema, cabe destacar que segundo Neri et al (2015) em 2006 a faixa etária de 15 a 17 anos representou o intervalo etário com os maiores índices de evasão escolar, 17,8% dos jovens dessas idades estavam fora da escola e os motivos trazidos no estudo mencionado, são, em primeiro lugar, o desinteresse dos adolescentes por assuntos educacionais e, em segundo lugar, a necessidade de complementação de renda. Dessa forma, observa-se uma correlação entre as faixas etárias que apresenta os maiores índices de cometimento de atos infracionais pelos adolescentes e também a faixa etária com maior expressividade de evasão escolar.

Quanto a ocupação que os adolescentes tinham na época em que cometeram o ato infracional de roubo, os dados extraídos das entrevistas com os adolescentes do IASES, observou que 65%(13) dos participantes não trabalhavam e também não estudavam na época em que cometeram o ato infracional, vejamos no Gráfico 2:

Gráfico 2 – Ocupação



Alguns autores defendem que a escola funciona como um fator de prevenção das infrações juvenis. Assis e Constantino (2005, p.83) afirmam que “adolescentes em conflito com a lei tendem a ter poucos anos de estudo”.

Em uma pesquisa realizada com a instituição de socioeducação da cidade de São Carlos, no estado de São Paulo, constatou-se que dos 123 prontuários de atendimentos analisados, em 60,2% deles os adolescentes não frequentavam a escola, “Os participantes

apresentaram, no geral, baixa escolaridade, o que condiz com diversos estudos realizados no Brasil e no exterior” (GALLO E WILLIAMS, 2008, p. 51).

A semelhança dos dados apresentados nas entrevistas realizadas no IASES com os demonstrados pela pesquisa de São Carlos demonstra uma característica recorrente na população juvenil brasileira, a baixa escolaridade dos jovens e a desistência ou renúncia deles em entrar no mercado de trabalho, é o que Da Silva (2015) chama de “Geração à Deriva”. O referido autor, entende que a denominação “à Deriva” vem caracterizar uma geração de jovens que “nada fazem: não tomam iniciativa, não são proativos, desistem com facilidade” (DA SILVA, 2015, p.122).

Conforme descrevem Lemos, Santo Filho e Jorge (2005), existe uma relação direta, mas não imediata,⁷ entre o desemprego e a criminalidade. Segundo os autores, o indivíduo que não possui meios de se auto sustentar, sofre um desencantamento de seus desejos de consumo e, com isso, pode utilizar meios ilícitos e criminosos para satisfazer seus anseios.

Um dado curioso que foi apresentado pelos participantes e que ainda permeia o tema sobre a ação do crime, é sobre a escolha prévia da vítima. No panorama da questão, 18 (90%) dos entrevistados responderam que não escolheram previamente a sua vítima e a pergunta seguinte revelou que, desses 90% que não fizeram uma escolha prévia, 15 deles responderam que as vítimas foram determinadas pelo acaso e 3 pela facilidade da situação em que se encontravam.

Entretanto, quanto ao questionamento da escolha prévia do patrimônio a ser subtraído, 12 dos entrevistados responderam que definiram previamente o bem que iriam subtrair. Dessa forma, com os dados adquiridos nas entrevistas, observou-se que dentre os adolescentes participantes, a maioria selecionava antecipadamente o patrimônio que desejavam, ao passo que escolhiam qualquer vítima que estivesse com o bem almejado.

E que tipo de patrimônio foi roubado por você nesta ocasião?

Foi um carro, um HB20.

⁷ Os autores esclarecem que o indivíduo desempregado ou desprovido de meios para se auto sustentar, procura, primeiramente, uma outra oportunidade de se colocar no mercado de trabalho, ou socorre-se de suas economias, não se utilizando do crime como primeira opção de sustento. LEMOS, SANTOS FILHO E JORGE, 2005.

Houve uma escolha prévia desse tipo de patrimônio para ser roubado?

Sim, porque nós “estava” em guerra com “uns cara”, aí, precisava do carro pra poder ir embora. Eu planejei roubar um carro.

[...]

Houve uma escolha prévia dessa vítima?

Não

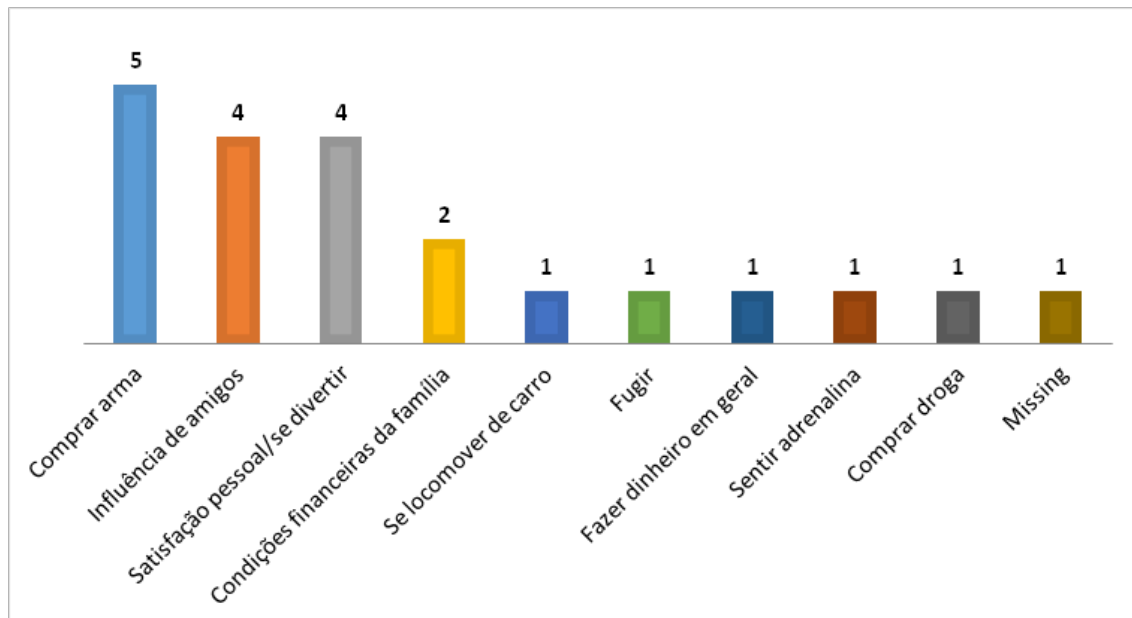
Por quê?

Porque eu planejei roubar o carro, aí, foi a que apareceu.

(Participante n. 05)

Sobre o panorama da pergunta que busca identificar qual o motivo, no passado, que os adolescentes entrevistados tiveram para praticar o ato infracional análogo ao roubo, identificou-se o que demonstra o Gráfico 3 – Motivo no passado.

Gráfico 3 – Motivo no passado⁸



⁸ Quanto o motivo “fugir”, trata-se de uma situação específica vivida pelo adolescente entrevistado, que precisou roubar um carro para fugir.

Depreende-se dos dados apresentados no gráfico 3 que 13 (62% – comprar arma, satisfação pessoa/se divertir, condições financeiras da família, fazer dinheiro em geral e comprar drogas) dos 20 adolescentes entrevistados responderam motivos que guardam relação com aspectos financeiros, envolvendo dinheiro.

Dentre os motivos para se cometer um ato infracional de roubo especificados pelos adolescentes o mais recorrente foi o objetivo de se ter uma arma, seguido pela influência dos amigos e da satisfação pessoal.

Segundo Zaluar (2012) ter uma arma de fogo representa uma superioridade perante os demais indivíduos da sociedade, que podem ser adultos ou adolescentes, de forma que, esses últimos, utilizam a arma, majoritariamente, como meio para impor sua vontade aos demais, uma vez que não possuem a hierarquia etária, ou seja, a vantagem da idade como meio de impor respeito .

Corroborando com a socióloga brasileira, Schelb (2005) afirma que os motivos para a utilização de armas (de fogo e brancas) podem ter diversas vertentes, mas quando associadas ao uso por adolescentes, em geral, são estabelecidas três justificativas: i) autoafirmação, ii) prática de atos infracionais e iii) defesa pessoal.

Na verdade, este é um fenômeno mundial: o acesso fácil a armas de fogo propiciou que desavenças entre adolescentes, que antes eram resolvidas no âmbito verbal ou no máximo com desforço físico, passassem a ser solucionadas com o uso de armas de fogo. Por outro lado, o acesso fácil a revólveres e pistolas automáticas resultou em um aumento extraordinário das ocorrências de roubo e latrocínio. (Schelb, 2005, p.52)

Diante das considerações feitas acima, vale a pena trazer alguns trechos das respostas obtidas nas entrevistas realizadas:

E qual seu motivo, naquela época, para praticar esse ato infracional?

Necessidade financeira, a gente ia vender o celular.

Para que você precisava do dinheiro?

Pra comprar arma.

Pra que você queria uma arma?

Pra se defender, tá muito violento.

(Participante n. 11)

E qual seu motivo, naquela época, para praticar esse ato infracional? Por que você roubou a loja?

Pra comprar um revólver.

Pra que você queria o revólver?

Pra matar meus inimigos.

Você fazia parte de algum grupo? Você cometeu o roubo sozinho?

Eu fazia parte de grupo, roubei com um parceiro.

(Participante n. 20)

Observa-se, com a fala do participante n. 20, outro motivo destacado pelos adolescentes, a “influência de amigos”, que segundo Smith (2005) possuem um papel importante tanto na iniciação quanto na manutenção dos comportamentos delinquentes dos pares, uma vez que os adolescentes são mais susceptíveis a avaliações e opiniões do seu grupo de amigos. (CARDOSO, et al, 2014). “Os amigos ocupam um lugar de destaque na vida social dos adolescentes” (FERREIRA, GARCIA, 2008, p. 294). Nessa fase a amizade apresenta-se de forma visceral, e intensa, há um pacto de proteção entre os amigos ou o grupo de amigos, “os adolescentes dão especial importância para o companheirismo como uma condição necessária ao seu bem-estar, e o comprometimento e a intimidade são expectativas sempre presentes. (TARDELLI, 2011, p.68).

Existem associações entre a influência que os vínculos de amizades de um adolescente podem ter sobre as suas atitudes, principalmente quando se trata de condutas criminosas e do consumo de álcool e drogas ilícitas, pois, “ter amigos que usam álcool ou drogas regularmente aumentou⁹ progressivamente a associação (observada pela razão de chance) para o uso de álcool, de tabaco, de ambos e de drogas ilícitas.”(CARDOSO, et al, 2014, p.71).

Outro motivo recorrente exposto pelo Gráfico 3 é a “satisfação pessoal”, entendida como a realização de vontades ligadas às características de uma sociedade consumista. Como pode-se depreender dos trechos abaixo:

Entendi, e o que vocês iam pegar no posto? o que queriam?

⁹ Pesquisa realizada com crianças e adolescentes de 10 a 18 anos, em 50 escolas públicas estaduais dos municípios de Jacareí e Diadema (SP) que responderam a um questionário com objetivo de avaliar a relação entre as variáveis uso de álcool, tabaco e drogas ilícitas e amigos.” CARDOSO, et al, 2014.

Agente queria dinheiro.

Pra que?

Pra curtir, era pra curtir.

(Participante n. 15)

Porque ia ter uma festa, virada de ano e carnaval, precisava de dinheiro.

(Participante n. 03)

Eu precisava de comprar roupa.

(Participante n. 09)

É na fase da adolescência que os indivíduos refletem sobre teorias e projetos de vida, em geral, eles buscam inserir-se na sociedade adulta, adquirindo hábitos de consumo. O adolescente procura uma identidade e um lugar social. (LOPES, 2006). Entretanto, “suas necessidades são prioridades, mesmo que isso inclua prejudicar alguém” (p.100).

Completando a ideia de “lugar social”, Costa (2009) afirma ainda que “para que o sujeito obtenha sua identidade social” (p.61) o que importa é aquilo que ele irá consumir, não sendo levado em consideração a origem do seu poder financeiro. O autor coloca que a supressão da atuação do Estado na economia, juntamente com o enfraquecimento de outras instituições reguladoras, como a igreja e a família, retiraram o manto de limites aos sentimentos narcisistas e acabaram por deixar os “indivíduos à mercê de suas pulsões narcísicas mais primitivas, as quais demandam pronta satisfação, porque já não se veem limitadas pelas barreiras antes introjetadas” (p. 76)

La Taille (2009) também afirma que, em geral, muitos dos crimes patrimoniais, em especial o roubo, são praticados pelos indivíduos com o objetivo de possuir bens de consumo, como tênis, celulares e roupas, e não necessariamente para suprir o seu sustento básico ou o de sua família.

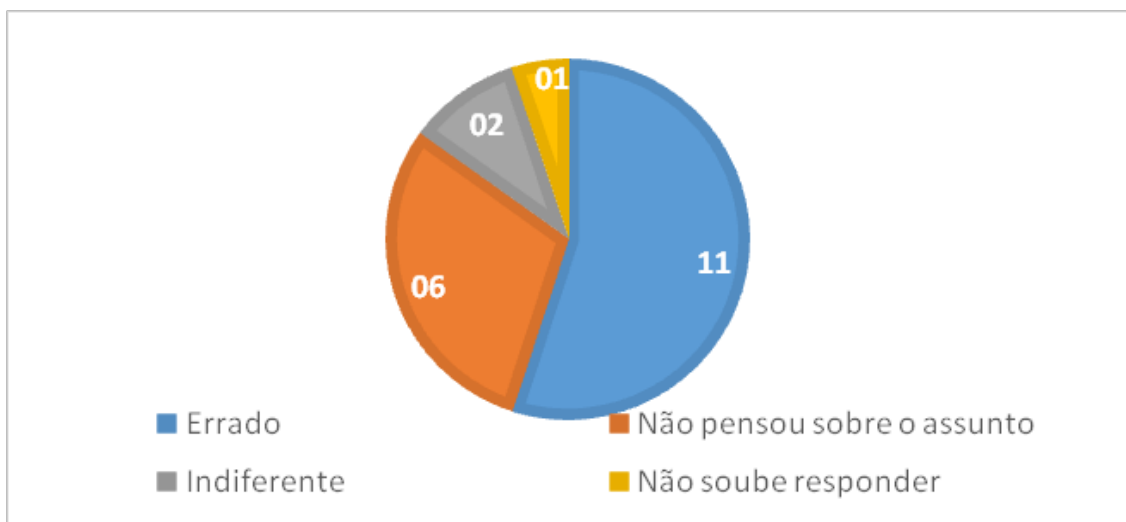
Ademais, a maioria dos entrevistados respondeu que, na época dos fatos, nenhum outro motivo influenciou em suas decisões, apenas um participante alegou ter tido mais de um motivo para o cometimento do ato infracional, o qual se harmoniza com a categoria ‘satisfação pessoal’¹⁰.

¹⁰ *Era carnaval. Eu ia vender os celulares pra conseguir dinheiro.*

Ah sim, você roubou porque queria dinheiro então! Pra quê você queria o dinheiro? Ia fazer o quê?
Era pra ir pra praia, me manter no verão.

No campo da moral e da subjetividade, perguntou-se aos entrevistados como eles avaliaram a suas próprias condutas logo após terem cometido o ato infracional análogo ao roubo. A pesquisa demonstrou o seguinte:

Gráfico 4 – Avaliação do motivo no passado



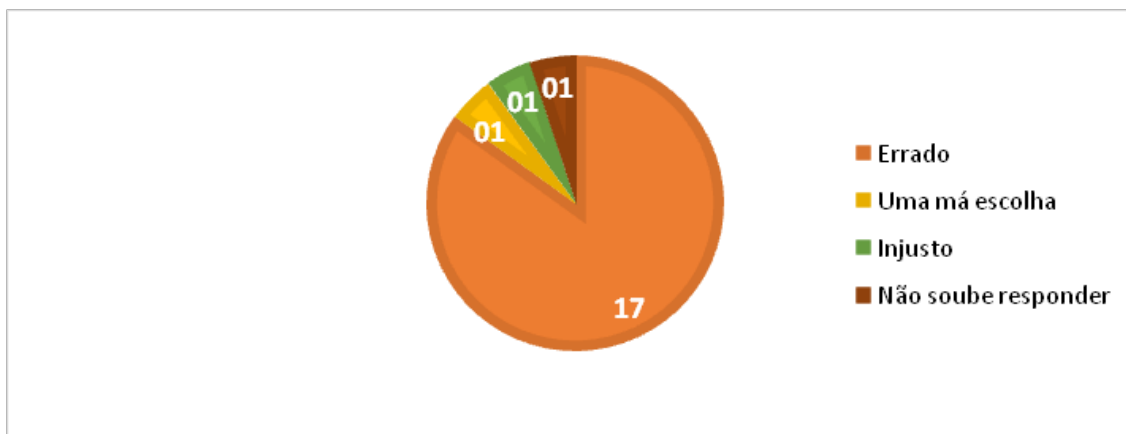
Na análise do Gráfico 4 cabe retomar o debate do agir moral, trazendo os conceitos do *saber fazer* e do *querer fazer* estabelecidos por La Taille (2010b), uma vez que a maioria dos adolescentes entrevistados, no campo da racionalidade, ou seja, na dimensão do *saber fazer* (*conhecimento da norma*) tinham conhecimento do julgamento moral do seu ato, entretanto, no campo do *querer fazer*, a afetividade e os demais sentimentos envolvidos foram superiores ao conhecimento da norma. Demonstrando que apenas o *saber fazer* não é suficiente para o agir moral.

Juntamente com esses dados, é interessante analisar em conjunto, as respostas obtidas quando perguntado aos adolescentes sobre a avaliação, no presente, sobre o motivo pelo qual cometeram o ato infracional, conforme gráfico abaixo:

O que é se manter no verão?

Ah, comprar bebidas “essas coisa” tudo. Participante n. 32

Gráfico 5 – Avaliação do motivo no presente



Observa-se desses dois gráficos que, tanto no passado quanto no presente a maioria dos adolescentes entendiam que os motivos que tiveram para cometer o ato infracional de roubo era “errado”. Entretanto, na avaliação do motivo no passado, 06 adolescentes responderam que não haviam pensado sobre o assunto, 02 responderam ser indiferentes e um não soube responder, diferentemente na avaliação no presente, em que 19(95%) adolescentes participantes responderam que, atualmente, avaliam o motivo que tiveram para a prática do ato infracional com um significado negativo (errado, uma má escolha, injusto).

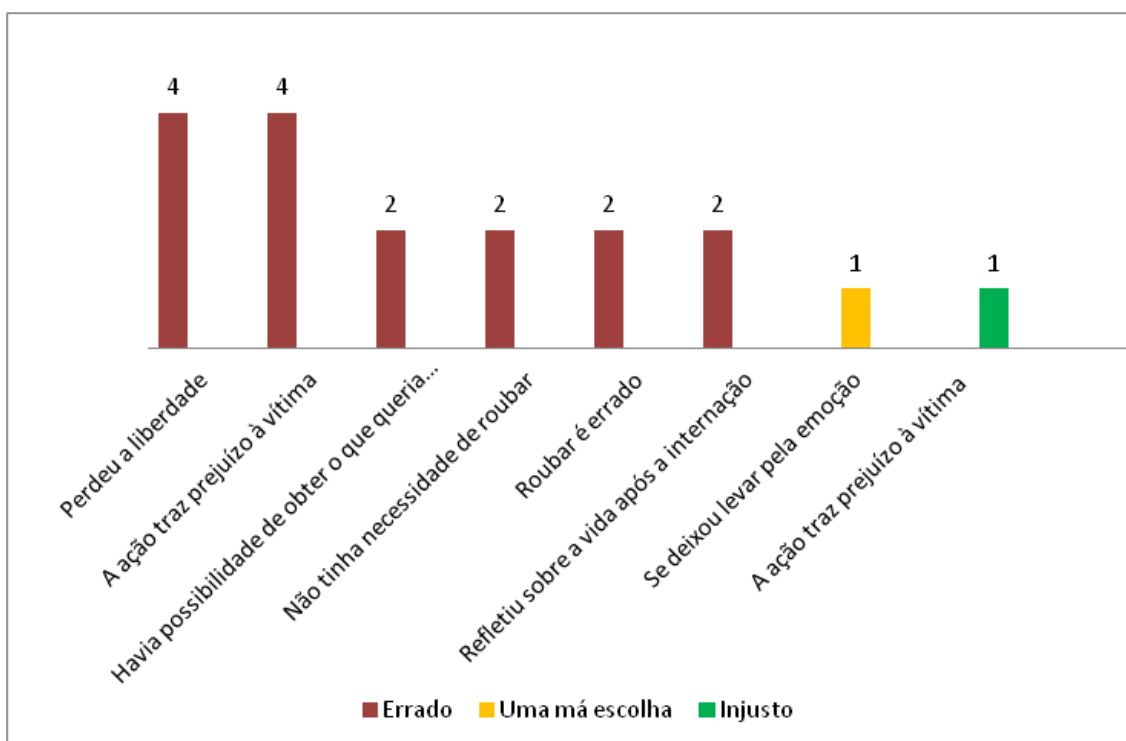
Cabe destacar que as justificativas para que eles considerassem seus motivos como errôneos são genéricas, rasas e sem aprofundamentos, demonstrando uma replicação de parâmetros coletivos, apresentando traços fundados na construção da moral por heteronomia.

Além do caráter superficial das justificativas, outra situação apresentada pelos dados coletados na pesquisa, que também demonstrou a evidência da heteronomia na construção da moral nos adolescentes, diz respeito as argumentações da avaliação no presente sobre o motivo para a prática do ato. A maior parte dos participantes estabeleceram como justificativa por considerarem suas atitudes como erradas, consequências de natureza sancionatória, ou seja, relacionadas as medidas socioeducativas que estavam sendo cumpridas no momento, ou seja, demonstra a observância a uma regra em função das consequências

que seu descumprimento pode causar, isto é, uma construção moral por coerção, com respeito unilateral e derivado da punição (PIAGET, 2017).

O gráfico abaixo apresenta as justificativas apresentadas pelos adolescentes entrevistados que responderam ser “errado” a atitude que tomaram:

Gráfico 6 – Hoje como você avalia o motivo que teve, por quê?



A construção da moral pelo processo da heteronomia é frágil e não requer reflexões sobre o conteúdo de uma norma, de modo que, ao desrespeitar uma regra, leva-se em consideração as consequências do seu desrespeito com o objetivo da atitude de quebrá-la e não a consciência de segui-la por entender seu conteúdo.

A resposta de um dos participantes entrevistados demonstra bem essa fragilidade no cumprimento das regras pela heteronomia, ele afirma que se for preciso, mesmo sabendo ser errado, ele cometerá um novo ato infracional para ajudar um amigo:

E hoje, como você avalia, aquele motivo então? O motivo que teve para praticar esse ato

Errado foi, mas se um amigo precisar eu ajudo de novo.

Por que foi errado?

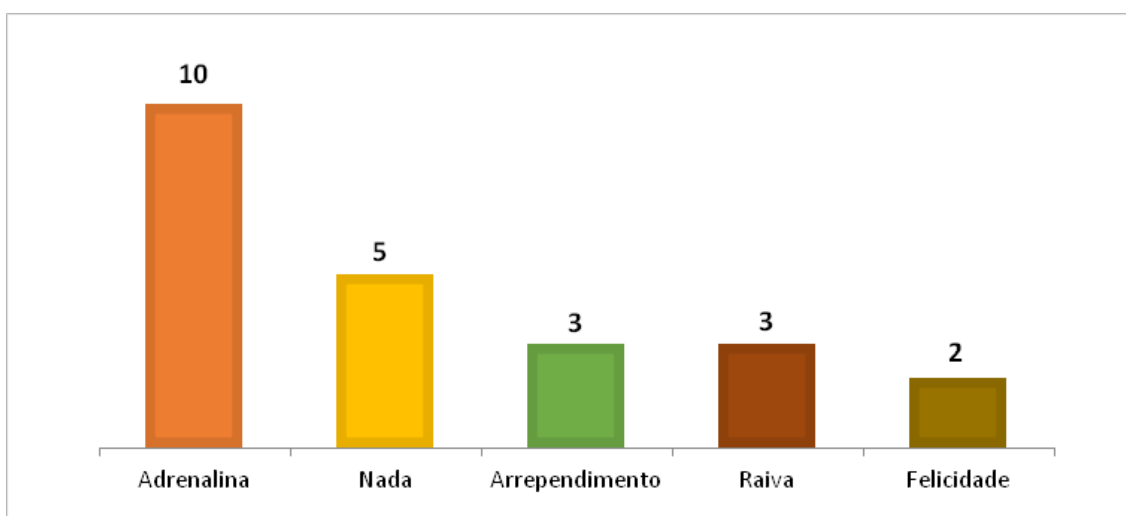
Porque quando a gente tá aqui, a gente pensa melhor no que foi lá fora, pensa na vida lá fora.

(Participante n. 24)

Ainda na vertente da construção da moral por heteronomia, as considerações feitas acima corroboram com o gráfico elaborado através do panorama das respostas à pergunta “hoje, o que considera que o impediria de cometer outro ato infracional de roubo?”, 11(55%) responderam que o motivo que os impede é o medo de perder a liberdade novamente, o que é uma consequência do descumprimento da regra e não uma consciência. Mais uma vez a construção moral pela heteronomia é evidenciada pelos dados obtidos com os adolescentes entrevistados.

No tocante aos sentimentos que permearam o cometimento do ato infracional de roubo pelos adolescentes participantes da pesquisa, a adrenalina se mostrou em evidência nas respostas obtidas, entretanto, é curioso comparar os panoramas das perguntas que envolvem o assunto:

Gráfico 7 – Houve algum sentimento, na época, logo após o cometimento do ato?



Uma pesquisa realizada por Castro e Abramovay (2009) indagou os participantes da 1ª Conferência Nacional de Juventude o que melhor definia o jovem, e dos 1.854 participantes, 440, ou seja, 23,7% responderam que seria o tema “buscar adrenalina, correr riscos” (p. 217), demonstrando como esse sentimento é forte no período da adolescência.

Essa fase é marcada por mudanças biológicas, sociais, psicológicas e comportamentais nos indivíduos. É um período caracterizado pela instabilidade emocional, por contradições e por impulsos, como destaca Hall

Muitos dos crimes e imoralidades do início da adolescência são decorrentes de um impulso cego sobre o qual a consciência é incapaz de qualquer ação. (HALL *apud* GALLANTIN, 1978, p. 35).

Outra característica marcante na fase da adolescência é o sentimento de pertencimento que possui uma função de construção da identidade: é nesse período que o jovem busca a sua individualidade se libertando dos laços familiares e estabelecendo novos vínculos sociais, e, para se sentirem mais fortes e seguros frente à sociedade, que já possui a sua própria identidade, eles se agrupam. (RANGEL, TORMAN, FOCESI, 2012)

Na infância, as crianças reconhecem os pais como modelos identificatórios almejados, enquanto na adolescência, esses modelos passam a ser outros jovens, “no processo de definição da identidade, a relação com os pares é uma condição necessária para fortalecer os processos de apego e auto-conceito do adolescente” (TARDELLI, 2011, p.68)

Nota-se, ao sair às ruas, uma tendência crescente de pertencer a algum grupo, muitas vezes não importando se as suas regras ou aspirações são coerentes com a forma de pensar dos sujeitos, pois o interessante é estar ligado a outras pessoas fora de seu núcleo familiar, pensando encontrar nele um ponto de apoio e um modelo. (RANGEL, TORMAN, FOCESI, 2012 p. 42)

O Gráfico 8, reforça os dados apresentados no Gráfico 3, uma vez que, quando os adolescentes foram perguntados se o sentimento de pertencimento/aprovação poderia influenciar outros adolescente, 12 (65%) deles responderam que sim (muito, pouco e em partes), reforçando a importância que é dada pelos adolescentes aos seus grupos de amigos e também demonstrando a carência de uma reflexão autocrítica, quando é mais fácil reconhecer a motivação em seus pares do que em si próprio.

Gráfico 8 – Em que medida você considera que outros adolescentes cometem ou cometeram esse ato motivados pelo desejo de aprovação de um grupo?

Cabe esclarecer que durante as respostas sobre o sentimento de reconhecimento do grupo em outros adolescentes, alguns dos entrevistados mencionaram que esse sentimento de impor respeito/reconhecimento existiria, mas não quanto ao ato infracional análogo ao roubo, e sim quanto ao homicídio, como observa-se dos trechos destacados abaixo:

Crime de roubo não.

E que outro crime então?

Talvez homicídio sim.

(Participante n. 11)

Não, ninguém precisa provar nada pra ninguém. A pessoa vai roubar porque ela precisa.

Você acha que em outro crime então, isso podia ser motivo?

Talvez homicídio né.

(Participante n. 08)

CONCLUSÃO

Os fenômenos da violência e da moralidade são complexos, há várias nuances e exceções práticas em grupos sociais diverso que também devem ser considerados. A importância desses temas para a segurança pública é estratégica e também norteadora de políticas públicas, por isso há a necessidade de muitas pesquisas e estudos para a compreensão dos vários tipos de violência e suas motivações.

A pesquisa revelou que os adolescentes entrevistados perceberam as consequências de seus atos ao ponto de 55% dos participantes responderem que o medo de perder a liberdade novamente os impediria de cometer um outro ato de roubo. Apontando para o sentido de que o amadurecimento moral dos participantes ainda não estava completo, uma vez que, na maioria das justificativas dadas para uma avaliação negativa de suas condutas envolviam consequências da própria medida socioeducativa, como a perda da liberdade, o distanciamento da família. Situações que caracterizam o processo de construção moral pela coerção.

É importante destacar que a heteronomia é uma etapa da evolução moral em que se obedece a norma imposta de forma unilateral, considerando apenas as sanções que o não cumprimento dessa norma pode acarretar. Tal etapa se mostrou aparente na maior parte das entrevistas, entretanto, observou-se também traços singelos da presença da autonomia nas reflexões feitas, como as justificativas que consideravam o prejuízo sofrido pela vítima.

Observa-se que o Instituto de Atendimento Socieducativo do Espírito Santo vem cumprindo sua missão na promoção da socioeducação dos jovens atendidos pelo sistema de internação, possibilitando e estimulando um ambiente de reflexão, visto que, houve um aumento da autoanálise dos participantes quando considerada a avaliação dos motivos causadores do ato infracional estudado. No passado, uma parcela de 40% dos entrevistados não havia pensado sobre o assunto ou se mostravam indiferentes, já no presente, apenas 01 participante (5%) não soube responder a pergunta, todos os outros 19(95%) mencionaram algum aspecto negativo da motivação que tiveram.

Entretanto, cabe recordar a explanação feita anteriormente nesse trabalho sobre o *saber fazer* e o *querer fazer*. Apenas *saber fazer*, ou seja, ter conhecimento da norma moral, ou refletir sobre o assunto não é, por si só, suficiente para a mudança de atitude, é necessário também, conjuntamente, o *querer fazer*.

O estudo também evidenciou a presença do sentimento de adrenalina na adolescência, seja como sentimento observado após o cometimento do ato infracional análogo ao roubo, seja como sua motivação, demonstrando como os jovens são suscetíveis aos impulsos, ao imediatismo e a satisfação momentânea.

Na pesquisa, destacou-se também como a arma está presente na vida dos adolescentes, seja para firmar um desejo de autoafirmação seja para a sua segurança pessoal.

Por fim, com os dados sociais, econômicos e morais demonstrados por esta pesquisa, será possível uma melhor avaliação das políticas públicas que permeiam a segurança pública, principalmente nas ações relacionadas ao ato infracional análogo ao crime de roubo praticado por adolescentes.

Ações nas áreas sociais, educacionais e de valores morais, são bons caminhos para se combater a prática do ato infracional de roubo. O caminho social pode ser exemplificado no sentido de oferecimento de mais opções lícitas para a conquista dos bens almejados

pelos adolescentes, ou seja, deve-se promover mais oportunidades de trabalho aos jovens. No campo educacional, deve-se combater a evasão escolar, pois a escola se mostrou como um fator de proteção à conduta infracional, afastando o adolescente de condutas delituosas, e no âmbito moral, faz-se necessário propiciar elementos que auxiliem o adolescente a desenvolver o seu amadurecimento moral para alcançar a fase da autonomia, incentivando-a e fazendo-o compreender as normas não pelas suas consequências, mas sim pelo seu significado social.

Além das ações propostas acima, pode-se depreender dos dados coletados, que atuações públicas na área de combate ao comércio ilegal de armas e em projetos que envolvam os adolescentes e seus círculos de amigos são medidas que podem contribuir para desestimular o cometimento do ato infracional análogo ao roubo.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. Perspectivas de prevenção da infração juvenil masculina. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 10, p. 81-90, 2005.
- BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. 1º ed. Ilhéus, Editus, 2006.
- BEATO, Claudio; PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime, oportunidade e vitimização. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 19, n. 55, p. 73-89, 2004.
- BORGES, Luciana Souza, ALENCAR, Heloisa Moulin de. *Moralidade e Valor Da Vida: Um Estudo Sobre Adolescentes Em Situação De Risco Psicossocial*, UFES, 2011.
- BRASIL, *Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei*. 2016 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84034-traffic-de-drogas-e-o-crime-mais-cometido-pelos-menores-infratores>> Acesso em: 20 nov. 2018
- BRASIL, *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- CAMPOS, Dinah Martins de Souza. *Psicologia da Adolescência: normalidade e psicopatologia*. 14. Ed. Petrópolis, Vozes, 1994.

CARDOSO, Luciana Roberta Donola et al. A influência dos amigos no consumo de drogas entre adolescentes. 2014.

CASTRO, M. G. & ABRAMOVAY, M. (2009). *Quebrando mitos: juventude, participação e políticas*. Perfil, percepções e recomendações dos participantes da 1ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Juventude. Brasília: RITLA.

CONTE, Marta et al. Consumismo, uso de drogas e criminalidade: riscos e responsabilidades. *Psicologia: ciência e profissão*, v. 27, n. 1, p. 94-105, 2007.

COUTINHO, Luciana Gageiro. A adolescência na contemporaneidade: ideal cultural ou sintoma social. *Pulsional Revista de Psicanálise*, v. 181, n. 3, p. 16-24, 2005.

DA SILVA, Mariléia Maria. Geração à deriva: jovens nem nem e a superfluidez da força de trabalho no capital-imperialismo. *Revista de Educação Pública*, v. 25, n. 58, p. 119-136, 2015.

DE ARAÚJO, Ulisses Ferreira. *Moralidade e indisciplina: uma leitura possível a partir do referencial piagetiano*. Indisciplina na escola. 1996.

ESPÍRITO SANTO, *Planejamento Estratégico*: Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo, 2014. Disponível em: <<https://iases.es.gov.br/Media/iases/Arquivos/PlanejamentoEstrategicoVersaoSite.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2019.

FERREIRA, Bruno Eduardo Silva; GARCIA, Agnaldo. Aspectos da amizade de adolescentes portadores de diabetes e câncer. *Estudos de Psicologia*, v. 25, n. 2, p. 293-301, 2008.

FREITAS, Lia Beatriz de Lucca. Autonomia moral na obra de Jean Piaget: a complexidade do conceito e sua importância para a educação. *Educar em revista. Curitiba. N. 19 (2002)*, p. 11-22, 2002.

FORMIGA, Nilton Soares; GOUVEIA, Valdíney V. Valores humanos e condutas anti-sociais e delitivas. *Psicologia: teoria e prática*, v. 7, n. 2, p. 134-170, 2005.

GALLO, Alex Eduardo; DE ALBUQUERQUE WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti. A escola como fator de proteção à conduta infracional de adolescentes. *Cadernos de pesquisa*, v. 38, n. 133, p. 41-59, 2008.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo. Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Silvia Pereira; CAMPOS, Pedro Humberto Faria. Norma social violenta: um estudo da representação social da violência em adolescentes. *Psicologia: reflexão e crítica*, v. 20, n. 2, p. 188-196, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v20n2/a03v20n2>> Acesso em: 01 out. 2018.

IASES, Instituto Socioeducativo do Espírito Santo, *Observatório Digital*, Disponível em: <<https://iases.es.gov.br/observatorio-digital-da-socioeducacao>> Acesso em: 10 nov. 2019a.

IASES, Instituto Socioeducativo do Espírito Santo, *Site institucional*, Disponível em: <<https://iases.es.gov.br/>> Acesso em: 10 nov. 2019b.

LA TAILLE, Yves de. Moralidade e violência: a questão da legitimação de atos violentos. *Temas em psicologia*, v. 17, n. 2, p. 329-341. Ribeirão Preto, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413389X2009000200005&script=sci_abstract&tlng=es> Acesso em: 25 set. 2018.

La Taille, Y. (2009b). Formação Ética, do tédio ao respeito de si. Porto Alegre: Ed. Artmed.

LA TAILLE, Yves de et al. Moral e ética: uma leitura psicológica. *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 26, n. spe, p. 105-114, 2010a. Disponível em: <<http://www.producao.usp.br/handle/BDPI/12017>> Acesso em: 25 set. 2018

LA TAILLE, Yves de. Moral e ética: uma leitura psicológica. *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 26, n. SPE, p. 105-114, 2010b.

LEMOS, Alan Alexandre Mendes; SANTOS FILHO, Eurílio Pereira; JORGE, Marco Antônio. *Um modelo para Análise Socioeconômica da Criminalidade no Município de Aracaju*. Est. Econ., v.35, n. 3, p. 569-594, Jul-Set, São Paulo, 2005.

MACHADO, Helena. *Manual de sociologia do crime*. Afrontamento, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 31º ed. São Paulo, Atlas, 2014.

NERI, Marcelo et al. *Motivos da evasão escolar*. 2015.

NOGUCHI, LA TAILLE, Natália Felix de Carvalho, Yves de. Universo moral de jovens internos da FEBEM. *Cadernos de Pesquisa*, v. 38, n. 133, p. 11-40, 2008. Disponível em:

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6209031>> Acesso em: 01 de outubro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Volume 1: Parte Geral. 2º ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

PIAGET, Jean. *Les relations entre la morale et le droit*. In: PIAGET, J. Études sociologiques. 3. Ed, Geneve: Droz, 1977, p. 172-202.

PIAGET, Jean. *Seis estudos de psicologia*/Tradução: Maria Alice Magalhães D'Amorim e Paulo Sérgio Lima Silva. 25º ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2017, p. 143.

Priuli, R.M.A; MORAES, M.S. Adolescentes em conflito com a lei. *Cien Saude Colet*. 2007;12(5):1185-92.

RANGEL, Ana Paula; TORMAN, Ronalisa; FOCESI, Luciane Varisco. Adolescência: Construindo uma identidade. *Revista Práxis*, v. 1, p. 39-44, 2012.

ROCHA, Ana Paula Rongel; GARCIA, Cláudia Amorim. A adolescência como ideal cultural contemporâneo. *Psicologia: ciência e profissão*, v. 28, n. 3, p. 622-631, 2008.

SCHELB, Guilherme Zanina. *Violência e Criminalidade Infanto-Juvenil*: Intervenções e Encaminhamento. 2º ed. Brasília: [ed.do autor], 2005.

SILVA e BOTELHO, Enid Rocha Andrade da, Rosana Ulhôa, *Dimensões da experiência juvenil brasileira e novos desafios às políticas públicas*. Brasília, Ipea, 2016, p. 329. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/160513_livro_dimensoes.pdf> Acesso em: 01 out. 2018.

SILVA e OLIVEIRA, Enid Rocha Andrade; Raissa Menezes de. *Os jovens adolescentes no Brasil: a situação socioeconômica, a violência e o sistema de justiça juvenil*. Dimensões da Experiência Juvenil Brasileira e Novos Desafios às Políticas Públicas. Brasília: IPEA, 2016.

TARDELLI, Denise D'Aurea. Identidade e Adolescência: expectativas e valores do projeto de vida. *Revista eletrônica pesquiseducu*, v. 2, n. 03, p. 59-74, 2011.

VAZQUEZ, Adolfo. *Ética*. São Paulo, Editora Civilização Brasileira, 1985.

VELHO, Gilberto. (1996), “Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica”. In: VELHO, Gilberto & Alvito, Marcos (orgs.), *Violência e cidadania*. Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Editora FGV.

VELHO, Gilberto. *O desafio da violência. Estudos Avançados*, v. 14, n. 39, p. 56-60, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n39/v14a39a06.pdf>> Acesso em: 25 set. 2018.

VOLPI, Mário. Juventude: direitos humanos, segurança pública e sistema socioeducativo. Juventudes, políticas públicas e medidas *socioeducativas*. Rio de Janeiro: DEGASE, p. 37-48, 2013. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40507071/Versao_Editada_do_livro.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DVersao_Editada_do_livro.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200228%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200228T184909Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=7f581cd4852aa7ab4cb5700771705629d26b1d0d7c33f5f3c98bc9befaa9ffb6#page=37>. Acesso em: 25 set. 2018

WELTER, Priscila; SCORTEGAGNA, Silvana Alba. Adolescentes que cometeram homicídio: Quais os fatores de risco? *Adolesc. Saude*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 7-15, abr/jun 2016

ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo em perspectiva*, v. 13, n. 3, p. 3-17, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000300002&script=sci_arttext> Acesso em: 25 set. 2018.

ZALUAR, Alba. Juventude violenta: processos, retrocessos e novos percursos. *Dados*, v. 55, n. 2, p. 327-365, 2012.

Apresentação oral

**A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS NO
SISTEMA SOCIOEDUCATIVO EM CONTEXTO DE PANDEMIA**

*THE PERFORMANCE OF STATE JUSTICE COURTS IN THE SOCIO-
EDUCATIONAL SYSTEM IN THE CONTEXT OF A PANDEMIC*

Marcos César Alvarez

Professor Livre Docente do Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo.
Coordenador do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Bolsista de Produtividade em
Pesquisa do CNPq.
E-mail: mcalvarez@usp.br

Gabriel Augusto de Carvalho Sanches

Pesquisador pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo no Núcleo
de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). Graduando em
Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo.
E-mail: gabrielcsanches1@usp.br

Raphaela da Silva Correa

Pesquisadora pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo no Núcleo
de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). Graduanda em
Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Paulo.
E-mail: correa.raphaela@unifesp.br

Resumo: O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pela política institucional do Poder Judiciário, ao atuar como fiscalizador e padronizador dos serviços jurisdicionais oferecidos à população, expediu, no contexto da atual pandemia, a *Recomendação n. 62* de 17 de março de 2020, na qual recomenda, de forma não vinculativa, aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação do vírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Sua publicação ocasionou controvérsias e discussões na sociedade mais ampla pelos casos divulgados de liberação de presos do grupo de risco. No entanto, a partir de um primeiro levantamento nos sítios eletrônicos de todos os tribunais de justiça estaduais do país, que lidam tanto com a justiça

criminal, quanto com a juvenil, a partir de descritores (“COVID”; “prisão”; “coronavírus”; “adolescentes”; “socioeducação”; “sistema prisional”), no período entre 17 de março de 2020, data da publicação da recomendação pelo CNJ, e 13 de abril do mesmo ano, observou-se que esses casos de ampla comoção são, no mínimo, isolados, haja vista a adesão parcial dos tribunais estaduais à Recomendação. Nesse contexto de tensão entre a atuação de um órgão de controle diante da já consolidada autonomia dos tribunais estaduais, objetiva-se aqui analisar as respostas dadas pelo poder judiciário à já conhecida situação de precariedade das unidades socioeducativas que favorece a proliferação do vírus a despeito da prioridade absoluta de proteção de crianças e de adolescentes prevista pelo ECA. Para isso, serão levantados os documentos disponibilizados nos sítios eletrônicos dos tribunais de justiça em relação a adesão à recomendação e matérias em periódicos de notícias, para observar, assim, a possível distância entre a concordância às recomendações do CNJ e as medidas efetivamente postas em prática voltadas aos adolescentes em conflito com a lei.

Palavras-Chave: COVID; Justiça Juvenil; Conselho Nacional de Justiça; Tribunais de Justiça Estaduais; Socioeducação.

Abstract: The National Council of Justice (CNJ), the organ responsible for the institutional policy of the Judiciary, when acting as an inspector and standardizer of the judicial services offered to the population, issued, in the context of the current pandemic, the Recommendation No. 62 of March 17, 2020, in which it recommends, in a non-binding manner, to the courts and magistrates the adoption of preventive measures to the spread of the virus within the scope of the criminal and socio-educational justice systems. Its publication caused controversies and discussions in the wider society due to the reported cases of release of prisoners from the risk group. However, from a first survey on the websites of all state courts in the country, which deal with both criminal and juvenile justice, using descriptors (“COVID”; “prison”; “coronavirus”; “Adolescents”; “socio-education”; “prison system”), in the period between March 17, 2020, date of publication of the recommendation by the CNJ, and April 13 of the same year, it was observed that these cases of wide commotion they are, at the very least, isolated, given the partial adherence of state courts to the Recommendation. In this context of tension between the performance of a control body in view of the already consolidated

autonomy of the state courts, the objective here is to analyze the responses given by the judiciary to the well-known precarious situation of the socio-educational units that favors the proliferation of the virus despite the absolute priority for the protection of children and adolescents prescribed by ECA. To this end, the documents made available on the websites of the courts of justice in relation to adherence to the recommendation and articles in news periodicals will be surveyed, thus observing the possible distance between compliance with the CNJ recommendations and the measures actually put in place. aimed at adolescents in conflict with the law.

Keywords: COVID; Juvenile Justice; National Council of Justice; State Courts of Justice; Socio-education.

INTRODUÇÃO:

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pela política institucional do Poder Judiciário, ao atuar como fiscalizador e padronizador dos serviços jurisdicionais oferecidos à população, expediu, no contexto da atual pandemia, a *Recomendação n. 62* de 17 de março de 2020,¹ na qual recomenda, de forma não vinculativa, aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação do vírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Sua publicação ocasionou controvérsias e discussões na sociedade mais ampla pelos casos divulgados de liberação de presos do grupo de risco.²

No entanto, a partir de um primeiro levantamento nos sítios eletrônicos de todos os tribunais de justiça estaduais do país, que lidam tanto com a justiça criminal, quanto com a juvenil, a partir de descritores (“COVID”; “prisão”; “coronavírus”; “adolescentes”; “socioeducação”; “sistema prisional”), no período entre 17 de março de 2020, data da publicação da recomendação pelo CNJ,³ e 13 de abril do mesmo ano, observou-se que

¹ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 04, out. 2020.

² A despeito das notas técnicas da Organização Mundial da Saúde, da Comitê Internacional da Cruz Vermelha, da Rede Internacional dos Direitos da Criança e da Fundação das Nações Unidas para a Infância sobre a prevenção e controle da COVID-19 em prisões e locais de detenção, senadores e membros do judiciário se manifestaram contra as determinações do CNJ.

³ O TJ-SP assinou, em 18 de março, a medida que determina que os juízes liberem alguns adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas e suspendam novas internações na Fundação CASA. Se-

esses casos de ampla comoção são, no mínimo, isolados, haja vista a adesão parcial e pontual dos tribunais estaduais à Recomendação.

Para tanto, objetivamos com este trabalho opor, a partir dos resultados preliminares, em conjunção com um levantamento de matérias em periódicos de notícias, a adesão protocolar à recomendação do CNJ às medidas efetivamente postas em prática voltadas aos adolescentes em conflito com a lei. Buscamos, pois, dar visibilidade aos casos de violações que vem ocorrendo no atual contexto, evidenciando a precariedade das instituições na lida com essa questão, o que nos levou a nos situar numa posição liminar entre a prática acadêmica e a militância.

Portanto, a presente análise justifica-se, pois é uma tentativa de manter a produção científica em contexto de pandemia, à distância, ainda que com todas as dificuldades e limitações que o atual estado de coisas impõe à prática acadêmica. Dada estas circunstâncias, somadas à já conhecida falta de transparência de informações no Brasil, a situação de vulnerabilidade dos adolescentes afasta-se do olhar público (CHIES-SANTOS, JESUS, DUARTE, 2020) e nossa tarefa é, justamente, buscar aproximá-lo da realidade.

JORNALISMO FILOSÓFICO

Nos últimos anos de sua pesquisa, Foucault define seu tipo de análise como um “jornalismo filosófico”, isto é, uma problematização histórica do presente. Por problematização entende-se o conjunto de práticas que faz algo, anteriormente evidente, entrar no jogo do verdadeiro e do falso, isto é, torna-se objeto de discussão e de reflexão (REVEL, 2004; ARTIÈRES, 2000; GARLAND, 2014). O papel da pesquisa consiste, pois, em tornar visível, o visível.

Nesse sentido, situamos este trabalho entre a prática científica e a militância, uma vez que buscamos, enquanto um discurso especializado que opera nas redes de poder

gundo o Conselho Superior de Magistratura paulista, deve-se suspender as medidas de semiliberdade, liberdade assistida e prestação de serviços nesse período, medida que vale para até 18 de abril, podendo ser prorrogada. Quem faz parte do grupo de risco também deve ser liberado: grávidas, lactantes e portadores(as) de doenças que podem ser agravadas com o vírus. Disponível em: <<https://ponte.org/justica-de-sp-determina-libertacao-de-parte-dos-adolescentes-da-fundacao-casa/>>. Acesso em: 30, set. 2020.

em funcionamento (FOUCAULT, 2006), dar visibilidade àquilo que de uma maneira ou de outra é tão evidente que não se problematiza, a saber, as violações sistemáticas de direitos dos adolescentes em conflito com a lei, que já ocorriam anteriormente à crise do coronavírus e, no entanto, apenas se agravou com ela.

Portanto, no atual contexto, é-se capaz de tornar visível a precariedade das instituições de justiça, enfatizando que a questão não será resolvida com decisões de caráter protocolar. Buscamos, pois, uma crítica radical a quaisquer formas de reformismo institucional e, no entanto, abstermo-nos também de oferecer uma solução simplista e normativa.

O objetivo do engajamento aqui pretendido tem inspirações na atuação de Foucault junto ao GIP (*Groupe d'Information sur les Prisons*) (ALVAREZ, 2006), uma vez que busca mostrar que o ambiente de detenção é um lugar de luta política por excelência. Nesse sentido, é preciso dar a conhecer esse ambiente, pois a luta pela informação através de testemunhos aí é central para estender essas lutas para a sociedade mais ampla.

Um último ponto que nos aproxima de uma perspectiva militante é a própria metodologia escolhida. Isso, porque optamos por nos debruçar sobre documentos de caráter público, no sentido de estarem disponíveis a toda e qualquer pessoa interessada. Ainda que tal opção metodológica acarrete imensas dificuldades que concernem à transparência dos dados e à dificuldade para acessá-los em plataformas que parecem ser construídas para atravancar a busca, ela possibilitou uma perspectiva interessante, pois traz o filtro do olhar público, único capaz de reverter o regime de visibilidade do ambiente de detenção em favor da resistência.

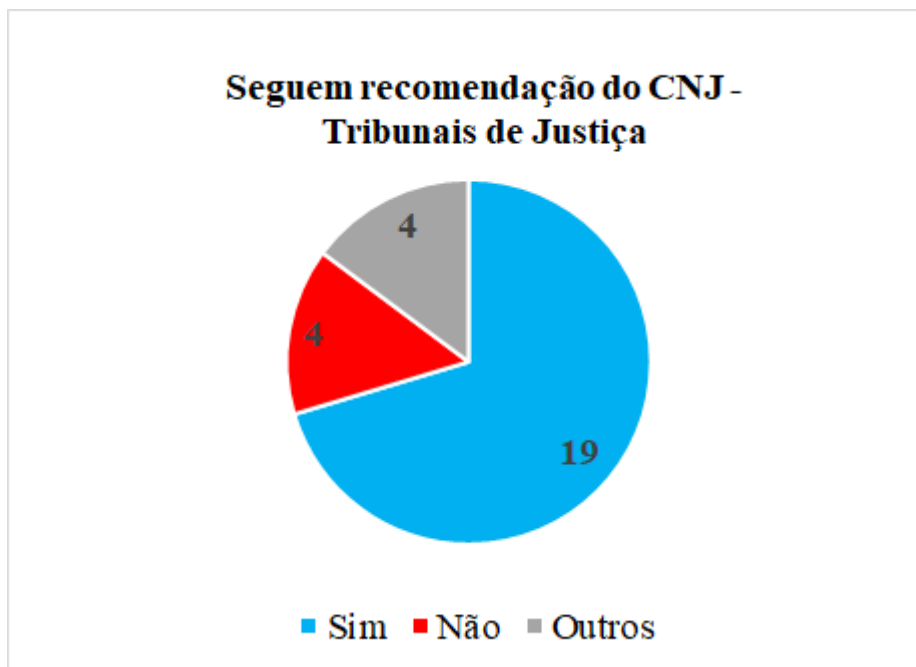
RESULTADOS PRELIMINARES

Logo, a partir do primeiro levantamento realizado, foi observado que:

(i) em todos os sítios eletrônicos dos tribunais estaduais e do tribunal do distrito federal foram encontradas informações a respeito da recomendação n. 62 do CNJ;

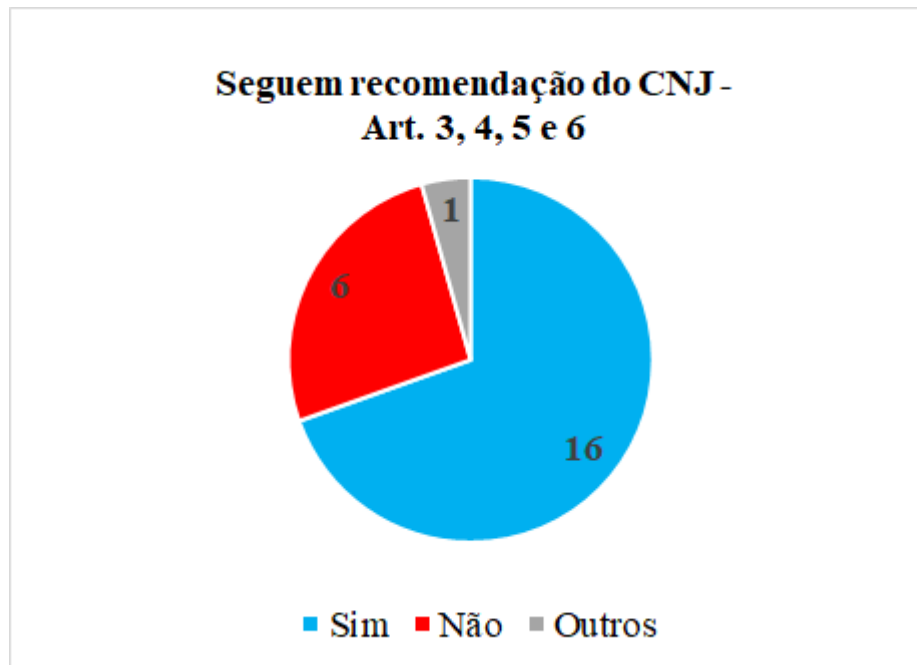


(ii) os tribunais estaduais do Acre, Rio Grande do Norte, Pará, Paraíba e o tribunal distrital deixaram claro em seu sítio eletrônico que não iriam seguir a recomendação expedida pelo CNJ, enquanto os tribunais do Amazonas, Tocantins, Mato Grosso e Paraná tinham informações desencontradas ou controversas sobre a questão, de resto, todos os outros tribunais optaram por seguir as recomendações;



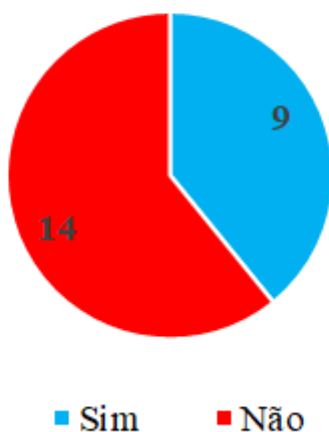
(iii) entre os tribunais que optaram por seguir as recomendações, aderiram, efetivamente àquelas contidas nos artigos 3, 4, 5, 6, os tribunais do Amazonas, Maranhão, Piauí, Pernambuco, Alagoas, Bahia, Tocantins, Mato Grosso, Rondônia, Goiás, Minas Gerais, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. O tribunal de justiça de São Paulo, de forma controversa, negou sistematicamente *Habeas Corpus* coletivos impetrados a favor de presos e presas que integravam o grupo de risco, mas concedeu prisão domiciliar a presos e presas após rebelião em Tremembé⁴ – que consumiu em fogo quatro pavilhões, materiais de higiene e limpeza da unidade, roupas, colchões, prontuários médicos e remédios, materiais que seriam imprescindíveis para manter os presos detidos durante a epidemia;

⁴ Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2020/03/16/detentos-fazem-rebeliao-em-penitenciaria-de-tremembe-sp.ghtml>>. Acesso em: 04, out. 2020.



(iv) entre aqueles que seguiram as recomendações, chamaram atenção para as condições insalubres do ambiente de detenção os tribunais do: Piauí, Pernambuco, Alagoas, Bahia, Mato Grosso, Rondônia, Goiás, Espírito Santo, Santa Catarina, já entre aqueles que não as seguiram, apenas o TJ do Acre, em reunião do Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF) do Sistema de Justiça Penal e Socioeducativo, chamou a atenção para essas condições.;

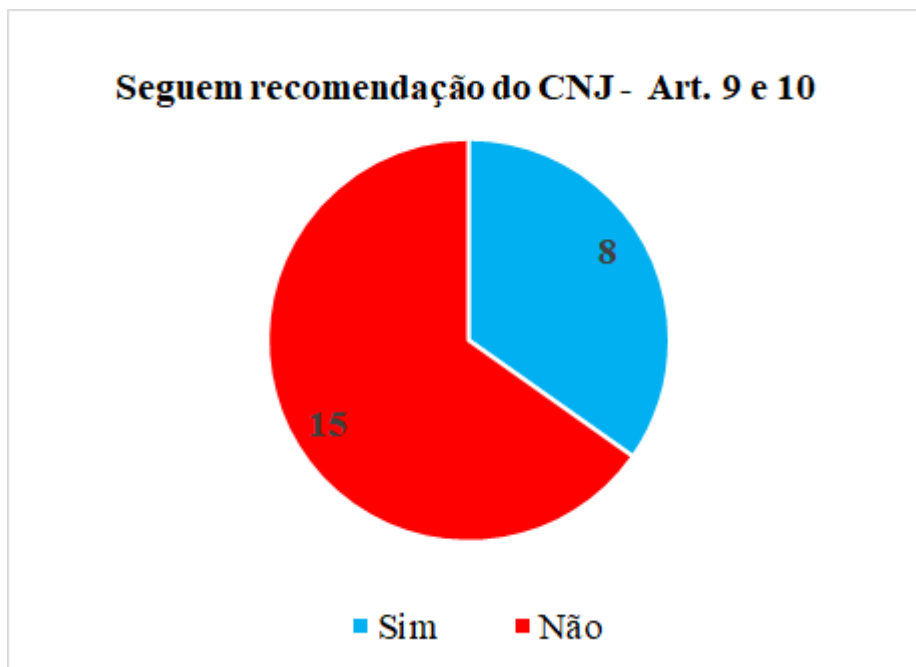
**Seguem recomendação do CNJ -
Atenção às condições do ambiente de
detenção**



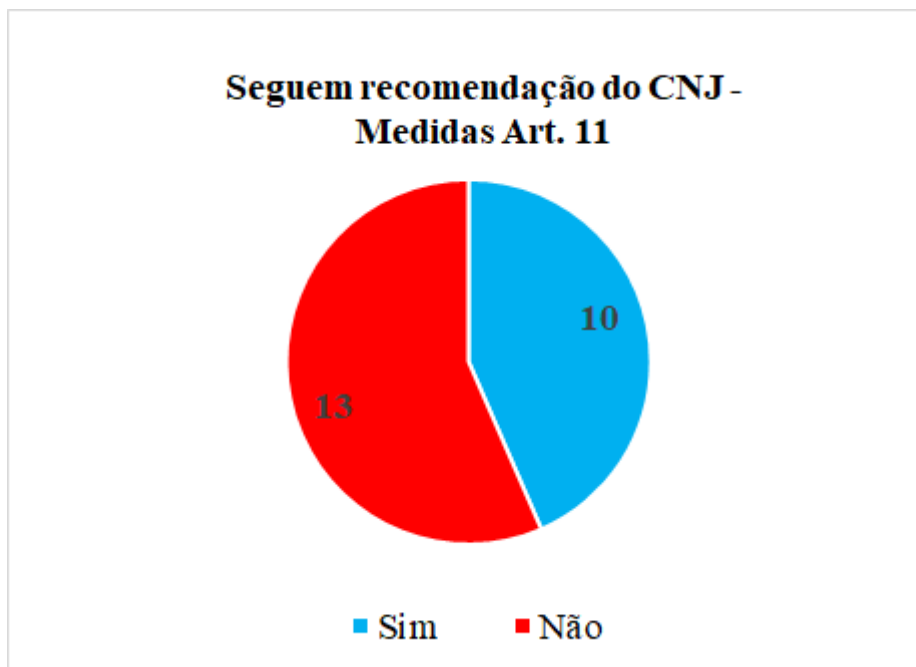
**Não seguem recomendação do CNJ -
Atenção às condições do ambiente de
detenção**



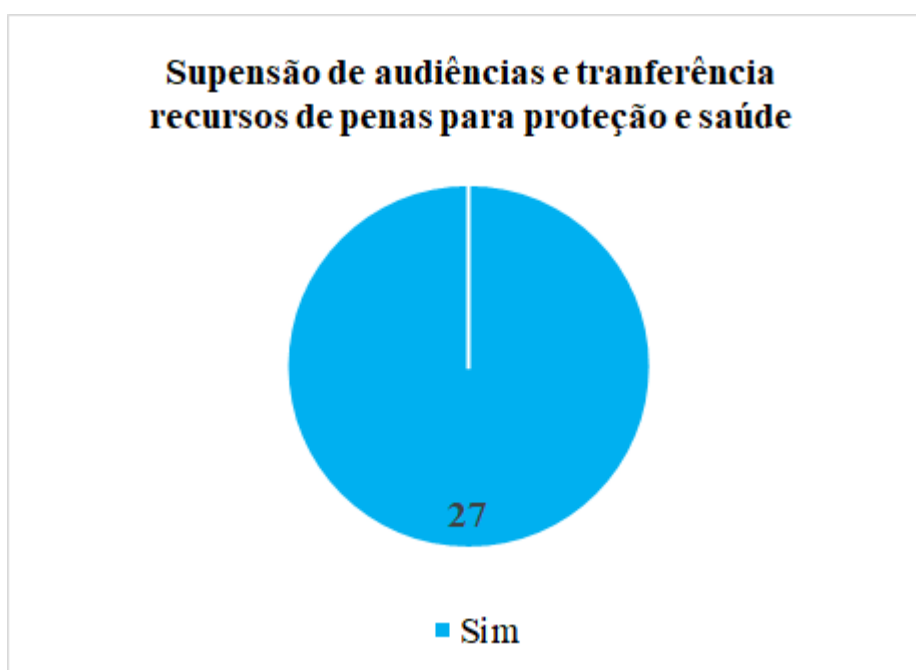
(v) entre os que aderiram às recomendações, estabeleceram, efetivamente, o estipulado nos artigos 9, 10, os tribunais de Roraima, Amapá, Amazonas, Tocantins, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Santa Catarina;



(vi) entre o grupo de adesão, fixaram medidas dispostas no artigo 11: Roraima, Amapá, Amazonas, Ceará, Pernambuco, Bahia, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e, apesar de não compor o grupo de adesão, São Paulo decidiu por suspender saídas temporárias e visitas às unidades prisionais, o que desencadeou os motins;



(vii) independentemente da posição, todos os estados suspenderam as audiências de custódia (artigo 8) e optaram por destinar recursos financeiros provenientes de penas pecuniárias para providências de proteção e saúde (artigo 13).



TORTURAS E VIOLAÇÕES DE DIREITOS COMO REALIDADE

No que tange especificamente ao sistema socioeducativo, a despeito da prioridade absoluta estipulada pela doutrina da proteção integral prevista no ECA (1990) a crianças e adolescentes em virtude de suas condições peculiares de sujeitos em desenvolvimento, diversas acusações de tortura vêm sendo recorrentes no atual contexto. Nesse sentido, destaca-se o caso de São Paulo,¹ mais extensamente relatado e de maior relevância quantitativa.

O fato de maior repercussão foi o de um menino que fora isolado em um banheiro desativado, após ter testado positivo para o Sars-Cov-2. O jovem de 15 anos foi para a unidade Fundação CASA de São José do Rio Preto no dia 4 de junho, após ter agredido a mãe. Especula-se que ele passou uma semana no local. O diretor da unidade, Ricardo Carvalho da Silva, foi, após a denúncia pela Defensoria Pública e, por sua vez, pela Corregedoria Geral, o que instaurou uma sindicância interna. Apenas em 13 de junho o adolescente recebeu a liberação da Justiça para voltar para casa. Após o ocorrido, foi solicitado que a Secretaria Municipal de Saúde fizesse uma testagem em massa nos internos e nos funcionários.

Este é o caso mais grave de tortura de que temos conhecimento. A falta de transparência nos faz questionar quantos casos mais não foram “abafados”. Ademais, casos extremos como este não são a única forma de violência que estão ocorrendo para com crianças e adolescentes: a suspensão de visitas familiares e das inspeções dos órgãos de controle contribuem para a manutenção de violações de direitos e de torturas sistemáticas que já ocorriam anteriormente à pandemia da COVID-19 (CHIES-SANTOS, JESUS, DUARTE, 2020).

Em setembro, três unidades da Fundação CASA foram fechadas no extremo leste da cidade de São Paulo – Costa Norte, Fazenda do Carmo, Vila Nova Conceição. Adolescentes foram transferidos dessas três unidades mencionadas para duas unidades

¹ Após o período compreendido na análise feita nos sites dos tribunais de justiça, voltamos ao sítio do TJ-SP onde encontramos o Provimento n. 2572/20 de 17 de agosto o qual dispõe, especificamente, sobre a suspensão do cumprimento de medidas socioeducativas de prestação de serviço à comunidade e de semiliberdade em concordância com as recomendações do CNJ, revendo, então, a medida que valeria até 18 de abril.

distantes – a de Santo André e a de Guaianases. Assistentes sociais das unidades fechadas alegam que os centros estavam com baixa capacidade, o que possibilitava deixar os jovens ali, evitando mais aglomeração nos centros aos quais foram enviados.

Tal medida fere, no entanto, o artigo 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e as diretrizes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) que estipula que as crianças e os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas precisam ficar perto de suas famílias. A Fundação CASA alega que os jovens foram mandados de acordo com a proximidade de seus domicílios e os centros foram suspensos para otimizar recursos financeiros, humanos e materiais devido à pandemia, podendo ser reativados se aumentar a demanda.² Ademais, ainda que as visitas familiares estejam atualmente suspensas, quando a situação voltar ao normal, haverá dificuldade financeira e de locomoção para os familiares.

Não obstante, alguns internos podem ser impactados nos seus processos judiciais, pois o Relatório de Avaliação de Medida (Conclusivo) é baseado no vínculo entre o técnico e o adolescente, isto é, em um acompanhamento de longo prazo. Ao serem transferidos para novos centros, os adolescentes perderão esses vínculos.

Ainda, segundo o CNJ, entre agosto e setembro, houve um aumento de 16.7% nos casos confirmados da Covid-19 nas unidades da Fundação CASA, totalizando 3.986 casos, dos quais 876 de internos, 3110 de funcionários, com 21 óbitos de funcionários³. A maioria dos casos se concentra no Sudeste (40,5% dos casos). Não se sabe, porém, qual o tipo de testagem da Covid-19 está sendo feito e, consequentemente, não se sabe também se houve aumento do contágio por conta da mudança no método de testagem ou por causa das transferências para outros centros. A Fundação CASA alega que estão sendo oferecidos materiais de prevenção, como álcool em gel, sabão, oxímetro, máscaras, termômetro infravermelho, avental e luvas. Todo jovem que apresenta sintomas da Covid-19 é isolado em local provisório e recebe orientações de higienização.⁴

² Para uma reflexão acerca das políticas neoliberais que vem impossibilitando a efetivação das garantias de saúde dos adolescentes privados de liberdade, no contexto da atual pandemia no estado do Rio de Janeiro, ver (OLIVEIRA, 2020).

³ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-23.09.20.pdf>>. Acesso em: 30, set. 2020.

⁴ Disponível em: <<https://ponte.org/com-unidades-fechadas-em-sp-fundacao-casa-se-aproxima-de->

Assim, entre 17 de março e 8 de julho, 1690 dos 4802 custodiados tiveram as medidas extintas na Fundação CASA e 30 unidades do Creas foram fechadas. Antes da pandemia, quando o jovem deixava a Fundação, era acompanhado com ações temporárias assistenciais, mas, com a pandemia, estas ações foram suspensas. Segundo Karina de Freitas, psicóloga e responsável pela gestão técnica da Fundação CASA, os jovens “não têm mais nada a perder”, o “risco da morte para eles não é algo tão marcante”, pois “são pessoas que estão em isolamento há anos”.⁵ Além disso, a interrupção das medidas de confinamento e serviços de proteção aumentam a vulnerabilidades desses jovens.

Ela ainda discorre que tudo teve que ser replanejado para se adequar às regras de isolamento social. As atividades escolares e psicossociais acontecem por dormitório, com quatro meninos por quarto, que ficam apenas entre eles. Mas agora eles são separados por escolaridade e não mais por progressão. As aulas, que duravam das 7 hs às 12hs foram reduzidas para 2h30 por dia. Funcionários substituem os professores, quando é possível. Instituições parceiras como Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), que ofereciam cursos e atividades, também interromperam as atividades. Além disso, com a suspensão das visitas familiares, os adolescentes só podem se comunicar com seus parentes via telefone, pelo chamado “Canal da Família”.⁶ Preocupados com seus familiares, mas sem poderem nem vê-los, nem acompanhar a situação da pandemia, a angústia só aumenta.

CONCLUSÃO

Através do levantamento realizado, foi perceptível que mesmo que informações a respeito da recomendação n. 62 do CNJ foram encontradas em todos os sítios eletrônicos dos tribunais estaduais e do tribunal do distrito federal, houveram divergências em relação ao cumprimento da recomendação. Dos vinte e sete estados, em apenas dezenove os tribunais optaram por seguir a recomendação, quatro optaram por não seguir e os outros quatro manifestaram informações desconstruídas ou controversas (consideramos

-mil-casos-de-coronavirus/>. Acesso em: 30, set. 2020.

⁵ Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/19/pandemia-e-falta-de-politicas-publicas-isola-jovens-da-fundacao-casa.htm>>. Acesso em: 30, set. 2020.

⁶ Disponível em: <<https://www.diariodaregiao.com.br/cidades/2020/06/1196863-com-covid-19--me-nor-fica-isolado-em-banheiro-da-fundacao-casa-de-rio-preto-por-uma-semana.html>>. Acesso em: 30, set. 2020.

que estes seguiram as recomendações). Ainda, dentre os que seguiram a recomendação, dezesseis aderiram às medidas dos artigos 3, 4, 5, 6. O tribunal de São Paulo chegou a negar sistematicamente *Habeas Corpus* coletivos impetrados a favor de presos e presas que integravam o grupo de risco, só concedendo prisão domiciliar a presos e presas após a rebelião em Tremembé. Não obstante, dos que seguiram as recomendações, menos que a metade chamou atenção para as condições insalubres do ambiente de detenção. Dos que não seguiram, apenas um (Acre) chamou atenção para essas condições. Ademais, dos que seguiram a recomendação, apenas oito seguem as medidas estipulados nos artigos 9 e 10 e, apenas dez seguiram as medidas estipuladas no artigo 11. Por fim, todos os estados suspenderam audiências de custódia e destinaram recursos de penas pecuniárias para providências de saúde, necessárias ao contexto de pandemia.

É possível destacar, assim, que o tribunal de São Paulo, apesar de seguir a recomendação n. 62 do CNJ, não segue as medidas dos Artigos 9, 10 e 11, não chama atenção para as condições insalubres de do ambiente de detenção e só adotou as medidas dos Artigos 3, 4, 5 e 6 após a rebelião dos presos em Tremembé, que consumiu em fogo materiais que seriam imprescindíveis para manter os presos detidos durante a epidemia. Ainda, foi em São Paulo que o caso mais grave de descaso e tortura foi cometido durante a pandemia – na unidade Fundação CASA de São José do Rio Preto.

Os resultados preliminares aqui apresentados somados às informações obtidas nos periódicos de notícia sugerem, então, que, a despeito da comoção na sociedade civil, a adesão além de parcial dos tribunais de justiça à *Recomendação n. 62* é apenas protocolar, isso quer dizer que há diversos dilemas que permeiam a aplicação das medidas previstas em cada artigo do documento do CNJ no cotidiano institucional. Logo, é de suma importância que trabalhos futuros se debruçam, ainda com toda a dificuldade de acesso, sobre as práticas nos ambientes de cumprimento das medida socioeducativas a partir de uma perspectiva de cunho militante, como a pretendida aqui.

Ainda assim, a presente pesquisa tem o mérito de enfatizar, a partir de uma postura crítica, a precariedade da atuação das instituições, no atual contexto de pandemia que apenas escancara uma situação que já ocorria, e também a impossibilidade de uma solução que seja de caráter normativo e vertical. É, pois, preciso inverter o regime de visibilidade para tornar o debate sobre a condição dos adolescentes em conflito com a lei público

e para chamar atenção para a sua situação intolerável. Assim, ao tornar insustentável a atual condição e estimular a indignação pública, será possível dar voz àqueles adolescentes para que apresentem novos dizeres acerca da experiência no interior das unidades socioeducativas, o que implica “resgatar do silêncio absoluto o sofrimento anônimo” (ALVAREZ, 2006, p. 58).

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, M. C. Punição, poder e resistências: a experiência do *Groupe d'Information sur les Prisons* e a análise crítica da prisão. In: ALVAREZ, M. C.; MISKOLCI, R.; SCAVONE, L. *O legado de Foucault*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006, p.45-60.

ARTIÈRES, P. Dizer a atualidade: o trabalho de diagnósticos em Michel Foucault. In: GROS, F. (Org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola, 2004.

CHIES-SANTOS, M.; JESUS, M. G. M.; DUARTE, T. L. (2020) Tortura no socioeducativo em tempos de pandemia. *Sociologia UFSCar*, Boletim sociologia na pandemia #17.

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. Coronavírus e crianças em detenção. Disponível em: <<https://home.crin.org/latest/coronavirus-and-children-in-detention>>. Acesso em: 04, out., 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 04, out., 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Monitoramento CNJ – COVID-19. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Monitoramento-CNJ-Covid-19-2%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o-Julho.20.pdf>>. Acesso em: 30, set., 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Monitoramento de COVID-19 no Sistema Prisional e no Sistema Socioeducativo. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-23.09.20.pdf>>. Acesso em: 30, set., 2020.

DIÁRIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. Com COVID-19, menor fica isolado em banheiro da Fundação CASA de Rio Preto por uma semana. Disponível em: <<https://www.diariodaregiao.com.br/cidades/2020/06/1196863-com-covid-19--menor-fica-isolado-em-banheiro-da-fundacao-casa-de-rio-preto-por-uma-semana.html>>. Acesso em: 30, set., 2020.

FOUCAULT, M. Gerir os ilegalismos. Entrevista a Roger Pol-Droit gravada em janeiro de 1975. In: _____. *Michel Foucault: entrevistas*. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 41-52.

FOLHA DE SÃO PAULO. Governo faz ofensiva contra soltura de presos devido ao coronavírus. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/governo-faz-ofensiva-contrasoltura-de-presos-devido-ao-coronavirus.shtml>>. Acesso em: 04, out., 2020.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Nota técnica: COVID-19 e crianças e adolescentes em privação de liberdade. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/media/8466/file/covid-19-e-criancas-e-adolescentes-em-privacao-de-liberdade.pdf>>. Acesso em: 04, out., 2020.

GARLAND, David (2014) “O que Significa Escrever uma ‘História do Presente’? A abordagem Genealógica de Foucault Explicada”. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6 n. 10 pp. 73-96.

G1. Detentos fazem rebelião no Pemanó em Tremembé, SP. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2020/03/16/detentos-fazem-rebeliao-em-penitenciaria-de-tremembe-sp.ghtml>>. Acesso em: 30, set., 2020.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. COVID-19: protegendo populações de prisões da infecção por coronavírus de 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/protecting-prison-populations-infectious-disease>>. Acesso em: 04, out., 2020.

NOTÍCIAS DO SENADO. Senadores criticam liberação de presos durante a pandemia. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/05/senadores-criticam-liberacao-de-presos-durante-a-pandemia>>. Acesso em: 04, out., 2020.

OLIVEIRA, D. (2020) Coronavírus e Sistema Socioeducativo no Estado do Rio de Janeiro: Como fica a saúde dos adolescentes privados de liberdade?. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. v. 30, n. 03.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Preparação, prevenção e controle da COVID-19 nas prisões e outros locais de detenção de 15 de março de 2020. Disponível em: <https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf?ua=1>. Acesso em: 04, out., 2020.

PONTE. Justiça de SP determina liberação de parte dos adolescentes da Fundação CASA. Disponível em: <<https://ponte.org/justica-de-sp-determina-libertacao-de-parte-dos-adolescentes-da-fundacao-casa/>>. Acesso em: 30, set., 2020.

PONTE. Com unidades fechadas em SP, Fundação CASA se aproxima de mil casos de coronavírus. Disponível em: <<https://ponte.org/com-unidades-fechadas-em-sp-fundacao-casa-se-aproxima-de-mil-casos-de-coronavirus/>>. Acesso em: 30, set., 2020.

REVEL, J. (2004) O pensamento vertical: uma ética da problematização. In: GROS, F. (org.) *Foucault, a coragem da verdade*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, pp. 65-87.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Provimento n. 2572/20 de 17 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=120265>>. Acesso em: 30, set., 2020.

UOL. Pandemia e falta de política públicas isolam jovens da Fundação CASA. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/19/pandemia-e-falta-de-politicas-publicas-isola-jovens-da-fundacao-casa.htm>>. Acesso em: 30, set., 2020.

Apresentação oral

**A BUSCA PELA AUTODETERMINAÇÃO EM MEIO À VIOLAÇÃO
DE DIREITOS: ADOLESCENTES CRIMINALIZADOS E PROJETO
DE VIDA**

*THE SEARCH FOR SELF-DETERMINATION IN A RIGHT VIOLATION
CONTEXT: CRIMINALIZED ADOLESCENTS AND LIFE PURPOSE*

Marina Scaramuzza Bressan

Mestranda em Ensino e Processos Formativos na UNESP/São José do Rio Preto.

Bacharela em Direito pela USP/São Paulo. Advogada.

E-mail: marinasbressan@gmail.com

Ana Maria Klein

Professora da UNESP/São José do Rio Preto. Doutora e Mestre em Educação pela
USP/SP.

E-mail: ana.klein@unesp.br

Resumo: Projeto de Vida é o objetivo geral e estável que direciona o indivíduo ao longo de sua existência. Além do destaque em áreas como Psicologia e Educação, este conceito vem ganhando espaço jurídico. O tema requer visibilização das circunstâncias que cercam o indivíduo, visto que representam seu horizonte de possibilidades, em face do qual ele terá que eleger seu Projeto de Vida. Destarte, questiona-se em que circunstâncias se encontram os adolescentes que sofrem o processo de criminalização estatal. O problema desta pesquisa assim pode ser descrito: como se aplica o Direito ao Projeto de Vida aos jovens que sofrem responsabilização pelo Sistema de Justiça Juvenil? Os objetivos específicos são: (i) identificar a jurisprudência que reconhece o Direito ao Projeto de Vida; (ii) avaliar dados sobre adolescentes do sistema socioeducativo; (iii) consolidar a aplicação do Direito ao Projeto de Vida a estes adolescentes. A abordagem do problema é qualitativa, tratando-se de pesquisa exploratória. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental buscou-se a conceituação de Projeto de Vida; a identificação de julgados que o reconhecem como direito; e a contextualização crítica dos adolescentes do sistema socioeducativo. Constatou-se que o Direito ao Projeto de Vida tem admissão pela Corte Interamericana de Direitos

Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal, tendo apresentado tanto caráter defensivo, quanto prestacional. Evidencia-se a necessidade de promoção de Direitos Humanos a adolescentes criminalizados, muitas vezes submetidos a um contexto de marginalização social, de maneira a ampliar suas possibilidades e viabilizar a construção de um Projeto de Vida emancipador.

Palavras-Chave: Projetos de Vida; Sistema Socioeducativo; Direitos Humanos.

Abstract: Life Purpose is the general and stable objective that guides the individual throughout their existence. In addition to being highlighted in areas such as Psychology and Education, this concept has been legally gaining space. The subject requires visibility of the circumstances surrounding the individual, since they represent their horizon of possibilities, in face of which they will have to elect their Life Purpose. Therefore, it is questionable under what circumstances adolescents who suffer the process of state criminalization are. This research aims to answer the following question: how does the Right to Life Purpose apply to young people who are held accountable by the Adolescence Justice System? The specific objectives are: (i) to identify the jurisprudence that recognizes the Right to Life Purpose; (ii) to evaluate data on adolescents in the social-educational system; (iii) to consolidate the application of the Right to Life Purpose to these adolescents. The approach to the problem is qualitative, being an exploratory research. The concept of the Purpose of Life; the identification of judgments that recognize it as a right; and the critical contextualization of adolescents in the socio-educational system were obtained through bibliographic and documentary research. It was found that the Right to Life Purpose is admitted by the Inter-American Court of Human Rights and the Federal Supreme Court, having presented both a negative and a positive character. The need to promote human rights to criminalized adolescents, often subjected to a context of social marginalization, is highlighted, in order to expand their possibilities and to make possible the construction of an emancipatory Life Purpose.

Keywords: Life Purpose; Socio-educational System; Human Rights.

Sumário: Introdução. 1. Projeto de Vida: a construção de um conceito. 1.2. O Direito ao Projeto de Vida e seu reconhecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 1.3. Projetos de Vida no contexto brasileiro: o conceito na jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal e nos documentos nacionais. 2. Justiça Juvenil e Sistema Socioeducativo. 2.1. O que os dados dizem sobre adolescentes criminalizados no Brasil. 2.2. O contexto de violação de Direitos Humanos de adolescentes à margem da sociedade. 3. O dano ao Projeto de Vida em meio à violação de Direitos Humanos. 4. Conclusões.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral investigar a aplicação do Direito à Construção e ao Desenvolvimento de um Projeto de Vida aos adolescentes inseridos no sistema socioeducativo brasileiro. Como objetivos específicos, este estudo pretende: (i) identificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que reconheceu o Direito ao Projeto de Vida; (ii) avaliar os dados ou a ausência deles em relação aos adolescentes do sistema socioeducativo; (iii) consolidar a visão do Direito à criação e ao desenvolvimento de um Projeto de Vida como Direito Humano a ser aplicado a adolescentes do sistema socioeducativo.

A abordagem do problema é qualitativa, tratando-se de uma pesquisa exploratória, a qual investe no conhecimento nacional e internacional sobre o tema proposto, a fim de dialogar em torno dele, uma vez que foram encontrados poucos estudos semelhantes (MINAYO, 2012, p. 623). Essa pesquisa, portanto, propõe-se a trazer maior familiaridade ao tema, facilitando a construção de hipóteses a seu respeito.

É utilizada a pesquisa bibliográfica, que diferentemente da revisão bibliográfica, não busca a mera observação dos dados, mas também a compreensão crítica destes (LIMA e MIOTO, 2007).

Outro procedimento metodológico utilizado é a pesquisa documental, pela qual se analisam e se apreendem documentos, considerados materiais de fonte primária, que ao contrário daqueles visados pela pesquisa bibliográfica, não receberam tratamento científico (ALMEIDA, GUINDANI e SÁ-SILVA, 2009).

Faz-se a contextualização crítica dos adolescentes do sistema socioeducativo brasileiro, por meio da bibliografia recente sobre o tema e dos dados oficiais produzidos sobre ele, com destaque para o Levantamento Anual SINASE 2017 (BRASIL, 2019)

O conceito de “Projeto de Vida” é abordado a partir de literatura interdisciplinar, partindo do trabalho desenvolvido pelo psicólogo estadunidense e professor de Educação, William Damon. Além disto, será estudada a jurisprudência nacional e internacional, a fim de identificar julgados que reconheçam o conceito de “Projeto de Vida”, analisando a viabilidade de sua aplicação aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa.

A importância da pesquisa encontra-se na maior compreensão do contexto sócio-histórico-cultural dos adolescentes em situação de criminalização no Brasil e na reflexão crítica em torno desta realidade, a fim de levar à construção de políticas públicas que garantam o Direito à criação e ao desenvolvimento de Projetos de Vida emancipadores a estes adolescentes.

1. PROJETO DE VIDA: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO

Projetos de vida (“*purpose*”) são metas gerais que direcionam as pessoas ao longo de suas vidas e que vêm ganhando destaque nas políticas educacionais brasileiras, além de estarem presentes como eixo orientador das ações socioeducativas.

William Damon é doutor em Psicologia do Desenvolvimento pela Universidade da Califórnia (UC), professor de Educação e diretor do Centro de Pesquisas da Adolescência na Universidade de Stanford (Stanford Center on Adolescence). Entre seus trabalhos, voltados para o desenvolvimento humano e desenvolvimento moral, destacam-se os estudos em torno do conceito de projeto de vida (“*purpose*”).

Em seu livro intitulado “Noble Purpose: The Joy of Living a Meaningful Life”, Damon menciona que, tratando-se de uma importante dimensão na vida das pessoas, cientistas têm se interessado como os indivíduos adquirem e sustentam seus projetos de vida. Em termos gerais, Damon define Projeto de Vida como sendo um objetivo estável e generalizado de alcançar algo ao mesmo tempo significativo para o “eu” e para o mundo além do “eu” – “world beyond the self” (2003, p. 9).

Para serem caracterizadas como Projetos de Vida (“*purpose*”), essas metas gerais devem apresentar: estabilidade; significado autotranscendente; preocupação com o futuro e ações para sua persecução. Ou seja, é preciso diferenciá-las de simples desejos, que refletem, por sua vez, objetivos imediatos e que, em sua maioria, são de curta duração (KLEIN, 2011).

Em relação à importância do Projeto de Vida, pesquisas na área da Medicina e da Psicologia estariam direcionadas para o mesmo sentido, de que se trata de uma dimensão importante aos indivíduos, capaz de criar resiliência ainda que diante dos piores eventos (DAMON, 2003, p. 71).

Para Damon, “o paradoxo é que o projeto vital é tanto um fenômeno profundamente pessoal quanto inevitavelmente social” (2009, p.173). Em outras palavras, ainda que seja consequência de uma reflexão interna do sujeito, os Projetos de Vida são concebidos a partir de valores presentes na cultura ao seu redor.

Eleger uma meta que tenha significado depende do universo de possibilidades vivenciado, ou seja, um projeto de vida é elaborado face um cenário constituído pelas experiências pessoais.

Nessa perspectiva, encontram-se as reflexões do filósofo Ortega Y Gasset (2013), para o qual o ser humano encontra-se dentro de “circunstâncias”, sinônimas do mundo que o circunda. É este mundo que representa o repertório de potencialidade vital do indivíduo, seu horizonte de possibilidades.

Isto posto, ainda que o Projeto de Vida seja construído individualmente, importante frisar sua dimensão social, tanto na influência que sofre pelo contexto sócio-histórico-cultural do indivíduo; quanto pela sua significação, que deve ser direcionada para além de quem o constrói.

Para além do conceito de Damon, advindo da Psicologia, há outros enfoques sobre Projetos de Vida, podendo ser compreendido como um conceito polifônico, mas que traz em todas as suas vozes o contexto cultural, um aspecto comum às diferentes conceituações (DELLAZANA-ZANON & FREITAS, 2015). Este trabalho opta, assim, por dar maior enfoque ao aspecto sócio-cultural do conceito de Projeto de Vida, até mesmo por se tratar de uma análise de sua perspectiva jurídico-sociológica.

1.2 O DIREITO AO PROJETO DE VIDA E SEU RECONHECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Sessarego (2005, p. 115) defende que o conhecimento em torno do ser humano é um processo necessário para a compreensão de questões jurídicas. Em outras palavras, se a

razão de ser do direito é o ser humano e, se sua finalidade última é a proteção deste, torna-se essencial investigar sua natureza, sua estrutura existencial. Nesse sentido, importante a assimilação do conceito de “Projeto de Vida” no contexto legal.

Apesar de ainda pouco explorado em termos jurídicos, o Direito à criação e ao desenvolvimento de um Projeto de Vida já foi reconhecido na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal.

Em sua maioria, esse Direito é abordado do ponto de vista da responsabilidade civil, e sua violação como sendo espécie de dano imaterial, merecedora, portanto, de reparação (vide MACHADO & SCHÄFER, 2013).

O Direito a um Projeto de Vida correlaciona-se intimamente aos conceitos de autonomia e liberdade, uma vez que, para sua garantia, é necessário que o indivíduo possa usufruir da capacidade de tomar decisões e de fazer escolhas em torno de sua própria existência, desenvolvendo suas aptidões e expectativas sem interferências externas (BONAT e HACHEM, 2017).

Fernández Sessarego afirma que as possibilidades ou oportunidades oferecidas ao ser humano são a garantia de que ele está em condições de eleger um projeto de vida. Isto significa que, se as circunstâncias não oferecem opções ao indivíduo, de nada vale sua liberdade ontológica, uma vez que não pode ele exercer essa liberdade (2008, p.11). O dano ao “Projeto de Vida” seria, então, a limitação à liberdade do sujeito, o que prejudica sua autodeterminação e autonomia.

A Corte IDH, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, reconheceu o Direito ao Projeto de Vida pela primeira vez no ano de 1998, no caso *Loayza Tamayo versus Peru*.

O reconhecimento do “dano ao Projeto de Vida” foi requerido pela própria vítima e destacado, então, em voto proferido pelos juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli. Afirmaram os Magistrados que o conceito “Projeto de Vida” incorpora totalmente o ideal da Declaração Americana de 1948, que define o “espírito” como finalidade suprema da existência humana. Já na sentença proferida no caso, especificou-se que o Dano ao Projeto de Vida se diferencia da noção de dano emergente e lucro cessante, tratando-se de espécie distinta de dano à pessoa (SESSAREGO, 2005).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) passou a reconhecer, assim, que em um contexto de violação de Direitos há graves prejuízos ao desenvolvimento humano, resultando em um Dano ao Projeto de Vida do indivíduo, que o torna incapaz de se realizar existencialmente.

Depois do caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, outros casos reconheceram o conceito de Projeto de Vida. Na bibliografia atinente ao tema (BONAT e HACHEM, 2017; DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO TOCANTINS, 2017; MAYORCA e OYAGUE, 2018; SESSAREGO, 2005), foram citados os seguintes casos: *Cantoral Benavides vs. Peru* (2001); *Niños de la Calle vs Guatemala* (2001); *Gelman vs. Uruguai* (2011); *Furlán e Familiares vs. Argentina* (2012); *Atala Riffo niñas vs. Chile* (2012).

Em busca de uma análise mais ampla, investigaram-se casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que o conceito de “Projeto de Vida” foi mencionado, independente de seu reconhecimento e/ou da condenação à reparação de seu dano. Dessa maneira, foi possível identificar um número considerável de casos, o que se deu por meio de bancos de Jurisprudência da Corte IDH publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016a e 2016b) e pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2014a; 2014b; 2014c; 2014d; 2014e), que apresentam sentenças da Corte de 1988 a 2014.

Os casos identificados são: “Instituto de Reeducação do Menor” *vs. Paraguai* (2004); Comunidade Indígena Yakyé Axa *vs. Paraguai* (2005); Yatama *vs. Nicarágua* (2005); La Cantuta *vs. Peru* (2006); López Álvarez *vs. Honduras* (2006); Presídio Miguel Castro Castro *vs. Peru* (2006); Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez *vs. Equador* (2007); Bayarri *vs. Argentina* (2008); Bueno Alves *vs. Argentina* (2007); González e Outras (“Campo Algodoeiro”) *vs. México* (2009); Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) *vs. Peru* (2009); Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs. Brasil* (2010); Cabrera García *vs. México* (2010); Contreras e Outros *vs. El Salvador* (2010); Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs. Equador* (2012); Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos *vs. El Salvador* (2012); Gudiel Álvarez e Outros (“Diário Militar”) *vs. Guatemala* (2012); Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) *vs. Costa Rica* (2012); Norín Catrimán e Outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) *vs. Chile* (2014); Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas *vs. República Dominicana* (2014); Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) *vs.*

Colômbia (2014); Rochac Hernández e Outros *vs.* El Salvador (2014); Veliz Franco e Outros *vs.* Guatemala (2014); Irmão Landaeta Mejías e Outros *vs.* Venezuela (2014); Argüelles e Outros *vs.* Argentina (2014).

É possível observar que uma grande quantidade de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos fez referência ao conceito de Projeto de Vida, seja por requerimento das vítimas de violação de Direitos Humanos; pelas provas produzidas no caso; pela solicitação apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; ou, ainda, pelas próprias sentenças da Corte. Ressaltando que a busca foi feita apenas sobre os casos sentenciados até o ano de 2014, uma vez que, conforme já alegado, os bancos de dados utilizados só apresentaram casos até este limite temporal.

A presente pesquisa, entretanto, tem como objetivo demonstrar a importância do reconhecimento do conceito de Projeto de Vida como Direito Humano e, assim, é possível constatar que já há um caminho perseguido neste sentido, uma vez que, desde o ano de 1998, o conceito é utilizado nos casos do Sistema Interamericano de Defesa aos Direitos Humanos.

No tocante ao modo como o conceito de Projeto de Vida é utilizado, destacamos o Caso “Instituto de Reeducação do Menor” *vs.* Paraguai, uma vez que envolve adolescentes mortos ou feridos em um Instituto de Internação paraguaio, bem como a violação de outros direitos dos internos, entre os anos de 1996 e 2001.

Entre as considerações da Corte sobre o caso, ao determinar que se deve verificar o cumprimento pelo Estado do Paraguai das obrigações estabelecidas em relação aos adolescentes, é dada especial importância aos direitos garantidos a estes, uma vez que estão em etapa crucial de desenvolvimento, a qual impacta em seus projetos de vida (BRASIL, 2014a, p. 70).

Ainda, ao tratar de violações do Direito à Educação aos adolescentes internos do Instituto de Reeducação, a Corte situa esses meninos socialmente, alertando que este contexto precisa de especial atenção. Segue trecho:

Este descumprimento do Estado causa consequências ainda mais sérias quando os meninos privados de liberdade provêm de setores marginalizados da sociedade, como ocorre no presente caso, pois isso limita suas possibilidades de

reinserção efetiva na sociedade e o desenvolvimento de seus projetos de vida.
(BRASIL, 2014a, p.70)

Para além de ser refletido em uma dimensão negativa ou defensiva, a partir da qual o Estado não deve interferir na liberdade e autonomia do sujeito, Bonat e Hachem asseveram que o Direito ao Projeto de Vida merece ser analisado também em sua faceta positiva ou prestacional: devem os Poderes Públicos fornecer condições materiais para que a autonomia e a liberdade possam ser de fato exercidas (2017, p. 78).

Nessa perspectiva, as considerações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Instituto de Reeducação do Menor” *vs.* Paraguai, para além de sua importância ao relacionar o Direito à Construção e ao Desenvolvimento de um Projeto de Vida à adolescência, também se destaca ao advertir que a falha na prestação de Direitos Educacionais gera prejuízos ao Projeto de Vida dos sujeitos, evidenciando a faceta prestacional deste Direito.

Como é possível perceber, os estudos em torno da Jurisprudência da Corte IDH, permitem o fortalecimento do conceito de Projeto de Vida, sendo que sua aplicação foi observada em diversos casos, inclusive naqueles que apresentam contexto semelhante ao do sistema socioeducativo brasileiro.

1.3 PROJETOS DE VIDA NO CONTEXTO BRASILEIRO: O CONCEITO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NOS DOCUMENTOS NACIONAIS

Na mesma direção das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se utilizou do conceito de Direito ao Projeto de Vida em seus julgamentos.

Em pesquisa realizada pela plataforma do próprio Tribunal, por meio do descritor “projeto de vida”, foram encontrados três acórdãos. São eles: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, julgada em 29/05/2008; Recurso Extraordinário (RE) 778889, julgado em 10/03/2016; *Habeas Corpus* (HC) 143988, julgado em 24/08/2020.

A decisão proferida na ADI 3510, que entendeu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança e da realização de pesquisas em células-tronco embrionárias, determinou

que um embrião, por não possuir terminações nervosas, não tem possibilidade de realizar um projeto de vida autônomo e irrepetível como se um ser humano fosse, motivo pelo qual pode ser objeto de pesquisas científicas.

Em relação ao acórdão proferido no RE 778889, foi ele responsável por igualar os prazos da licença adotante aos prazos da licença gestante, independente da idade da criança adotada. Um dos argumentos utilizados para esta decisão foi que a mulher deve ter sua dignidade e autonomia tuteladas, para que ela possa eleger seus projetos de vida, cabendo ao Estado reforçar a compatibilização entre maternidade e profissão. Salienta-se aqui o aspecto prestacional do Direito ao Projeto de Vida, já que se aponta uma necessidade estatal em garantir condições para a construção e o desenvolvimento de um Projeto de Vida autônomo.

O último acórdão encontrado foi o HC coletivo 143988, o qual foi julgado no ano de 2020 e merece especial destaque. Nele, em voto proferido pelo ministro e relator, Edson Fachin, foram mencionados os casos “Villagrán Morales e Outros (Niños de la Calle) *vs.* Guatemala” e o “Instituto de Reeducação do Menor *vs.* Paraguai”, ambos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O ministro frisou a importância de garantir “condições viabilizadoras do direito das crianças e dos adolescentes em desenvolver o seu projeto de vida” (BRASIL, 2020, p.19). Em suas palavras:

A adolescência é momento peculiar do desenvolvimento humano, da constituição da pessoa em seu meio social e da construção de sua subjetividade. Portanto, as relações sociais, culturais, históricas e econômicas da sociedade, estabelecidas num determinado contexto, serão decisivas nessa fase e vão refletir na trajetória futura e na definição do projeto de vida. (BRASIL, 2020, p.13)

Este *Habeas Corpus* Coletivo encarregou-se de decisão de extrema importância, a qual aplicou o princípio *numerus clausus*, já anteriormente reconhecido no sistema carcerário, ao sistema socioeducativo. Trata-se de estratégia de gestão, que estabelece medidas voltadas a impedir a superlotação das unidades de privação de liberdade de adolescentes.

A admissão do conceito de Projeto de Vida por parte do relator Edson Fachin foi central para alcançar a referida decisão garantidora de direitos a adolescentes criminalizados.

Reconhece-se o aspecto defensivo do Direito ao Projeto de Vida, no sentido de que o Estado não pode violar direitos, prejudicando assim o regular desenvolvimento existencial do sujeito. Ainda, evidencia-se o aspecto positivo ou prestacional deste Direito, já que se destaca que a privação de liberdade de adolescentes impõe uma série de deveres ao Estado, que deve fortalecer o desenvolvimento do Projeto de Vida destes indivíduos.

Em adição à Jurisprudência, o conceito de Projeto de Vida também foi identificado em documentos nacionais referentes a crianças e adolescentes e ao Sistema de Justiça Juvenil. Destacamos os seguintes documentos: Base Nacional Curricular Comum – BNCC (BRASIL, 2018); Currículo Paulista (SÃO PAULO, 2020); Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE (BRASIL, 2006); Caderno de Orientações Técnicas para Serviços de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto (BRASIL, 2016).

Assim sendo, o Projeto de Vida tem, de alguma maneira, seu reconhecimento como estratégia educacional e como eixo orientador de medidas socioeducativas, além de, como apresentado, já ter sido admitido como direito a ser garantido no ordenamento jurídico brasileiro. Por essas razões, a solidificação deste conceito é necessária para que, na prática, ele possa auxiliar a construção de políticas públicas e a garantia de uma jurisprudência em que seja encarada a estrutura existencial do ser humano em sua integralidade.

2. JUSTIÇA JUVENIL E SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

Historicamente, a atual fase dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, dentre os quais se situa o Sistema de Justiça Juvenil, é denominada como etapa garantista. Iniciada com a Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/1990), esta etapa substituiu o paradigma da “situação irregular” pelo da “proteção integral” (SHECAIRA, 2015, p. 44).

Nos termos da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 288, e, no mesmo sentido, do Código Penal, em seu artigo 27 (BRASIL, 1940), “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988).

Desta forma, em conformidade com os preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o ordenamento jurídico brasileiro não submete adultos e adolescentes ao mesmo sistema de responsabilização, reconhecendo aos adolescentes, indivíduos de

12 a 18 anos, a especial condição de pessoas em desenvolvimento, aos quais deve ser garantido tratamento especializado.

Importante destacar, que, segundo o próprio ECA, os Direitos da Criança e do Adolescente serão aplicados, excepcionalmente, a jovens com 18 a 21 anos de idade (BRASIL, 1990).

Até mesmo as nomenclaturas referentes ao Sistema de Justiça Juvenil não são as mesmas dos Sistema Penal Adulto: diz-se que adolescentes cometem atos infracionais e não crimes; a eles se aplicam medidas socioeducativas e não penas.

Na busca em consolidar a etapa garantista e regulamentar o sistema voltado à adolescência, em 2012, foi promulgada a Lei 12.594, responsável por instituir o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que “regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional” (BRASIL, 2012).

Levando em conta essa breve contextualização do Sistema de Justiça Juvenil, passa-se a analisar quem são, atualmente, os adolescentes que passam pelo processo de criminalização estatal e que, conseqüentemente, cumprem medidas socioeducativas no Brasil.

2.1 O QUE OS DADOS DIZEM SOBRE ADOLESCENTES CRIMINALIZADOS NO BRASIL

As informações e dados a respeito de adolescentes inseridos no sistema socioeducativo ainda são esparsos e, muitas vezes, não abrangem um olhar sistêmico sobre o assunto.

Os dados oficiais mais recentes (BRASIL, 2019) mostram que no ano de 2017 um total de 143.316 adolescentes encontravam-se no Sistema Socioeducativo brasileiro, sendo 26.109 em meio fechado, ou seja, em medidas de restrição e privação de liberdade – semiliberdade e internação, respectivamente – e 117.207 em meio aberto – medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade.

Quanto aos adolescentes em cumprimento de medidas de restrição e privação de liberdade, importante apontar algumas informações, conforme o Levantamento Anual SINASE de 2017 (BRASIL, 2019):¹ 96% são do sexo masculino e 4% do sexo feminino.

Os dados sobre cor/raça demonstram como o sistema socioeducativo é carente de dados: 36% dos adolescentes em meio fechado não tiveram registro de cor/raça; 40% deles foram declarados como pardos/pretos; 23%, como brancos e 1%, de outras etnias;

No que se refere à faixa etária, 1,6% dos adolescentes possuem de 12 a 13 anos; 12,8%, possuem entre 14 e 15 anos; 56%, entre 16 e 17 anos; 29,5%, entre 18 e 21 anos. Infere-se, assim, que 85,5% dos adolescentes estão na faixa etária entre 16 e 21 anos.

Os atos infracionais mais relevantes na aplicação de medidas socioeducativas de restrição ou privação de liberdade, conforme o Levantamento Anual SINASE 2017 (BRASIL, 2019, p. 58), são os atos equiparados ao roubo, ao roubo qualificado, ao tráfico de entorpecentes e à associação ao tráfico. O próprio Levantamento menciona que os crimes patrimoniais que geram encarceramento são aqueles cometidos pelas classes baixas. Deste modo, os atos infracionais destacados são capazes de externar o contexto sócio-histórico-cultural em que os adolescentes criminalizados se encontram.

Ainda sobre o contexto social: 98% desses adolescentes têm a figura materna como responsável; 81% apresentou renda familiar entre “sem renda” e renda de “menos de um salário mínimo”; sendo que 72% dos adolescentes privados ou restringidos de sua liberdade têm de 4 a 5 membros da família morando sob o mesmo teto.

Quanto à estrutura das unidades de atendimento socioeducativo, ainda que tenham o dever de garantir todos os direitos ao adolescentes que cumprem medidas socioeducativas, é possível observar um déficit nos equipamentos físicos apresentados (BRASIL, 2019, p.104).

À vista disso é que se faz o questionamento das circunstâncias em que se encontram os adolescentes que sofrem o processo de criminalização estatal. Em resumo, é forçoso

¹ A metodologia de pesquisa aplicada pelo Levantamento Anual SINASE 2017 se refere apenas às Medidas em Meio Fechado, uma vez que os procedimentos de tratamento e análise das Medidas em Meio Aberto se dão em sistema diverso (BRASIL, 2019, p.14). Assim, em relação às Medidas em Meio Aberto, o Levantamento não apresenta a mesma sistematização de dados.

avaliar qual horizonte de possibilidades a sociedade apresenta a estes adolescentes, que em sua maioria compartilham residência com 4 ou 5 pessoas, as quais vivem sem renda ou com menos de um salário mínimo e que, mesmo quando sob tutela estatal, não possuem as necessárias garantias de direitos.

2.2 O CONTEXTO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES À MARGEM DA SOCIEDADE

Para além dos dados a respeito do Sistema Socioeducativo, entende-se por bem contextualizar socioculturalmente a juventude brasileira como um todo, a fim de melhor compreender o cenário experienciado pelos adolescentes do Sistema de Justiça Juvenil.

O Atlas da Violência 2020 (BRASIL, 2020), ao apresentar um estudo sobre a letalidade no Brasil, aponta que, desde a década de 1980, a violência homicida no país tem como principal vítima a juventude. O Atlas de 2020 apresenta os dados brasileiros de 2018, demonstrando que, neste ano, a taxa de homicídios entre pessoas de 15 a 29 anos foi de 60,4 a cada 100.000 habitantes, representando 53,3% do total de homicídios do país.

Reportando o quadro de violação de direitos em tono de crianças e adolescentes brasileiros, o Atlas da Violência aponta que, mesmo com os avanços alcançados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – que completa 30 anos de existência em 2020 –, as desigualdades de renda e raça ainda sobrevivem na infância e na adolescência.

Como exemplo, o Atlas menciona dados do IBGE sobre o abandono e atraso escolar entre jovens de 15 a 17 anos: enquanto em um contexto de pobreza a taxa é de 11,8% de abandono escolar, essa porcentagem é de 1,4% entre os mais ricos (BRASIL, 2020, p. 30).

A pesquisa realizada pelo IPEA assinala também os efeitos da desigualdade racial, que fazem com que as principais vítimas de violência, além de jovens, sejam periféricas e pretas/pardas. Em 2017, por exemplo, 75,5% das vítimas de homicídio possuíam essa identificação de raça/cor (BRASIL, 2020, p.30).

Por esse ângulo, Achille Mbembe cunhou o conceito de necropolítica, isso é, da política de morte. Para o autor, a soberania está, em grande parte, na possibilidade de

matar ou deixar viver. Em outras palavras, “ a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é ‘descartável’ e quem não é” (MBEMBE, 2016, p. 135).

Há evidências, portanto, de que no Estado brasileiro existe uma necropolítica em torno da juventude preta e pobre: historicamente, essa parcela da população é tida como descartável, tendo sua morte precoce e violenta como fim cotidiano e também banalizado.

Por outro lado, enquanto em vida, essa juventude convive com uma patente violação de direitos, tendo dificuldades em acessar as políticas e os equipamentos públicos, além de estar sujeita aos processos de encarceramento em massa e de estigmatização.

3. O DANO AO PROJETO DE VIDA EM MEIO À VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Como referido por Sessarego (2005, p. 113), a liberdade constitui o próprio ser de um indivíduo, ou seja, o potencial de eleger, entre as possibilidades existentes, um Projeto de Vida, é o que diferencia o ser humano dos demais seres da natureza. Trata-se do próprio sentido da vida de um sujeito.

Uma vez que, conforme Cançado Trindade e Abreu Burelli, em voto proferido no caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, o Projeto de Vida é o direito de cada pessoa eleger seu próprio destino (SESSAREGO, 2015, p. 117), é preciso questionar se, em meio ao contexto mencionado de violação de direitos humanos essa escolha poderia ser exercida.

No parágrafo 148 da sentença proferida neste caso, afirma-se que o Projeto de Vida se sustenta nas opções que o sujeito tem para conduzir sua vida e alcançar o destino esperado: as opções seriam a expressão e a garantia da liberdade. Isso é, não havendo opções, dificilmente uma pessoa exercerá de fato sua liberdade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1998).

Fora a restrição de possibilidades ocasionada pelas circunstâncias socioculturais vividas pela população adolescente no Brasil, a criminalização desta também influencia em sua autodeterminação, dado que é capaz de produzir uma estigmatização social.

Referindo-se a um projeto de vida autônomo como dimensão importante para a condução à emancipação da identidade, Ciampa e Dantas, citando Goffman, apontam os efeitos da estigmatização no indivíduo, uma vez que a ele atribui-se uma identidade pressuposta, não necessariamente condizente com sua identidade. Isso faz com que o sujeito seja levado a adotar uma identidade inautêntica e voltada para aquilo que é considerado comum aos demais com o mesmo estigma (GOFFMAN, 1988 apud CIAMPA & DANTAS, 2014).

Esse pensamento se desdobra na Teoria do Etiquetamento Social (“labeling approach”), pela qual a rotulação de um indivíduo como infrator produz mecanismos pessoais de adaptação psicológica ao próprio rótulo. Essa adaptação, em conjunto com as expectativas sociais de que o indivíduo se comporte de acordo com a rotulação, faz com que o sujeito – no caso, o adolescente criminalizado – entre na lógica da reprodução social dessa criminalização (SANTOS, p.5, 2013).

Depreende-se que em meio a um contexto de violação de Direitos, como se dá em relação aos adolescentes do Sistema Socioeducativo brasileiro, há um evidente Dano ao Direito ao Projeto de Vida, que é acometido pelo escasso leque de potencialidade vital, bem como pelas consequências da estigmatização social.

4. CONCLUSÕES

A pesquisa buscou problematizar a violação de direitos vivenciada pelos jovens em meio ao Sistema de Justiça Juvenil e seus possíveis efeitos na elaboração de Projetos de Vida que guiem suas existências. Melhor dizendo, este trabalho teve como objetivo geral investigar se mesmo diante de um contexto de necropolítica; de encarceramento em massa; e de violação a direitos, é possível que adolescentes tenham garantido seu Direito à criação e ao desenvolvimento de um Projeto de Vida.

Para além de sua importância conceitual, o Projeto de Vida deve se colocar como uma lente de análise dos contextos sócio-histórico-culturais dos indivíduos. Em outras palavras, compreende-se que este conceito pode auxiliar na percepção de quais prestações devem ser promovidas pelo Estado, a fim de possibilitar a realização existencial dos sujeitos.

Ao tratar das dificuldades encontradas na concretização do ECA, o Atlas da Violência 2020 aponta a falta de “intersectorialidade entre as políticas públicas para o efetivo atendimento de crianças e adolescentes nos territórios em que estes vivem” (BRASIL, 2020, p. 31). Pensar no Direito ao Projeto de Vida, nesse âmbito, mostra-se de extrema importância, uma vez que, conforme elucidado, é um conceito que exige visão integral do indivíduo e das circunstâncias em que ele se encontra.

Internacionalmente, pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e nacionalmente, tanto pelo Supremo Tribunal Federal como por meio de documentos oficiais, foi possível observar uma trajetória de reconhecimento e debate em torno do conceito de Projeto de Vida.

No mais, a contextualização dos jovens sob o Sistema de Justiça Juvenil ampara a compreensão de que a eles é apresentado um cenário de desigualdades, passível de inviabilizar seus Projetos de Vida.

Diante disso e da riqueza interdisciplinar deste conceito, que leva à compreensão última do indivíduo como ser dotado de liberdade e dignidade, procurou-se evidenciar a importância do reconhecimento do Direito ao Projeto de Vida aos adolescentes responsabilizados juridicamente.

Se, como defendido por Mbembe (2016), a soberania se mostra também na vida e na morte dos indivíduos, é necessário, em um Estado Democrático de Direito, no qual todo e qualquer pessoa deve ter sua dignidade promovida, reconhecer que se faz urgente a proteção da vida da juventude brasileira, mesmo – e principalmente – daquela em situação de vulnerabilidade, como à submetida ao Sistema de Justiça Juvenil.

Mais que isso, entende-se que a defesa da vida destes adolescentes deve ser feita não apenas no sentido da negação de suas mortes, mas também na promoção de sua potencialidade vital, para que, de fato, se desenvolvam autonomamente, construindo e desenvolvendo um Projeto de Vida emancipatório.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Cristóvão Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe; SÁ-SILVA, Jackson Ronie. Pesquisa Documental: pistas teóricas e metodológicas. *Revista Brasileira de História*

e *Ciências Sociais*, Rio Grande, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, Jul., 2009. Disponível em: <<https://www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/10351>>. Acesso em: 03 de out. 2020.

BONAT, Alan; HACHEM, Daniel Wunder. O Direito ao Desenvolvimento de um Projeto de Vida na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Educação como Elemento Indispensável. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, CE, v.15, n.21, p.77-105, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1787>>. Acesso em: 03 out. 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014: Direitos à Integridade Pessoal*. 1 ed. Brasília, DF: CNJ, 2016. 968 p. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/c9ac5ba88a1053137da8639624744fc3.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Discriminação*. 1 ed. Brasília, DF: CNJ, 2016. 1088 p. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/653c08b6daf0118dbd8b1e85edb22eb9.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Atlas da Violência 2020*. Brasília, DF: IPEA, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Lei n. 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, 16 jul. 1990 e retificado em 27 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Lei n. 12.595, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas

a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis n.s 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis n.s 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jan. 2012 retificado em 20 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Ministério da Educação. *Base Nacional Comum Curricular: Educação é a Base*. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2018. 600 p. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518-versaofinal_site.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Integridade Pessoal*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Liberdade Pessoal*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à Vida, Anistias e Direito à Verdade*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por6.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos dos Povos Indígenas*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por7.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Secretaria Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos Econômicos, Sociais*

e Culturais e Discriminação. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por1.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). *Levantamento Anual SINASE 2017*. Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <<https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2016/05/levantamentoanualdosinase2017.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Caderno de Orientações Técnicas: Serviços de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, 2016. 106 p. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_MSE_0712.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: SINASE*. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), 2006. 100 p. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* coletivo. Cumprimento de medidas socioeducativas de internação. Impetração voltada a corrigir alegada superlotação em unidades. Admissibilidade da via eleita para o exame da questão de fundo. Violação de Direitos Fundamentais dos adolescentes internados. Deficiências estruturais e ausência de vagas ofertadas em instituições similares. Finalidades da medida socioeducativa. Doutrina da Proteção Integral. Princípios da Brevidade, Excepcionalidade e Respeito à Condição de Pessoa em Desenvolvimento. Diferenças das Políticas de Atendimento Socioeducativo em relação às polícias criminais. Deveres estatais reconhecidos pela Corte Interamericana. Direito dos Adolescentes privados de liberdade a desenvolverem os seus projetos de vida. Impossibilidade de o Poder Judiciário eximir-se de sua atuação nas hipóteses de violação iminente ou em curso a direitos fundamentais. Envergadura do postulado da dignidade humana no estado democrático de direito. Ordem concedida com a fixação de parâmetros e critérios a serem observados pelos magistrados. Eventual descumprimento pelos destinatários da ordem desafiará a interposição de recurso nas instâncias apropriadas.

Habeas Corpus 143988. Todos os adolescentes internados na unidade de internação Regional Norte e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ N. 221 do dia 04 set. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&text=.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2020.

CIAMPA, Antonio da Costa; DANTAS, Sérgio Silva. Projeto de Vida e Identidade Política: um Caminho para a Emancipação. *Revista de Psicologia*. Fortaleza, CE, v.5, n. 2, p. 138-152, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/psicologiaufc/article/view/1482>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo versus Perú (Casos Contenciosos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Série C, n. 42. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO TOCANTINS. *Banco de Jurisprudência Internacional: Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Palmas, TO: Núcleo Especializado de Defesa dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://static.defensoria.to.def.br/postify-media/uploads/post/file/22527/BANCO_DE_JURISPRUDENCIA__SISTEMA_INTERAMERICANO.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

DAMON, William. *Noble Purpose: The Joy of Leaving a Meaningful Life*. Philadelphia: Templeton Foundation Press. 2003. 113 p.

_____. *O que o jovem quer da vida?* Como pais e professores podem orientar e motivar os adolescentes. 1. ed. São Paulo: Summus Editorial, 2009. 200 p.

DELLAZZANA-ZANON, Letícia Lovato; FREITAS, Lia Beatriz de Lucca. Uma Revisão de Literatura sobre a Definição de Projeto de Vida na Adolescência. *Revista Interação em Psicologia*. Curitiba, PR, v. 19, n. 2, p. 281-292, mai/ago. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/35218>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamaso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. *Revista Katálisis*. Florianópolis, SC, v. 10, n. especial, p. 37-45, 2007. Disponível em: <<https://>>

periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802007000300004>.
Acesso em: 03 out. 2020.

MAYORCA, Diego Monje; OYAGUE, Olenka Woolcott. El daño al proyecto de vida: Noción, estructura y protección jurídica según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*. [S.l.], v. 23, p. 128-138, jun. 2019. ISSN 2477-9555. Disponível em: <<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/33147>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MACHADO, Carlos Eduardo Martins; SCHÄFER, Gilberto. A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, PR, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/340>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista Arte e Ensaios*, Rio de Janeiro, RJ, n.32, p. 123-151. e-ISSN: 2448-3338. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Análise qualitativa: teoria, passos e fidedignidade. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 3, p. 621-626, 2012. Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos?erro=Registro%20n%C3%A3o%20encontrado>>. Acesso em: 03 out. 2020.

KLEIN, Ana Maria. *Projetos de Vida e Escola: a percepção de estudantes do Ensino Médio sobre a contribuição das experiências escolares aos seus projetos de vida*. 2011. 292 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SÃO PAULO. Secretaria da Educação do Estado de São Paulo. *Currículo Paulista: Etapa Educação Infantil e Ensino Fundamental*. São Paulo, SP: Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, 2020, 525 p. Disponível em: <<https://efape.educacao.sp.gov.br/curriculopaulista/ensino-medio/>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SESSAREGO, Carlos Fernández. El “Proyecto de Vida”, ¿ Merece Protección Jurídica? *Revista Persona*, n. 75, set./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Recientes Decisiones de Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: La Reparación del “Daño al Proyecto de Vida” en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Peruana de La Jurisprudencia*. Trujillo, v. 52, n.7, p. 100-124, 2005. Disponível em: <https://institucional.us.es/revistas/derecho/4/art_7.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. Curitiba, PR: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2013. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf?fbclid=IwAR0gbLB9fT1eGUxCm9DXvfJASpgcuCy88QpuaHP7-3sQYvh8hTBoFTvoTio>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 268 p.

ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Brasília, DF: Ruriak Ink, 2013. 238 p. Disponível em: <<http://sinteenp-pb.org.br/wp-content/uploads/2015/11/A-Rebeliao-Das-Massas-Jose-Ortega-Y-Gasset.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2020.

Apresentação oral

**DOIS PESOS, MUITAS MEDIDAS: CONTROLES DO ESTADO
A ADOLESCENTES EM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE
INTERNAÇÃO NA CIDADE DE SÃO PAULO**

*TWO WEIGHTS, MANY MEASURES: STATE CONTROLS TO
ADOLESCENTS IN SOCIO-EDUCATIONAL INTERNMENT PENALTY IN
THE CITY OF SÃO PAULO*

Matheus de Fernando Cequini Pereira

Especialista em Estudos Brasileiros pela Escola de Sociologia e Política de São Paulo.
Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Advogado e educador social.

E-mail: mcequini@gmail.com

Resumo: A medida socioeducativa de internação, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) é determinada, na cidade de São Paulo, pelo Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude do Brás e executada pela Fundação CASA. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei n. 12.594/12) e o Regimento Interno da Fundação CASA (Portaria Normativa n. 224/12) demandam dessas duas esferas públicas obediência a um tratamento digno e eficaz por parte do Estado – tudo para almejar mudanças de perspectivas e sentidos na trajetória de adolescentes e jovens criminalizados/as. Através do levantamento de processos de execução da medida de internação iniciadas entre janeiro de 2016 e dezembro de 2018 na capital paulista, este trabalho analisa a conduta e lisura do Estado no cumprimento dos parâmetros legais mencionados. Nomeadamente, verifica o respeito ao prazo para transferência de adolescentes e jovens entre as unidades da Fundação CASA, assim como ao de protocolo do Plano Individual de Atendimento (PIA), relatório técnico basilar para o curso da medida socioeducativa. Também observa a incidência e o impacto das determinações de juízes/as pela avaliação de relatórios de encerramento da internação por parte da Equipe Técnica do Judiciário (ETJ), constituída para, entre outras funções, auxiliar o convencimento de magistrados/as através de pareceres técnicos. O exame dos dados aponta recorrente descumprimento de normas e princípios fundamentais à dignidade da pessoa humana, revelando que o

Estado, seletivamente, pune em excesso, ao arrepio da lei. Valendo-se de perspectivas críticas sobre o tratamento histórico da infância e juventude no Brasil (OLIVEIRA E SILVA, 2011), o encarceramento da juventude periférica e a formação de profissionais do direito (SANTOS, 2007), resta projetado um panorama ainda carregado de cunho punitivo, conservador e discriminatório sobre os corpos daqueles e daquelas submetidas ao controle sociopenal.

Palavras-chave: Medida socioeducativa; Internação; Controle sociopenal; Violência de Estado

Abstract: The socio-educational penalty of internment, provided for in the Child and Adolescent Statute (Law n. 8.069/90) is determined, in the city of São Paulo, by the Forum of Special Courts for Children and Youth of Brás and implemented by the CASA Foundation. The National System of Socio-Educational Attendance (Law n. 12.594/12) and the Internal Regulation of the CASA Foundation (Normative Ordinance n. 224/12) demand that these two public spheres obey a dignified and effective treatment by the State – all to aim changes in perspectives and meanings in the trajectory of criminalized adolescents and young people. Through a survey of the execution procedures for the internment penalty initiated between January 2016 and December 2018 in the capital of São Paulo, this paper analyzes the conduct and fairness of the State in complying with the legal parameters. In particular, it verifies compliance with the deadline for transferring adolescents and young people between the CASA Foundation units, as well as the protocol for the Individual Attendance Plan (IAP), basic technical report for the socio-educational penalty course. It also observes the incidence and impact of the judges' determinations by the evaluation of the closure reports by the Judiciary Technical Team (JTT), constituted to, among other functions, help convince magistrates through technical opinions. The examination of the data points to recurrent non-compliance with norms and fundamental principles to the dignity of the human person, revealing that the State, selectively, punishes in excess, contrary to the law. Based on critical perspectives about historical treatment of childhood and youth in Brazil (OLIVEIRA E SILVA, 2011), the incarceration of peripheral youth and the qualification of law professionals (SANTOS, 2007), a punitive, conservative and discriminatory scenario is still projected on the bodies of those subjected to sociopenal control.

Keywords: Socio-educational penalties; Internment; Sociopenal control; State violence

Sumário: Introdução. 1. Perspectivas do cárcere. 2. Tratamento histórico da infância e juventude. 3. Análise processual. 4. Judiciário e Sistema de Justiça. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Processos judiciais de execução (ou acompanhamento) de atos infracionais, além de obedecerem aos princípios da Constituição brasileira de 1988, devem seguir as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990, e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), lei federal em vigência desde 2012.

A medida socioeducativa de internação, mais grave de todas as previstas no ECA – já que ceifa a liberdade de seus/suas sentenciadas – condiciona também observância ao Regimento Interno da Fundação CASA, instituição vinculada à Secretaria de Justiça e Cidadania do governo do Estado de São Paulo, responsável por acompanhar seu cumprimento.

Todo esse conjunto legal programa e subordina a conduta do Estado para com os/as adolescentes e jovens institucionalizadas – pessoas em desenvolvimento com direitos especialmente garantidos. Há três momentos da medida de internação pelos quais daremos destaque: as dinâmicas de transferência de adolescentes e jovens internados/as, de protocolo de seu primeiro relatório técnico e de avaliação de encerramento ou substituição de suas medidas de internação.

Com regularidade, adolescentes e jovens, na espera da sentença, ficam provisoriamente internados/as, podendo assim permanecer até 45 dias. Quando sai a decisão final que mantém a internação, ou seja, torna definitivo o que era provisório, deve a Fundação CASA promover sua transferência de uma unidade que só os/as abriga provisoriamente, para outras especificamente constituídas para acompanhar de forma permanente sua estadia de duração indeterminada.

Esta transferência, ou seja, a procura e reserva de vaga em outra unidade, segundo o Regimento Interno da Fundação CASA, deve durar 1 dia mais um limite de 5 dias para

promoção do transporte – na prática constata-se o desrespeito desses prazos. A afronta culmina, substancialmente, no prolongamento do tempo de internação do/a adolescente, já que o cálculo de tempo para produção de seus relatórios periódicos só começa a contar, pelo Regimento da Fundação CASA, quando ele/a chega na unidade permanente. Portanto, adolescentes podem ficar dias ou semanas a espera de transferência sem a garantia desse tempo ser considerado.

Já na avaliação de encerramento ou substituição da medida de internação, ao receber o relatório, o/a juíza pode tomar sua decisão, ou antes – opcionalmente – recorrer a uma equipe multidisciplinar própria. Esta avaliará o relatório apresentado por meio de entrevista com o/a adolescente/jovem e sua família, emitindo parecer. Esse fluxo alternativo vem tomando contorno regular no Judiciário paulistano na medida em que seu uso pelos/as juízas aumenta. Consequência: alonga-se o tempo necessário para a decisão judicial, amplia-se o período de internação do/a adolescente.

Em todos esses momentos, a burocracia e o controle do Estado, seja o da Fundação CASA ou o do próprio Judiciário paulistano, não pode operar em ritmo que alargue, atrase e desrespeite os princípios e parâmetros legais já citados. Se o fazem estão violando princípios sensíveis ao processo socioeducativo, como os da brevidade e da mínima intervenção. Ou mesmo princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana e da não submissão a tratamento desumano ou degradante.

Assim, este artigo pautará, na parte 1, a privação de liberdade como traço de punição e controle social; na parte 2, o tratamento histórico e funcional da infância e juventude no Brasil; na 3, a análise de processos judiciais de internação na justiça da infância e juventude da cidade de São Paulo; e, na parte 4, o papel do Judiciário nessa engrenagem do sistema socioeducativo.

1. PERSPECTIVAS DO CÁRCERE

A prisão existe antes da legislação a contemplar. Já no aparelho judiciário, torna-se fenômeno punitivo das sociedades civilizadas, instrumento modelar na passagem dos séculos XVIII para o XIX. A partir das revoluções burguesas deste período, que reivindicaram a ideia de liberdade como valor humano fundamental, o cárcere passa a

bem se apresentar como forma de sanção socialmente igualitária, calculável no tempo. Junto desse valor, a prisão – instituição total – está imbuída de uma forte expectativa de transformação dos indivíduos a ela submetidos.

Uma disposição básica da sociedade moderna é que o indivíduo tende a dormir, brincar e trabalhar em diferentes lugares, com diferentes co-participantes, sob diferentes autoridades e sem um plano racional geral. O aspecto central das instituições totais pode ser descrito como a ruptura das barreiras que comumente separam essas três esferas de vida. Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte, e toda a sequência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição. (GOFFMAN, 1961, p. 17/18)

O sistema carcerário, então, trabalha em duplo funcionamento operacional. Um que diz respeito às normativas legais, outro que é esquematizado no mundo interior da prisão – ambos convergem para seu pretensão objetivo punitivo e corretivo. Deve representar uma disciplina incessante para dar conta dos vários aspectos da pessoa reclusa: seu treinamento físico e educacional, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento diário, sua moral, suas projeções futuras.

A Fundação CASA, por mais que seja concebida, dinamizada e arquitetada no âmbito do sistema socioeducativo, opera nessa mesma toada. Adolescentes nela internados/as são submetidos aos regramentos típicos de instituições totais.

No mundo interior da prisão, não obedecer às regras racionalmente sopesadas deve gerar consequências, castigos. Dessa maneira, a junção de um respeito do indivíduo pelas leis com um receio das punições legitimadas no cárcere busca afetar sua consciência.

(...) o efeito mais importante talvez do sistema carcerário e de sua extensão bem além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir, baixar pelo menos o limite de tolerância à penalidade. Tende a apagar o que possa haver de exorbitante no exercício do castigo (...). Com efeito, a grande continuidade do sistema carcerário por um lado e por outro da lei e suas sentenças dá uma espécie de caução legal aos mecanismos disciplinares, às decisões e às sanções que estes utilizam. (...) O carcerário, com toda sua gama

de punições que se estende dos trabalhos forçados ou da reclusão criminal até aos enquadramentos difusos e leves, comunica um tipo de poder que a lei valida e que a justiça usa como sua arma preferida. (...) A continuidade carcerária e a difusão da forma-prisão permitem legalizar, ou em todo caso legitimar, o poder disciplinar, que evita assim o que possa comportar de excesso ou de abuso. (FOUCAULT, 2014, p. 297)

Há na prisão essa dimensão de punição legitimada que, encontrando amparo na legislação e/ou na prática judiciária, coloca os/as apenados/as em circunstância de aceitação e naturalização. Assim, por mais que os conjuntos legais contemplem variados princípios e tratamentos condizentes com os direitos humanos fundamentais – também válidos para a infância e juventude – o que deles escapar, exceder ou transgredir encontra no próprio Estado o freio a qualquer estranhamento.

O enredo deste trabalho procura observar justamente as lógicas de punições legitimadas e suas respectivas normalizações, afetando tanto adolescentes e profissionais do sistema socioeducativo quanto do próprio Sistema de Justiça. Compreendendo as prisões como parte de um arranjo classista de forças que determinam destinos sociais diametralmente opostos, veremos que a infância, adolescência e juventude brasileira não escapam desse grande cerco social.

2. TRATAMENTO HISTÓRICO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

A noção de adolescência, meio caminho entre a infância e a fase adulta, é fenômeno recente no histórico do mundo ocidental. Quando posto em perspectiva o contexto brasileiro não é diferente. Até 1927, ano em que é elaborada a primeira legislação específica para crianças e adolescentes, praticamente não havia distinção do Estado no tratamento entre adultos e menores de idade que cometessem atos criminosos. Do Código Criminal de 1830 ao Código de Menores de 1927 a menoridade era tão somente entendida como atenuante de pena. Os trâmites processuais, bem como os julgadores e os locais de reclusão eram os mesmos dos adultos. A esse intervalo de noventa e sete anos da-se o nome de *etapa penal indiferenciada*.

O Código de Menores surge justamente para botar fim nessa indiferenciação. Vem no tempo histórico da passagem do Império para a República, ou seja, da consolidação de valores como o iluminismo, o utilitarismo, o liberalismo e a medicina higienista. Seu

principal componente é ter estabelecido um sistema específico de justiça para crianças e adolescentes – um direito especializado. A partir dali, crianças e adolescentes não mais cumpririam suas penas reclusos/as em mesmos estabelecimentos carcerários dos adultos. A força motriz dessa mudança era de cunho moral, considerando promíscua a permanência de todos num local só.

O marco do primeiro Código de Menores, que inaugura a chamada *etapa tutelar*, fez presente a ideia então crescente de enxergar crianças e adolescentes como seres dóceis ou ingênuos. Assim, sob termos humanitários e protecionistas, estes seres deveriam ser punidos, mas sob a forma de proteção e tutela. Em outras palavras, deviam ser tratados/as não através de penas, mas de trabalho, educação e assistência, especialmente. Tudo para que servissem à sociedade, transformando-se em cidadãos/ãs úteis e produtivos/as.

Apesar deste Código promover um destino diferente para crianças e adolescentes, teve outros pontos de não avanço. Não houve distinção legal estabelecida entre adolescentes socialmente vulneráveis e adolescentes que cometessem atos infracionais. Dito de outra forma, o Estado dispndia o mesmo tratamento para um adolescente órfão e para um adolescente que havia furtado alguém – ambos poderiam ser igualmente condenados e enviados ao mesmo estabelecimento estatal.¹

(...) não interessava diferenciar o processo e as medidas judiciais para “delinquentes/infratores” ou para “abandonados/carentes”; o que importava era a aplicação de medidas que administrassem a contivessem os conflitos sociais, assegurando a tutela e o controle social. (OLIVEIRA E SILVA, 2011, p. 82)

Apesar das novas instituições passarem a contar com profissionais de diferentes áreas (saúde, educação e direito), a centralidade recaiu sobre a figura do juiz. Já que o devido processo legal – como existe hoje – era dispensado, cabia a ele as funções de julgador, promotor, investigador, defensor e protetor das crianças e adolescentes.

¹ Em 1903, o Estado de São Paulo instalou suas duas primeiras instituições de assistência social. A *Colônia Correccional* recebia vadios e vagabundos, assim enquadrados no Código Penal de 1890. O *Instituto Disciplinar* era destino de criminosos menores de idade, como também de mendigos, viciados e abandonados. Ficava localizado na região do Tatuapé, São Paulo, e permaneceu em funcionamento até 2007, já sob os moldes da Febem/Fundação CASA. Era seu maior complexo, chegando a ter entre seus muros mil e oitocentos adolescentes.

(...) a discricionariedade contida nas legislações menoristas preconizava o mínimo de controle formal para atingir o máximo de ingerência subjetiva na objetividade da sanção. Ter ou não cometido infração, ter ou não ter as garantias constitucionais era irrelevante, pois o que se estava em disputa era um projeto de sociedade a ser construído, respaldado na prevenção social dos ‘desvios’ de crianças, adolescentes e jovens “potencialmente perigosos”. (OLIVEIRA E SILVA, 2011, p. 81)

A indiferença do Estado perante vulnerabilidade social e crime fez provocar uma verdadeira judicialização da questão social – método não superado na prática judiciária até os dias atuais, não só na área da infância e juventude.

A legislação seguinte à de 1927 foi o Código de Menores de 1979, já no período da ditadura civil-militar brasileira. Entre uma legislação e outra, é na Era Vargas onde se reestruturaram as instituições de internação de adolescentes – surge em 1941 o Serviço de Atendimento ao Menor (SAM) que posteriormente é substituído na ditadura pela Política Nacional do Bem-estar do Menor (PNBM) de 1964: em nível nacional e pela Fundação Nacional de Bem Estar do Menor (FUNABEM) e em nível estadual pela Fundação do Bem Estar do Menor (FEBEM).

Em todos os formatos, nota-se que as instituições de internação seguiram se baseando nas lógicas do assistencialismo, trabalho e da educação (ou seja, da produção) como principais meios de ressocialização² do/a adolescente.

A chegada do Código de Menores de 1979 não altera o paradigma tutelar do anterior – levar o mesmo nome é sinal simbólico disso. O juiz seguiu discricionariamente atuando, ou seja, livremente podendo dosar o que achava necessário como pena. Da mesma forma seguiu-se a prática de não diferenciar adolescentes em situação de vulnerabilidade social dos/as que cometiam atos infracionais. Ao todo, foram sessenta e três anos de um mesmo viés principiológico – assistencialista e antigarantista – a *doutrina da situação irregular*.

² O termo ressocialização é atual e cientificamente contestado. Nele há o pressuposto de uma sociabilidade que deve ser corrigida no/a adolescente, dando a entender que a sua está eivada de vício ou imperfeição. A intencionalidade do termo, na verdade, revela que o Estado elege uma ideal, padronizada e engessada que deslegitima uma sociabilidade constituída naquele ser. Melhor seria compreender que não há ressocialização possível para alguém já socialmente constituído, a não ser que nascesse de novo. O Estado brasileiro socializa seus cidadãos em condições falhas e elege a via repressiva para remendá-la.

O discurso servia para exercer vigilância aos desvalidos e controlar o comportamento dos/as adolescentes, fossem eles/as abandonados/as, carentes ou infratores/as. O Estado ditatorial tutelava o/a adolescente.

(...) no contexto científico do positivismo criminológico, da medicalização e da naturalização e criminalização da questão social. (...) um paradigma sociojurídico de administração da “justiça de menores” nos marcos da ideologia dominante, com fins de controle, fiscalização e sanções a crianças e adolescentes que não se submetessem à nova ordem social. Esse sistema selou, de uma vez por todas, o controle social institucional desse segmento numa articulação dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. (OLIVEIRA E SILVA, 2011, p. 87)

O final da década de 1980 começa a provocar mudanças paradigmáticas. Motivadas principalmente por normativas das Nações Unidas (como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989), reverbera no Brasil a articulação e mobilização para construção de uma nova legislação, materializada na promulgação no Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 – formalmente se inicia a *etapa garantista*.

Também alicerçado na Constituição Federal de 1988, o ECA quebra a etapa tutelar que até então vigorava, estabelecendo a *doutrina da proteção integral* no lugar da doutrina da situação irregular. Adolescentes e crianças passam a ser encarados como sujeitos de direitos, tal qual a população adulta; pessoas em desenvolvimento e não seres passíveis de tutela. Assim, o devido processo legal finalmente chega ao texto legislativo, apontando que adolescentes processados/as por cometimento de atos infracionais devem ter garantidos princípios constitucionais como o da ampla defesa e do contraditório, além de ter defensor próprio constituído, deixando para o/a juiz/a o papel de julgador/a, apenas.

São finalmente apartadas as trajetórias de vulnerabilidade social e de interação com a criminalidade. Assim, o aparato judicial divide as questões relativas a infância e juventude às esferas cível e criminal. Situações de guarda, reconhecimento de paternidade, acolhimento institucional e adoção são todas tratadas no campo cível, enquanto o envolvimento em atos infracionais é de responsabilidade do campo juvenil criminal.

As nomenclaturas da adolescência envolvida com atos infracionais também procuraram mudança. Se antes era difundido o termo *menor infrator* ou mesmo *delinquente*,

hoje é considerado adequado nomeá-los de *adolescentes em conflito com a lei*, justamente pela carga discriminatória da terminologia anterior.³

Mas nem tudo são rompimentos que o Estatuto operou em relação à etapa e ao paradigma anterior. Por mais que a conjuntura brasileira atual demande uma defesa intransigente da existência, validade e importância do ECA, indispensável salientar que para a juventude envolvida em atos infracionais, estruturas tácitas e explícitas foram mantidas.

O rol de medidas socioeducativas, por exemplo, manteve as antes previstas no Código de Menores de 1979: advertência, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Duas foram adicionadas: a obrigação de reparar o dano e a prestação de serviços à comunidade. Contudo, ambas estão longe de representarem novidades, uma vez que foram importadas do Código Penal adulto, que data da década de 1940 e, mesmo reformado, ainda vigora.

Outro exemplo mais sutil de continuidade com as práticas legais anteriores reside nas chamadas medidas protetivas, previstas no art. 101 do ECA. Elas consistem em determinações compulsórias tomadas pela autoridade competente (leia-se juiz/a) e destinadas a todas as crianças e adolescentes, autor/a ou não de ato infracional, como, por exemplo: matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino; inclusão da família em programa de apoio comunitário; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a programa de orientação e auxílio a alcoólatras e toxicômanos, entre outras.

Estas medidas devem ser aplicadas sempre que os direitos de crianças e adolescentes previstos no ECA sejam ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou Estado; por falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; ou ainda em razão da própria conduta do/a adolescente (art. 98).

³ Por mais evidente que seja o abrandamento da mácula discriminatória dos termos, em todos eles ela se faz presente. Até mesmo o termo atual conota incômodo. É de se constatar que no uso corrente desses termos ainda predomina a expressão menor infrator – tanto por agentes do Estado, como pela sociedade em geral. Melhor seria designá-los/as como adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, apenas.

O dispositivo, portanto, mantém possibilidades discricionárias de tomada de decisão pelo Judiciário nos casos concretos. Deste modo, ainda que o ECA tenha evoluído, garantindo o devido processo legal ao/à adolescente, paradoxalmente sustenta práticas arbitrárias, fora das esferas do contraditório e da ampla defesa, ranço de modelos passados.

Questiona-se como é possível, a partir da filosofia do ECA, que uma criança que “cometeu um ato infracional” receba uma medida, mesmo que específica de proteção, sem o devido processo legal? Trata-se de uma questão ambígua, considerando que, no ECA, é exatamente o devido processo legal, o contraditório, que é a base da defesa do sujeito que cometeu um ato infracional. (OLIVEIRA E SILVA, 2011, p. 164/165)

Nos processos de apuração de atos infracionais julgados na cidade de São Paulo, nomeadamente os que terminam por condenar adolescentes a cumprir medidas em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviços), é corriqueiro notar que, junto da medida socioeducativa imposta, comumente vem a determinação judicial de matrícula obrigatória em escola, encaminhamento da família para grupo de apoio e até medidas protetivas que não constam no rol do art. 101, como profissionalização e inserção no mercado de trabalho. Isso tudo por vontade única e exclusiva do/a juiz/a.

Fica, então, estabelecida uma espécie de padrão judicial: medida em meio aberto com intuito ressocializador, submetida obrigatoriamente a inserção escolar, profissionalização e inserção em trabalho. Não importam idade, histórico pessoal e familiar do/a adolescente, seu nível e histórico escolar, bem como suas condições materiais, físicas e psíquicas de atender a essas determinações.

É de se concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente não é uma legislação revolucionária, incontroversa nos seus princípios e práticas em comparação às anteriores. Representa avanços inegáveis no tratamento da infância e adolescência brasileira, mas ainda se alicerça no mesmo molde de Estado, voltado à docilização dos corpos para o bem da produção. O que no Estatuto vier a contrariar os interesses do poder vigente é simplesmente ignorado, desrespeitado, não posto em prática.

3. ANÁLISE PROCESSUAL

A rotina punitiva do Estado tem compasso marcado, organizado. Nessa parte, esquematiza-se a análise de processos judiciais do Departamento de Infância e Juventude do Fórum do Brás, este responsável por apreciar todos os processos de infrações cometidas por adolescentes na cidade de São Paulo.

O intuito da análise, ao fim e ao cabo, é verificar se Sistema de Justiça e Fundação CASA operam uma lógica indigna e ilegal ao manter adolescentes internados/as mais tempo do que o adequado. É síntese o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 121 – A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

(...)

Art. 152, § 1º – É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.

Para isso, foram levantados ao todo trinta e seis processos de execução da medida socioeducativa de internação – todos iniciados entre janeiro de 2016 e dezembro de 2018. Pelo termo *execução* entende-se o processo que existe para acompanhar o cumprimento da internação já julgada e determinada, bem como para avaliar seu desempenho e decidir pelo seu término.

São três os momentos de análise nos processos: o tempo de transferência de adolescentes entre unidades provisórias e permanentes da Fundação CASA; o tempo de confecção do Plano Individual de Atendimento, relatório inicial e primordial para o decorrer da medida socioeducativa; e a dinâmica e tempo de avaliação do término da internação, sobretudo pela presença da Equipe Técnica do Judiciário.

Antes, frise-se que entre esses procedimentos, relatórios e decisões judiciais atuam regularmente a Defensoria Pública e o Ministério Público, com o direito e a faculdade de fazer pedidos, requisições e emitir seus pareceres.

A transferência entre unidades da Fundação CASA merece atenção. Sua organização institucional estipula unidades de internação permanente, de internação provisória e de trânsito rápido, ou atendimento inicial.⁴

Um/a adolescente, assim que trazida da delegacia, é recebida pela unidade de trânsito rápido, que em poucos dias o/a transfere para a provisória. Se for decidido, pelo/a juiz/a, que o/a adolescente aguardará todo seu julgamento provisoriamente internada, esta pode permanecer assim até quarenta e cinco dias. Dentro deste período, quando é dada a sentença e o/a juiz/a condena à internação definitiva, deve a Fundação CASA promover a transferência para uma unidade permanente.

O dever em transferir obedece, além dos princípios estabelecidos pelas leis nacionais, aos prazos estipulados no Regimento Interno da Fundação. Toda movimentação de adolescentes é prevista em seção própria, que compreende doze artigos. Dois deles valem destaque:

Art. 34 – As vagas para transferência de adolescentes em internação provisória, com alteração de medida para internação ou semiliberdade, também terão de ser requisitadas pelo Juízo à Presidência, que em até 24 horas informará a vaga disponibilizada.

Art. 33 – O Centro de Atendimento cuja vaga for indicada deverá aguardar a apresentação do adolescente pelo prazo máximo de 5 dias. Após esse período, não havendo a apresentação, disponibilizará a vaga para nova indicação, devendo o Juízo encaminhar novo pedido caso ainda necessite dela.

Temos, no texto, dois prazos: um dia para a vaga permanente estar disponível e cinco dias para a transferência ser propriamente feita. Portanto, seis dias correspondem ao parâmetro legal para o procedimento.

⁴ Na cidade de São Paulo, existem trinta e sete unidades de internação da Fundação CASA: três unidades femininas e trinta e quatro masculinas. São onze unidades da região central (a grande maioria de trânsito rápido e internação provisória), sete unidades de internação permanente na zona leste, seis permanentes na zona oeste, onze permanentes na zona norte e duas unidades permanentes na zona sul. Atualmente os maiores complexos (conjunto de unidades) ficam nas regiões da Vila Maria (zona norte) e da Raposo Tavares (zona oeste). Em todo Estado de São Paulo, são cento e quarenta e duas unidades, executando as medidas socioeducativas de internação e semiliberdade. Dados da Assessoria de Inteligência Organizacional de setembro de 2019. Disponível em: <<http://transparencia.fundacaocasa.sp.gov.br/pdf/MapaCASA.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

Para as análises dos tempos de transferência foram selecionados, aleatoriamente, dez processos de execução da medida de internação, iniciados entre janeiro de 2016 e dezembro de 2018. Nenhum processo foi desconsiderado, uma vez que os dez atenderam aos parâmetros escolhidos.

Gráfico 1: Obediência ao prazo limite para transferência entre unidades provisórias e permanentes da Fundação CASA

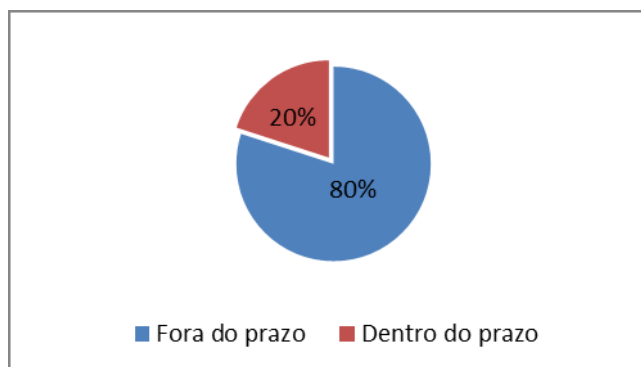
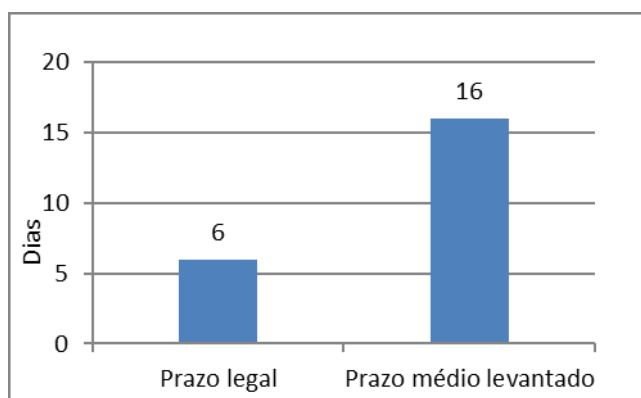


Gráfico 2: Tempo médio para transferência entre unidades provisórias e permanentes da Fundação CASA



Dos dez processos analisados, oito efetuaram a transferência de adolescentes acima do prazo máximo de seis dias. Isoladamente, os atrasos são variados – vão de dois a sessenta e nove dias além do prazo legal. Em média, observa-se que a Fundação CASA leva dez dias além do legalmente permitido para transferir adolescentes entre suas unidades.

Como visto, quem primeiramente deve solicitar a vaga definitiva é o/a juiz/a. Então a Fundação CASA, por meio do Sistema de Movimentação de Adolescentes (SIMOVA), é quem disponibiliza e promove os meios para o transporte. Para um ou ambos os atores pesa a responsabilidade sobre os atrasos constatados.

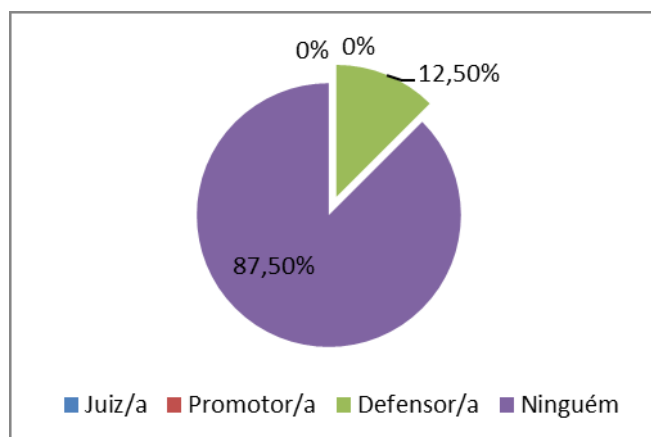
Os números de adolescentes na Fundação CASA, ponto que poderia fazer ligação com as demoras por disponibilização de vaga e transferência de adolescentes, apresentaram queda durante parte do recorte temporal dos processos levantados. Entre setembro de 2016 e março de 2019, a Fundação CASA acumulou trinta meses de diminuição consecutiva na quantidade de internados/as: de 9.083 para 7.534 adolescentes.⁵

É certo que a Fundação CASA tem parâmetros a obedecer quando trata do encaixe de vagas de adolescentes por suas unidades. Quesitos como idade, compleição física e gravidade da infração são exigências da legislação (art. 123 do ECA), mas, ainda assim, o próprio texto legal não propõe atenuantes no prazo estabelecido. Portanto, não há contexto institucional que possa justificar os atrasos cometidos.

Também vale mencionar que outro parâmetro a ser considerado pela Fundação CASA é conjugar a proximidade da unidade permanente com o território de moradia do/a adolescente, direito amparado no art. 124, VI do ECA. Se a família fica geograficamente muito distante da unidade, menores as possibilidades da participação e respaldo familiar no correr da internação – elemento valorizado para a evolução institucional do/a adolescente. Infelizmente este quesito não tem destinada mesma atenção que os outros citados, ainda existindo significativos casos de adolescentes sem visita familiar, por exemplo, justamente por seus entes não terem tempo e/ou condição financeira para fazer grandes deslocamentos.

⁵ Dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/apreensoes-de-adolescentes-em-sp-recuam-pelo-30o-mes-consecutivo.shtml>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

Gráfico 3: Quem reclama sobre os atrasos nos procedimentos de transferência?



Nos oito processos em que constam atrasos no tempo de transferência, somente em um há manifestação expressa e específica relacionada à demora, feita pela Defensoria Pública de São Paulo. Nesse caso específico, o adolescente só foi transferido para a unidade de internação permanente sessenta e nove dias após sua entrada: dois meses e três dias além do legalmente permitido.

O Plano Individual de Atendimento, comumente chamado de *PIA*, é o relatório técnico que materializa o primeiro grande diagnóstico, estudo e projeção do/a adolescente e sua família. São as linhas mestras do acompanhamento socioeducativo, confeccionado pela equipe técnica da Fundação CASA, apreciado e validado por Defensoria Pública, Ministério Público e Judiciário. Na internação, ele deve ser feito em quarenta e cinco dias contados da entrada do/a adolescente no programa de atendimento, vide Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE – Lei n. 12.594/2012) e o Regimento Interno da Fundação CASA, respectivamente:

Art. 55, parágrafo único – O PIA será elaborado no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias da data do ingresso do adolescente no programa de atendimento.

Art. 26, § 1º – A proposta de Plano Individual de Atendimento será elaborada e enviada ao Juízo no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias da data do ingresso do adolescente no Centro de Atendimento.

Aqui percebe-se que o parâmetro legal contribui para o aspecto punitivo da internação. Através dele, todo tempo passado na internação provisória não deve ser

considerado para elaboração do PIA, pois designa que só depois de entrar no programa de atendimento permanente (unidade ou centro permanente de internação) é que se inicia a contagem de tempo para o primeiro e mais importante relatório da medida socioeducativa. Assim, a legislação trata como uma espécie de limbo o tempo na provisória. Em outras palavras, é como se esse tempo não servisse de nada para o processo socioeducativo.

Em um dos processos analisados pelo recorte do tempo de transferência, foi verificado um atraso de sessenta e nove dias na transferência do adolescente para a unidade permanente. Nele, constatou-se que a própria unidade provisória da Fundação CASA confeccionou e protocolou seu Plano Individual de Atendimento. Ou seja, fez o relatório antes dele ir para uma unidade permanente, demonstrando que há preocupação da própria instituição sobre o prejuízo causado aos/às adolescentes pela estrita obediência à legislação. Ainda nesse caso, se a unidade provisória da Fundação CASA não tivesse feito o relatório e o mesmo fosse protocolado somente quarenta e cinco dias após a entrada no programa permanente, pode-se afirmar que o PIA iria para o processo judicial somente cento e cinquenta e cinco dias depois da entrada desse adolescente na Fundação CASA.

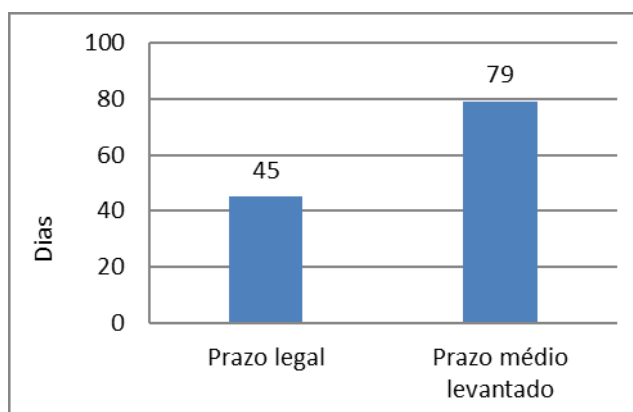
A regra para protocolo do PIA e demais relatórios nas medidas socioeducativas de meio aberto também vale como contraponto. Nos Serviços de Medida Socioeducativa em Meio Aberto (SMSE/MA) de São Paulo, se um/a adolescente é encaminhado/a para um determinado Serviço, tempos depois muda de endereço e passa a ser atendido/a em outro, este novo Serviço assume todos os prazos estabelecidos pelo acompanhamento anterior, justamente porque os marcos iniciais de contagem de prazos já se estabeleceram anteriormente. Esta forma de contagem e consideração dos prazos, sem dúvida, se alinha melhor ao princípio da brevidade, válido para internação, bem como para todas as outras medidas socioeducativas previstas no ECA.

Por isso, para a contagem do tempo de protocolo do PIA nos processos de execução analisados, o marco inicial considerado foi o dia de entrada do/a adolescente na Fundação CASA e não somente o dia de entrada na unidade ou programa permanente de atendimento, como mal prevê a legislação nacional e a específica da Fundação CASA.

Gráfico 4: Obediência ao prazo de 45 dias para protocolo do Plano Individual de Atendimento

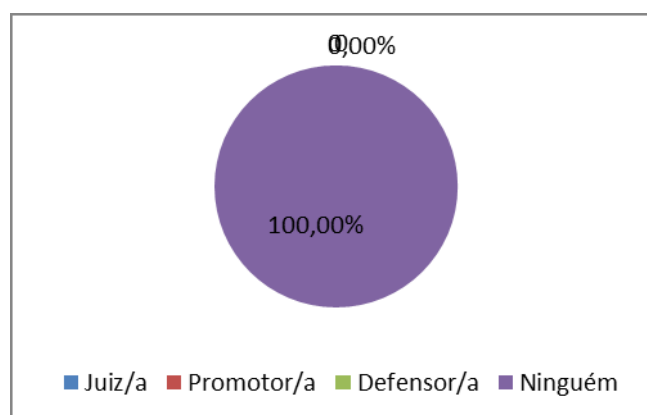


Gráfico 5: Tempo médio para protocolo do Plano Individual de Atendimento



Todos os processos de execução pesquisados apresentaram atraso na data de protocolo do PIA. Isolados, os atrasos vão de dezessete a cinquenta e oito dias além dos quarenta e cinco indicados. Em média, são trinta e quatro dias a mais.

Gráfico 6: Quem reclama sobre a demora nos protocolos dos Planos Individuais de Atendimento?



Nos maiores ou menores atrasos, nenhuma das partes protestaram expressa ou especificamente sobre relatórios protocolados acima do prazo pelas equipes técnicas da Fundação CASA.

No último ponto, analisamos o papel da Equipe Técnica do Judiciário (ETJ). Ela se subdivide em duas seções, ou duas subequipes: uma de psicologia e outra de serviço social. Entre suas funções encontradas no ECA, como acompanhamento de casos em conjunto com as equipes técnicas da Fundação CASA e promoção de dinâmicas da justiça restaurativa, está a de avaliar relatórios da mesma Fundação.

Art. 151 – Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

No final do processo judicial, quando a equipe técnica da Fundação CASA faz um relatório (chamado *relatório conclusivo*) emitindo parecer pela extinção da medida de internação ou pela substituição por outra medida socioeducativa, tem o/a juiz/a faculdade de já decidir sobre o pedido ou de requisitar à ETJ que agende avaliação complementar com adolescente e sua família, a fim de também opinar sobre o parecer da Fundação CASA.

Importante sublinhar que quando a Fundação CASA faz este relatório, consequentemente considera o/a adolescente em questão merecedor/a da liberdade. Para qualquer adolescente atingir este patamar, seguramente demonstrou em gestos e ações seus avanços.

Esta avaliação da ETJ tem moldes de entrevista, sempre agendada em dia e horário específicos. Não há parâmetro legal que aponte prazo para a avaliação acontecer, tendo somente a ETJ que protocolar no processo seus relatórios até dez dias depois da entrevista. Quando esse fluxo todo ocorre, só depois o/a juiz/a delibera.

No levantamento sobre a duração do procedimento de avaliação da ETJ, foram selecionados, também aleatoriamente, vinte e seis processos de execução da medida de internação iniciados entre janeiro de 2016 e dezembro de 2018, dos quais dez atenderam aos parâmetros escolhidos. A distinção é simples: em dez processos o/a juiz/a optou por solicitar avaliação da ETJ, em dezesseis decidiu sem esse auxílio técnico.

Gráfico 7: Processos com ou sem determinação de avaliação pela Equipe Técnica do Judiciário

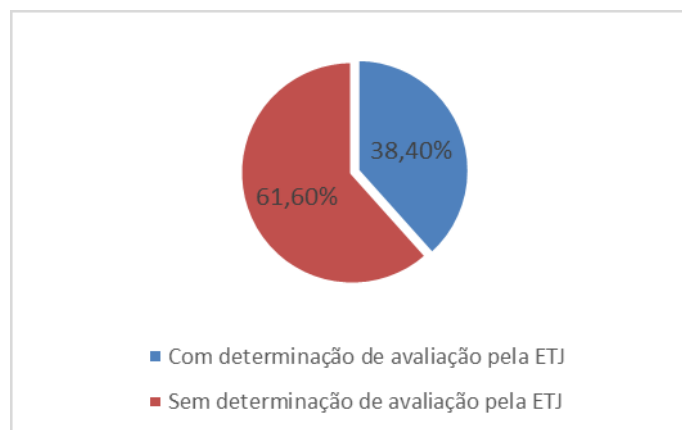
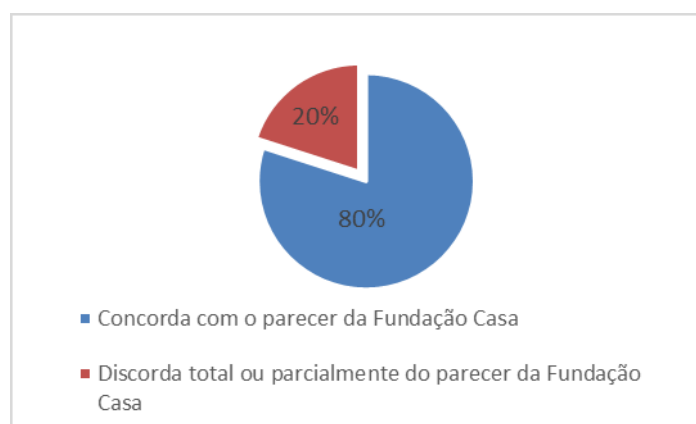


Gráfico 8: Ocorrências em que o relatório da ETJ emitiu pareceres iguais ao da equipe técnica da Fundação CASA



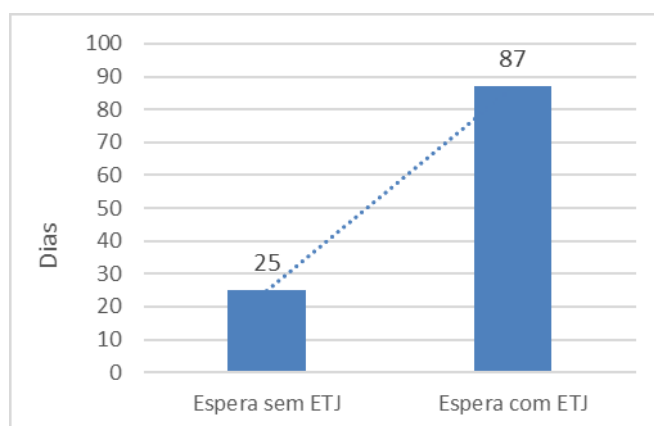
Quando o juiz ou juíza opta por indicar avaliação da ETJ, está dizendo não achar suficientes os argumentos e intervenções postas no relatório da equipe técnica da Fundação CASA. Esta equipe conta com profissionais de diferentes áreas do conhecimento (serviço social, psicologia, pedagogia e saúde), desempenhando papel de técnicas/os de referência dos/as respectivos/as adolescentes, ou seja, os/as acompanham durante todo o período de internação – seis meses a três anos de trabalho conjunto.

Nos dez processos analisados, verifica-se que em oito deles o parecer da ETJ foi o mesmo do concluído pela equipe da Fundação CASA. Estes pareceres todos tem duas possíveis conclusões: a de terminar a medida de internação e liberar o/a adolescente ou a de encerrar a internação para passar o/a adolescente para uma medida socioeducativa a ser cumprida em liberdade (meio aberto).

A indicação do/a juiz/a por nova avaliação, desta vez por equipe distinta, abre debate sobre a desvalorização do trabalho técnico da Fundação CASA. Culposa ou dolosamente, coloca-se sob contestação avaliações acumuladas em meses ou anos de trabalho em prol de outras que se darão em apenas um dia, sob formato de entrevista.

A problematização ganha ainda maior relevo quando vistos os dados do gráfico 8: em expressiva maioria das ocorrências, a ETJ só serviu para repisar o já defendido pela Fundação CASA.

Gráfico 9: Em média, quanto os/as adolescentes esperariam e quanto esperaram para a decisão ou sentença judicial?

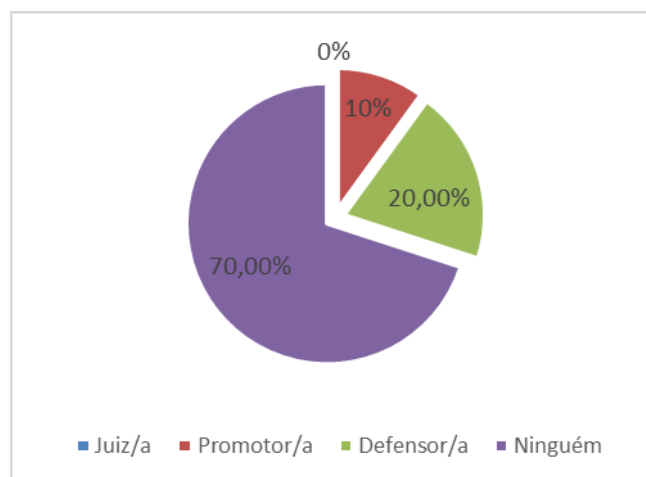


Diferente dos outros dois pontos de análise, a avaliação da Equipe Técnica do Judiciário não tem prazo legalmente estipulado. O que a faz acontecer demorada ou rapidamente é uma equação entre a quantidades de trabalhadoras e trabalhadores em atividade no setor, com o ritmo e volume de vezes nas quais é solicitada pelo Judiciário.

Pela leitura do gráfico acima, vê-se a grande diferença de tempo médio entre quanto durariam as decisões judiciais sem a avaliação da ETJ e o quanto duraram – mais de dois meses de espera são adicionados às trajetórias dos/as adolescentes submetidas aos rigores da medida de internação. Isoladamente, as diferenças vão de quarenta e dois até noventa e seis dias de espera pela entrevista da ETJ e pela decisão judicial.

Quando cruzados os dados dos gráficos 8 e 9, é possível considerar que oito adolescentes foram submetidos/as a mais de dois meses de espera, em média, para que o/a juiz/a constataste que sua Equipe Técnica Judiciária percebia o caso da mesma forma que a Fundação Casa, e só então decidir sobre sua liberdade.

Gráfico 10: Quem reclama da demora na avaliação pela ETJ?



Em dez processos analisados, três constaram com manifestações expressas e diretas sobre a demora no procedimento de avaliação pela ETJ – duas feitas pela Defensoria Pública e uma pelo Ministério Público. Em um desses casos, a reclamação recaía sobre cento e quatro dias (três meses e meio) de espera de um adolescente para ter avaliado o término da sua internação.

Vistos os dados todos, convergem os três momentos processuais em relação a hipótese inicial: nas transferências, no protocolo dos Planos Individuais de Atendimento e na ferramenta de avaliações da ETJ houve demoras ilegais e/ou excessivas na imensa maioria ou totalidade dos casos.

Todo desrespeito é praticado pelo Estado. De um lado por uma Instituição Pública do Estado de São Paulo, de outro pelo próprio Sistema de Justiça paulista. Para mais, o levantamento demonstrou que tais violações passam praticamente despercebidas pelos três atores do Sistema de Justiça, na medida em que pouco ou nada reclamaram a respeito. A atuação das partes processuais não considerou relevante observar o respeito aos prazos e à mínima permanência do/a adolescente em condição de internação.

A mesma lógica de atuação não vale para o controle de prazos das medidas cumpridas em liberdade. São Paulo tem mais de cinquenta Serviços de Medida Socioeducativa em Meio Aberto que também são submetidos a prazos legais para protocolo de relatórios e feitura de procedimentos. Atrasos e lapsos tem índices mais altos de controle, percepção e

reclamação por parte do Sistema de Justiça, quadro diferente do verificado nos processos sob análise. O cartório do Departamento de Execuções da Infância e Juventude, inclusive, possui protocolos específicos firmados com a Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social, repartição que administra e monitora os trabalhos dos SMSE/MA na cidade de São Paulo.

Outro aspecto adequado é apontar que todo desrespeito verificado nos prazos e procedimentos está também ancorado no caráter indeterminado do tempo da medida socioeducativa de internação. O ECA e o SINASE encaram a internação como última e mais gravosa opção de condenação, estando sempre sujeita a durar o mais breve possível, bem como ser reavaliada a qualquer tempo, no máximo a cada seis meses. As mesmas legislações declaram entre seis meses e três anos os prazos mínimo e máximo de sua duração.

A liberdade assistida, medida socioeducativa cumprida em meio aberto, também tem tempo indeterminado, em certas ocasiões tendo também seis meses como tempo mínimo estabelecido. A diferença é que o Estado, via Sistema de Justiça, aperta e afrouxa o controle dos prazos conforme a condição de ir e vir do/a adolescente. Se ele/a está recluso/a às unidades da Fundação CASA, não importa tanto se ali passar um mês a mais ou a menos de sua vida. Se ele/a está livre, intensifica os provimentos, as resoluções e portarias que tornem cada vez mais propícias as chances para o encarceramento, para a restrição da sua liberdade individual. Nessa perspectiva, o Estado opera como um ímã, atraindo, via controle judicial, todos e todas para o cárcere.

A indeterminação da extensão da medida de internação contrapõe também o sistema conjugado no ECA com o estabelecido pelas legislações penais da população adulta. Um/a preso/a adulto/a, ainda que permaneça por anos preventivamente recluso/a, ou seja, preso/a à espera da sentença, uma vez condenado/a, tem todos os seus dias já cumpridos computados para o cumprimento da pena. O/A adolescente internado/a não – dias a mais cumpridos por atrasos de transferência, protocolos de relatório ou mesmo de avaliação judicial se acumulam sem nenhuma garantia de serem convertidos e considerados pelos atores do Sistema de Justiça na abreviação máxima do tempo de internação.

O quadro geral sobre o presente levantamento demonstra que o controle sociopenal do Estado brasileiro sobre corpos e trajetórias indesejadas atua em ritmo punitivo, mesmo

sob riscos e condições de ilegalidade. Também atua na contramão do senso comum vigente de que propostas de redução da maioria penal, por exemplo, são positivas frente a falta de punição que adolescentes e jovens vivenciam no sistema atual do ECA. A análise demonstra o contrário: o Estado pune em excesso, ao arrepio da ilegalidade.

4. JUDICIÁRIO E SISTEMA DE JUSTIÇA

Na parte anterior, viu-se a prática reiterada de desrespeito a prazos e princípios balizadores do processo socioeducativo praticados no Fórum da Infância e Juventude da cidade de São Paulo. Para melhor compreender a forma e características de atuação dos atores do Sistema de Justiça (Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública) passa-se agora a sua problematização.

A área da infância e juventude, sobretudo a parte que se atém ao ato infracional, é campo não restrito a um único prisma do conhecimento. A interdisciplinaridade e a intersetorialidade são valores intrínsecos a uma compreensão panorâmica dos fenômenos que compõem o campo da adolescência e das medidas socioeducativas. Não é para menos que em vários setores institucionais do trabalho socioeducativo a composição de mais de uma área do conhecimento se faz presente, mesmo que instituída de maneira complementar.

A Defensoria Pública de São Paulo tem em sua estrutura o Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM), onde atuam psicólogos/as e assistentes sociais, da mesma forma O Ministério Público de São Paulo com o Núcleo de Assessoria Técnica Psicossocial (NAT). O Judiciário, como já exposto, conta com a Equipe Técnica Judiciária (ETJ). A Fundação CASA possui em suas equipes profissionais formados/as em serviço social, psicologia e pedagogia, além do suporte de setores da saúde (medicina, odontologia e enfermagem). Os Serviços de Medida Socioeducativa em Meio Aberto da cidade de São Paulo podem compor suas equipes técnicas com profissionais do direito, serviço social, pedagogia, psicologia e ciências sociais.

(...) na área de menores e de família poderão ser mais importantes outras formações de base que depois serão complementadas com formação jurídica. Porque, hoje, o que nós temos, em muitos tribunais, são juízes com uma formação

jurídica antiquada sem nenhuma formação na área da infância. (SANTOS, 2007, p. 77)

Se por um lado pode-se constatar a presença interdisciplinar no cotidiano do trabalho socioeducativo, o mesmo não se pode dizer de certas estruturas de graduação em nível superior. Quando se olha para o ensino do direito – formação-base dos componentes do Sistema de Justiça – ainda imperam grades curriculares que pouco dialogam com as demais ciências humanas. O direito da infância e juventude, também chamado de direito da criança e do adolescente, tem presença e relevância quase desértica nos currículos universitários.

Verificando a grade curricular dos cinco principais cursos de direito do país⁶ – Universidade de São Paulo (USP),⁷ Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG),⁸ Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP),⁹ Universidade de Brasília (UnB)¹⁰ e Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)¹¹ – somente a USP oferece a disciplina de direito da criança e do adolescente. Sobre essa disponibilidade, assim como o panorama do ensino desta matéria, valem as palavras de Sérgio Salomão Shecaira, professor livre-docente em criminologia da própria USP:

Entre as inúmeras áreas do Direito Penal, pouquíssimas foram – e são – tão abandonadas quanto o Direito Penal Juvenil. (...) Não é possível que todos falem do adolescente, mas tão poucos se debruçam sobre o tema de sua criminalidade. Muitas vezes o professor universitário, lá no segundo ano do bacharelado, menciona o assunto quando discorre sobre inimputabilidade. Diz, em poucas palavras, que não vai se aprofundar sobre o assunto, pois menores de dezoito anos ficam sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (art. 27 do CP). A complexa criminalidade juvenil será estudada em não mais do que quatro aulas, em matéria interdepartamental, no quinto ano da área especial (conforme grade curricular da Faculdade de Direito da USP). (2015, p. 13)

⁶ Segundo o Ranking Universitário Folha (RUF) de 2019. Disponível em: <<https://ruf.folha.uol.com.br/2019/ranking-de-cursos/direito/>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

⁷ Disponível em: <<https://uspdigital.usp.br/jupiterweb/listarGradeCurricular?codcg=2&codcur=2014&codhab=102&tipo=N>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

⁸ Disponível em: <https://colgrad.direito.ufmg.br/?page_id=89>. Acesso em: 03 dez. 2019.

⁹ Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/graduacao/grade-e-corpo-docente>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

¹⁰ Disponível em: <<https://matriculaweb.unb.br/graduacao/curriculo.aspx?cod=8486>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

¹¹ Disponível em: <https://www.direito.ufjf.br/images/stories/_direito/arquivos/documentos/FLUXOGRAMA_CURSO_MOTURNO.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2019.

O pequeno levantamento da conta de um diagnóstico: graduados/as em direito praticamente não estudam o complexo campo da infância e juventude, menos ainda a que se envolve em atos infracionais. Se quase não estudam, com que compreensão assumem postos no Sistema de Justiça? Além disso: com que olhar encaram a construção do conhecimento das demais ciências sobre a mesma temática, se a formação escanteia essa interseção entre o ordenamento jurídico e as práticas e problemas sociais?

Boaventura de Sousa Santos, ao refletir sobre a natureza do ensino jurídico, afirma:

Domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenómeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autónomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos. (2007, p. 68)

A autonomia do direito, como descrita acima, materializa um não diálogo com as demais ciências sociais e humanas, ou mesmo uma ideia errônea de superioridade do direito em relação às demais ciências. O perigo dessa filosofia é pautar que o direito se faz apartado do contexto social que o circunda, é tratar sua independência científica, na verdade, como autossuficiência.

A concepção restritiva do direito ou do que são os autos processuais faz priorizar no processo judicial sua sequência burocrática, a despeito de quem ou do que, substancialmente, esteja implicado por ele. A burocracia administrativa vem na frente de corpos, trajetórias, histórias e conjunturas: nada mais ilustrativo perante o levantamento processual do item anterior.

A estruturação generalista e tecnicista do saber jurídico recai sobre o trabalho dos/as profissionais do direito, principalmente dos/as juízes/as, numa ideia de serem capazes de resolver todos os litígios só e justamente pelo fato de serem magistrados/as. Quando, bem da verdade, precisam de mais do que a legislação vigente para compreender e atuar sobre as dinâmicas sociais.

Na sociedade, transitam várias formas de poder. Se atuação profissional do Sistema de Justiça desvaloriza formas de poder extra-normativas, torna-se competente para interpretar o direito, mas incompetente para interpretar a realidade.

Uma das maiores (se não a maior) expressões desta incompetência reflete-se sobre o perfil da população carcerária adulta no Brasil. Dados de 2017 do Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, apontam que quase dois terços das pessoas presas no Brasil são pardas e pretas,¹² quadro não diferente dos/as adolescentes e jovens na Fundação CASA, muito embora esta não estabeleça esse recorte de análise em seus dados estatísticos.¹³

(...) instituições do movimento negro brasileiro apontam para uma carência de formação sobre o racismo entre os operadores do sistema judicial. Para a grande maioria prevalece o senso comum da democracia racial do Gilberto Freyre. Não há racismo, por outras palavras. E, portanto, assumem nas suas sentenças, o preconceito racial de se julgarem sem preconceito racial. (SANTOS, 2007, p. 67)

Isto tudo posto, fácil assimilar porque o Sistema de Justiça da infância e juventude infracional da cidade de São Paulo desdenha do respeito aos prazos e princípios legais atinentes ao processo socioeducativo. Seu cotidiano de atuação não tem olhos para a dignidade humana dos/as adolescentes e jovens, para a violência praticada pela burocracia do Estado. O cárcere e a burocracia, na verdade, são instrumentos estatais usados para sua regeneração, sua malfadada ressocialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Oitenta por cento dos processos de transferência atrasaram, cem por cento dos Planos Individuais de Atendimento atrasaram, mais de dois meses de espera foram percebidos para que o/a juiz/a decidisse pela libertação de um/a interno/a submetido à avaliação complementar. Tudo isso diante de escassos protestos do Sistema de Justiça, que mal se gradua e/ou especializa para compreender todo horizonte no qual está implicado.

A via de análise deste trabalho optou por momentos processuais isolados, dando conta da sanha punitiva e do controle sociopenal do Estado brasileiro. Se fosse examinada a demora praticada num processo judicial inteiro, do início ao fim, quanto tempo terá o

¹² Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

¹³ Disponível em: <<http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?title=boletim-estat%C3%ADstico&d=79>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

Estado mantido encarcerado/a um/a adolescente sem pretensão alguma além da punitiva? Quantos corpos carregaram e ainda carregam diariamente a ilegalidade e o abuso legitimado do poder estatal? Em maio de 2019, havia sete mil, quatrocentos e setenta adolescentes e jovens em internação provisória e definitiva no Estado de São Paulo: quantos deles e delas tiveram parte da vida usurpada pelo Poder Público?

Dentro da Fundação CASA, a lógica de controle sobre os corpos, a demarcação física e psicológica da violência praticada desde a delegacia e as forças policiais é linha mestra da conduta estatal para estabelecer um dito sucesso ou insucesso do/a adolescente.

Se por determinados caminhos conseguimos enxergar diferenças no que era pautado pela doutrina menorista, por outros constatamos que as métricas legais do Estatuto da Criança e do Adolescente – nesses quase trinta anos de existência – continuam bem servindo para o controle social do Estado burguês. Por outro lado, a conjuntura nacional força defender que ainda há no modelo do ECA flancos de validade e utilidade.

Por mais que mudemos a legislação, os donos do poder seguem os mesmos. Ou seja, é o controle social a verdade última desse sistema repressor. O ato infracional é a materialização do braço estatal alcançando o corpo que desobedece e desafia sua sistemática, sua ordem produtiva.

O que se vê, afinal, é a institucionalização de uma relação social que dizima os filhos e filhas da classe trabalhadora em instituições totais. Uma verdadeira lógica antropofágica que os/as persegue desde o nascimento, passando pelo seu desenvolvimento, até sua morte.

Percebe-se, portanto, ao contrário do que prega o senso comum, que adolescentes são sim punidos/as com rigor pelo Estado; rigor que, ao menos na medida socioeducativa de internação, inclusive extrapola as métricas legais vigentes. A defesa sempre atual de propostas legislativas que aumentem a punibilidade de adolescentes não é uma constatação da sua falta, mas a gana dominante de aniquilação ostensiva, de genocídio daqueles e daquelas que não caminham na forma e no ritmo que a doutrina capitalista prescreve.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 06 ago. 2019.
- _____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.
- _____. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Lei Federal n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 08 nov. 2019.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- FUNDAÇÃO CASA. *Regimento Interno da Fundação CASA*. Portaria Normativa n. 224/2012. Disponível em: <<http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?title=legisla%C3%A7%C3%A3o&d=16>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1961.
- OLIVEIRA E SILVA, Maria Liduina de. *Entre proteção e punição: o controle sociopenal dos adolescentes*. São Paulo: Editora Unifesp, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Apresentação oral

**FRAGILIDADES EXPOSTAS: SISTEMA SOCIOEDUCATIVO EM
PANDEMIA**

*EXPOSED FRAGILITIES: SOCIAL-EDUCATIONAL SYSTEM IN THE
PANDEMIC*

Mayara Silva de Souza

Pós-graduada em Gestão de Políticas Públicas pelo Insper e em Legislativo e Democracia no Brasil pela Escola do Parlamento da Câmara Municipal de São Paulo.
Advogada.

E-mail: silvamay.souza@gmail.com

Letícia Carvalho Silva

Graduanda em Direito pela FDUSP.

E-mail: leticia.carvalho.silva@usp.br

Resumo: A garantia dos direitos de adolescentes inseridos no Sistema de Justiça Juvenil está amplamente prevista em normas nacionais e internacionais. Não obstante a existência de um vasto aparato normativo no qual adolescentes são legitimados como sujeitos de direitos, a atual crise sanitária ocasionada pela COVID-19 tem impactado toda comunidade mundial com altos índices de mortes e contaminação, incluindo a comunidade socioeducativa. Tendo este cenário em vista, o presente artigo visa identificar se estão sendo assegurados os direitos à saúde, à convivência familiar e à educação, com absoluta prioridade, de adolescentes em privação de liberdade nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro durante a pandemia da COVID-19. Para tanto, foram enviados pedidos de acesso à informação para os órgãos estaduais responsáveis pela execução da medida socioeducativa de internação dos referidos estados, bem foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com dois profissionais da área da educação. Com base nos dados obtidos foi possível identificar que cada estado, e, em alguns casos, cada unidade de atendimento, buscou isoladamente alternativas para um desafio que precisa ser enfrentado coletivamente, contudo para que haja um aprofundamento maior sobre

os impactos causados pela pandemia é essencial ouvir mais atores como adolescentes, familiares e profissionais e entidades da sociedade civil inseridos no sistema socioeducativo.

Palavras-chave: Sistema Socioeducativo; prioridade absoluta, COVID-19; direitos fundamentais.

Abstract: The guarantee of the rights of adolescents included in the Juvenile Justice System is widely provided for in national and international standards. Despite the existence of a vast normative apparatus in which adolescents are legitimized as subjects of rights, the current health crisis caused by COVID-19 has impacted the entire world community with high rates of deaths and contamination, including the socio-educational community. With this scenario in mind, this article aims to identify whether the rights to health, family life and education are being guaranteed, with absolute priority, of adolescents in deprivation of liberty in the states of Minas Gerais, São Paulo and Rio de Janeiro during the COVID-19 pandemic. To this end, requests for access to information were sent to the state agencies responsible for carrying out the socio-educational measure for detention in those states, as well as semi-structured interviews with two professionals in the field of education. Based on the data obtained, it was possible to identify that each state, and, in some cases, each service unit, looked for alternatives in isolation for a challenge that needs to be faced collectively, however, for there to be greater depth about the impacts caused by the pandemic, it is essential listening to more actors such as adolescents, family members and professionals and civil society entities inserted in the socio-educational system.

Keywords: Social-educational system; absolute priority, COVID-19, fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Diante da declaração mundial de pandemia causada pelo novo coronavírus foi instaurado uma nova emergência sanitária decorrente da COVID-19 que tem afetado toda comunidade mundial. De acordo com os dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) até o dia 16 de novembro de 2020 foram registrados 59.075.995 casos confirmados e 1.313.919 mortes em todo o mundo.¹ No Brasil, segundo o Ministério da Saúde, até

¹ World Health Organization. *Coronavirus disease (COVID-19) pandemic*. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?>> Acesso em: 16 nov.2020.

o dia 14 de novembro de 2020 foram registrados 5.848.959 casos confirmados com a doença e 165.658 óbitos.² A principal recomendação das autoridades de saúde para evitar o contágio e avanço da doença é o distanciamento social e frequente higienização.

De acordo com dados do Boletim Semanal publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ),³ até o dia 11 de novembro de 2020, foram confirmados 4.626 casos de coronavírus no sistema socioeducativo, destes 1.024 de são adolescentes em privação de liberdade e 3.602 de servidores, ainda, dentre estes há 22 óbitos.

Desta forma, considerando que a privação de liberdade de adolescentes tem como objetivos a responsabilização, a integração social e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio de métodos e técnicas pedagógicas, o presente artigo visa identificar se estão sendo assegurados os direitos à saúde, à convivência familiar e à educação, com absoluta prioridade, de adolescentes em privação de liberdade nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro durante a pandemia da COVID-19.

Embora a garantia dos direitos fundamentais de adolescentes inseridos no Sistema de Justiça Juvenil esteja amplamente determinada na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei 12.594 de 2012 que estabelece o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, no atual contexto pandêmico é possível identificar limitações na garantia de direitos de grande parte da população, especialmente no que diz respeito a adolescentes em privação de liberdade, contudo é preciso garantir que as limitações que atingem o sistema socioeducativo não descaracterizem a função das medidas socioeducativas, caso contrário, estaremos falando em mera privação de liberdade sem função socioeducativa.

Para identificar o cenário que a pandemia impõe ao atendimento socioeducativo foram escolhidos os três estados que possuem o maior número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação. Após este primeiro levantamento

² Ministério da Saúde. *COVID-19 no Brasil*. Disponível em: <https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html>. Acesso em: 16 nov. 2020

³ Conselho Nacional de Justiça. *Monitoramento Semanal Covid-19*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-11.11.20.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2020

foram enviados pedidos com base na Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527 de 2011 e as respostas apresentadas foram analisadas sob o método qualitativo.

Tendo isso em vista, o presente artigo está dividido em quatro partes. A primeira parte inclui esta introdução e a metodologia detalhada. A segunda consiste na revisão teórica sobre a superação do menorismo e a implementação da doutrina da proteção integral (ARRUDA, 2011; RIZZINI, 2004; CORNELIUS, 2017; BUDÓ, 2013); do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Sinase (COSTA, EILBERG & GOLDANI, 2016); e ainda, sobre como a violência institucional e o racismo estrutural se tornam inerentes ao sistema de justiça juvenil (FLAUZINA, 2006; BORGES, 2018; BUENO, 2017). A terceira parte discutirá o direito à educação de qualidade, à convivência familiar e à saúde de adolescentes em privação de liberdade com base nas normas vigentes e revisão teórica (SILVA, 2012; BISINOTO et al., 2015; FERNANDES, RIBEIRO, MOREIRA, 2015; SANTOS, 2018; SOUZA, 2019).

Na quarta parte deste artigo será discutida a chegada da pandemia no Sistema Socioeducativo, por isso, serão apresentadas, primeiramente, as principais recomendações para combater o novo coronavírus no sistema socioeducativo; em seguida as respostas obtidas, por meio dos pedidos de informação, sobre como os direitos à educação, convivência familiar e saúde tem sido assegurados nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, antes e durante a pandemia, bem como serão realizadas reflexões acerca dessa atuação. A quinta e última parte é composta pela conclusão.

1.1 Metodologia

O objetivo do presente artigo é identificar se estão sendo assegurados os direitos à saúde, à convivência familiar e à educação, com absoluta prioridade, de adolescentes em privação de liberdade nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro durante a pandemia da COVID-19. Em um primeiro momento, vamos apontar como as legislações e normas nacionais regulamentam o direito à educação, à convivência familiar e à saúde de adolescentes em privação de liberdades no sistema socioeducativo.

Estes três direitos foram selecionados por algumas razões complementares, primeiramente, porque ao mesmo tempo que são direitos das/os adolescentes são deveres

do Estado e devem ser assegurados com absoluta prioridade; são ainda princípios e requisitos essenciais para a manutenção dos objetivos do atendimento socioeducativo, ou seja, sem a garantia destes direitos não há de se falar em atendimento socioeducativo, mas sim em mera privação de liberdade. Ainda, é importante destacar que o recorte de análise foram as medidas socioeducativas de privação de liberdade, visto que possui maior quantidade de dados e informações oficiais compiladas e publicadas.

O método aplicado foi a análise empírica utilizando dados secundários, uma vez que os dados foram oferecidos por meio de pedidos de acesso à informação enviados às instituições estaduais responsáveis por executar as medidas socioeducativas em três estados: Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, as respostas foram analisadas qualitativamente. Esses estados foram selecionados, pois apresentam o maior número absoluto de adolescentes privados de liberdade, de acordo com o Levantamento Anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, publicado em 2019.⁴

Os pedidos de acesso à informação⁵ foram enviados no dia 07 de outubro de 2020, com as seguintes perguntas:

Total de atendimentos

Qual a quantidade de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação em todo Estado?

- a. Quantas são meninas?
- b. Quantos são meninos?

Direito à convivência familiar

Como era realizado o contato entre adolescentes e seus familiares antes da pandemia de COVID-19?

Como está sendo realizado o contato entre adolescentes e seus familiares durante a pandemia de COVID-19?

Direito à educação

Como era realizado o acesso à educação antes da pandemia para adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação?

Como está sendo realizado o acesso à educação durante a pandemia para adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação?

Direito à saúde

Como estava a implementação da da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei (PNAISARI) antes da pandemia nas unidades de internação do estado?

Como se deu a implementação da da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei (PNAISARI) durante o período de pandemia nas unidades de internação do estado?

⁴ BRASIL. *Levantamento Anual Sinase 2017*. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019, p. 27

⁵ Minas Gerais: protocolo n. 01451.000394/2020-11; São Paulo: protocolo n. 863562022338 e Rio de Janeiro: protocolo n. 13830.

As respostas foram apresentadas em 26 de outubro de 2020 pelos estados de Minas Gerais, pela Diretora de Orientação Socioeducativa, pela Diretora de Formação Educacional, Profissional, Esporte, Cultura e Lazer e pela Diretora de Atenção à Saúde, todos membros da Superintendência de Gestão Administrativa da Subsecretaria de Atendimento Socioeducativo pertencente à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP); e São Paulo, pela Equipe do Sistema Integrado de Informações ao Cidadão (SIC) da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente; o estado do Rio Janeiro apresentou resposta no dia 27 de outubro de 2020, por meio da Ouvidoria do Departamento Geral de Ações Socioeducativas.

A fim de compreender esses documentos a partir de uma perspectiva crítica, o método qualitativo foi utilizado, sobretudo na revisão documental, bibliográfica e de notícias amplamente divulgadas na mídia sobre o tema. Por fim, foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com um arte educador e uma professora do ensino formal que atuam diretamente com o serviço de medida de internação no estado de São Paulo a fim completar a análise do material coletado, notadamente com relação ao direito à educação. O questionário semi-estruturado contava com as seguintes questões:

Direito à educação

Como era realizado o acesso à educação antes da pandemia para adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação e quais eram as maiores dificuldades?

Como está sendo realizado o acesso à educação durante a pandemia para adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação e quais são as maiores dificuldades?

Na sua opinião, quais são os pontos positivos e negativos da situação atual?

Importante destacar que, em seu desenho inicial, a pesquisa também tinha como previsão a realização de entrevistas semiestruturadas com profissionais das áreas de educação, assistência e saúde de cada estado. As pesquisadoras entraram em contato com alguns profissionais, mas diante do longo processo burocrático que foi apresentado para conseguir todas as autorizações necessárias não foi possível realizar esta parte neste momento da pesquisa, o que é visto como uma oportunidade de continuidade e aprofundamento para uma próxima fase da pesquisa.

2. DO MENORISMO À PROTEÇÃO INTEGRAL

A garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes é amplamente assegurada na legislação brasileira, mas nem sempre foi assim. O Código de Mello Mattos, ou Código de Menores de 1927 (Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), foi a primeira legislação a se referir especificamente sobre crianças e adolescentes no Brasil (ARRUDA, 2011, p.38). Sob a vigência deste código, crianças e adolescentes eram submetidas a intensas intervenções jurídicas e, a partir deste momento, o termo “menor” passou a designar “uma infância e adolescência pobre e sujeita às medidas judiciais em que a condição de pobreza se transformava em irregularidade” (ARRUDA, 2011, p.39).

Em 1964, foi criada a Política Nacional de Bem Estar do Menor (Lei n. 4.513, de 1º de dezembro de 1964), que, por meio do Fundo Nacional de Bem Estar do Menor (Funabem) ficou responsável por atender adolescentes que eram tidos como “infratores”. Neste período o “mote “internação como último recurso” foi sempre repetido, mas pouco seguido” (RIZZINI, 2004, p. 67). Em 1979, por meio da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, o Código de Menores foi alterado, contudo o caráter tutelar que não reconhecia a cidadania presente na infância e na juventude se manteve, por meio da criação da categoria menor “em situação irregular”, que legitimava uma atuação judicial arbitrária com relação a crianças e adolescentes (CORNELIUS, 2017, p. 51) “privados de situação de subsistência”, em “perigo moral” e “autor de ato infracional”, conforme o seu artigo 2º.⁶

A Política Nacional de Bem Estar do menor e os Códigos de Menores são exemplos da Doutrina da Situação Irregular, cujo efeito “menorista” não reconhecia a cidadania a essa parcela da população, notadamente para infância e adolescência pobre, preta e periférica. Portanto, durante esse período, a tutela significava restrição de direitos

⁶ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal.

pelo juiz em nome da suposta proteção concedia a essa parcela da população (BUDÓ, 2013, p. 15).

A mudança desse paradigma ocorreu apenas com a redemocratização do país. Com a Constituição Federal de 1988, inaugurou-se a Doutrina da Proteção Integral, a partir de uma sistemática de conceitos e regras que garantem às crianças e adolescentes absoluta prioridade na garantia e efetivação de seus direitos. O artigo 227, da Constituição Federal reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e, no que se refere à justiça juvenil, especialmente na aplicação de medida privativa de liberdade, ressalta que a proteção especial concedida a essa parcela da população abrange a obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em fase peculiar de desenvolvimento.

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. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: 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;

Ademais, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que completou 30 anos em 2020, esses direitos foram especificados, tendo em vista que, além das garantias individuais previstas a adultos, havia a necessidade de elaboração de um aparato jurídico-normativo capaz de dar conta dos direitos e garantias relacionados a pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento (BUDÓ, 2013, p.9). Salienta-se que a inserção do artigo 227 na Constituição Federal e a promulgação do ECA contaram com fundamental participação popular, de crianças e adolescentes e de movimentos da sociedade civil.

Posteriormente, as Resoluções n. 46, de 29 de outubro de 1996; a Resolução n. 113, de 19 de abril de 2006; e a Resolução n. 119, de 11 de dezembro de 2006, todas do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)⁷ e a Lei

⁷ O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) é um órgão colegiado permanente, de caráter deliberativo e composição paritária, previsto no artigo 88 do Estatuto da Criança e

Federal 12.594 de 2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, consolidaram o atendimento socioeducativo enquanto política pública destinada a população de adolescentes responsabilizada por práticas infracionais.

2.1 Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) rompeu com os paradigmas até então vigentes baseados na arbitrariedade, no assistencialismo e na repressão. Por meio de uma mudança de tratamento, o ECA se volta para adolescentes em situação de vulnerabilidade, a partir da aplicação de medidas protetivas, assim como se refere a adolescentes responsabilizados por atos infracionais, por meio da aplicação de medidas socioeducativas.

No caso de comprovada a prática infracional a autoridade competente poderá aplicar uma das medidas socioeducativas previstas no art. 112 do ECA: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e semiliberdade, e em último caso, não havendo outra medida menos gravosa ao seu direito à liberdade, poderá ser aplicada medida de internação. Assim, de maneira expressa, o ECA privilegia a mínima intervenção estatal e adoção de medidas em meio aberto que não privem o adolescente da sua liberdade.

Após 22 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) foi instituído pela Lei n. 12.594, de 2012. Entende-se por SINASE o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.⁸

Ao estabelecer os objetivos das medidas socioeducativas, o SINASE destaca a responsabilização dos adolescentes, a sua integração social e garantia de seus direitos individuais, assim como a desaprovação da conduta infracional. O conteúdo desses

do Adolescente (ECA).

⁸ Lei Federal 12.594 de 2012, artigo 1º, §1º.

conceitos, contudo, é fruto de uma construção social e pode assumir diferentes significados dependendo da maneira com a qual é abordado (COSTA, EILBERG & GOLDANI, 2016 p. 12).

Em relação aos princípios, estes são estabelecidos no artigo 35⁹ e dizem respeito a legalidade, excepcionalidade, prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas, proporcionalidade, brevidade, individualização, mínima intervenção, não discriminação e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. É interessante observar que além de um direito, a convivência familiar é reconhecida como princípio do processo socioeducativo. Apesar da ampla garantia prevista nos aparatos normativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção dos Direitos da Criança; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, também conhecida como Diretrizes de Riad; nota-se que os direitos de adolescentes em privação de liberdade ainda encontram desafios para serem aplicados com absoluta prioridade como determina a Constituição Federal.

Estes desafios podem ser vistos tanto na aplicação das medidas socioeducativas quanto na sua execução. Nos trabalhos de Eduardo Gutierrez Cornelius e Marília de Nardin Budó, os pesquisadores se debruçaram sobre a visão punitiva direcionada para adolescentes, a quem são atribuídas práticas infracionais, nos poderes Judiciário e Legislativo, e pela mídia, assim como Relatórios dos Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura,¹⁰ retratam o cenário de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes que vão se

⁹ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II – excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; III – prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; IV – proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V – brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI – individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII – mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; VIII – não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou *status*; e IX – fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

¹⁰ BRASIL. *Relatório Anual (2017)*. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT),

integrando às rotinas das Unidades responsáveis por executar as medidas socioeducativas de privação de liberdade.

2.2 A violência institucional e o racismo estrutural

De acordo com o Levantamento Anual do Sistema Socioeducativo, no ano de 2017 o país atendia 143.316 adolescentes em medidas socioeducativas (BRASIL, 2019, p. 12). Deste total, 24.803 adolescentes cumpriam medida socioeducativa restritiva ou privativa de liberdade. Em relação aos adolescentes em atendimento no meio aberto, que correspondia a 117.207 atendimento, não há qualquer pesquisa sobre o perfil étnico das pessoas em atendimento, contudo, no que diz respeito ao atendimento restritivo e privativo de liberdade, 59% das pessoas atendidas se declararam como negras ou pardas, conforme a terminologia utilizada pelo levantamento.

O Relatório Anual do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (2017-2018), destaca que o sistema socioeducativo é marcado por violações de direitos e muitas fragilidades, entre elas condições precárias de higiene e de alimentação, as escassas atividades pedagógicas, a imposição de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes e a superlotação das unidades socioeducativas.¹¹ Trata-se de um dado crucial no sentido de abrir caminhos para agendas de pesquisa sobre o racismo institucional presente na execução dessa política pública.

O Relatório temático sobre as adolescentes privadas de liberdade, divulgado em março de 2019 pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT),¹² registra episódios de racismo, intolerância religiosa, violência física, psicológica, moral e sexual praticada contra adolescentes, no período da internação. Em 2017, o MNPCT,

2018

¹¹ Importante destacar que, em recente decisão no *habeas corpus* coletivo HC 143.988, o Supremo Tribunal Federal determinou o fim da superlotação das unidades de atendimento socioeducativo.

¹² BRASIL, *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)*, 2019. Relatório de Missão a Unidades Socioeducativas do Estado do Espírito Santo/ Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Daniel Caldeira de Melo, Deise Benedito, Luís Gustavo Magnata Silva, Tarsila Flores. Disponível em: <https://sedh.es.gov.br/Media/sedh/DOCUMENTOS%202019/RELAT%C3%93RIO_DE_MISSION%20A_UNIDADES_SOCIOEDUCATIVAS.pdf> Acesso em: 21 jul. 2020

já apontava que para analisar as irregularidades e violências observadas no Sistema Socioeducativo brasileiro “o olhar para a raça é central” (BRASIL, 2018, p.79).

Ao fazer referência ao sistema penal brasileiro, a professora e pesquisadora Ana Luiza Pinheiro Flauzina, defende o racismo enquanto sua variável central, e denuncia que “a obsessão de controle dos corpos negros e o projeto de extermínio que com a abolição da escravidão passa a compor a agenda política do Estado são os vetores mestres que ainda hoje balizam a atuação do sistema penal” (FLAUZINA, 2006, p. 138). De acordo com a autora, recusar esta abordagem racial enquanto substantiva serve para manutenção do projeto hegemônico, que no caso do sistema socioeducativo, se resume ao encarceramento de adolescentes negros.

Segundo a pesquisadora Winnie de Campos Bueno,

“A abordagem sobre seletividade penal passa, muitas vezes, em branco (literal e metaforicamente), consequência da força do mito da democracia racial brasileira e dos discursos universalistas de classe. Há um senso comum que aponta que as violências e índices de criminalização indevida estão mais relacionados com fatores sociais do que com o racismo. Porém, o que se verifica na realidade são relatos e experiências de jovens negros e negras que convivem desde a tenra idade com a sabedoria do medo. O medo da polícia. Medo este que é plenamente justificado.” (BUENO, 2017)¹³

Essa seletividade se observa nos dados acerca da privação de liberdade no sistema socioeducativo que possui um perfil bem definido: adolescentes negras e negros, periféricos e pobres. Dessa forma, coaduna-se com a interpretação segundo a qual:

“embora existam interpretações de que o ECA é destinado a todas as crianças e adolescentes, indistintamente de sua condição social, seus fundamentos e as intervenções que determina nos possibilitam inferir que ele, à semelhança do Código de Menores, não libertou das “algemas” os adolescentes pobres e infratores. Continua destinado à população pobre, potencialmente “perigosa” e “delinquente”. A relação ‘pobreza e delinquência’ foi adaptada para ‘pobreza e infração’, mantendo-se atualizada na medida em que são os adolescentes pobres, que na sua grande maioria são privados de liberdade, de modo a permanecer a relação ‘criminalidade e pobreza’” (SILVA, 2005, p. 94).

¹³ BUENO, Winnie. “Quantos meninos negros precisam ser encarcerados para que combatamos a seletividade penal?”. Artigo site *Justificando*, 10 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/03/10/quantos-meninos-negros-precisam-ser-encarcerados-para-que-combatamos-seletividade-penal/>> Acesso em: 14 out. 2020

Inevitável relacionar este contexto com o fato de que, de acordo com o Atlas da Violência de 2019, “em 2017, 75,5% das vítimas de homicídio eram pretas ou pardas e entre adolescentes e jovens de 15 a 19 anos do sexo masculino, os homicídios foram responsáveis por 59,1% dos óbitos.”¹⁴ Essa violência letal contra adolescentes e jovens negros somados às taxas de pessoas negras privadas de liberdade no sistema socioeducativo revelam o racismo estrutural, a violação de direitos e o abismo que separa esses adolescentes de exercerem sua cidadania e serem reconhecidos como sujeitos de direitos.

É importante, por fim, lembrar que o racismo é um processo de “desumanização e objetificação que marca os corpos e sujeitos negros comprometendo sua capacidade de enxergar-se como indivíduos que têm ou devem buscar o seu lugar no mundo” (BORGES, 2018, p. 58). Sendo assim, enquanto houver racismo, não haverá a absoluta prioridade dos direitos de adolescentes negros, especialmente daqueles inseridos nos sistemas de justiça e socioeducativo.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EDUCAÇÃO, À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E À SAÚDE

3.1 Direito à educação

A educação é um direito fundamental que deve ser garantido de maneira prioritária para crianças e adolescentes. O programa de atendimento socioeducativo, por sua vez, deve seguir obrigatoriamente métodos e técnicas de caráter pedagógicos. O artigo 205 da Constituição Federal, o artigo 124, XI e XII do Estatuto da Criança e do Adolescente, os artigos 11 e 15 do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade, igualmente determinam o direito à educação para adolescentes privados de liberdade.

No que diz respeito à educação, o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo (PNASE) estabelece como diretriz a garantia da oferta e acesso à educação de qualidade, à

¹⁴ CERQUEIRA, Daniel (Coord.); BUENO, Samira (Coord.). *Atlas da Violência 2020*. Ipea, 2020. p. 31 Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>> Acesso em: 10 nov. 2020

profissionalização, às atividades esportivas, de lazer e de cultura no centro de internação e o direito à educação, considerando sua condição singular como estudantes e reconhecendo a escolarização como elemento estruturante do sistema socioeducativo. De acordo com o mesmo documento:

[...] a escolarização de adolescentes em privação de liberdade é foco de atenção do Governo Federal. Segundo dados do “Panorama do atendimento de escolarização oferecido aos jovens infratores privados de liberdade segundo as informações declaradas ao Censo Escolar da Educação Básica” – do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação – INEP/MEC, 235 escolas atendem adolescentes em privação de liberdade. Com 3.361 alunas matriculadas e 11.755 alunos matriculados, elas registraram em 2012, um aumento de estudantes em relação aos anos anteriores.

O PNASE também estabelece como metas, para garantir o acesso à educação de adolescentes em privação de liberdade, a integração dos dados do Censo Escolar da Educação Básica com o Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo; avaliação da infraestrutura das escolas do SINASE através dos dados do Censo Escolar da Educação Básica; a qualificação de professores que atuam nas escolas do SINASE através dos dados do Censo Escolar da Educação Básica; o estabelecimento de parâmetros para a escolarização e educação profissional no sistema socioeducativo; e a avaliação do desempenho escolar e acadêmico dos adolescentes cumprindo medidas socioeducativas ao fim do Ensino Médio, fomentando o acesso à Educação Superior.

A Resolução n. 03, de 13 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Educação (CNE) define como princípio do atendimento escolar de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, dentre outros, a prevalência da dimensão educativa sobre o regime disciplinar; a escolarização como estratégia de reinserção social plena, articulada à reconstrução de projetos de vida e à garantia de direitos; o reconhecimento das diferenças e o enfrentamento a toda forma de discriminação e violência, com especial atenção às dimensões sociais, geracionais, raciais, étnicas e de gênero.

No sistema socioeducativo a educação, além de um direito fundamental deve ser utilizada como ferramenta para a responsabilização e integração social de adolescentes. Não obstante, o conceito sobre de socioeducação está em disputa. Alguns autores

compreendem a socioeducação enquanto política educacional que apresenta um caráter político e pedagógico (SILVA, 2012, p. 110) voltado para uma concepção emancipatória e de desenvolvimento das potencialidades desses adolescentes (BISINOTO et al., 2015, p. 579).

Por outro lado, Ana Paula Motta Costa aponta que a educação, no contexto socioeducativo, integra um contexto coercitivo e não uma educação, de fato, pedagógica (COSTA, 2016, p. 37). Mariana Chies Santiago Santos, considerando a elaboração do ECA, explica que a utilização do termo “socioeducação” é marcado por uma “pedagogia liberal, cujo objetivo de reforma do adolescente em conflito com a lei segue operando, agora através do recurso discursivo da educação social” (SANTOS, 2018, p. 72). Tendo em vista isso, Ana Paula Motta Costa ao citar Jaime Couso, explica que, a educação, portanto, serve mais como meio de garantir que a execução da medida seja “menos violadora de direitos” (COSTA, 2016, p. 37).

Alguns desafios gerais, como a ausência de Projeto Político-Pedagógico (PPP) em grande parte das unidades e programas socioeducativos, verificada no Levantamento do SINASE, além de impactar na garantia do direitos à educação, também ocasiona a descontinuidade das ações socioeducativas (PNASE, 2013). Contudo, é importante destacar que cada estado, por meio dos Planos Estaduais de Atendimento Socioeducativo, tem autonomia para organizar e estabelecer como o acesso à educação de adolescentes em privação de liberdade ocorrerá em cada território, tendo como base as legislações e normas nacionais e internacionais.

3.2 Direito à convivência familiar e comunitária

É inegável que a privação de liberdade de adolescentes a quem são atribuídas práticas infracionais impõe limitações à convivência cotidiana entre familiares e amigos. Entretanto, essa limitação não pode restringir de maneira absoluta o direito à convivência familiar e comunitária desta parcela da população. Para efetivar os objetivos das medidas socioeducativas, e diante sua importância no processo de desenvolvimento, o direito à convivência familiar e comunitária também é reconhecido como um dos princípios da execução das medidas socioeducativas previsto no artigo 35 do SINASE.

A família e a comunidade afetiva são as principais referências e redes de apoio e proteção para adolescentes, ao serem inseridas/os no sistema socioeducativo os vínculos devem ser assegurados como ferramentas indispensáveis para o processo socioeducativo, bem como para a gestão das unidades socioeducativas (SOUZA, 2019). De acordo com o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária:

“A articulação deste Plano com o SINASE deve perseguir o objetivo de humanização da execução das medidas socioeducativas [...]. Nesse sentido, é importante enfatizar que o SINASE defende a municipalização das medidas socioeducativas visando facilitar a reintegração dos adolescentes em suas famílias e comunidades”.

No mesmo sentido, o PNASE ao estabelecer suas diretrizes destaca a garantia de visitas familiares e íntimas, com ênfase na convivência com os parceiros/as, filhos/as e genitores, além da participação da família na condução da política socioeducativa. Ao estabelecer o eixo 1, que faz referência à gestão do SINASE, o PNASE determina como meta de implementação do SINASE a garantia de recursos financeiros em cofinanciamento para o funcionamento adequado dos programas socioeducativos, com ênfase no direito à convivência familiar e comunitária, à proteção social, à inclusão educacional, cultural e profissional.

No que diz respeito a qualificação do atendimento o PNASE define como metas assegurar que adolescentes possam receber visitas de familiares e amigos, visando à garantia do direito a convivência familiar e comunitária, e a implementação regionalizada de unidades de internação, levando em consideração a densidade demográfica da região, visando a garantia do direito à convivência familiar e comunitária.

É possível, portanto, inferir que o fortalecimento de vínculos com a comunidade familiar e afetiva deve fazer parte do processo socioeducativo de adolescentes em privação de liberdade. Os vínculos podem influenciar, inclusive nos resultados da reincidência juvenil, uma vez que adolescentes com laços familiares mais fortes têm menores chances de reincidir (SAPORI et. al., 2018, p.8).

3.3 Direito à saúde

Como já apontado, o direito à saúde é um direito fundamental e está previsto na Constituição Federal, no ECA e em normas nacionais e internacionais. A atenção integral à saúde de adolescente em privação de liberdade está amplamente prevista no artigo 60 do Sinase e possui diretrizes conforme determina a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei, em Regime de Internação e Internação Provisória (PNAISARI).

O PNAISARI foi parametrizado pela Portaria n. 340 da Secretaria de Atenção à Saúde, em 14 de julho de 2004, e se encontra sob responsabilidade da Coordenação-Geral da Saúde de Adolescentes e Jovens, do Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas, da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (CGSAJ/DAPE/SAS/MS).

Posteriormente, o PNAISARI foi redefinido pela Portaria n. 1.082 do Ministério da Saúde e tem como objetivo garantir e ampliar o acesso aos cuidados em saúde de adolescentes, a quem são atribuídos a prática de atos infracionais, por meio da integração do Sistema Único de Saúde (SUS) com o sistema socioeducativo. Conforme os artigos 16, 17 e 18 desta Portaria, os Municípios, Estados e União possuem atribuições específicas a fim de implementar essa política nacional. As diretrizes do PNASE também garante o acesso à programas de saúde integral.

Garantir o direito à saúde desta parcela da população, no entanto, esbarra em entraves que vão desde a estigmatização que sofrem por parte de profissionais da saúde por estarem privados de liberdade (FERNANDES, RIBEIRO, MOREIRA, 2015, p. 123), até aos relatos de sobrecarga e precariedade nas condições de trabalho por parte desses profissionais, (VILAS BOAS, 2014, p. 27). O direito à saúde integral de adolescentes privados de liberdade também é atingido pela “fragmentação das ações no atendimento socioeducativo, dificuldade de articulação da rede de saúde, frágil articulação da saúde na ação de socioeducação e persistência da lógica prisional que embasa o tratamento dessas pessoas.” (VILAS BOAS, CUNHA, CARVALHO, 2010, p. 226).

Em pesquisa recente a Fundação Oswaldo Cruz apontou as doenças que mais afetam adolescentes privados de liberdade:

[...] nos últimos doze meses, em ordem de frequência, encontramos: 41% com frequentes dores no pescoço, costas ou coluna; 23,3% com doenças de pele (coceiras, impingem, bactéria na pele, furúnculos); 20,6% referiram ter tido asma/bronquite; 16,1% ter DST como sífilis, gonorreia, cancro, etc.; 11,8% reportaram dengue, zika ou chikungunya; 8,7% alguma anemia grave ou outra doença do sangue; 5,5% têm doença mental que necessita de acompanhamento com especialista; 3,8% mencionaram doenças do coração; 3,3% citaram tuberculose; 1,7% referiram HIV/Aids; 1,1% câncer; e 21,1% informaram outras doenças (PEDRO, 2018, p. 68).

Por último, mesmo sendo a saúde um direito de atenção integral, de acordo com o Levantamento do Sinase “no ano de 2017, 46 adolescentes vinculados às unidades de atendimento socioeducativo em privação de liberdade foram à óbito” (SINASE, 2019).

4. A PANDEMIA NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

A pandemia da COVID-19 tem causado efeitos danosos em todo o mundo, afetando especialmente estabelecimentos de privação de liberdade. Além de provocar mudanças repentinas e urgentes para toda comunidade socioeducativa, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),¹⁵ até o dia 9 de novembro de 2020, foram registrados 4.626 casos de coronavírus, destes 1.024 são adolescentes em privação de liberdade e 3.602 servidores, dentre estes há 22 óbitos.

O processo de tomada de decisão, e implementação de mudanças, exige tempo, estudos, escuta e recursos, estas condições são visivelmente incompatíveis com a maneira que o novo coronavírus (SARS-CoV-2) se espalhou pela sociedade. Neste sentido, algumas recomendações emergenciais foram publicadas com objetivo de assegurar os objetivos e princípios do atendimento socioeducativo, são elas: Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça; Recomendações para Proteção Integral de Crianças e Adolescentes durante a pandemia da COVID-19 do Conanda.

Assim, nesta seção serão apresentadas as respostas recebidas pelos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro quando questionados sobre quais são as medidas adotadas para garantir em seus respectivos atendimentos socioeducativos de internação o

¹⁵ Conselho Nacional de Justiça. *Monitoramento Semanal Covid-19*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-30.09.20.pdf>> Acesso em: 30 set. 2020

acesso à educação, convivência familiar e saúde, com atenção especial ao que está sendo realizando no atual período de pandemia.

4.1 Principais Recomendações para o Sistema Socioeducativo durante a pandemia da COVID-19

Como medida para prevenção e combate da expansão do novo coronavírus, o CNJ publicou a Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, que reconheceu a alta transmissibilidade da SARS-CoV-2 em estabelecimentos socioeducativos. Trata-se de recomendação direcionada aos Tribunais de Justiça e aos magistrados para a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. No que tange ao sistema socioeducativo, os artigos 2º e 3º estabelecem medidas importantes.

O artigo 2º se refere à fase de conhecimento e recomenda a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória para adolescentes que fazem parte do grupos de risco, que sejam gestantes ou mães entre outras hipóteses especificadas no artigo. Assim como o artigo 3º, que se refere à execução de medidas socioeducativas e recomenda a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão, para adolescentes que fazem parte do grupos de risco, que sejam gestantes ou mães entre outras hipóteses especificadas no artigo.

Além disso, recomenda a reavaliação das decisões que determinaram a aplicação de internação-sanção. E, por fim, a Recomendação n. 62 prevê no §2º do artigo 7º, a aplicação do §1º deste mesmo artigo, que diz respeito às medidas que devem ser adotadas para a realização das audiências presenciais.

Neste mesmo sentido, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) emitiu, em março de 2020, um documento com Recomendações para Proteção Integral de Crianças e Adolescentes durante a pandemia da COVID-19, destacando a suspensão das medidas socioeducativas para adolescente no grupo de risco,

a garantia de comunicabilidade por meio remoto e a manutenção das atividades culturais e educacionais.

Em abril, a Fundação Oswaldo Cruz publicou uma Cartilha sobre População Privada de Liberdade¹⁶ ressaltando a peculiar condição de vulnerabilidade sanitária que afeta toda a comunidade socioeducativa. O material enfatiza, ainda, a importância com os cuidados voltados para a saúde mental, em razão do aumento da tensão, dos sintomas de estresse, medo, irritação, ansiedade e tristeza.

Em vista disto, o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), conjuntamente com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério da Cidadania (MC) publicou a Recomendação n. 1, de 9 de setembro, de 2020,¹⁷ que dispõe sobre cuidados à comunidade socioeducativa no contexto da pandemia. Em que pese as suas determinações com relação ao direito à educação, à convivência familiar e à saúde, a Recomendação chega após 6 meses após a declaração da pandemia, contudo sua aplicação é imprescindível, sobretudo se considerarmos a probabilidade de segunda onda com altos números de contaminação.

4.2 Minas Gerais

O atendimento socioeducativo no estado de Minas Gerais está sob a gestão da Subsecretaria de Atendimento Socioeducativo (SUASE), que por sua vez está vinculada à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP). No que diz respeito ao direito à educação, o estado de Minas Gerais informou que o acesso à educação escolar é ofertado pela Secretaria de Estado de Educação, numa parceria com a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, por meio de um acordo de cooperação técnica entre as duas Secretarias. Por meio dessa parceria, a educação básica é ofertada de maneira integral e integrada para a medida de internação e acompanhamento pedagógico para os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação provisória.

¹⁶ FIOCRUZ. *Covid-19 e População Privada de Liberdade*. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.org.br/wp-content/uploads/2020/04/cartilha_sistema_prisional.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020

¹⁷ MMFDH. *Recomendação n. 1, de 9 de setembro, de 2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/recomendacao-conjunta-n-1-de-9-de-setembro-de-2020-278467073>. Acesso em: 28 set. 2020

Ademais, de acordo com as informações enviadas adolescentes em privação de liberdade são matriculadas/os em uma instituição de ensino que se localiza na própria unidade socioeducativa e cumprem 4 horas diárias de aula. No que se refere à contratação dos professores, para os anos iniciais do ensino fundamental, são contratados professores em regime de unicência, ou seja, apenas um professor é responsável por abordar todos os conteúdos, enquanto que para os anos finais há professores da grade curricular que contempla cada disciplina; para o ensino médio, é feita contratação dos professores por área de conhecimento

Com a chegada da pandemia, foi informada a suspensão imediata das atividades escolares e a elaboração de um Plano Contingencial pela SUASE que foi encaminhado às unidades socioeducativas. Tendo como base o referido Plano, foi informado que cada unidade teve autonomia para reorganizar sua rotina, garantindo contudo o teor pedagógico condizente às orientações do SINASE, assim, a partir da orientação da Diretoria de Formação Educacional, Profissional, Esporte Cultura e Lazer – DFP/SUASE, cada unidade estruturou as atividades de maneira a preservar uma carga horária mínima de duas horas de atividades pedagógicas. Segundo o informado, as atividades se concentram em cursos online e reforço escolar com o apoio do Canal Futura de Televisão, que ofereceu cadastro e links para acesso às aulas.

Em 16 de maio, a Secretaria de Estado de Educação publicou a Resolução SEE n. 4.329/2020 que estabeleceu o retorno das atividades escolares de maneira remota. Assim, informou-se que as atividades escolares não presenciais foram iniciadas em todas as unidades de internação, e possibilitadas através de teleaulas transmitidas pela Rede Minas de Televisão, além de disponibilização do Plano de Estudos Tutorados (PET's) elaborados pela Secretaria de Estado de Educação, sendo essas atividades entregues e acompanhadas pela equipe técnica e segurança das Unidades socioeducativas. Também foi informado que a Secretaria de Estado de Educação disponibilizou computadores, bem como acesso à internet para todos os Centros Socioeducativos.

Em reação à convivência familiar o estado de Minas Gerais informou que na medida socioeducativa de internação, dentre os instrumentais de trabalho, o contato dos adolescentes com os familiares se dava por meio de visitas da família nas unidades, conforme organização da rotina institucional de cada centro de atendimento. Os contatos

telefônicos semanais também eram permitidos tendo em vista a frequência e limite de tempo, assim como o contato por cartas que adolescentes produzem e recebem sob a supervisão de agentes socioeducativos. Eventualmente, visita domiciliares de adolescentes em suas respectivas residências eram possíveis a depender do desenvolvimento do seu Plano Individual de Atendimento (PIA).

Entretanto, em função da pandemia, foi informado que, na medida de internação, o quantitativo de visitantes e espaçamento de tempo para as visitas foram reduzidos e com isso, as unidades têm ampliado o tempo para as ligações e disponibilizado outras estratégias de comunicação como, por exemplo, chamadas por vídeo. Informou-se também que permanecem o envio e recebimento de cartas. Quanto às visitas domiciliares, estas se encontram restritas, tendo em vista os protocolos para se evitar a propagação do vírus.

Por seu turno, no que diz respeito ao direito à saúde, antes da pandemia, foi informado que até março de 2020 a Diretoria de Atenção à Saúde estava realizando reuniões trimestrais junto a cada município onde há unidade socioeducativa, tendo sido entregues os Planos de Ações atualizados dos municípios habilitados em janeiro de 2020 ao Ministério da Saúde. Até março de 2020 os municípios habilitados eram: Belo Horizonte, Montes Claros, Patos de Minas, Patrocínio, Pirapora, Sete Lagoas, Teófilo Otoni, Uberlândia e Unaí. Em que pese o início da pandemia, a implementação da PNAISARI se manteve em curso, tendo, inclusive a habilitação do município de Divinópolis em 24 de julho de 2020.

Foi informado que as reuniões dos Grupos Gestores com os municípios do interior e com a capital se mantiveram, por meio das videoconferências, e os municípios ainda não habilitados continuam sendo monitorados. Atualmente, os municípios ainda não habilitados, e sem previsão, na PNAISARI são: Governador Valadares, Ipatinga, Juiz de Fora, Muriaé, Passos, Ribeirão das Neves e Uberaba.

4.3 São Paulo

O atendimento socioeducativo no estado de São Paulo está sob a gestão da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação CASA), instituição vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania. De acordo com o pedido de acesso à informação, no que diz respeito ao direito à educação são

ofertados para adolescentes em medida de internação o ensino regular fundamental, tanto os anos iniciais quanto os anos finais, e o ensino médio, por meio do Projeto Revitalizando a Trajetória Escolar (PRTE).¹⁸

Segundo as informações enviadas pela Fundação CASA, “a organização curricular se estrutura em anos ou série anuais com duração de, no mínimo, 200 dias letivos, em horas aula de 45 minutos”. Além disso, as classes podem ser multisseriadas. No que tange aos materiais didáticos e paradidáticos, são os mesmos que integram o Currículo Paulista da Rede Estadual de Ensino do estado de São Paulo.

Diante o contexto da pandemia foi informado que “as atividades são impressas pela escola vinculadora (ou diretoria de Ensino) e encaminhadas aos centros semanalmente”. Informou-se, ainda, sobre “a necessidade de que seja estabelecido um fluxo entre os Centros da Fundação CASA e a unidade escolar para o envio e recebimento de roteiros de ensino, os quais devem conter uma explicação objetiva e simples, visto que em muitos centros não haverá interação entre os docentes e os estudantes”.

No estado de São Paulo foi possível a realização de uma entrevista com um arte educador, embora não seja uma representação da entidade, se faz importante considerar as reflexões apresentadas pelo profissional, que destaca como desafio a ausência de uma proposta de articulação entre os trabalhos de professores, arte educadores e agentes socioeducativos, o que segundo o entrevistado “interfere no desenvolvimento de adolescentes”. Importante considerar que a arte educação é considerada como “ensino informal”, portanto esses profissionais possuem outro enquadramento funcional que que permitiu a realização desta entrevista, ainda que sucinta.

O ensino remoto dentro das unidades socioeducativas foi apontado pelo entrevistado como inevitável para a garantia da educação com proteção de segurança no atual momento de pandemia. Contudo, foi destacado a ausência de equipamentos suficientes para o número de adolescentes atendidos.

Ainda, relata o entrevistado que a presença física do professor na sala de aula cria um ambiente propício para estabelecimento de vínculos. Mesmo quando a interação é

¹⁸ Instituído por meio da Resolução Conjunta SE-SJDC n. 2/2017 e da Resolução Conjunta SE-SJDC n. 1/2020.

síncrona entre estudantes e professor, por meio de videochamadas, há casos em que uma tela de computador é compartilhada entre todos os estudantes o que dificulta, inclusive, a visualização pelo professor dos alunos que estão ou não interagindo.

No que tange ao direito à convivência familiar, o estado de São Paulo informou que antes da pandemia, o contato de adolescentes com familiares “ocorriam por ocasião dos dias de visita estabelecidos pelos Centros de Atendimento e, na impossibilidade da família realizar a visita, o contato era realizado por meio ligação telefônica”. Em razão da pandemia as visitas familiares foram suspensas¹⁹ e o contato familiar tem sido realizado semanalmente via telefone, e, quando a infraestrutura do Centro, bem como da família permitem, o contato tem sido realizado por meio de vídeo chamada.

Por fim, no que diz respeito ao direito à saúde as informações prestadas indicam a existência de “equipes de saúde da Fundação CASA composta por enfermeiro, auxiliar de enfermagem e dentista”. Além disso, informou-se também que “todos os centros têm equipamentos da rede SUS como referência, haja vista o caráter não totalitário da instituição”. No que tange ao PNAISARI, apenas os municípios de Campinas, Mogi Mirim, Limeira, Iaras, Fernandópolis, Irapuru e Rio Claro estão habilitados e possuem plano de ação.

Com a chegada da pandemia, informou-se que “não houve alteração no atendimento prestado pelos equipamentos da rede SUS, com adaptação de atendimentos para a possibilidade de atendimento por telemedicina”.

4.4 Rio de Janeiro

O atendimento socioeducativo no estado do Rio de Janeiro está sob a gestão do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE). No dia 29 de setembro de 2020 a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro aprovou a Proposta de Emenda à Constituição Estadual n. 33/2019, que retira o Degase da Secretaria de Educação para subordiná-lo à pasta da Segurança Pública. Com relação ao direito à educação apenas foi informado que “os centros socioeducativos que atendem a Medida de Socioeducação de internação possuem dentro do local do Centro uma escola Estadual regular”. Em virtude

¹⁹ Conforme Decreto Estadual no 64.881, de 22 de março de 2020.

do decreto da pandemia do COVID-19, informou-se que “as aulas presenciais foram suspensas e a Regional da Secretaria de Estado de Educação (SEEDUC) elaborou um protocolo com aulas remotas, com vídeos gravados pelos professores”.

No que diz respeito ao direito à convivência familiar, o Rio de Janeiro informou que “o contato era mantido semanalmente e presencialmente, através da visitas dos responsáveis e quando necessário, através de contatos telefônicos e em atendimentos familiares para acompanhamento socioeducativo”. Com o início da pandemia, as visitas familiares foram suspensas, e o “direito ao convívio familiar foi garantido aos adolescentes e familiares através de chamadas telefônicas e/ou chamadas de vídeo, realizadas semanalmente pela equipe”.²⁰ Contudo, “a partir de 12 de setembro de 2020, as visitas presenciais voltam a fazer parte do cotidiano socioeducativo, gradualmente”.

Por fim, no que diz respeito ao direito à saúde, foi informado que “a redefinição da PNAISARI fomentou a reorganização das ações de saúde voltada aos adolescentes em atendimento socioeducativo de internação, internação provisória e semiliberdade no DEGASE que possui unidades socioeducativas em 14 municípios sendo (10 municípios habilitados na PNAISARI) e (04 municípios em processo de implementação da política)”. Tendo isso em vista a pandemia, informou-se que “houve a elaboração de protocolos, plano operacional padrão, reorganização de fluxos assistenciais e o Plano Colaborativo da Saúde dos Privados de Liberdade no Estado do Rio de Janeiro”.²¹

4.5 Breves reflexões sobre a atuação dos estados

A partir das informações apresentadas acima foi possível verificar o impacto da pandemia nos direitos à educação, à convivência familiar e à saúde de adolescentes em privação de liberdade, em cada um dos estados selecionados para a presente pesquisa. Como consequência, algumas problemáticas que se impõem podem envolver o pífio contato estabelecido entre estudantes e profissionais no processo de aprendizagem, especialmente se adolescentes tiverem alguma dificuldade particular; a restrição ainda maior do contato com a família que agora ocorre de maneira monitorada sem garantia da privacidade; e,

²⁰ Em conformidade com a Portaria DEGASE no 839 de 25 de maio de 2020.

²¹ Pactuado na CIB\COSEMS RJ No 73 de 25 de maio de 2020.

por fim, aspectos que envolvem à saúde podem ser impactados com a soma das restrições anteriores a notícias, e principalmente eventual ausência de notícias, sobre a pandemia.

Dessa forma, no que tange à educação, observa-se que há tentativas dos estados em manter as atividades educacionais e pedagógicas. Não obstante, mesmo após mais de um semestre do início da pandemia, é frágil a garantia desse direito fundamental para adolescentes, impactando seu desenvolvimento e o processo socioeducativo. Nesse cenário, é importante considerar que, enquanto a educação é meio para que a medida seja menos violadora de direitos, conforme explica Ana Paula Motta Costa, em um contexto de ensino remoto, essa característica se torna menos efetiva, especialmente em período de pandemia.

No que tange à convivência familiar, conforme relatado acima, trata-se ao mesmo tempo, de um direito fundamental e de um princípio da execução da medida socioeducativa. Importante destacar, ainda, que a incomunicabilidade de adolescentes em privação de liberdade viola o artigo 124, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Outras fragilidades e desafios podem ser levantados, visto que as videochamadas exigem internet de boa qualidade e uma conexão estável; entretanto, segundo o Levantamento Anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, 81 % das famílias desses adolescentes não têm renda ou têm renda de apenas um salário mínimo (BRASIL, 2019, p.102).

Salienta-se, ainda, que as visitas presenciais são um dos principais meios e canais de realização de denúncias por parte de adolescentes. Em Minas Gerais, por exemplo, onde as visitas presenciais não foram suspensas, mas sim restringidas, uma mãe denunciou a ocorrência de maus tratos e o fato de que uma unidade estava infestada por ratos em setembro de 2020.²² A limitação ou completa restrição de contato direto, pessoal e privado entre adolescentes e familiares, além de impactar no desenvolvimento pessoal de cada adolescente, também pode impactar no atendimento socioeducativo e na gestão das unidades de atendimento.

²² DUARTE, Raiane. Centro Socioeducativo é alvo de denúncia de maus-tratos e infestação de ratos. *Jornal da Manhã*, 09 set. 2020. Disponível em: <<https://jmonline.com.br/novo/?noticias,5,POL%C3%84DCIA,201210>>. Acesso em: 11 nov. 2020

Em um contexto em que os vínculos familiares estão frágeis, dada a emergência sanitária, pode-se questionar o impacto que isso terá, posteriormente, uma vez que os vínculos familiares e afetivos podem influenciar nos resultados da reincidência juvenil, uma vez que adolescentes com laços familiares mais fortes têm menores chances de reincidir (SAPORI et. al., 2018, p.8) conforme relatado no item 3.2.

Em relação à saúde, considerando o PNAISARI e o momento atual em que a atenção à saúde é urgente, apesar das informações enviadas pelos estados, no Rio de Janeiro, o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura relatou que “adolescentes com sintomas de gripe estavam sendo colocados em um alojamento sem luz e alagado, com outros adolescentes sem sintomas de síndrome gripal, não sendo os adolescentes sintomáticos encaminhados para o serviço de saúde da unidade.” (RIO DE JANEIRO, 2019, p. 23).

Neste sentido, no estado de São Paulo, em uma das unidades da Fundação CASA, um adolescente ficou trancado em um banheiro da instituição, pois havia testado positivo para COVID-19.²³ Nota-se, assim, que apesar de existir um aparato normativo que garanta a atenção integral à saúde desses adolescentes a implementação dessa política está “engatinhando” e que “as ações necessárias para o alcance dos objetivos apenas foram iniciadas, faltando muito para um cenário desejável e amadurecido” (RIBEIRO, RIBEIRO, DESLANDES, 2018, p. 4), situação que é incompatível com a atual emergência sanitária.

5. CONCLUSÕES

O presente artigo pretendeu identificar e descrever, por meio de uma análise empírica, como os estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro prevêm a garantia dos direitos à educação, à convivência familiar e à saúde de adolescentes em privação de liberdade. Para tanto, o presente artigo foi dividido em quatro partes. A primeira parte foi composta pela introdução e a metodologia detalhada. A segunda consistiu na revisão teórica sobre a superação do menorismo e a implementação da doutrina da proteção

²³ BERGAMO, Mônica. Adolescente fica trancado em banheiro da Fundação Casa por ter Covid-19. *Folha de S. Paulo*, 15 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/06/menor-fica-trancado-em-banheiro-da-fundacao-casa-por-ter-covid-19.shtml>. Acesso em: 21 jul. 2020

integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Sinase e ainda, sobre como a violência institucional e o racismo estrutural, mostrando a inerência destes ao sistema de justiça juvenil.

A terceira parte discutiu o direito à educação de qualidade, à convivência familiar e à saúde de adolescentes em privação de liberdade com base nas normas vigentes e revisão teórica. Na quarta parte foi apresentada a chegada da pandemia no Sistema Socioeducativo, quais as principais recomendações, e as respostas obtidas, por meio dos pedidos de informação. A partir disso, a pesquisa identificou que a garantia dos direitos à educação, à convivência familiar e à saúde no sistema socioeducativo se fragilizaram durante o período de pandemia, embora os estados tenham demonstrado esforços para garantir o atendimento.

É notório a importância de garantir o arranjo intersetorial entre as secretarias de educação, saúde, assistência social para garantir os objetivos e princípios do atendimento socioeducativo. As informações apresentadas pelos estados não nos permitem indicar de fato como os direitos à educação, à convivência familiar e à saúde, têm sido garantidos para adolescentes em privação de liberdade, mas nos indicam algumas fragilidades que precisam ser superadas.

No que diz respeito ao direito à educação identificamos como fragilidades a redução da carga horária e a limitação do contato individual e privativo entre estudantes e professores e/ou arte educadores, que pode impactar significativamente no desenvolvimento e no procedimento socioeducativo

No âmbito do convívio familiar, as fragilidades que se destacam são a redução do contato e a ausência de espaços de privacidade entre adolescentes e famílias, momento que é visto como fundamental para desenvolvimento pessoal de cada adolescente, mas também para o processo de atendimento socioeducativo. Por fim, no que se refere à saúde, as fragilidades identificadas diz respeito a desarticulação entre as redes, uma vez que em nenhum estado houve adesão total dos municípios ao PNAISARI, e onde houve, não teve explicações sobre seu financiamento e execução.

Com base nas respostas recebidas foi possível identificar que cada estado, e em alguns casos cada unidade de atendimento, buscou isoladamente alternativas para

um desafio que é coletivo, contudo para que haja um aprofundamento maior sobre os impactos causados pela pandemia é essencial ouvir mais atores envolvidos neste sistema como adolescentes, familiares e profissionais do sistema socioeducativo. Considerando este cenário, ainda que as unidades socioeducativas dos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro tenham, de maneira geral, estabelecido planos de ações, visando a proteção e prevenção contra o novo coronavírus, não é possível assegurar que não haja violações de direitos nas unidades de atendimento socioeducativo dos respectivos estados.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michele. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARRUDA, Jalusa Silva de. *“Para ver as meninas”: um estudo sobre as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação na CASE/Salvador*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011

BISINOTO, Cynthia et. al. *Socioeducação: origem, significado e implicações para o atendimento socioeducativo*. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 20, n. 4, p.575-585, out./dez. 201. Doi: 10.4025/psicolestud.v20i4.28456

BONALUME, Bruna Carolina; JACINTO, Adriana Giaqueto. *Encarceramento juvenil: o legado histórico de seletividade e criminalização da pobreza*. Rev. katálysis vol.22 no.1 Florianópolis Jan./Apr. 2019. Epub May 09, 2019

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?*. Belo Horizonte- MG. Ed. Letramento: Justificando, 2018.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Vulnerabilidade, exclusão, seletividade: o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional*. In: Anais do XXII Encontro Nacional do Conpedi. Curitiba: Boiteux, 2013.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. *Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, 2012

BRASIL. *Levantamento Anual Sinase 2017*. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

BRASIL. *Relatório Anual (2017)*. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). *Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013. 39 p.

CONANDA. *Resolução n. 46 de 29 de outubro de 1996*. Regulamenta a execução da medida sócio-educativa de internação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90. 1996.

CONANDA. *Resolução n. 113 de 19 de abril de 2006*. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização do SGD, Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos/ Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2006.

CONANDA. *Resolução n. 119 de 11 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e dá outras providências. 2006.

COSTA, Ana Paula Motta (Org). *Justiça Juvenil na Contemporaneidade II*. Colóquio Internacional da Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016.

COSTA, Liana Fortunato; PENSO, Maria Aparecida; SUDBRACK, Maria Fátima Olivier;

JACOBINA, Olga Maria Pimentel. *Adolescente em conflito com a lei: o relatório psicossocial como ferramenta para promoção do desenvolvimento*. Revista Psicologia em Estudo, v. 16, n. 3

2011. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=287122139005>>. Acesso em: 09 de nov. 2020.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

IGREJA, Rebecca Lemos. *O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito*. In: Máira Rocha Machado. (Org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. 1ed.São Paulo: REED, 2017, v. 1, p. 27.

SAPORI, Luís Flávio et. al. *A reincidência juvenil no estado de Minas Gerais*. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/66/F7/4F/D9/7C897610FB535876A04E08A8/Reincide_ncia%20juvenil%20int.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

SANTOS, Mariana Chies Santiago. *Resistentes, conformados e oscilantes – Um estudo acerca das resistências produzidas pelos adolescentes privados de liberdade no Brasil e na França*. 2018. 211 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, Capítulo 1, 2018.

PEDRO, Valéria da Rocha. *Atenção à saúde dos adolescentes em conflito com a lei privados de liberdade: atenção integral ou desintegrada*. 2018. 116 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018.

RIBEIRO, Débora Stephanie; RIBEIRO, Fernanda Mendes Lages; DESLANDES, Suely Ferreira. *Saúde mental de adolescentes internados no sistema socioeducativo: relação entre as equipes das unidades e a rede de saúde mental*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, e00046617, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2018000305015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 out. 2020.

RIO DE JANEIRO. *Covid-19 no Sistema Socioeducativo do Rio de Janeiro*. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, jul. 2020. Disponível

em: <<http://mecanismorj.com.br/wp-content/uploads/COVID19-no-sistema-socioeducativo-atualizado-em-19.07.pdf>> Acesso em: 04 out. 2020

RIZZINI, Irene. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004

SILVA, Maria Liduina de Oliveira e. *O controle sócio-penal dos adolescentes com processos judiciais em São Paulo: entre a 'proteção' e a 'punição'*. Doutorado em Serviço Social – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005

SILVA, Silmara Carneiro e. *Socioeducação e juventude: reflexões sobre a educação de adolescentes e jovens para a vida em liberdade*. Serviço Social em Revista, vol 14, n. 2, 2012. <http://dx.doi.org/10.5433/1679-4842.2012v14n2p96>

SOUZA, Mayara Silva de. *Convivência familiar: ferramenta fundamental para a gestão das unidades de atendimento socioeducativo*. Pós Graduação (Gestão Pública) – Instituto de Ensino Superior de São Paulo, 2019.

VILAS BOAS, Cristina Campolina; CUNHA, Cristina de Freitas; CARVALHO, Raquel. *Por uma política efetiva de atenção integral à saúde do adolescente em conflito com a lei privado de liberdade*. Revista Medicina Minas Gerais 2010; 20(2): 225-233. Disponível em: <<https://www.medicina.ufmg.br/wp-content/uploads/sites/37/2011/02/artigo-revista-medica.pdf>> Acesso em: 10. out. 2020.

VILAS BOAS, Cristina Campolina. *A atenção à saúde do adolescente privado de liberdade em Belo Horizonte: impasses e desafios*. [Tese de Doutorado]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais; 2014.

Apresentação oral

**ADOLESCÊNCIA, DROGADIÇÃO E O ATO INFRACIONAL, HÁ
RELAÇÃO?**

*ADOLESCENCE, DRUG ADDICTION AND THE OFFENSE, IS THERE A
RELATIONSHIP?*

Vívian Lima de Amorim

Pós-graduanda em Psicologia Jurídica pela FACAB. Psicóloga.

E-mail: 1amorimvivian@gmail.com

Lucas Ciccio Ribeiro

Psicólogo pela UNAMA.

E-mail: lucas_ciccio@hotmail.com

Resumo: Na adolescência, fase marcada por conflitos e perdas, além de comportamentos impulsivos, busca de identidade, grupos e sentido de vida, é comum encontrar casos de jovens que começam a fazer uso de substâncias psicoativas neste período. Por razões como essas e questões sociais como a vulnerabilidade, pobreza e o consumismo moderno, muitos jovens acabam incidindo no ato infracional. Entretanto, até que ponto o ir ao ato pode receber a influência das drogas na visão de uma equipe multiprofissional que atende os adolescentes em medida socioeducativa? Neste sentido, o objetivo deste estudo foi o de analisar uma possível concomitância entre o ato infracional e as drogas, de modo a buscar compreender este adolescente em seu contexto sócio histórico e não de forma estigmatizante. Para tal, utilizou-se de 40 prontuários desenvolvidos pela equipe técnica do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS Comércio) no ano de 2019; e da literatura, entre os anos de 2015 e 2019, que engloba os temas em questão, encontradas nas bases Scielo, Google Acadêmico, Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) e LILACS. Os documentos foram vistos a partir da ótica da análise de conteúdo, técnica adequada para inferir e adentrar os conteúdos latentes e manifestos de uma comunicação. Posteriormente, os dados coletados foram analisados pelo Software Package for the Social Sciences (SPSS 20), para análise de dados quantitativos. Sendo assim, há a possibilidade de a droga ser uma influência primordial para o adolescente envolver-se

com o ato infracional? E mais, a taxa de socioeducandos envolvidos com a droga é alta? É um fato de preocupação para a sociedade brasileira? Ou ainda, a relação com a droga é necessariamente prejudicial para eles? Essas hipóteses serão averiguadas de acordo com a análise e produção deste trabalho.

Palavras-chaves: Drogas, Adolescentes, Ato infracional.

Abstract: In adolescence, a phase marked by conflict and loss, in addition to impulsive behavior, search for identity, groups and meaning of life, it is common to find cases of young people who begin to use psychoactive substances in this period. For reasons such as these and social issues such as vulnerability, poverty and modern consumerism, many young people end up in the criminal act. However, to what extent can going to the act receive the influence of drugs in the vision of a multiprofessional team that serves adolescents in a socio-educational measure? In this sense, the objective of this study was to analyze a possible concomitance between the infracional act and drugs, in order to seek to understand this adolescent in its historical social context and not in a stigmatizing way. To this end, we used 40 medical records developed by the technical team of the Specialized Reference Center for Social Assistance (CREAS Comércio) in 2019; and the literature, between 2015 and 2019, which includes the themes in question, found in the Scielo, Google Academic, Virtual Health Library (VHL) and LILACS databases. The documents were seen from the perspective of content analysis, an adequate technique to infer and enter the latent and manifest contents of a communication. Subsequently, the data collected were analyzed by the Software Package for the Social Sciences (SPSS 20), for analysis of quantitative data. Thus, is there the possibility that the drug is a primary influence for the adolescent to become involved in the infraction? Moreover, is the rate of socioeducated students involved with the drug high? Is it a fact of concern for Brazilian society? Or, is the relationship with drugs necessarily harmful to them? These hypotheses will be investigated according to the analysis and production of this work.

Keywords: Drugs, Adolescents, Infringement Act.

Sumário: 1. Introdução. 1.1 Problema. 1.2 Justificativa. 2. Fundamentação teórica. 3. Objetivos. 3.1 Geral. 3.2 Específico. 4. Método. 5. Resultados e discussão. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A adolescência trata-se de um processo de construção social e histórica com múltiplas emergências, é marcada por transformações fisiológicas, emocionais e sociais (JUST; ENUMO, 2015). Para muitos pesquisadores, como Stanley Hall, considerado pai da psicologia da adolescência, é uma fase atravessada por crises, entretanto tem como funcionalidade fazer com que o jovem construa a sua subjetividade (SANTOS; NETO; KOLLER, s.d.).

Pensar em mudanças de padrão social, culturas de massa, bem como o consumismo presente na vida do adolescente moderno caracteriza parte das mudanças sociais difíceis em que se encontram. Em contrapartida, pensar em jovens de baixa renda e negros ou pardos pode implicar em uma estigmatização dessa população e pode-se inferir que se encontram em uma situação de grande vulnerabilidade social. Ao fazer o desenho acerca desses jovens aspectos como a relação familiar, social e educacional tendem a piorar se comparados com jovens de outra classe social e/ou cor.¹

Fala-se deste grupo por eles representarem a grande maioria dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa atualmente no Brasil, não por serem os únicos a cometerem atos infracionais, mas por serem os mais prováveis de serem punidos por seus atos, além da sociedade lhes atribuir esse papel em muitos momentos.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069, 13 de julho, 1990), o adolescente entre 12 e 18 anos que cometer um ato infracional, poderá ser submetido às medidas socioeducativas. A natureza da medida socioeducativa deve diferir da pena aplicada ao adulto, pois, embora tenha também claro aspecto punitivo e coercitivo, deve priorizar o caráter pedagógico e a promoção do acesso aos direitos básicos, que em muitos momentos vai ser a retomada ou o primeiro contato a esses direitos, como a inserção escolar, por exemplo (BRASIL, 1990).

Os fatores relacionados à prática infracional na adolescência, semelhantes ao crime, geram inúmeras discussões que abarcam diferentes dimensões da vida, desde as condições

¹ SILVA, Aline Gomes da; RODRIGUES, Thais Christina do Lago; GOMES, Katia Varela. Adolescência, vulnerabilidade e uso abusivo de drogas: a redução de danos como estratégia de prevenção. *Rev. psicol. polít.*, São Paulo, v. 15, n. 33, p. 335-354, ago. 2015.

sociais, familiares, entre outras. Contudo, o uso de drogas é frequentemente reportado como associada a tal prática. Atualmente nota-se uma progressiva preocupação de órgãos públicos e privados com o aumento de jovens usuários de drogas ilícitas

Os fatores relacionados à drogadição se superpõem àqueles identificados na prática infracional. São eles: o sentimento contemporâneo de insuficiência e a noção de desamparo (Savietto & Cardoso, 2009), a busca pela autonomia, o poder sobre si mesmo, a diferenciação dos pais (Wagner & Oliveira, 2007, Parada, 2013), a curiosidade, a busca por vivências prazerosas (Soares et al., 2010, Vasters & Pillon, 2011), a ausência de pertencimento (Tejadas, 2011), a tristeza e a solidão (Vieira et al., 2008). (JIMENEZ; ANDRADE; BIANCHIN, 2015, p.946).

No Brasil, o documento Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente- Conanda (2006) indica que a porcentagem de adolescentes brasileiros internados no sistema socioeducativo que mencionaram o uso de alguma droga era de 87,2%. Já no Relatório Justiça ao Jovem, expedido pelo Conselho Nacional de Justiça (2012), “75% dos adolescentes internados referiram o uso de alguma droga ilícita”.

Para o uso de drogas só existem diferenças entre os sexos e as classes sociais quando se considera a droga de eleição, já que adolescentes de ambos os sexos e de diferentes classes têm utilizado diferentes tipos de drogas (Tavares et al., 2004, Soldera et al., 2004, Pratta & Santos, 2007a). Por outro lado, no que se refere à prática do ato infracional predominam adolescentes do sexo masculino, pobres, pardos/negros (exceto nos estados do sul do país, e em um estudo realizado em Sorocaba/SP, nos quais predominam adolescentes brancos) (Priuli & Moraes, 2007, Zappe & Ramos, 2010, Francisco & Martins, 2014). (JIMENEZ; ANDRADE; BIANCHIN, 2015, p.945).

Segundo o modelo de Goldstein (1985) acerca da criminalidade relacionada à droga, a concomitância entre o ato infracional e as drogas pode estar conexa às relações familiares, sociais e/ou aos traços individuais de personalidade.

Em prol deste caráter pedagógico e de direitos oriundos da Lei 8.069, citada anteriormente, se requer um Plano Individual de Atendimento (PIA) em qualquer modalidade de medida socioeducativa (prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação). É elaborado pela equipe técnica da unidade de atendimento, com a participação do adolescente e de sua família, visa a formação do jovem, de modo a lhe preparar para assumir papéis sociais relacionados à vida coletiva; à reprodução das condições de existência através do trabalho; a responsabilização de seus atos,

mas sem a presença de estigmas; além do uso adequado e responsável de conhecimentos e habilidades disponíveis no tempo e nos espaços onde a vida dos indivíduos se realiza (Justiça Juvenil, p.95).

A importância da equipe multiprofissional está em uma atuação técnica nesses serviços e politicamente na formulação de alternativas e suporte ao setor judicial através da elaboração de documentos acerca dos acompanhamentos realizados com esses adolescentes, é por meio disso que o juiz sentenciará uma progressão ou não de medida, ele o fará através dos registros de atividades que o adolescente cumpre presentes no prontuário elaborado pela equipe multiprofissional, assim como a análise do conteúdo escrito deste mesmo documento.

O CFP (Conselho Federal de Psicologia) versa em sua Resolução n. 6, de 29 de março de 2019, art. 5º que os documentos psicológicos devem ser elaborados conforme os princípios de qualidade técnica e científica e, não menos importante, devem levar em consideração a ética da profissão.

1.1 Problema

A fase da adolescência é caracterizada por sentimento de insegurança e desconhecimento da identidade, além da formação de grupos com aqueles em que há uma identificação. Contudo, ao focar em adolescentes que se tornaram autores de atos infracionais existe uma peculiaridade: geralmente apresentam comportamentos impulsivos, precário controle diante de frustrações, incapacidade de planejamento e fixação de metas; o grupo, por sua vez, é escolhido a partir de amigos no próprio meio de infração, a fim de conseguir apoio nas práticas ilegais. É válido ressaltar que existem associações entre os comportamentos dos adolescentes que cometeram ato infracional e o uso de substâncias psicoativas (MARTINS; PILLON, 2008). Consoante as informações anteriormente explicitadas acerca da temática que pode envolver os adolescentes e o ato infracional, este trabalho propõe o seguinte problema: o adolescente envolvido com o fenômeno da drogadição apresenta uma maior probabilidade de incidir em ato infracional, segundo a equipe técnica responsável por seus atendimentos?

1.2 Justificativa

Pesquisar acerca de uma possível concomitância entre o ato infracional empreendido por adolescentes e o formato como a droga pode estar inserida em suas vidas mostra-se irrefutável para melhor compreender a problemática em questão (ROCHA, 2003). Diante dos vários fatores de risco que envolvem este adolescente durante a trajetória ao ato, é essencial a compreensão sobre suas vivências e de que forma a droga pode estar inserida em seu contexto. Por este motivo a importância de uma temática que englobe a investigação entre o agir violento, o ir ao ato praticado em dado momento pelo jovem e a sua possível associação com o uso de drogas.

Quando combinadas, as duas variáveis atribuem um estigma social que acaba por excluí-los e desampará-los, ainda mais, mediante a sociedade. Este trabalho surge como uma problematização dos jovens em conflito com a lei, seja pelo uso de drogas e/ou pelo ato infracional, que estão ou estiveram em atendimento no CREAS Rosana Campos no ano de 2019. Esta temática visa mostrar se há a concomitância entre drogas e o ato infracional para a equipe multiprofissional (pedagogos, psicólogos e assistentes sociais) e, caso se confirme, de que maneira é elaborada pela equipe por meio dos registros em prontuários; de forma a investigar como a visão da equipe infere acerca desses adolescentes.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A adolescência é vista como uma construção social com repercussões na subjetividade e no desenvolvimento do homem moderno e não como um período natural do desenvolvimento. É um momento significado, interpretado e construído pelos homens. Estão associadas a ela marcas do desenvolvimento do corpo. Essas marcas constituem também a adolescência enquanto fenômeno social, mas o fato de existirem enquanto marcas do corpo não deve fazer da adolescência um fato natural. (BOCK, 2007).

É também um momento especial na vida do indivíduo. Nesta etapa, o jovem não aceita orientações, pois encontra-se em uma fase de identificações e buscas pessoais, de modo a testar a possibilidade de ser adulto, de ter poder e controle sobre si mesmo. É um momento de diferenciação em que “naturalmente” afasta-se da família e adere-se ao seu grupo de iguais. Se esse grupo estiver experimentalmente usando drogas, o pressiona a

usar também. Ao entrar em contato com drogas nesse período de maior vulnerabilidade, expõe-se também a muitos riscos. O encontro do adolescente com a droga é um fenômeno muito mais frequente do que se pensa e, por sua complexidade, difícil de ser abordado. (MARQUES; CRUZ, 2000)

Goldstein (1985) propõe que drogas e violência estão relacionadas de três formas possíveis: (1) psico farmacologicamente, na qual as pessoas podem se envolver em atos irracionais ou violentos, como resultado dos efeitos de curto ou longo prazo do uso de drogas; (2) econômico-compulsivo, em que alguns usuários de drogas cometem crimes violentos orientados economicamente, a fim de sustentar seu uso de drogas e (3) sistêmica, referindo-se aos padrões tradicionalmente violentos de interação envolvidos no sistema de distribuição de drogas.

Diante do modelo exposto a seguir, adaptamos para usá-lo na presente pesquisa, apesar de ser um modelo antigo Goldstein é um grande especialista quando se trata de pesquisas relacionadas com drogas.

O modelo de Goldstein (1985) classifica quatro tipos de crimes abarcados na expressão “criminalidade relacionada à droga”, quais sejam:

1- Os crimes psicofarmacológicos: influência do consumo agudo ou crônico de uma substância (variações de humor, cognição, percepção ou da abstinência).

2- Os crimes econômicos compulsivos: visam obter dinheiro para o consumo – a venda de drogas, a prostituição, os assaltos, a falsificação de receitas médicas, etc.

3- Os crimes sistêmicos: participação dos mercados de drogas ilícitas e abarca atos violentos (assaltos, homicídios, castigos, cobrança de dívidas, disputas territoriais etc.), cometidos no contexto do funcionamento do tráfico de drogas e englobam também a corrupção de empresas, governos e sistemas bancários envolvidos na “lavagem” do dinheiro.

4- As infrações à legislação em matéria de droga incluem a posse, o cultivo, a importação e o tráfico, mas também outras infrações como o branqueamento de capitais, ou a condução de veículos sob a influência de drogas ou álcool.

Medidas socioeducativas são medidas aplicadas pelo Estado com finalidade pedagógica em indivíduos infanto-juvenis (adolescentes, sendo inimputáveis maiores de

doze e menores de dezoito anos, que incidirem na prática de atos infracionais (crime ou contravenção penal), ou para aqueles que têm seus direitos e garantias violados, e para os quais são disponibilizadas as medidas de proteção, medidas de natureza jurídica sancionatória para inibir a reincidência dos mesmos e prover a ressocialização.

À criança e ao adolescente que tenha seus direitos e garantias violados são disponibilizadas as medidas de proteção, como determina o Art. 101, do *ECA*. Estas são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- Por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou;
- Em razão de sua conduta.

As ameaças ou violações praticadas pelo Estado, sociedade e família podem repercutir na conduta do adolescente, levando-o a criminalidade. Decorrente da exploração sexual ou trabalhista, maus tratos, precariedade de serviços públicos de saúde, educação, entre outros, em prol do desenvolvimento positivo do adolescente. Verificada qualquer das hipóteses acima (prevista no art. 98 do *ECA*), a autoridade competente poderá determinar as seguintes medidas: a reinserção do adolescente ao meio familiar; o apoio de orientadores; a obrigatoriedade da escola no cotidiano; a inserção do adolescente e da família em ações beneficiárias a estes; o tratamento psicológico e hospitalar (BRASIL, 1990).

3. OBJETIVOS

- Investigar se é possível encontrar uma relação entre o ato infracional praticado por adolescentes e a utilização de substâncias psicoativas, aferindo-se a partir dos dados obtidos junto aos prontuários dos adolescentes atendidos no Centro de Referência Especializado de Assistência Social, Rosana Campos (CREAS Comércio) Belém-PA.

3.1 Geral

- Investigar se há possibilidade de correferir, a partir da análise dos documentos produzidos no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), o ato infracional cometido por adolescentes com o uso de drogas.

3.2 Específico

- Caracterizar o perfil dos adolescentes atendidos no CREAS Comércio que cometeram as práticas infracionais e são usuários de drogas.
- Analisar como a equipe técnica elabora e registra nos prontuários a relação entre a drogadição e o ato infracional.
- Estabelecer, a partir do recorte temporal, dados estatísticos sobre a possível concomitância entre o ato infracional e a questão das drogas nos registros dos atendimentos feitos aos adolescentes.

4. MÉTODO

O estudo aconteceu a partir da análise de 40 (quarenta) prontuários, com pesquisa de abordagem quantitativa e qualitativa de dados. A análise de conteúdo se caracteriza por ser um conjunto de técnicas de pesquisa capaz de buscar um ou múltiplos sentidos de um documento, de forma a considerar os conteúdos manifestos (aquilo que é explícito), como também os latentes (a partir da inferência acerca do material em questão) (CAMPOS, 2004). Quanto ao aspecto descritivo, este relaciona-se as características de uma determinada população; logo a abordagem quantitativa e qualitativa refere-se ao emprego de técnicas estatísticas a fim de classificar e analisar as variáveis.

Adotou-se neste estudo, primeiramente, pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa. Foi utilizada delimitação de cinco anos para as pesquisas de artigos relacionados ao tema. Tal pesquisa possui a finalidade de agregar informações sobre determinado assunto. Caracteriza-se por ser ampla, com uma temática mais aberta.

A segunda etapa foi conduzida a partir do desenvolvimento de uma pesquisa de campo através da análise documental, caracterizada por elucidar os objetivos, princípios e metas de um objeto em análise (LAVILLE; DIONNE, 1999); os prontuários produzidos pela equipe multidisciplinar responsável pelo contínuo acompanhamento dos jovens que cumprem medida socioeducativa no CREAS foram capazes de revelar a dinamicidade das percepções de quem os escreve e, se para essa equipe há relação entre a drogadição e o ato infracional. A pesquisa quantitativa, por sua vez, objetivou mensurar a problemática

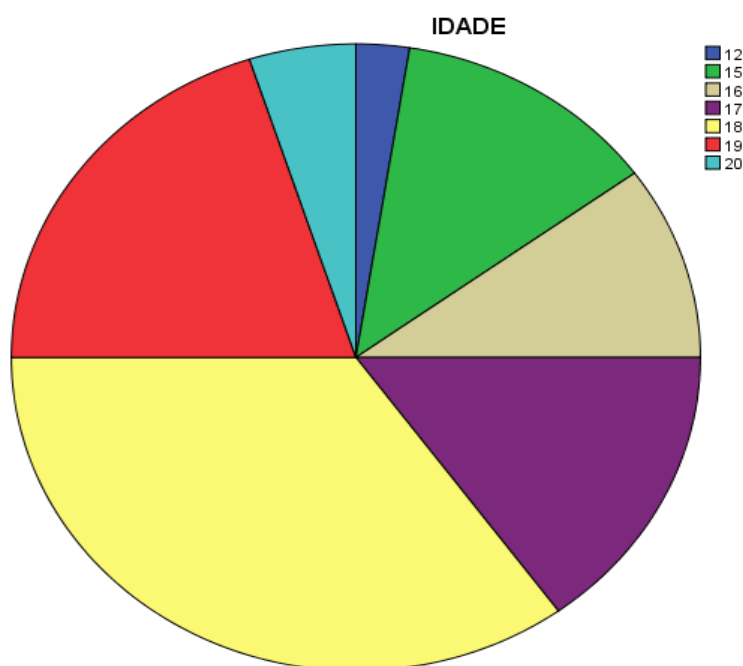
por meio dos dados estatísticos obtidos através da análise dos prontuários, como o perfil sociodemográfico e idade dos jovens.

As informações coletadas referentes aos adolescentes foram inseridas e analisadas pelo Software Package for the Social Sciences (SPSS 20). Obteve-se com o programa estatísticas descritivas (média, desvio padrão e porcentagem); as quais foram utilizadas no âmbito quantitativo da pesquisa.

5. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os 40 prontuários avaliados na pesquisa de campo efetuada no CREAS Comércio, no ano de 2019, resultaram em nove categorias, porém somente três (faz/fez uso de substância psicoativa, medida socioeducativa e ato infracional) entram no quesito de discussão crítica. As categorias são: idade, sexo, escolarização, reside com, bairro, faz/fez uso de substâncias psicoativas, medida, ato infracional e PAEFI/PIA.

Gráfico 1- IDADE



Fonte: produzido pelos autores.

Conforme indicativo do gráfico apresentado, pode-se perceber que há a prevalência de adolescentes com 18 anos de idade em primeiro lugar, seguido de 19 anos e 17 anos em medida de socioeducação no CREAS Rosana Campos, com idade média de 17, 4 anos. O sexo, por sua vez, é predominantemente masculino, de 40 prontuários analisados, 36 (90%) eram de homens.

Quadro 1 – ESCOLARIZAÇÃO

ESCOLARIZAÇÃO				
	Frequência	Percentil	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Ensino fundamental	16	40,0	40,0	40,0
Ensino fundamental – afastado	2	5,0	5,0	45,0
Ensino Médio	6	15,0	15,0	60,0
Analfabeta	1	2,5	2,5	62,5
Parou de estudar	10	25,0	25,0	87,5
CEEJA	4	10,0	10,0	97,5
Não especificado	1	2,5	2,5	100,0
Total	40	100,0	100,0	

Fonte: produzido pelos autores.

No que tange a escolarização, é válido destacar a idade média (17,4 anos) desses jovens a fim de problematizar uma taxa tão alta entre os que ainda se encontram no ensino fundamental (40%) e os que atualmente pararam de estudar (25%). Ao considerar que um adolescente de 17 anos que esteja de acordo com a sua faixa etária nos estudos, e possua condições estruturais para isso, está prestes a se formar ou ao menos no ensino médio, temos a disparidade que no caso concreto somente 15% ocupam este lugar. Pode-se concluir que a grande maioria (72,5%) dos jovens em acompanhamento no CREAS estão atrasados em relação a seus estudos.

Dados retirados do Censo Escolar da Educação Básica (INEP, 2014) reforçam isso ao mostrar que adolescentes em caráter de medida socioeducativa possuem taxas de reprovação maiores se comparados com a média do país.

A razão de ser disso é que em muitos dos casos esses adolescentes já estavam afastados da escola e se veem obrigados a retornar a fim de cumprir sua sanção proferida pelo juiz ou mesmo seu PIA. Principalmente os que se encontram em medida de Liberdade Assistida, em que se preconiza a pedagogia desse jovem e uma obrigatoriedade de retorno as aulas e frequência das mesmas (MORAIS, 2017).

A escola, bem como a aprendizagem se mostram imprescindíveis para o crescimento do indivíduo e se caracteriza como um direito básico. No sistema capitalista, a educação associa-se aos processos de trabalho e, por isso, é constantemente aliada ao capital, com a ideia de que o estudo trará uma progressão econômica ou trabalhista (MORAIS, 2017).

No entanto, esse adolescente quando se encontra desamparado pelo Estado há anos, em medidas básicas de assistência, é colocado em uma situação de obrigatoriedade escolar. Vai além dos seus direitos à uma educação, torna-se algo imposto em que a presença e o rendimento escolar são requeridos pela autoridade judicial. E como cobrar isso de alguém que muito provavelmente nunca tenha recebido a oferta desse espaço? Ou mesmo pertencido de fato a ele (MORAIS, 2017).

Quadro 2 – RESIDE COM

	Frequência	Percentil	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Família monoparental	8	20,0	20,0	20,0
Família nuclear	4	10,0	10,0	30,0
Família extensa	22	55,0	55,0	85,0
Família adotiva	1	2,5	2,5	87,5
Família díade nuclear	1	2,5	2,5	90,0
Família de Co-habitação	2	5,0	5,0	95,0
Não especificado no prontuário	2	5,0	5,0	100,0
Total	40	100,0	100,0	

Fonte: produzido pelos autores.

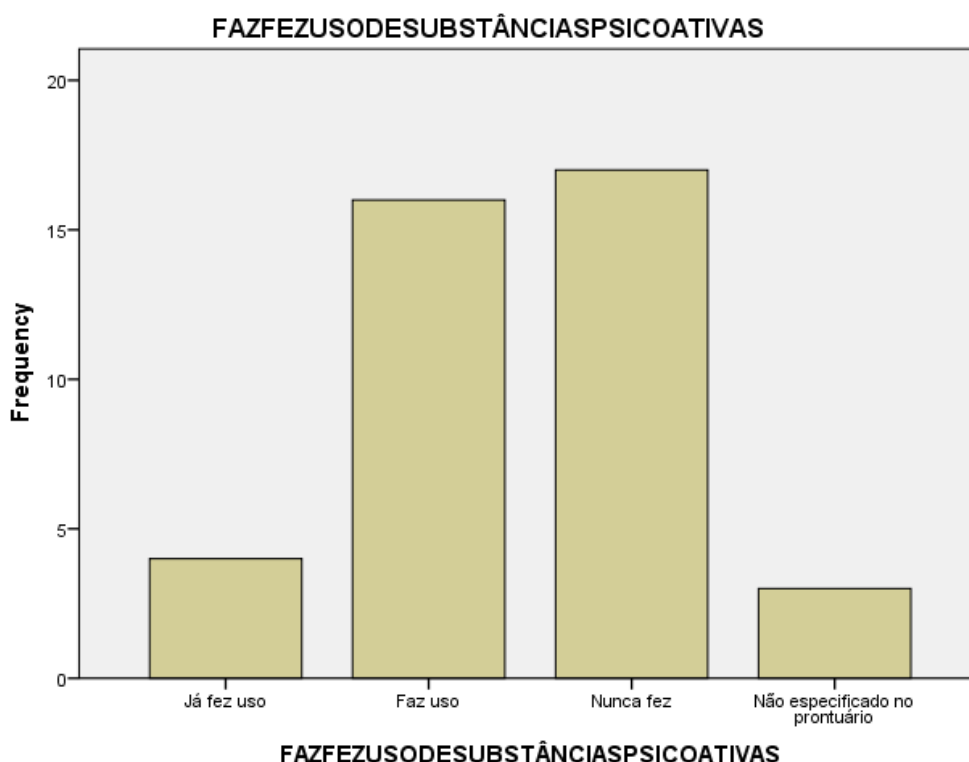
No que se refere a moradia, a análise familiar é de suma importância para entender o funcionamento do ciclo vital e estilo de vida do adolescente. Trabalhar com o conceito

de família ideal e seus vínculos seria algo para enriquecimento desse artigo, porém, o foco para avaliação crítica tem como objetivo o ato infracional e a drogadição.

O conhecimento das dinâmicas familiares é de fundamental importância na avaliação, no tratamento e na prevenção dos agravos a problemas de saúde apresentados pelos adolescentes. Para isso, o profissional de saúde deve observar como a família e o adolescente estão atravessando essa etapa da vida (CRUZ, 2007).

Esses jovens, por sua vez, moram nos bairros periféricos da capital paraense, com maior prevalência no do Jurunas (25%), Sacramento (17,5%) e Val-de-Cans (12,5%). O que pode ser indicativo de uma realidade de baixa renda desses adolescentes e suas famílias, porém não há como fazer maiores inferências por falta de dados.

Gráfico 2 – FAZ/FEZ uso de substâncias psicoativas



Fonte: produzido pelos autores.

A literatura acerca do ato infracional praticado por adolescentes costumeiramente faz menção a prática do ato e sua associação com o uso de drogas, como mostram (MARTINS, PILLON, 2008) ao relacionar o uso da maconha a um “comportamento delinquente” se comparado ao álcool ou tabaco. Em contrapartida, a análise de conteúdo dos prontuários elaborados pela equipe técnica nos mostra os dados do gráfico acima: 10% já utilizaram drogas psicoativas em algum momento (já fez uso), 42,5% dos adolescentes nunca fizeram uso e 40% utilizam atualmente e, esses, conforme acompanhamento dos documentos, são encaminhados ao CAPS ad (Centro de Atenção Psicossocial Álcool e outras Drogas) para tratamento de desdrogadição, este tópico no prontuário se faz presente no aspecto da saúde.

Contudo, o fato deste adolescente fazer uso pesa negativamente em seus documentos entregues ao juiz, de maneira que se o faz ele deve parar pelo bem de sua saúde, conforme ideia da equipe como um todo.

Neste aspecto, encontra-se uma linguagem estigmatizante nos prontuários, além da confusão quanto a escrita presente em todos os quarenta prontuários. São escritos à mão, com letras legíveis e outras não, além de conter abreviaturas ou não mostrar os procedimentos realizados com esses adolescentes quando vão ao CREAS para atendimento. Em nenhum dos prontuários foi identificada uma assinatura do profissional responsável pelo acompanhamento no dia e, em muitos, só se obteve a informação do ato cometido através da última página enviada pela Vara do Juizado Especial Criminal responsável pelo caso.

Em um dos prontuários, a pessoa que atendeu o jovem no dia escreve “faz uso de todas as drogas”. Ao considerar que esses documentos serão parte primordial do processo desse jovem, fica o questionamento acerca da forma que o estão conduzindo, bem como as atividades propostas também. CASTRO E GUARESHI (2008) problematizam o fato de adolescentes que usam drogas aparecer com frequência nos relatórios emitidos pelos socioeducadores.

JIMENEZ, ANDRADE e BIANCHINI (2015) em sua revisão de literatura trazem que atualmente os pesquisadores que estudam o uso de drogas na adolescência pouco relacionam à criminalidade, e outros lutam para desconstruir essa associação. Ainda mais, problematizam o fato de o uso de drogas ser utilizado como prognóstico

do envolvimento com atos infracionais, como se antes mesmo de cometer o desvio, fosse possível prevê-lo já que o adolescente faz uso.

Quadro 3 – Ato infracional

	ATO INFRACIONAL			
	Frequência	Percentil	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Art. 157	22	55,0	55,0	55,0
Art. 155	4	10,0	10,0	65,0
Art. 217	3	7,5	7,5	72,5
Art. 129	1	2,5	2,5	75,0
Art. 33	3	7,5	7,5	82,5
Art. 28	1	2,5	2,5	85,0
Art. 121	1	2,5	2,5	87,5
Art. 157, 29 e 69	1	2,5	2,5	90,0
Art. 129 e 140	1	2,5	2,5	92,5
Art. 126	1	2,5	2,5	95,0
Art. 157 e Art. 69	1	2,5	2,5	97,5
Art. 157 e Art. 103	1	2,5	2,5	100,0
Total	40	100,0	100,0	

Fonte: produzido pelos autores

No que se refere ao ato infracional, observa-se no quadro 3 a discrepância em que o artigo 157 (roubo) aparece, os dados foram investigados e discutidos com os outros estudos brasileiros acerca de atos infracionais e esse mesmo ato foi reafirmado.

Os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em unidades de internação praticaram 27.428 atos infracionais em 2015. Desse total, 46% (12.724) foram classificados como análogo a roubo e 24% (6.666) foram registrados como análogo ao tráfico de drogas. O ato infracional análogo ao homicídio foi registrado em 10% (2.788) do total de atos praticados. (SINASE, 2015)

De acordo com a literatura (ROSA ET AL., 2007; SANTOS, SEVERINO, & BRANDÃO, 2004; VOLPI, 2008), roubo, tráfico de drogas e homicídio estão entre os atos infracionais mais cometidos por adolescentes em conflito com a lei no Brasil, sendo os delitos contra o patrimônio os mais significativos quantitativamente.

Tentar identificar motivações foi um grande desafio ao levar em conta somente a análise dos prontuários, acreditamos que futuras pesquisas com questionários e entrevistas serão capazes de responder melhor e assim construir um estudo empírico com maiores marcadores. Atualmente existem estereótipos a se quebrar em relação a esses adolescentes, o núcleo da acusação se constitui a partir de conceitos como “ele é usuário de drogas”, “evasão escolar”, “risco social”. A condenação de estilos de comportamento entre outros aspectos revelados nos processos do ato infracional, exclusão social e as taxas elevadas de homicídios são os que rotulam a juventude.

De toda forma, não existem indicações válidas de que jovens oriundos da pobreza pratiquem delitos em proporção maior do que jovens de classes sociais mais abastadas. Ocorre que aos primeiros é mais fácil aplicar estereótipos e rotulá-los como criminosos. Um dos delitos mais praticados por adolescentes e que justifica o maior número de casos processados pela 2ª. Vara da Infância e da Juventude, refere-se à lei de entorpecentes. Na maioria dos casos, somente jovens oriundos das classes pobres se encontrem acautelados pelo cometimento destes tipos de delito, quando se sabe que um grande contingente de jovens de classe média faz uso regularmente de substâncias entorpecentes. Porém, estes jovens são oriundos de famílias que possuem nível de renda mais elevado, têm escolaridade mais elevada, seus genitores muitas vezes possuem ocupação laborativa mais prestigiada – entre outros fatores que lhes conferem as “imunidades institucionais” (COELHO, 2005, p.279). É isso que nos permite compreender porque alguns comportamentos são tratados como criminosos a partir de mecanismos sociais de rotulação e estigmatização.

Em diversos estudos (MULLER, BARBOZA, OLIVEIRA, SANTOS, & PALUDO, 2009; PRIULI & MORAES, 2007; ROSA, RIBEIRO JUNIOR, & RANGEL, 2007), os autores caracterizaram os adolescentes que cometem ato infracional não de forma a estereotipá-los, mas de promover dados que possam ser úteis e aplicáveis em políticas públicas direcionadas a esses adolescentes.

Muitos dos estereótipos os identificam como um inimigo da sociedade, de maneira a ocasionar o considerável aumento da punição por meio do encarceramento precoce como a solução para o problema da violência. Os discursos punitivistas têm se expandido nas diversas áreas e impactado diretamente a aplicação das medidas socioeducativas, o que

acaba gerando um grande conflito social, como é o caso da discussão acerca da diminuição da maioria penal, por exemplo.

PAEFI/PIA

Quadro 4 – PAEFI/PIA

	PAEFI/PIA			
	Frequência	Percentil	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Em andamento	29	72,5	72,5	72,5
Encerrado	11	27,5	27,5	100,0
Total	40	100,0	100,0	

No que se refere ao quadro 4, foi identificado e estudado o serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI) e o instrumento Plano Individual de Atendimento (PIA), analisando de tal modo os prontuários para que fosse possível abrir categorias de discussões sobre a qualidade da construção dos mesmos. Foi observado diversos erros de caligrafia, letras ilegíveis e textos rasos. Os prontuários são documentos importantes na vida desses adolescentes e devem ser construídos com uma equipe multidisciplinar de forma profissional.

RESOLUÇÃO CFP N. 001/2009

Dispõe sobre a obrigatoriedade do registro documental decorrente da prestação de serviços psicológicos.

CONSIDERANDO que o registro documental, além de valioso para o psicólogo e para quem recebe atendimento e, ainda, para as instituições envolvidas, é também instrumento útil à produção e ao acúmulo de conhecimento científico, à pesquisa, ao ensino, como meio de prova idônea para instruir processos disciplinares e à defesa legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se necessário problematizar o estigma da droga na vida dos adolescentes que cometeram ato infracional, pensar abordagens para possibilitar a continuação em serviços de assistência social, educação, lazer e cultura, que em muitos momentos só vão aparecer nas vivências desses jovens após o ir ao ato. Essas mesmas medidas surgem com o propósito

de levar a pedagogia e a responsabilização dos atos para os adolescentes em conflito com a lei.

Há de se preponderar que esses adolescentes, homens ou mulheres, encontram-se em vulnerabilidade social. Em todos os prontuários existia a identificação da quebra de direitos na vida dessas pessoas, o afastamento da escola, o não ter lazer, a falta de acesso a políticas públicas, em sua grande maioria havia problemas familiares e o tópico designado “Reside com” aborda sobre essa realidade ao mostrar a residência com pessoas da família extensa, 55% dos jovens, como pessoas da família do padrasto apareceram várias vezes.

Devido à falta de conteúdo e detalhamento dos prontuários, refletiu ser necessário uma futura pesquisa acerca do assunto com a presença de instrumentos mais amplos como: entrevistas e questionários com a equipe técnica e os adolescentes. Conhecer diretamente as motivações para ir ao ato, o perfil social do adolescente e quais as suas percepções acerca do uso de substâncias psicoativas são fundamentais para novos estudos. Concluindo-se assim a importância de se problematizar qual o estigma do adolescente “infrator” frente a sociedade?

REFERÊNCIAS

ANDRADE DA SILVA, Enid Rocha; DE OLIVEIRA, Raissa Menezes. O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários. *Número vinte*, [s. l.], p. 1-14, 16 jun. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_nt_sumario_maioridade_penal.pdf.

AQUINO, L. G. *Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócioeducativas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266.

BOCK, Ana Mercês Bahia. A adolescência como construção social: estudo sobre livros destinados a pais e educadores. *Psicol. Esc. Educ. (Impr.)*, Campinas, v. 11, n. 1, p. 63-76, June 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572007000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 06 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-85572007000100007>.

CAMPOS, Claudinei José Gomes. Método de análise de conteúdo: ferramenta para a análise de dados qualitativos no campo da saúde. *Rev. bras. enferm.*, Brasília, v. 57, n. 5, p. 611-614, Oct. 2004. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672004000500019&lng=en&nrm=iso.

CASTRO, A. L. de S. & GUARESHI, P. (2008). Da privação da dignidade social à privação da liberdade individual. *Psicologia e Sociedade*, 20 (2), pp. 200-207. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822008000200007>. Recuperado de: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000200007&lng=en&tlng=pt.

Conselho Nacional de Justiça-CNJ- (2012). Departamento de Pesquisas Judiciárias Panorama Nacional. *A execução das medidas socioeducativas de internação. Brasília: Programa Justiça ao Jovem*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf.

Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (2006). *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo-Sinase. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>.

Cruz TJ. Adolescente, família e o profissional de saúde. *Adolesc Saude*. 2007;4(3):45-50

FASURGS. *Orientação n. 01/2016 – Comitê de Ética em Pesquisa da FASURGS. O fator “risco” em pesquisas com seres humanos*. Rio Grande do Sul, 2016.

FERRARI, Rosângela Aparecida Pimenta; THOMSON, Zuleika; MELCHIOR, Regina. Adolescência: ações e percepção dos médicos e enfermeiros do Programa Saúde da Família. *Interface (Botucatu)*, Botucatu, v. 12, n. 25, p. 387-400, June 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832008000200013&lng=en&nrm=iso>. access on 06 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-32832008000200013>.

GOLDSTEIN, Paul J. *The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework*. Journal of Drug Issues. 1985.

INEP. Censo Escolar da Educação Básica 2013: resumo técnico. Brasília. INEP, 2014. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2013.pdf>

Jiménez, L., Meireles Andrade, E. & Guimarães Batistella Bianchini, L. (2016). *Uso de drogas e ato infracional: Revisão integrativa de artigos brasileiros*. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 14 (2), pp. 939-955.

JUST, Ana Paula; ENUMO, Sônia Regina Fiorim.. Problemas emocionais e de comportamento na adolescência: o papel do estresse. *Bol. Acad. Paul. Psicol.* São Paulo, v. 35, n. 89, p. 350-370, jul. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2015000200007

LAVILLE, C.; DIONNE, J. A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

LEMOS, F. C. S. et al. *Adolescentes e uso de drogas na visão do UNICEF*. Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 68-85, jul. 2016. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812016000100005.

MARTINS, Mayra Costa; PILLON, Sandra Cristina. A relação entre a iniciação do uso de drogas e o primeiro ato infracional entre os adolescentes em conflito com a lei. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v.24, n.5, p.1112-1120, May 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2008000500018&lng=en&nrm=iso.

MORAIS, Juscislaine Bianca Tavares. *REFLEXÕES ACERCA DA ESCOLARIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA*, [s. l.], 2017. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo7/reflexoesacercadaescolarizacaodoadolescenteemcumprimentodemedidasocioeducativa deliberdadeassistida.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2019.

MARQUES, Ana Cecília Petta Roselli; CRUZ, Marcelo S. O adolescente e o uso de drogas. *Rev. Bras. Psiquiatr.*, São Paulo, v. 22, supl. 2, p. 32-36, Dec. 2000. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462000000600009&lng=en&nrm=iso>. access on 06 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-44462000000600009>.

Pinto ACS; Albuquerque RA; Martins AKL; et al. *Drugs under the perspective of young users in treatment situation*. Rev Fund Care Online. 2017 jul/sep; 9(3):824-830. DOI: <http://dx.doi.org/10.9789/2175-5361.2017.v9i3.824-830>

Ribas T, Gehlen MH, Ventura J, Paula SF, Ferreira CL, Pereira AD. *A iniciação e abuso de drogas na adolescência: revisão narrativa*. Rev Fun Care Online. 2018 out/dez; 10(4):1169-1175. DOI: <http://dx.doi.org/10.9789/2175-5361.2018.v10i4.1169-1175>

ROCHA, S. M. *O uso de drogas pelos adolescentes autores de ato infracional na cidade de Porto Alegre: uma questão só de polícia?*. 2003. Dissertação (Pós graduação direito) – ESMP, Rio Grande do Sul, 2003. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045037.pdf.

SILVA, Aline Gomes da; RODRIGUES, Thais Christina do Lago; GOMES, Katia Varela. Adolescência, vulnerabilidade e uso abusivo de drogas: a redução de danos como estratégia de prevenção. *Rev. psicol. polít.*, São Paulo, v. 15, n. 33, p. 335-354, ago. 2015. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2015000200007&lng=pt&nrm=iso

SILVA, Ivani Ruela de Oliveira; SALLES, Leila Maria Ferreira. Adolescente em liberdade assistida e a escola. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v. 28, n. 3, p. 353-362, Sept. 2011. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2011000300007&lng=en&nrm=iso>. access on 07 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2011000300007>.

SOUZA, Luanna Tomaz de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; ABOIM, Josilene Barbosa. A Convenção da Criança e os Limites na Responsabilização de Crianças e Adolescentes no Brasil: Rupturas e Permanências. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1356-1382, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000201356&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 dez. 2019. Epub 27-Jun-2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39120>.

TFOUNI, Leda Verdiani; BARTIJOTTO, Juliana. A AUTORIA NA DESCRIÇÃO DO ATO INFRACIONAL. *Ling. (dis)curso*, Tubarão, v. 15, n. 1, p. 137-147, abr. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-76322015000100137&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 dez. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-4017-150108-2014>.

GT 8

Gênero, Dispositivos Jurídicos e Sociais

Apresentação oral

**FEMIGENOCÍDIO E NECROPOLÍTICA: OS CORPOS QUE NÃO
IMPORTAM**

*FEMIGENOCIDE AND NECROPOLITICS: BODIES THAT DO NOT
MATTER*

Amanda Caroline Generoso Meneguetti

Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

E-mail: amanddameneguetti@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo a análise e reflexão acerca das mortes de mulheres em razão de seu gênero em um âmbito que não seja o da interpessoalidade, e como esses acontecimentos se relacionam com as políticas de morte estatal e para-estatal. Utilizando-se das categorias de ‘femigenocídio’ e ‘necropolítica’, pretende-se averiguar como o gênero, enquanto demarcador corporal assume papel preponderante quando se trata de compreender, por exemplo, quais são os corpos que morrem, em quais situações e como se dá a morte desses corpos, quais são os atos e políticas destinados ao perecimento dos mesmos, etc., levando em consideração o contexto latino-americano e, em especial, brasileiro. Isto posto, com base nas categorias elencadas, se irá apresentar e esmiuçar as problemáticas que envolvem as políticas da morte de mulheres, buscando-se introduzir no âmbito jurídico a discussão acerca desse tema, de modo semelhante ao que ocorre com o feminicídio, hoje amplamente debatido. Como resultado, conclui-se que as mortes de mulheres, no contexto latino e fora do âmbito das relações domésticas e interpessoais, se dão por meio da guerra não convencional, em que os corpos das mulheres (corpos não guerreiros) são alvo de atos de crueldade antes não vistos, sendo que tais atos, partindo de diversos domínios, traduzem e assemelham as sujeitas ao ideário do *homo sacer*, ou seja, incluídas no ordenamento pela exclusão, pela sua matabilidade (AGAMBEN, 2002).

Palavras-chave: femigenocídio; necropolítica; gênero; mortes de mulheres.

Abstract: This research aims to analyze and reflect on the deaths of women due to their gender in a context other than interpersonal, and how these events relate to state and

para-state death policies. Using the categories of 'femigenocide' and 'necropolitics', it is intended to ascertain how gender, as a body path, plays a major role when it comes to understanding, for example, what are the bodies that die, in what situations and how the death of these bodies occurs, what are the acts and policies aimed at perishing them, etc., taking into account the Latin American and, in particular, Brazilian context. This is based on the categories selected, it will present itself and scrutinize the problems that involve the policies of the death of women, seeking to introduce into the legal sphere the discussion on this subject in a similar way to what occurs with femicide, today widely debated. As a result, it is concluded that the deaths of women, in the Latin context and outside the scope of domestic and interpersonal relations, take place through unconventional war, in which women's bodies (non-warrior bodies) are the target of previously unseen acts of cruelty, and such acts, starting from various domains, translate and resemble those subject to the ideas of the *homo sacer*, i.e. included in the order for exclusion, for its killing (AGAMBEN, 2002).

Keywords: femigenocide; necropolitics; gender; death of women.

Sumário: Introdução. 1. A sobrevivência das mulheres na América Latina: o corpo colonizado. 2. Colonialidade e racismo. 3. Poder estatal, para-estatal e as políticas de morte no femicídio. 4. Os corpos que falam: a inscrição no direito dos corpos que não importam. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres está presente no cenário político de diversos povos e nações, sendo uma das formas mais antigas de crueldade e dominação. Na América Latina, e, em especial, no Brasil, a violência se manifesta em locais e por meios diversos, atingindo múltiplas searas e podendo culminar na perda do bem jurídico mais inestimável: a vida.

Esse problema estrutural que circunda a violência de gênero no contexto latino-americano nos leva a numerosas conceituações teóricas acerca das mais variadas formas de agressão, dentre elas, a que se pretende analisar no presente texto: o femicídio.

Essa categoria, cunhada pela antropóloga argentina Rita Laura Segato, diz respeito às agressões contra as mulheres, com intenção letal, em contextos de impessoalidade (SEGATO, 2016), ou seja, trata-se de um modo específico de violentar mulheres.

Junto da conceituação acima, explora-se também a categoria de necropolítica, de autoria do filósofo camaronês Achille Mbembe, versando sobre as políticas de morte, terror e medo promovidas pelo Estado, em geral, em contexto de exceção (MBEMBE, 2018).

Assim, com base nesses conteúdos, se propôs averiguar as formas de necropolítica que desencadeiam os femigenocídios de mulheres latinas, tendo como objetivo geral essa mesma questão e, como objetivos específicos, a) a análise da colonialidade no corpos das mulheres e na formação da latinidade; b) o exame do racismo e da colonialidade como estruturas basilares das sociedades latinas; c) a averiguação das formas de promoção de necropolíticas e apontar os corpos que caem e, por fim, d) a articulação das teorias analisadas a fim de demonstrar a importância da discussão acerca do femigenocídio no âmbito jurídico.

Isto posto, a pesquisa torna-se relevante para os grupos marginalizados de sujeitas lidas a partir dos demarcadores corporais como latinas (brancas ou não-brancas), negras e indígenas, uma vez que tais discussões lançam no cenário nacional, e também internacional, a necessidade da tutela dessas vidas, como bens jurídicos que importam.

Há necessidade, portanto, do debate acerca da integridade física e da vida dessas mulheres, buscando torná-las passíveis de serem enlutadas. Somente galgando os espaços de fala e de visibilidade será possível tocar nas feridas abertas pelo patriarcado, pela misoginia, pelo racismo e pela colonização.

Para a realização desta pesquisa, e primando pelo aprofundamento teórico e qualitativo da investigação, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, e, ainda, para atingir os objetivos específicos, utilizou-se dos métodos de procedimento bibliográfico e documental, trazendo autores como Rita Laura Segato, Achille Mbembe, Michel Foucault, Lélia Gonzalez, Giorgio Agamben, dentre tantos outros, no intuito de lançar luz a um tema tão caro à vida das mulheres do sul global.

1. A SOBREVIVÊNCIA DAS MULHERES NA AMÉRICA LATINA: O CORPO COLONIZADO

A fim de discutir as formas de violência de gênero, dando destaque àquela perpetrada através do femigenocídio, é imprescindível iniciar abordando o contexto da formação do corpo feminino ou feminizado que foi, ao longo dos séculos, abruptamente colonizado por meio da hostilidade em suas mais variadas formas.

As relações de gênero, que servem de base para tal conduta hostil, se fazem presentes na história humana há milênios (SEGATO, 2016), alterando-se, no tempo e no espaço, entretanto, com uma constante: submissão do gênero feminino ao masculino, em maior ou menor grau, através do discurso e da violência. Essas relações aparecem no contexto pré-colombiano, ainda que com força diferente da que conhecemos hoje, por meio da hierarquia entre homens e mulheres.

Deve-se ressaltar que as interpretações dentro dos feminismos decoloniais nem sempre se coadunam, uma vez que, para María Lugones, o conceito de patriarcado e de gênero não são categorias inerentes a todas as culturas, enquanto que para Rita Laura Segato, haveria, sim, nas sociedades ameríndias e africanas pré-coloniais algum esboço das relações de gênero opressivas (HOLLANDA, 2020); é o que Segato nomeia como “patriarcado de bajo impacto o baja intensidad” (SEGATO, 2016, p. 167). Nesse sentido:

Datos documentales, históricos y etnográficos del mundo tribal, muestran la existencia de estructuras reconocibles de diferencia, semejantes a lo que llamamos relaciones de género en la modernidad, con jerarquías claras de prestigio entre la masculinidad y la feminidad, representados por figuras que pueden ser entendidas como hombres y mujeres. A pesar del carácter reconocible de las posiciones de género, en ese mundo son más frecuentes aberturas al tránsito y circulación entre esas posiciones que se encuentran interdictas en su equivalente moderno occidental (SEGATO, 2016, p. 112).

Neste trabalho adota-se a perspectiva de Segato, preconizando a ideia descrita acima, de que o ideal de inferioridade e de separação do feminino em relação ao masculino já possuía raízes nas sociedades ameríndias e africanas antes mesmo da invasão europeia, e que, no entanto, foi a partir desse acontecimento que a noção patriarcal do que é ser mulher tornou-se mais violenta e misógina, uma vez que vinculada com o pensamento genocida e racista dos homens brancos europeus que se instalaram no “novo mundo”.

Assim, a presença europeia, com seus costumes misóginos, tornou mais forte as raízes das estruturas de gênero que aqui já se faziam notar; isso transformou não só as relações entre os indivíduos enquanto comunidade, mas também dos homens com as mulheres, colocando, principalmente, o sujeito masculino como “modelo de lo humano y sujeto de enunciación paradigmático de la esfera pública” (SEGATO, 2016, p. 20) e renegando às mulheres e suas demandas o ambiente privado, dotando-as de vulnerabilidade e letalidade, características que as acompanham até hoje (SEGATO, 2016).

O que se depreende disso é que dentro de uma ‘hierarquia’ opressiva, as mulheres nativas foram as que mais sofreram com o processo colonizador, uma vez que seus corpos foram usurpados, explorados e abusados pelo branco colonizador e, ainda, maltratados pelo homem colonizado, que agora exerce a violência de um modo que era antes desconhecido.

Tais corpos, segundo Marcela Lagarde y de los Ríos (2012) e Rita Segato (2010?), foram e ainda são territórios ocupados, bem como a primeira forma de colônia, em que se executa a espoliação “hasta dejar solo restos” (SEGATO, 2010?, n.p.). Relata Ríos:

El cuerpo de las mujeres ha sido la mayor parte de la historia, espacio de dominación, violencia y enajenación. Efectivamente, los cuerpos de las mujeres han sido y aún son para muchas, territorios ocupados. (RÍOS, 2012, p. 241).

No jogo hierárquico dos corpos que valem menos, nota-se que as sociedades latinas herdaram das metrópoles ibéricas, responsáveis amplamente pela missão colonizadora no continente, um modelo de classificação das gentes, “onde tudo e todos tinham seu lugar determinado” (GONZALEZ, 1988, p. 73), baseado principalmente em questões raciais e de gênero. Tal prática, dotada de controle social e político, refletia nas técnicas jurídico-administrativas, garantindo a superioridade de pessoas brancas como grupo racialmente dominante (GONZALEZ, 1988).

Ao contrário do que se possa pensar, nos países da América Latina, a chegada da República não significou a mudança do pensamento eurocêntrico racista e estratificado que se fazia vigente. As relações pessoais e políticas não deixaram de lado suas características coloniais e colonizadas, sendo que o poder inerente a essas saiu dos territórios ultramarinos e se instalou deste lado do oceano Atlântico. Segato relata o sentimento sempre exterior e consequentemente colonial nesta relação:

[...] el gobierno, ahora situado geográficamente próximo, se estableció para heredar los territorios, bienes y poblaciones antes en poder de la administración ultramarina. Las así llamadas independencias no fueron otra cosa que el repase de esos bienes de allá para acá, pero un aspecto fundamental permaneció: el carácter o sentimiento siempre exterior de los administradores con relación a lo administrado (SEGATO, 2016, p. 24).

Neste cenário, a mulher colonizada é parte dos bens a serem usurpados e a forma como se dão as relações com essa sujeita se coaduna com o pensamento colonial, ou seja, de “apreensão, demarcação e afirmação do controle físico” (MBEMBE, 2018, p. 38), inscrevendo no território “um novo conjunto de relações sociais e espaciais” (MBEMBE, 2018, p. 38).

Sendo a “primeira colônia” e o território ocupado, são os corpos femininos colonizados que encarnam tão bem as consequências da invasão imperialista, que transforma tais corpos, assim como o espaço, em “matéria-prima da soberania e da violência” (MBEMBE, 2018, p. 39).

Dessa forma, o contexto no qual as mulheres latinas estão inseridas é cercado de morte e guerra, aliado com a misoginia, o racismo e o eurocentrismo, em que a hostilidade contra os não-brancos acaba por criar um imaginário no qual os colonizados são um inimigo em absoluto (MBEMBE, 2018), e, por isso, passíveis de destruição como vidas indignas de serem vividas (AGAMBEN, 2002). Essa percepção colonial baseia-se em um jogo de “nós” contra “eles” típico de um racismo violento que circunda e ameaça a vida das mulheres do sul global e que será analisado a seguir.

2. COLONIALIDADE E RACISMO

Partindo de um cenário geopolítico violento e discriminatório, como apontado anteriormente, é elementar ressaltar que a racialidade e, junto dela, o racismo se fazem marcadamente presentes nas sociedades latinas, sendo que, para as mulheres que aqui vivem, a intersecção com a categoria de gênero transforma-se em mais um fardo de materialidade que se carrega por toda a vida. Assim, as desigualdades racial e sexual são bem articuladas, acarretando uma vitimização em dobro para as tais mulheres.

De acordo com Michel Foucault, o racismo é uma das bases do biopoder, já que a ele se incumbiu a tarefa soberana de ditar quem vive e quem morre (FOUCAULT, 1999),

baseando tal decisão na construção da figura inimiga do Outro, em uma guerra de “nós” contra “eles”, conforme relatado acima.

Esse processo de afastamento, de projetar no Outro a persona insignificante e, por isso, descartável, colabora – se não dá as bases – para tornar a vida alheia indigna de ser vivida; a conceituação do que é, e a quem pertence tal vida não é, portanto, um conceito ético, mas sim político (AGAMBEN, 2002); é o exercício de taxatividade e decisão sobre o corpo e a vida alheios.

Nesse sentido, a vida converte-se em um alvo matável, dentro de uma lógica de biopoder que inimiza o Outro, dividindo-os em grupos, clãs ou raças, e que objetiva, não só o ser, mas também a tarefa de trazê-lo à morte. O que se denota, portanto, é que o racismo é “a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização” (FOUCAULT, 1999, p. 306) e, tal aceite, sempre se fez presente nas políticas do Ocidente, “especialmente quando se trata de imaginar a desumanidade de povos estrangeiros – ou a dominação a ser exercida sobre eles” (MBEMBE, 2018, p. 18).

Diante disso, o racismo se apresenta como uma técnica de poder (FOUCAULT, 1999), que, por meio da submissão e da exploração, torna seu alvo quase um não-ser ou uma não-pessoa, retirando-lhe, portanto, sua condição humana. Essa tecnologia de poder é empregada de modo estrutural, nas relações interpessoais e de impessoalidade, mas também, e principalmente, pelo poder estatal, que exclui e mata direta e indiretamente os não-brancos e não-brancas; é por meio do racismo que torna-se possível, então, a execução da morte, seja pela ordem direta para matar, pelo deixar morrer, ou ainda, por expor à morte os cidadãos (FOUCAULT, 1999). Diz-nos Michel Foucault (1999, p. 309) que, “os Estados mais assassinos são, ao mesmo tempo, forçosamente os mais racistas”.

Assim, dentro de uma lógica atravessada por pensamentos racistas, coloniais e misóginos, as vidas dos indesejáveis é apenas uma não-vida, descartável, e que, ao ser eliminada, não fere qualquer senso de moralidade da sociedade brasileira.

De norte a sul do país, os corpos que caem em razão das necropolíticas praticadas não são corpos que causam indignação ou revolta, não merecem piedade ou misericórdia, e, portanto, não são os corpos que são eleitos como dignos de serem chorados e enlutados; Judith Butler (2015, p. 63) nos relata que “uma vida não passível de luto é aquela cuja

perda não é lamentada porque ela nunca foi vivida, isto é, nunca contou de verdade como vida”.

Esse cenário demonstra como a “teoria democracia racial” tão amplamente difundida na América Latina e, em especial, no Brasil, segundo a qual todas as pessoas, independentemente de sua origem étnica, são iguais em termos e em condições, inclusive juridicamente considerando, é, em verdade, um mito.

Dentro de uma realidade política em que, ao mesmo tempo, utiliza-se da estratificação da racialidade em benefício de alguns, mas se nega a existência do racismo, dizendo-se que não seria possível sua execução, pois somos um povo “miscigenado”, pode-se perceber o que Lélia Gonzalez chamou de “racismo por denegação”, tão próprio dos países de colonização luso-espanhola, que, por meio desse jogo racial sofisticado, conseguem promover a superioridade da branquitude e “manter negros e índios na condição de segmentos subordinados no interior das classes mais exploradas” (GONZALEZ, 1988, p. 73).

Diante da expressividade com que o racismo estrutural se apresenta nas sociedades latino-americanas, bem como a sua associação com o estado de exceção e a produção do inimigo imaginário (MBEMBE, 2018), se vê crescer a cada instante as políticas de morte que advêm tanto do poder estatal por sua não presença, ou por sua presença de forma assassina, como também de um poder para-estatal, que emerge apoiado nas vulnerabilidades moldadas pelo poder oficial.

Assim, estatalidade e para-estatalidade caminham juntas, assim como o racismo e a misoginia, inserindo no cenário político as diversas formas de promover o fazer morrer, o deixar viver, o deixar morrer e o expor à morte; esse direito soberano de matar dos poderes será melhor analisado em tópico pertinente.

3. PODER ESTATAL, PARA-ESTATAL E AS POLÍTICAS DE MORTE NO FEMIGENOCÍDIO

Dentro do contexto latino-americano é possível a identificação de diversas formas de violência contra as mulheres emanadas do espaço íntimo (doméstico), bem como do

espaço público, e que se manifestam das mais variadas maneiras (violência física, simbólica, sexual, patrimonial, psicológica, moral, racial, etc.), como já relatado.

No Brasil, em especial, através da luta da *advocacy* feminista que buscou e ainda busca lutar pelos direitos das mulheres em suas múltiplas facetas, foi sancionada a Lei Maria da Penha (Lei Federal n. 11.340/2006) com fim a coibir os crescentes casos de violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher. No mesmo sentido, ocorreu a implementação, bem como o reconhecimento do termo ‘feminicídio’ no âmbito jurídico brasileiro, desde 2015, tendo como objetivo a identificação desse tipo de violência no cenário nacional.

No entanto, a aplicação desses elementos normativos se dá, no mais das vezes, nos casos de âmbito privado,¹ deixando de fora as violências e mortes de mulheres que surgem em um contexto público. Ressalte-se que, de acordo com o Atlas da Violência de 2020, cerca de 45,1% dos homicídios de mulheres foram perpetrados na rua,² o que os diferencia daqueles cometidos no âmbito doméstico (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2020).

Assim, dessa lacuna acerca dos homicídios que não são “privados”, nasceu o termo ‘femigenocídio’, cunhado pela antropóloga argentina Rita Laura Segato. Com esse termo, a teórica faz referência às mortes de mulheres em situações de impessoalidade, diferenciando-as da categoria de feminicídio, que, segundo a autora, estariam atreladas a relações interpessoais. Segato conceitua o femigenocídio, portanto, como “agresiones a mujeres con intención de letalidad y deterioro físico en contextos de impersonalidad” (SEGATO, 2016, p. 85).

Dessa forma, o femigenocídio aparece em contextos de vulnerabilidade, como no tráfico de drogas, guerras entre facções, na demarcação de terras indígenas, etc., em que

¹ Em especial, a Lei Maria da Penha, que deve ser empregada apenas em casos de violência de gênero em que a vítima guarde uma relação íntima, de afeto, familiar ou de convívio com o agressor. (v. artigo 5º, Lei no 11.340/2006).

² Importante salientar que, o referido Atlas da Violência não distingue se os homicídios cometidos na rua foram perpetrados por agressores ou agressoras que possuíam alguma relação de interessoalidade com a vítima, revelando apenas o local dessas mortes. Isso significa dizer que, dentro dessa porcentagem pode haver casos de feminicídios (entendidos aqui como a morte em situações pessoais); e, ainda, não exclui a possibilidade de haver femigenocídios (mortes em situações impessoais) dentro das residências. v. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2020.

o corpo feminino ou feminizado transforma-se em território ocupado, sobre o qual a soberania mostra sua potência, sua força, seu poder, através da marcação desses corpos, e, “en este sentido, la muerte de estos elegidos para representar el drama de la dominación es una muerte expresiva, no una muerte utilitaria” (SEGATO, 2016, p. 39).

Pode-se empreender, portanto, que as lesões e as mortes dessas mulheres em contexto de confronto, para além de carregarem em si a mensagem de domínio do poder soberano, também fazem parte das políticas de morte, ou necropolíticas, projetos que não pertencem apenas ao poder estatal, mas também ao poder para-estatal, já que as “operações militares e o exercício do direito de matar já não constituem o monopólio exclusivo dos Estados, e o ‘exército regular’ já não é o único meio de executar essas funções” (MBEMBE, 2018, p. 52).

Nesse sentido, as necropolíticas não são apenas o assassinato vívido e direto, mas também a exposição à morte, o deixar morrer etc., pois, quando o poder para-estatal mata, o poder estatal, pela inércia, é seu cúmplice, uma vez que “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.” (FOUCAULT, 1999, p. 306) é também um modo de matar.

Tais mortes, por conseguinte, não são apenas homicídios, mas formas de satisfação de poder sob e em relação aos corpos de mulheres, por serem mulheres. O fim dessa violência é o extermínio, a exasperação da vida matável, indigna de ser vivida, a qual, nesses termos, só “é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão” (AGAMBEN, 2002, p. 16), ou seja, pela sua própria matabilidade.

A morte de mulheres, nesses termos, é politizada, uma vez que não figura como o simples esvair da vida, mas como uma decisão de extinção; é o modo pelo qual as sujeitas se encontram submetidas ao poder arbitrário de outrem, ou seja, “é uma forma pela qual somos entregues, sem controle, à vontade do outro, um modo em que a própria vida pode ser expurgada pela ação intencional do outro” (BUTLER, 2019, n.p.).

De igual sorte, a decisão e o arbítrio não são apolíticos, mas fazem parte de uma estrutura de poder herdada do sistema colonial que tornou o corpo feminino parte do território a ser explorado; o controle sobre esses corpos por meio de um poder soberano,

de soberania estatal ou para-estatal, se dá através da violência, da eliminação do inimigo, e, portanto, está intimamente ligado ao racismo nas Américas.

O que se depreende, portanto, é que a guerra contra os corpos que trazem consigo diversos demarcadores possui estrutura específica, típica de uma guerra fundada em políticas de morte e que possui característica diversa das grandes guerras do período moderno.

A lógica de conquista-anexação já não se faz presente nas guerras genocidas atuais, uma vez que, para que haja o cenário da apropriação de terras e também dos corpos das mulheres com fim a inseminação e a incorporação (SEGATO, 2016), é necessário, primeiramente, que haja o desejo e o sentimento de pertencimento e fixação. Tal desejo não é visto nas táticas de guerras recentes, nas quais se visa a “submissão, independentemente de consequências imediatas, efeitos secundários e ‘danos colaterais’” (MBEMBE, 2018, p. 51).

Diante da forma arrasadora com que são praticadas as guerras contra os Outros, “su destrucción com exceso de crueldad, su expoliación hasta el último vestigio de vida, su tortura hasta la muerte” (SEGATO, 2016, p. 58), os corpos femininos ou feminizados já não fazem parte da conquista, mas representam e materializam o poder de destruição dos agentes estatais e para-estatais. Os corpos são o próprio campo de batalha, como afirma Segato:

[...] el cuerpo femenino o feminizado es, como he afirmado en innumerables ocasiones, el propio campo de batalla en el que se clavan las insignias de la victoria y se significa en él, se inscribe en él, la devastación física y moral del pueblo, tribu, comunidad, vecindario, localidad, familia, barriada o pandilla que ese cuerpo femenino, por un proceso de significación propio de un imaginario ancestral, encarna. (SEGATO, 2016, p. 81).

Partindo, assim, de um cenário latino de guerra, passa-se a um estado de exceção, que é “a base normativa do direito de matar” (MBEMBE, 2018, p. 17); esse apelo à exceção, à emergência, produz um cenário bélico em que os corpos das mulheres estão entregues a uma estratégia de “pedagogía de la crueldad en torno a la cual gravita todo el edificio del poder” (SEGATO, 2016, p. 79). Esse poder diz respeito justamente ao direito soberano sobre o Outro, o direito “de fazer morrer ou de deixar viver”, ou, ainda, “o direito de fazer viver e de deixar morrer” (FOUCAULT, 1999, p. 287).

Através do poder discricional que possuem tais agentes (SEGATO, 2018), que circulam com o poder (FOUCAULT, 1999), e que sentenciam os corpos à vida ou à morte, é que o Estado se materializa para as sujeitas como uma Segunda Realidade, “con su economía, con sus leyes, fuerzas de seguridad y organización propia” (SEGATO, 2016, p. 78), diversas das apresentadas oficialmente. É nesse momento em que o Poder Estatal se coaduna com o Poder Para-estatal, tornando-se quase um, promovendo, com essa junção, as diversas formas de matar e de fazer necropolítica.

Quando, por exemplo, o Estado mata em nome de uma moral, em favor da guerra às drogas, em que caem corpos de mulheres negras e periféricas, se vê o fazer morrer, e isso é necropolítica; quando o aparato estatal é utilizado por agentes mal intencionados que colaboram para a invasão de áreas destinadas a comunidades indígenas e os corpos de mulheres indígenas caem, também é fazer morrer, e isso também é necropolítica; quando, nessas mesmas situações, o poder estatal permanece inerte, ainda que ciente das práticas obscuras de milícias e facções – que figuram como um poder para-estatal –, o que se vê é o deixar morrer por parte do poder soberano oficial e o matar, ou fazer morrer, por parte do poder não-oficial, e essas posturas são, da mesma maneira, necropolíticas.

Nesse sentido, quando sai de cena o Estado de Direito e o Estado de Exceção revela-se mais como uma regra, ele não “só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 18).

Assim sendo, para as mulheres latinas, conviver com a constante exceção e dualidade estatal mostra-se um intenso risco à sua sobrevivência, esta, submetida à um limbo de direito. Ressalta Rita Segato (2018, p. 77 e 78):

Existen varias formas de duplicación, y todo un territorio liminal entre lo legal y lo criminal, un verdadero limbo que demuestra la naturaleza ficcional del Estado de derecho.

Portanto, a normalização da exceção com relação à vida das mulheres, por meio do femigenocídio, se assemelha à vida nua, matável e insacrificável do *homo sacer* (AGAMBEN, 2002); e manter as vidas das mulheres em um status de vidas matáveis, além de uma pretensão necropolítica, é também adequado à manutenção de um Estado dual que é fundado no patriarcalismo e no patriarcado. Dessa forma, “preservar la capacidad letal de

los hombres y garantizar que la violencia que comenten permanezca impune es cuestión de estado (SEGATO, 2012, n.p.).

No dado momento em que se torna naturalizada e aceitável a postura assassina do Estado e do para-Estado, em que são eleitos os corpos descartáveis por meio da misoginia e do racismo, pode aparentar que falamos de um contexto abstrato e distante, e que os corpos que não pertencem ao perfil-alvo estão cercados por uma rede protetora e inquebrável; no entanto, quanto mais permitida a situação de Estado de Exceção, mais próxima se fazem as necropolíticas de todos os corpos expostos à elas. Nesse sentido, revela Giorgio Agamben (2002, p. 121):

Se é verdadeiro que a figura que o nosso tempo nos propõe é aquela de uma vida insacrificável, que, todavia, tornou-se matável em uma proporção inaudita, então a vida nua do homo sacer nos diz respeito de modo particular. [...] Se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente homines sacri.

Diante desse quadro, o que se pode destacar é que o modo de combate à exceção é justamente pelo Estado de Direito, pelo reconhecimento no Direito, através da sua regra, dos corpos das mulheres latinas que caem, como corpos que importam. A captura dessas vidas como bens jurídicos dotados de relevância, é o que, veremos, as torna estimadas dentro das sociedades.

4. OS CORPOS QUE FALAM: A INSCRIÇÃO NO DIREITO DOS CORPOS QUE NÃO IMPORTAM

Ao longo de sua existência milenar, o Direito já foi definido de diversas maneiras, a depender de múltiplas questões, como, por exemplo, o espaço, o tempo, o povo, a cultura, a história, as relações políticas e econômicas, as relações sociais, raciais e de gênero e, ainda, a corrente doutrinária que se adote.

Nas primeiras aulas da maioria das faculdades a primeira pergunta que se desenha é: o que é o Direito? Seria um conjunto de normas que rege determinada sociedade? Seria uma espécie de poder ou instrumento que sustenta e mantém o *status quo* vigente? Seria a prática da *iurisdictio* pelos tribunais e juristas? Etc.

Não é a pretensão desse trabalho, claro, responder o que é o Direito, mas assume-se que o Direito possa ser tudo isso, e muito mais, exatamente por sua capacidade de ser multifacetado.

Para Foucault (1999), sabemos, o Direito se apresenta como um instrumento nas relações de dominação, no interior de todo corpo social, que tendem à sujeição; sendo assim, na tese foucaultiana, o Direito justifica o poder que foi tomado antes de sua existência, ou seja, vem depois dele; “antes que o poder se regulamente, antes que ele se delegue, antes que ele se estabeleça juridicamente, ele já existe. [...] a estrutura jurídica do poder vem sempre depois, a posteriori, depois do fato do próprio poder” (FOUCAULT, 1999, p. 413).

É aí que está a grande chave que guarda a importância e a potência do Direito. Ainda que, na maioria das vezes, seja utilizado para fins escusos, o Direito, em razão de suas múltiplas faces, representa o que, em determinado tempo e espaço, importa para a comunidade. O bem que alcança o patamar de relevância e, portanto, transforma-se em bem jurídico, acaba por possuir um status de diferenciação. Essa relação é uma troca de mensagens em que se demonstra à norma o que socialmente importa, e por sua vez, a norma devolve à sociedade um bem tutelado por ela e que, a partir desse momento, não pode ser violado.

Pertencente ao sistema de *civil law*,³ o Brasil deposita nas leis e normas a capacidade de dizer o que é mais valoroso para o cenário jurídico nacional; assim, pertencer à legislação torna-se algo especial, o que acaba demonstrando a importância de ser nomeado no Direito. Rita Segato nos dá um exemplo desse destaque ao falar sobre o embate acerca da política de cotas raciais, e, portanto, de racialidade e de racismo, em concursos públicos:

[...] en el debate jurídico sobre el tema, de la posición, en el Brasil, de un grupo importante de intelectuales destacados en la sociedad, que afirma sin dudar que la idea de raza solamente existirá en la nación si está legislada, es decir, si está nombrada en la ley. Esto muestra el alcance y la impregnación de la idea del

³ *Civil law*, também chamado por René David de “família romano-germânica”, diz respeito à forma de técnica jurídica associada à codificação das normas, ou seja, em que, por vezes, o direito e a lei se confundem; em geral, é adotada em países com influência latina como o Brasil, país colonizado por portugueses. v. DAVID, 1978.

derecho como un repertorio de nombres sancionados, validados, consagrados como capaces de crear realidad, es decir, numinosos, dotados de poder místico (SEGATO, 2010?, n.p.).

Com relação ao femigenocídio, a luta pelo direito dos corpos femininos que caem vitimados pelas necropolíticas se trata de uma luta pela inscrição desses no ordenamento jurídico, ou seja, por seu reconhecimento e relevância. O campo jurídico é, acima de tudo, o campo do discurso (SEGATO, 2012, n.p.), em que se produz conhecimento e também designa-se os corpos quem importam.

Como dito acima, há uma relação complexa entre a norma e a sociedade retratada por uma “troca de mensagens”. Dessa forma, a inscrição não é apenas sobre o corpo-indivíduo que cai, mas também o que ele representa socialmente. Destaca Segato (2012, n.p.):

[...] por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano, por entronizar jurídicamente los nombres que ya se encuentran en uso, y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas, las palabras de la ley.

E essa complexidade não é vista apenas entre a norma e a sociedade em geral, mas também, e principalmente, entre a norma e as jurisdicionadas mulheres, afinal, a relação que se estabelece entre o corpo feminino ou feminizado, que é vítima de femigenocídio, e o Direito, e, em especial, o Poder Estatal como um todo, é paradoxal. De um lado, a sujeita é violentada e morta por agentes estatais que promovem o fazer morrer ou, ainda, por agentes para-estatais que, em razão e através da negligência do Estado (possibilitando o deixar morrer), também levam a cabo a vida destas mulheres; de outro lado, há a pungente necessidade desses mesmos corpos de se fazerem ouvir através da estrutura mesma do Estado, precisamente, por meio do legislativo e da instrumentalização do Direito.

Essa situação de ambiguidade é descrita com exatidão pela pesquisadora mexicana Marcela Lagarde y de los Ríos (2012, p. 207):

La paradoja para nosotras está en apelar al Estado, a pesar de reconocer la marca política patriarcal del Estado. Por ello contiene una reforma del Estado, parcial, pero sustantiva, consistente en la transformación, actualización, especialización y profesionalización de las instituciones para lograr su incidencia en la elaboración y ejecución de políticas integrales de gobierno con perspectiva de género. Con ello se perfila, además, un cambio sustantivo en la relación del

Estado con las mujeres. La ley crea condiciones normativas para que el Estado deje de ser parte del problema y se transforme en promotor y protagonista de su solución.

Assim, a possibilidade de se inscrever no Direito como um corpo que importa faz com que a luta pelo direito seja indispensável. O empenho pelo reconhecimento da urgência em contar as histórias acerca do femigenocídio não é apenas uma batalha individual, mas sim coletiva, através de uma demanda que é constituída por interesses comuns e, mormente, pelo “el derecho a narrarse en el discurso maestro sobre la nación que es el discurso jurídico (SEGATO, 2012, n.p.).

Isso porque, a partir dos demarcadores de classe, raça e gênero, ainda se vê, dentro da estrutura jurídica e administrativa latino-americana, os traços herdados historicamente das metrópoles ibéricas (GONZALEZ, 2020, n.p.) que hierarquizam as demandas em pouco ou muito necessárias.

Portanto, diante da indispensável luta pela inscrição no Direito, é que se nota a relevância dos movimentos feministas em buscar no aparato estatal (ainda que possua uma relação complexa com esse). Relata Barsted (2011, p. 19):

No Brasil, os movimentos de mulheres compreenderam que um elemento fundamental da demanda por políticas públicas sociais é a sua formalização legislativa, com a declaração de direitos e da obrigação do Estado de garanti-los e implementá-los.

O discurso jurídico, assim, se propõe como uma forma de nominar o sofrimento humano (SEGATO, 2016), ou seja, de elevar à categoria normativa as dores e as mortes das mulheres.

Por termo, ressalta-se a importância teórica, acadêmica e principalmente prática (no Direito e na vida das mulheres) de incluir no ordenamento o sofrimento que é específico, que é único e que se diferencia do feminicídio por seu caráter público (SEGATO, 2016).

Em conclusão, é através do direito de nomear e do direito ao luto, de chorar esses corpos, de lamentar essas perdas, que se concede às sujeitas a possibilidade de serem consideradas vidas dignas de serem vividas (BUTLER, 2015).

CONCLUSÃO

De modo geral, a pesquisa demonstrou como a colonização e a colonialidade, o racismo e a misoginia se apresentam como grandes fomentadores de práticas necropolíticas, e, especialmente, como estas últimas, quando promovidas pelo Estado ou pelo para-Estado, desencadeiam as diversas formas de violência que podem culminar nos femigenocídios dos corpos de mulheres latinas, através de uma lógica de expropriação e destruição do Outro.

Isto posto, o desenvolvimento deste estudo possibilitou uma análise sobre as condições que circundam a vida e a morte de mulheres do sul global, além de promover o debate no meio social e jurídico acerca das violências perpetradas por meio do femigenocídio, alertando para a importância da tutela jurídica dessas vidas como vidas que importam. Ainda, relevou-se como um instrumento teórico para elevar as vozes de grupos marginalizados de sujeitas lidas a partir dos demarcadores corporais como latinas (brancas ou não-brancas), negras e indígenas.

Cabe ressaltar que, em se tratando de necropolíticas a serem praticadas por um poder soberano, este trabalho limitou-se a comentar sobre situações relacionadas às mulheres em contextos combativo e/ou belicoso, como o tráfico de drogas ou a invasão de terras indígenas, sendo assim, há que se ter em mente que existem outras formas de promover a política de morte dos corpos femininos, como, por exemplo, o não-acesso a saúde pública que atenda as demandas específicas de mulheres não-brancas e periféricas; a insistência em não produzir políticas públicas sobre o aborto legal, ou aquelas destinadas a combater a violência de gênero de maneira efetiva, etc.

Assim, dada a importância do tema, o presente texto mostrou-se como um pequeno ponto de partida para a análise e desenvolvimento de tantos mais projetos sobre assuntos que merecem ser discutidos e que poderiam se imbricar com a temática de femigenocídio e/ou necropolíticas de gênero.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BARSTED, Leila Linhares. *Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista*. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006* (Lei Maria da Penha). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2002.

_____. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Tradução de Sérgio Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

_____. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Tradução de Andreas Lieber. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Segurança, Território, População: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONZALEZ, Lélia. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In: Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, N. 92/93 (jan./jun.). 1988, p. 69-82.

_____. *Por um feminismo afro-latino-americano*. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. (Org.) *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2020*: principais resultados. Brasília: Ipea, 2020.

LUGONES, María. *Colonialidade e gênero*. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. (Org.) *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. São Paulo: n-1 edições, 2018.

RÍOS, Marcela Lagarde y de los. *El feminismo en mi vida*: hitos, claves y topías. Ciudad de México: Instituto de las Mujeres del Distrito Federal, 2012.

SEGATO, Rita Laura. *Femi-geno-cídio como crime em el fuero internacional de los Derechos Humanos*: el derecho a nombrar el sufrimiento em el derecho. [S.l.]. [2010?]. Disponível em: <http://www.larevuelta.com.ar/pdf/Femi-geno-cidio-como-crime-Segato.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

_____. Femigenocídio y feminicidio: una propuesta de tipificación. *Revista Herramienta*. Buenos Aires, n. 49, mar. 2012, 8p.

_____. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.

Apresentação oral

**O ESTIGMA DA MULHER TATUADA NO CÁRCERE:
APRISIONAMENTO ALÉM DO ENCARCERAMENTO**

*THE STIGMA OF WOMEN TATTOOED IN PRISON: IMPRISONMENT
BEYOND INCARCERATION*

Anne Augusta Rocha Simões

Mestre em perícias forenses. Professora adjunta da Universidade Católica de
Pernambuco;
E-mail: anne.simoess@unicap.br

Maria Eduarda Verissimo de Amorim

Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco;
E-mail: duda-verissimo@hotmail.com

Mayla Mayara Sabino de Carvalho

Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco;
E-mail: maylasabino4@gmail.com

Thácylla Jéssyka Leal Dantas

Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco;
E-mail: lthacylla@gmail.com

Resumo: Motivado pelo fenômeno crescente da prática de tatuagens dentro das nossas instituições penais, a presente pesquisa, através de uma metodologia exploratória e por meio de uma revisão sistemática das literaturas disponíveis, objetiva estabelecer as correlações da tatuagem com a rede criminosa e seus diferentes significados, bem como demonstrar o estigma associado a essa prática. A pesquisa proporcionou identificar algumas razões para se fazer uma tatuagem quando se está presa, marcam na pele símbolos que representam qual a infração cometida e algumas se tatuam com o objetivo de representar pertencimento ao seu parceiro.

Palavras-chave: Mulheres; Estigma; Corpo; Pertencimento; Penitenciárias.

Abstract: Motivated by the growing phenomenon of the practice of tattoos within our penal institutions, the present research, through an exploratory methodology and through a systematic review of the available literature, aims to establish the correlations of the tattoo with the criminal network and its different meanings, as well how to demonstrate the stigma associated with this practice. The research provided to identify some reasons to get a tattoo when you are stuck, mark on the skin symbols that represent the infraction committed and some get a tattoo in order to represent belonging to your partner.

Keywords: Women; Stigma; Body; Belonging; Penitentiary

Sumário: Introdução. 1.Contexto histórico da tatuagem. 2.Linguagem do corpo. 3. Motivações para se fazer uma tatuagem. 4.Estigmatização do uso da tatuagem. 5.Tempo de condenação. 6. Aprisionamento além do encarceramento. 7.Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO:

O hábito de inserção de ornamentos na pele consta como um exemplo de expressão cultural milenar, brincos, piercings, colares, prolongamento de cabeça, afinamento de cintura e tatuagens. Sendo um costume tão antigo quanto a própria civilização, chegando a serem encontradas em múmias no período 2.000 a 4.000 a.C., ou seja, antes mesmo do homem primitivo desenhar sobre as rochas, este marcava a sua pele com incisões que deixaram cicatrizes ou marcas coloridas de pigmento propositalmente inserido, marcando o seu corpo inicialmente para assinalar fatos da vida, como nascimento, puberdade, reprodução e morte, e posteriormente, para marcar fatos sociais, como tornar-se um guerreiro, casar-se, celebrar vitórias e identificar prisioneiros.

No entanto a sua origem ainda é uma incógnita. Alguns autores acreditam que ela possa ter surgido em várias partes do globo, de forma independente. Isso porque sua prática está associada a própria presença do homem. Dessa forma, faz-se com que pareça que a tatuagem foi inventada diversas vezes em diversos lugares.

Assim constatou-se que a tatuagem se insere dentre as manifestações culturais que perduraram no tempo, os desenhos indelévels permaneceram, ditando tendências e estilo, servindo como formas de expressão entre as tribos urbanas, as apenas encontram no corpo uma forma de expressar uma linguagem, fatos e sentimento. Na atualidade também é possível notar diversos motivos para se fazer uma tatuagem: pertencimento a um grupo, questões religiosas, moda, crenças, representação da personalidade, expressar atitudes e até mesmo pelo o simples modismo.

No ambiente carcerário feminino não é diferente, o ato de marcar o corpo contam histórias. E é nesse ambiente, que se percebe o aprisionamento além do encarceramento. Os resultados revelam que no século XIX diversos países utilizavam a tatuagem como estigma, marcando mendigos, ladrões, prostitutas, escravos, fugitivos, rebeldes e adúlteros. Muitos desses castigos eram previstos em códigos que regulamentavam tais procedimentos. Ainda hoje, quando a tatuagem é utilizada no ambiente carcerário carrega uma imagem de estigma, ou seja, algo considerado desqualificado, desvalorizado e inferiorizado.

Entretanto, mesmo sabendo do estigma que as cercam, muitas mulheres escolhem essas marcas de diferenciação, uma vez que, utilizam a inscrição na pele como uma forma de identificação na relação com o outro, servindo muitas vezes como um símbolo de resistência perante a sociedade. Desse modo, é de grande relevância o estudo do estigma da mulher tatuada no ambiente do cárcere, uma vez que, é notório o crescimento populacional prisional. Ainda hoje existe um tabu a respeito de marcas corporais, sendo constantemente apontadas como frutos da criminalidade e baixas camadas.

Nesse sentido, é muito importante compreender os significados das tatuagens no submundo do crime, dado que, se trata de uma linguagem codificada, que expressa símbolos de poder, de subordinação e tipos de crimes. Sendo assim, o aprofundamento sobre esta temática tem por objetivo examinar quais as motivações na escolha da tatuagem e compreender o caráter de estigma da mulher tatuada no cárcere, cujo objetivo é familiarizar-se com esse assunto ainda pouco conhecido, pouco explorado e com foco no caráter subjetivo do objeto analisado.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA TATUAGEM

As marcas corporais não são uma invenção das sociedades contemporâneas, desde os primórdios existem indícios de que o homem marcava seu corpo, seja por tatuagens ou por escarificação (MANGUINHO, 2010, p. 1). Dessa maneira, o indivíduo sempre utilizou o seu corpo como uma forma de se expressar e de comunicar-se e essa linguagem forma-se dentro do contexto sociocultural, não sendo diferente as marcas corporais que são realizadas pelos indivíduos contemporaneamente, da qual se utilizam delas para expressarem sentimentos, pertencimento, individualidade e identidade, logo o contexto sociocultural da qual foram produzidas as tatuagens, podem mudar o seu sentido de acordo com o local (BERGER, 2006). Nessa acepção:

[...] o corpo é a materialização de alguém, mas, ao mesmo tempo, é suporte das expressões representadas pelos adornos, os quais comunicam identidades provisórias ou permanentes. Tais adornos na sociabilidade cotidiana de indivíduos podem comunicar o pertencimento do sujeito a determinados grupos de referência, mas também podem contestar a ordem social utilizando o corpo como espaço de luta. (CARNAVAL, 2017, p. 03).

Nesse sentido, a prática de inserir adornos, piercings e realizar tatuagens no corpo são milenares, sendo a descoberta da tatuagem confundida com a própria história da humanidade, não podendo apontar qual povo descobriu ou qual foi a primeira pessoa tatuada (BERGER, 2006). Todavia, segundo Lautman (1994) o indício da tatuagem mais antiga é datado de 5.300 a.C., no período Neolítico, sendo um cadáver nomeado de “Homem de gelo”, com inscritas em seu corpo, uma cruz abaixo do joelho esquerdo e faixas no tornozelo direito, que eram tatuagens. Os índios brasileiros e os nativos da Nova Zelândia também marcavam seus corpos (MANGUINHO, 2010, p. 1). Até mesmo múmias egípcia de um período entre 4.000 e 2.000 a.C. continham traços e inscrições indelévels na região do abdome (MARCELINO, 2007).

Segundo Saldanha (2011, p. 19) há uma relativa escassez de relatos detalhados do uso da tatuagem durante um longo período da história, porém ainda podem ser encontrados vestígios da prática de tatuagem. Desta forma, autores clássicos como Heródoto (2010) mencionam em suas obras as tatuagens entre povos da antiguidade. O autor aponta que os trácios escarificavam os corpos, pois entre eles ser tatuado era um sinal de origem nobre. Descreveu também um povo do norte da Europa que teria existido de

7.000 a.C. a 845 d.C denominado por eles como *Picti* ou *Pictos*, que tinham a cultura de tatuar o corpo. (MATIAS; SIMÕES; GALVÃO, 2014, p. 03). No império Romano as tatuagens assumiram diversas funções, desde propriedades mágicas até se relacionar com a criminalidade, nesse contexto:

Os romanos por sua vez não celebravam as tatuagens, posto acreditarem na pureza do corpo humano. Exceto marcas para os criminosos e os condenados, estas foram proibidas, entretanto tal postura se alterou após uma batalha travada entre o exército ítalo e o exército bretão que usava suas marcas indelévels como medalhas de honra. Alguns romanos começaram a admirar os símbolos espalhados em seus corpos de seus inimigos. Logo soldados românicos criaram seus próprios símbolos e marcas. (MATIAS; SIMÕES; GALVÃO, 2014, p. 03).

Nesse seguimento, ainda na era cristã, entre os anos 900 e 1350 d.C., os *chiribaya*, os fazendeiros residentes do atual Peru marcavam seus corpos, como visto em múmias no museu do país. Há evidência também no México, no qual Cortez descobriu que os nativos tinham conseguido recriar imagens em seus corpos. (MATIAS; SIMÕES; GALVÃO, 2014, p. 03). Os espanhóis não tinham notícia da prática da tatuagem, já amplamente praticada na América Central, e por isso diziam ser aquilo obra de Satanás (MARCELINO, 2007).

Com a época das grandes navegações, descobriu-se que nativos se tatuavam em rituais ligados a religião. Desta forma, pode-se afirmar que existem dois momentos cruciais para a tatuagem, o primeiro, foi o encontro dos marinheiros europeus com os nativos tatuados do Pacífico Sul, no século XVIII, com as grandes navegações. Da qual proporcionou ao ocidente a apresentação de técnicas e usos das tatuagens que perduram até hoje, com alguns aprimoramentos e modificações, mas a essência do processo é a mesma.

Nesse primeiro momento, os marinheiros aprenderam a técnica da tatuagem, tornando-se os primeiros tatuadores da Europa, sendo os seus clientes primordialmente os próprios marinheiros e as prostitutas que frequentavam o porto, lugar onde foram instalados os primeiros estúdios de tatuagem no ocidente. Da mesma forma, a tatuagem chegou nas outras partes do mundo, através dos navios, permanecendo nos portos e com a mesma clientela (MANGUINHO, 2010, p.2). Contudo, era tido com uma prática que estava a margem da sociedade, visto que, majoritariamente, que realizava inscrições em suas peles eram camadas socialmente marginalizadas.

No segundo momento, as tatuagens não apareceram só apenas nos corpos de marinheiros, prostitutas, soldados e artistas de circo, mas a partir dos anos 60 essas marcas corporais sofreram um novo impulso proveniente da música, sobretudo do Rock'n roll, inserindo-a no mundo da contracultura da indústria pop, com isso houve uma proliferação maior da tatuagem nos seguimentos dos hippies, motoqueiros e punks. Esses movimentos eram relacionados com o uso de drogas e uma atitude contestatória frente os padrões estabelecidos pela sociedade capitalista, por outro lado, eles se demonstravam autênticos nas suas ideias e tinham uma consciência corporal bem aguçada, “meu corpo me pertence”. Todavia, a tatuagem ainda estava, de alguma forma, à margem, e em certa medida simbolizava uma forma de protesto social.

Nesse sentido, é importante trazer que o termo tatuagem originalmente é oriundo do taitiano “tau” ou “tatau”, que significa “ferida, desenho batido”. Trata-se de uma onomatopeia, a partir do som produzido pela batida do instrumento que era utilizado para bater no tronco oco ao fazer a tatuagem. Antigamente, esse instrumento era utilizado para a percussão, no curso de cerimoniais verdadeiros e próprios da tatuagem na ilha do Taiti (LAISE; GAUER, NETO, 2013, p. 02).

Com isso, as tatuagens podem ser definidas como “os desenhos, as colorações e as pinturas executados na superfície cutânea, indeléveis [...], com substâncias irritantes ou corantes, por meios mecânicos ou manuais [...]” (NETO e NAVA, 1966, p. 09). Para a medicina, “a técnica da tatuagem consiste em depositar o pigmento da tinta ao longo do caminho que a agulha percorre na epiderme até o interior da derme”. (FERRAZ, 2014, p. 19). Contudo, as tatuagens feitas no cárcere possuem uma característica que as difere das outras, uma vez que é realizada no ambiente carcerário com materiais improvisados, nesse sentido:

As tatuagens de cadeia [...] são feitas no contexto prisional, muitas vezes a partir de materiais improvisados, como a fuligem extraída de utensílios plásticos que serve para fazer a tinta de cadeia, ou então o grampo de caderno cortado e afiado que passa a servir como agulha para “injetar” a tinta na pele. (CARNAVAL, 2017, p.1).

Desse modo, fica evidenciado que o hábito de marcar a pele vivenciou, ao longo da história, períodos de esquecimento e até proibição, renascendo no século XX pelas camadas marginais da sociedade, carregando consigo estigmas (SALDANHA, 2011).

2. A LINGUAGEM DO CORPO

O corpo pode ser considerado como um instrumento de informação pessoal. Para Mauss (2003), é um suporte de signos e veículo de diversas formas de linguagens que se desenvolve em sistemas constituídos culturalmente, adquirindo um significado dentro de contextos sociais específicos. A historiadora Denise Sant'Anna, afirma que, "O corpo é, ele próprio, um processo. Resultado provisório das convergências entre técnica e sociedade, sentimentos e objetos, ele pertence menos à natureza do que à história" (2005, p. 12; apud Pacheco, 2009, pp. 229-230).

O corpo é construído socialmente, modelado por meio de convenções sociais que vão reproduzir os conflitos simbólicos, culturais ou políticos de cada sociedade, Ferreira (2008). O corpo desde tempos mais remotos, já era visto como um importante suporte de expressão para o povo indígena, segundo Silva (2007 p. 4):

Na arte indígena e primitiva, o corpo humano caracterizava-se como a manifestação suprema das atividades artísticas. Os indivíduos ressaltavam sua beleza, superavam seus medos, faziam rituais revestindo seus corpos de atributos e objetos, modificavam-se tornando outra pessoa, como se a mudança estética originasse uma mudança interior. (SILVA, 2001, p. 4)

Na atualidade, Moreira, Teixeira, Nicolau (2010, p. 588) entendem que as transformações que o ser humano realiza no corpo representam não só traços narcísicos, hedonistas e consumistas das sociedades contemporâneas, mas prioritariamente maneiras de o sujeito se construir subjetivamente.

Segundo Le Breton (2004), nos anos de 1970, o grafite ganhou uma grande relevância no cenário dos Estados Unidos. Marcar a parede significava uma forma de buscar um reconhecimento social, "das paredes da cidade à pele da vida, o caminho era estreito e o corpo tornou-se (...) o suporte da assinatura pessoal".

O corpo afeta o mundo e por ele é afetado, é o meio que se recebe todas as informações do mundo, através das emoções e sensações, que para cada indivíduo é recepcionado de formas singulares. Nesse sentido, Hall (2003), acredita que não há uma identidade integral, originária e unificada, a identidade é formada e transformada ao longo da história, portanto, sendo assumida de diversas formas em diferentes contextos. Nesse

sentido, o corpo é o espaço de formação de subjetividades e identidades, Adelman e Ruggi (2007).

Assim, o liame do corpo com a tatuagem ultrapassa questões estéticas, uma vez que, atua como um processo comunicativo do eu com o mundo, se constituindo não apenas como uma simples colocação de adorno corporal, mas também cria uma identidade para o indivíduo. Para Le Breton (2009, p. 1):

Do corpo nascem e se propagam significações que fundamentam a existência individual e coletiva; ele é o eixo da relação com o mundo, o lugar e o tempo nos quais a existência toma forma através da fisionomia singular de um ator. Através do corpo, o homem apropria-se da substância de sua vida traduzindo-a para os outros, servindo-se dos sistemas simbólicos que compartilha com os membros da comunidade. (LE BRETON, 2009, p.1).

Desse modo, Ferreira (2006), afirma que o corpo dentro do contexto da tatuagem, assume uma posição de um operador social, na medida em que, os desenhos representam modalidades de relações com a sociedade, expressando códigos, relações sociais e valores dentro da cultura que o sujeito está inserido. Logo, é possível perceber que o corpo é constituído pelas experiências que cada um constrói em si próprio, delineando os processos de subjetivação.

Então, podemos concluir que o corpo é utilizado como espaço de inscrição subjetiva. Sendo assim, “quando se pensa em escolher seu desenho, o indivíduo é “escolhido” por todo um conjunto de representações e práticas, estruturas subjetivas e objetivas reproduzidas pelo estilo de vida que articula e imita”, Sabino e Luz (2006, p. 255). Portanto, quando a mulher realiza inscrições na pele, ela está afirmando sua singularidade e sua diferença, ou seja, está afirmando sua identidade.

3. MOTIVAÇÕES PARA SE FAZER UMA TATUAGEM

As motivações que levam uma pessoa a se tatuar são quase diversas, como por exemplo no Egito havia a crença de que as tatuagens proporcionavam proteção contra doenças e má sorte, os bretões, povo bárbaro que habitava a região da atual Grã-Bretanha, pintavam o rosto com várias cores para intimidar invasores, os índios de vários países costumam se pintar para assinalar classificações de status entre os membros da tribo.

Atualmente, a prática de fazer inscrições no corpo pode está atrelado ao puro modismo, o desejo de inserção em determinado grupo, fazer homenagem a alguém, expressar suas preferências, atitudes, crenças, como uma forma de manifestação artística ou estética e para expressar sentimentos, memórias e sensações.

Para Paredes (2003), Silva (2007) e Braga (2009) nas penitenciárias, a tatuagem se revela como uma linguagem codificada, que traduz sinais de poder, comando, subordinação e tipos de crimes.

Nas Penitenciárias as tatuagens não são feitas para enfeitar ninguém, elas contam histórias, se comunicam e mantêm distâncias, mostram quem é o preso, o crime que praticou e o que se deve sentir por eles, seja medo ou desprezo. Entre o emaranhado de declarações de amor, iniciais de nomes riscados na pele, seja com objetos pontiagudos como clipes, pregos, arames e outros. (PA-REDES, 2003, p.8)

Assim, foi possível perceber que as mulheres que se encontram no cárcere expressam fatos e sentimentos por meio de marcas corporais. Mediante estudos realizados por Silva (1991), em uma penitenciária em São Paulo (capital), constatou-se que algumas detentas se tatuam motivadas em manifestar pertença a bandos e quadrilhas, que geralmente são expressadas através de emblemas e localizadas em partes escondidas do corpo. A autora ainda afirma que:

Apesar de devemos considerar as tatuagens como um todo, como um “tipo de escrita” e como um código, não podemos nos esquecer que não se trata de um código aberto, acessível a todos os membros da sociedade; ao contrário, é um código que conta com o segredo, sendo apenas compreendido por seus iniciados (não só pelos presos ou pertencentes ao mundo do crime, como também pelos pertencentes ao aparato judicial/penal/policial/ e por determinados segmentos da população que com eles se articulam), configurando, portanto, um sistema de comunicação especificamente articulado ao universo da delinquência e aos mecanismos de sua reprodução. (SILVA, 1991, p. 9)

Dentro do ambiente carcerário, o ato de pintar o corpo é realizado por meio de métodos rudimentares, utilizam agulhas e máquinas artesanais, diante desta prática existe grandes riscos de contaminação. Ainda em relação às motivações, segundo Silva (2012), algumas presas se tatuam para expressar a história do delito que praticou.

Uma pesquisa realizada por Paredes (2003) na Penitenciária Central do Estado do Paraná, detectou-se significados de algumas tatuagens no ambiente do cárcere: um ponto

na mão direita indica ser batedor de carteiras; quatro pontos formando um quadrado indica que o indivíduo praticou um furto; três pontos, em forma de triângulo, significam está envolvido com crimes de tóxicos; cinco pontos, sendo quatro formando um quadrado e um ponto no centro, significa praticante de roubo.

Vários pontos formando um “x” indicam que o indivíduo é chefe de quadrilha ou facção criminosa, uma caveira com punhal sobreposto indica assassino de policiais, um desenho de um pombo simboliza sorte, bons ganhos, evita ser visto ou pressentido, teia de aranha representa morte dos cúmplices.

Pesquisas desenvolvidas por Ribeiro e Pinto (2013), identificaram que nas penitenciárias, a existência de desenhos com imagens religiosas, onde o rosto de Jesus Cristo desenhado no peito indica presos que praticaram latrocínio. Assim, é possível visualizar que alguns desenhos mesmo que sejam iguais podem ter significados diferentes, quando é acrescido alguns detalhes ou quando é tatuado em tamanho diferente ou localizado em uma parte diferente do corpo.

Bourdieu (1995) expõe que a biologia e os espaços sociais são marcados por desigualdades entre os sexos, baseados na ideia de dominação masculina. Segundo Burckhart (2013), desde os primórdios a mulher era tratada como indivíduo inferior ao homem, em razão de várias crenças religiosas que legitimavam tal perspectiva e que se sustentavam pelos costumes sociais. No ambiente do cárcere feminino, essa ideia de dominação não é diferente, pois, se percebe um aprisionamento além do encarceramento.

Conforme estudos desenvolvidos por diversos pesquisadores se verificou que muitas mulheres encarceradas que cometeram crimes e se encontram presas é devido o envolvimento com traficantes de drogas e também por terem sido flagradas portando objetos ilícitos em visitas aos seus parceiros na prisão.

Ainda, de acordo com pesquisas realizadas em penitenciárias femininas por Giordano e Bueno (2002), várias mulheres presas informaram que os companheiros com os quais tiveram filhos estavam presos ou mortos devido a prática de delitos.

Diante desse contexto de dominação masculina, no cenário do cárcere feminino, muitas mulheres se tatuam com o objetivo de representar pertencimento ao seu parceiro, cravam na pele o nome/abreviações do companheiro ou frases de amor, Silva (1991). Desse

modo, é possível identificar um elevado grau de pertencimento da mulher ao homem utilizando o próprio corpo através da tatuagem.

4. ESTIGMATIZAÇÃO DO USO DA TATUAGEM

O termo estigma foi criado pelos gregos para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava (GOFFMAN, 1988). Hodiernamente, o termo é vastamente utilizado de maneira que não destoia ao sentido literal e original.

Assim, destaca-se que a sociedade estabelece meios de categorizar as pessoas considerando alguns atributos como comuns a determinados membros de uma dessas categorias. Desta maneira, a tatuagem, até meados da década de 80 do século XX, era associada a marginalidade, quando os que possuíam eram estigmatizados como criminosos, visto que a tatuagem muitas vezes foi utilizada para punir, nesse sentido:

Durante os séculos, o Império Romano, onde os escravos eram marcados, a tatuagem assumiu várias funções, desde propriedades mágicas até se relacionar com a criminalidade, marcando os marginais ou os diferentes do resto da sociedade. Um exemplo desta relação consta nos criminosos da França no século XVIII que eram queimados com ferro quente, assim como na Inglaterra no qual se cravava as iniciais “BC” de *Bad Character* ou mau caráter em inglês (MELLO, 2011). (MATIAS; SIMÕES; GALVÃO, 2014, p. 05).

Desse modo, fica claro que o hábito de se tatuar vivenciou, ao longo da história, períodos conturbados, desde o esquecimento e até proibição, renascendo no século XX pelas camadas marginais da sociedade, carregando consigo estigmas (SALDANHA, 2011). Marcellino (2007) em seus estudos apontou que, até mesmo nas sociedades mais tolerantes, no que concerne a arte da tatuagem, a associação a criminalidade é quase que inevitável, pois tais práticas são bastante corriqueiras em instituições penais. Todavia, não há motivo nítidos para essa grande incidência.

Contudo, segundo Lombroso (2007), a prática de inserir tatuagens no corpo seria uma característica de delinquência. Nessa perspectiva, segundo o criminólogo os delinquentes padeciam de uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais, sendo uma delas as marcas corporais indelévels. Para ratificar suas teorias, Lombroso (2007), classificou diversos tipos de criminosos, alegando que entre

estes, mormente, demonstravam-se tendências a realizar escritas no corpo, bem como outras predisposições negativas.

Por ser historicamente praticada por pessoas socialmente marginalizadas, a tatuagem carrega um estigma, sobretudo, por algumas culturas apontá-las constantemente como frutos da criminalidade e de camadas baixas, por influência de teorias que vigorou. Infelizmente, tal concepção não deriva do abstrato, uma vez que dentro dos espaços segregados há uma grande quantidade de peles coloridas por técnicas de marcação indelével. O motivo para a grande incidência não é nítido, contudo, é possível, a partir da teorização das instituições penais, analisar o mundo iconográfico e suas motivações. Nesse sentido:

Para Foucault (2004) as instituições são mecanismos para tornar indivíduos dóceis, elas fabricam indivíduos. Este conceito de “corpos dóceis” está para um corpo sob constante controle, ao qual uma coerção ininterrupta impõe uma codificação que esquadrinha ao máximo de tempo, espaço e movimento. O corpo se oferece obedientemente, mostrando sinais indeléveis de danificação e privação, marcado com experiências cheias de dor – o que acaba por revelar o mecanismo constitutivo da microfísica do poder punitivo, no qual o condenado é uma codificação do menor poder. (MATIAS; SIMÕES; GALVÃO, 2014, p. 07).

Posto isto, a pena é um meio de coerção e suplício, meio de disciplina e aprisionamento do ser humano, revelando a face social e política, sendo desta forma um controle social aplicado ao direito e às sociedades. Desenvolvendo assim o conceito de micropoder, isto é, processos disciplinadores, de um poder que se estabelece diretamente no corpo, assim fabricando indivíduos a partir da domesticação dos seus corpos.

Nesse sentido, com o recorte em gênero, historicamente, o mundo foi visto pela ótica masculina. Sendo atribuído a mulher, por séculos, os valores de inferioridade, dependência, passividade e incompletude e julgou ser a vida doméstica o seu espaço. No ordenamento jurídico, a visão androcêntrica conseguia ser notada, visto que o direito penal defendia a honra das mulheres “honestas”, impondo valores patriarcais ao comportamento das mulheres (LINS; VASCONCELOS, 2018).

Desse modo, o fenômeno das mulheres delinquirem menos que os homens foi sendo analisado de formas diversas ao longo do tempo, sendo até explicado pelos papéis sociais atribuídos a mulher. Portanto, era perceptível a existência de um controle velado

imposto a mulher que atribuiria a esta características que não coincide com transgressões de qualquer tipo.

Segundo Lins e Vasconcelos (2018), as teorias sobre a delinquência feminina não foram suficientes para explicar a diferença entre as taxas de criminalidade masculinas e femininas. A inserção da mulher na sociedade não reverberou em um aumento das taxas de delinquência feminina, como concluía a lógica da “teoria dos papéis”. Todavia, assegura-se que o controle social sobre a mulher, que ainda é atuante, sobre elas recai diversas expectativas no que diz respeito a atributos essenciais a mulher.

Desta forma, verifica-se a utilização do corpo feminino como instrumento da disciplina, com fito de domesticação do corpo daquelas cujas mentes são indóceis, pervertidas e que se desviaram do seu papel social, ser mãe e esposa. Desse modo, o controle social imposto a mulher atualmente é prévio ao controle penal, ou seja, a mulher primeiramente rompe com as normas morais a ela atribuída para, posteriormente, romper a norma legal, sendo sua delinquência duplamente infratora.

Logo, nesse sentido pode-se afirmar que o ambiente carcerário, por si só, é um lugar de permanente violação de direitos. A própria prisão é uma forma de tortura, de imposição de sofrimento. Porém, quando no debate há um recorte de gênero, percebe-se que as violações se iniciam anteriormente a sentença, uma vez que a mulher tem sua delinquência duplamente infratora.

Portanto, a tatuagem tem a característica de categorizar a mulher, marcando-a com sua própria individualidade e identidade, expressando frustrações e emoções. Da mesma forma que, no ambiente do cárcere, pode desenvolver função classificatória, podendo protegê-la, representando pertencimento e lealdade, falando pelo indivíduo sem que o diga nenhuma palavra (DA SILVA, 1991), bem como a estigmatizando.

5. TEMPO DE CONDENAÇÃO

Antes do ano de 1940, não era previsto legalmente o encarceramento das mulheres, afinal, elas não eram assunto de debate, pois tradicionalmente, a investigação criminológica tendeu a ignorar as mulheres, já que, a criminalidade é um fenômeno predominantemente masculino, conforme Freitas (2013). De acordo com Aguirre (2017), a única inovação da

segunda metade do século XIX, em termos de prisões, foi a abertura de penitenciárias exclusivamente femininas na América Latina. A iniciativa de criar centros de detenção feminina provinha geralmente de grupos filantrópicos e religiosos.

As políticas penitenciárias foram pensadas pelos homens e para os homens, as mulheres são, portanto, uma parcela da população carcerária situada na invisibilidade. Para o Estado e a sociedade, parece que existem somente 440 mil homens e nenhuma mulher nas prisões do país. No entanto, uma vez por mês, aproximadamente 28 mil desses presos menstruam. (QUEIROZ, 2015).

Diante de um cenário de um sistema carcerário desproporcional em relação ao atendimento a homens e mulheres, se faz necessário uma análise diferenciada do encarceramento feminino, uma vez que, elas necessitam de demandas especializadas, como por exemplo um auxílio adequado no período de gestação, mas o que se percebe é que, o sistema prisional brasileiro é estruturado com base em um entendimento machista, o qual negligencia as necessidades específicas da mulher encarcerada, aumentando ainda mais sua exclusão frente à sociedade.

Uma pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (Crisp), da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a professora e pesquisadora Luana Hordones, em 2018, contou que: “Nas entrevistas que fazem parte da pesquisa, os homens dizem ter visitas, contam quem os visita, a periodicidade. As mulheres, por sua vez, não. As mulheres são muito pouco visitadas e isso é um dado que aparece na fala daquelas que são visitadas e daquelas que não são, que o dia de visita é um dia muito triste”. Desse modo, verifica-se que existe um enorme abandono do cônjuge e dos familiares quando se trata da mulher presa.

Fazendo uma análise sob o tempo de condenação foi possível observar que, muitas dessas mulheres não têm direito à educação, trabalho, lazer, não possuem espaço suficiente para suas necessidades básicas como dormir e se alimentar, estão à mercê de drogas e doenças infecciosas. Além disso, de acordo com Soares, (1999) diversas detentas foram vítimas de violência por parte dos policiais.

Atualmente a população carcerária feminina do Brasil está entre as maiores do mundo, contando com um total de 37.380 detentas. A população carcerária feminina,

entre 2000 e 2010, cresceu 261%, enquanto, em um comparativo, a masculina cresceu 106%, no mesmo período, (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2010). Segundo os dados do estudo Infopen Mulheres, baseado no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, e do Ministério da Justiça, o índice de mulheres inseridas no sistema prisional, entre os anos de 2000 e 2014, aumentou cerca de 567,4% entre os quais, apenas metade das presas possuem ensino fundamental completo. Ainda de acordo com o levantamento, 30% do número total de mulheres encarceradas ainda aguarda julgamento, de acordo com os dados fornecidos pelo INFOPEN.

Verifica-se que o aumento dramático de mulheres presas se dá após a Lei de Drogas Lei n. 11.343/06. De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2014, p. 67) e ainda do Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007, p. 16), demonstram que o tráfico de drogas e entorpecentes é o maior fator de aprisionamento de mulheres no país, chegando ao percentual de 40%. (Mulheres no Carcere: Maternidade e Prisão, 2019).

Segundo Borges, (2018) “a Lei de Drogas e Entorpecentes é a lei específica que mais encarcera mulheres no Brasil”. Isso porque, de acordo com o autor, majoritariamente, as mulheres cometem crimes contra o patrimônio e crimes ligados ao tráfico de drogas, porém é notável seu papel de coadjuvante nestas condutas.

O crime de tráfico de drogas atinge este grupo pois, para além do papel secundário da mulher em auxiliar seu companheiro como supracitado, configura-se, na teoria, como um crime sem necessariamente fazer uso da violência, que de certa forma traz um “sustento” à família do agente delituoso. Sempre ocorreu de ligar à uma figura estereotipada da mulher como dócil, pela sociedade conservadora e machista.

Diante disso, percebemos que o crescimento da população apenada não foi acompanhado proporcionalmente do crescimento de ambientes prisionais. Posto isto, temos que lidar com inúmeras violações de direitos inerentes a dignidade da pessoa humana dentro desse ambientes, como por exemplo, superlotação dos estabelecimentos penais e suas consequências, tais como: ócio, indisciplina, indignação, tumulto, precariedade de higiene, aumento do consumo de drogas e de diversas formas de violências físicas e psicológicas.

É previsto nas normas brasileiras, tanto na Lei de Execução Penal, quanto na própria Constituição, no que tange à execução penal, que as celas devem possuir, no mínimo, 6 metros quadrados, ventilação adequada sem insalubridade, o mínimo para realização da higiene pessoal e condições humanas de sobrevivência para os seus presentes e futuros ocupantes. No entanto, a realidade é evidentemente outra, é de senso comum a precariedade do sistema penitenciário brasileiro e quando se trata especialmente das mulheres, a realidade é ainda mais dura, o cárcere não foi pensado e construído para mulheres, destaca-se o fato delas terem um tratamento similar ao dos homens, sem acesso à saúde e cuidados com higiene, nos quais são ignoradas a menstruação, a maternidade, os cuidados específicos de saúde, entre outras especificidades femininas.

Problemas estruturais, como a falta de médicos especializados na saúde da mulher (ginecologistas e obstetras), creches para os filhos das encarceradas que nasceram nesta condição, ou a falta de unidades próprias para as mulheres, ou mesmo de espaços para as suas necessidades no interior das unidades mistas, são constantes. Desse modo, foi possível constatar que existe uma larga omissão do Estado, em relação às políticas públicas, uma vez que, as circunstâncias de confinamento destas, requer um tratamento especializado, no sentido de garantir seus direitos que estão inseridos em normativas nacionais e internacionais.

6. APRISIONAMENTO ALÉM DO ENCARCERAMENTO

No ambiente das prisões, em vários locais e épocas, como já se observou, a tatuagem foi utilizada como forma de designação e identificação de alguns grupos, assim como punição para alguns detentos, na Grécia antiga, por exemplo, os escravos eram marcados com os nomes de seus donos, já na França de 1685, os escravos fugitivos eram tatuados com uma flor-de-lis além de terem sua orelha decepadas. No século XIX, ex-presidiários americanos eram marcados com tatuagens, e, mais tarde, os internados em prisões siberianas e em campos de concentração nazistas foram também identificados assim. Já os nazistas tatuavam, no antebraço esquerdo dos seus prisioneiros, um código numérico antecedido de letra ou de pequenas figuras geométricas que servia como forma de contagem e classificação dos presos, diferenciando os judeus, ciganos, homossexuais e prisioneiros políticos. (RAMOS, C.M.A, 2001)

Hodiernamente, nota-se uma grande incidência de tatuagem entre os detentos apesar de se caracterizar uma falta grave, segundo a psicóloga clínica, educacional e especialista em logoterapia, Sheila Hesketh Rabuske (2010), isso se dá devido a necessidade humana de pertencimento, normalmente agravada pelas questões psicológicas relativas à prática criminosa, o desejo normal de qualquer ser humano a pertencer a um grupo, uma família.

Essa ideia de pertencimento enquanto necessidade do indivíduo não é nova, Baumeister e Leary (1995), definiu a busca pelo pertencimento como “uma motivação que seres humanos têm para estabelecerem importantes laços sociais, desde que sejam positivos e traga algum tipo de recompensa, mesmo que seja apenas sensação de bem-estar na convivência.”. Dessa forma, ela retrata a necessidade dos indivíduos em estar inserido e ser aceito em um grupo. Em conformidade Bauman (2005) pontua que a busca pela identidade é provocada pelo desejo de segurança:

Se você deseja “relacionar-se” ou “pertencer” por motivo de segurança, mantenha distância. Se espera e deseja realizar-se com o convívio, não assuma nem exija compromisso. Deixe todas as portas abertas. [...] A abundância dos compromissos oferecidos, mas principalmente a fragilidade de cada um deles, não inspira confiança em investimentos de longo prazo no nível das relações pessoais ou íntimas (BAUMAN, 2005 p. 36).

Assim, percebe-se que o sentido de pertencimento é entendido como uma condição dos indivíduos, uma vez ao criar laços com o ambiente que o cerca, isso permite que ele tome decisões que julga serem certas com base nesse sentimento de pertencimento.

E no mesmo sentido, Maslow (1943), na psicologia, acreditava que o indivíduo são motivados por tipos diferentes de necessidades de acordo com o momento, com isso em mente ele criou uma teoria que consiste em uma pirâmide de necessidades, na qual a base da mesma estão as necessidades fisiológicas, acima, estão as necessidades de segurança, em seguida amor e relacionamento (pertencimento), em seguida a necessidade de estima, e por fim, a necessidade de auto realização.

Ainda pelo autor supracitado, a necessidade de pertencimento encontra-se no nível 3 pela ordem de urgência, vindo antes mesmo que a estima e autorrealização. Isto é, o ser humano anseia desesperadamente vincular-se a algo. E isso se intensifica em relação às mulheres, quando esse sentimento lhes é socialmente imposto desde muito novas,

principalmente nas questões de relacionamentos amorosos, porque tradicionalmente, a dominação masculina predomina socialmente.

Segundo Bourdieu (1995), essa dominação masculina ocorre desde os espaços macros (Estado, Escolas etc.), aos micros (vida doméstica) estes, se configuram sob a violência simbólica, nas pequenas coisas quotidianas, nos pequenos gestos e palavras que progressivamente podem levar a consequências drásticas, como o por exemplo, serem presas devido ao envolvimento dos seus parceiros no crime.

Portanto, nos permite, refletir acerca das turbulências que envolvem as relações amorosas e sobretudo sobre o sentido de identidade e pertencimento de mulheres detentas em relação aos seus parceiros amorosos frente a um cenário de relações frágeis e descompromissadas. O que corrobora com os dados constatada pelos organismos competentes quanto ao alarmante índice no qual a maioria das mulheres foi presa por se relacionar com homens envolvidos com o crime; e 60% delas respondem por tráfico de drogas. Segundo o documentário “Se eu não tivesse amor” de 2008, 90% das mulheres detentas, ou seja, 9 em cada 10 mulheres, no presídio Talavera Bruce no RJ, estão presas por envolvimento com drogas através de seus relacionamentos amorosos.

Por isso denomina-se “o aprisionamento pelo pertencimento”, nesse caso o pertencimento ao seu parceiro, uma vez que, em uma comparação ao cárcere masculino, em que a tatuagem simboliza autoridade ou depreciação, indicando uma cadeia de comando, a grande massa das detentas femininas expressão, através da inserção de desenhos na pele, o pertencimento ao seu parceiro, cônjuge ou namorado, gravando o nome/abreviações do companheiro ou frases de amor.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isto, percebe-se que a tatuagem permite uma diversidade de possibilidades de análises como cenário, bem como encontra-se o corpo como uma linguagem para expressar fatos e sentimentos. Por meio da arte de pintar o corpo é possível identificar uma importante função de comunicação entre grupos e tem o poder de autoidentificação. No Sistema Penitenciário ficou evidenciado as tatuagens como marcas importantes de expressão, se revelam como uma linguagem codificada que nos permite identificar a

vinculação a um bando, quais crimes praticados e sentimento de pertencimento a um parceiro.

Portanto, quando a mulher realiza inscrições na pele, ela está afirmando sua singularidade e sua diferença, ou seja, está afirmando sua identidade, isto é, a tatuagem, além de constar como um gatilho de expressão, demonstração de pertencimento, e também uma forma de manter a mente longe da solidão, o corpo modificado pelo micro sistema de poder, a estigmatização do prisioneiro acarretando na mudança de sua imagem e, por fim, como forma de escapismo.

REFERÊNCIAS

ADELMAN, Miriam; RUGGI, Lennita. Corpo, identidade e a política da beleza. Revista AGUIRRE, Carlos. Cárcere e Sociedade na América Latina. IN: História das prisões no Brasil Volume 1 – 1a ed. – Rio de Janeiro: Anfitriato, 2017.

BAKHTIN, M.M. Estética da criação verbal. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARBOSA, Natália Araújo. O Papel da Gestão Pública no Cenário das Políticas Carcerárias: A Execução da Maternidade Inserida no Sistema Prisional Feminino. Belo Horizonte: Monografia- Universidade Federal de Minas Gerais. 2018. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/gestaopublica/wp-content/uploads/2018/10/NAT%C3%81LIA-ARA%C3%9AJO-BARBOSA.pdf>. Acesso: 19.nov.2020.

BARROS, Simone Grace de. Tatuagem e construção de identidade em piriquetes: um estudo em Recife, Pernambuco/Simone Grace de Barros. – Recife: O Autor, 2015.169 f.: il., fig. Orientador: Hans da Nóbrega Waechter. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Artes e Comunicação. Design, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. Identidade entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução: Carlos Alberto Medeiro. Rio de Janeiro. Zahar, 2005.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de Sociologia do Desvio. Rio de Janeiro: Zahar,

BELMONT. Karine. Tatuagem na prisão: estigma e identidade. Foz do Iguaçu, 2012.

BERGER, Mirela. Corpo e identidade feminina. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BORGES, Juliana. O que é: encarceramento em massa?. Belo Horizonte. Letramento: Justificando, 2018.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina, 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

CARNAVAL, Daniel Babo de Resende. O Que Significa a Tatuagem de Cadeia: Vinculação ao Crime Organizado ou Expressão do Motivo Da Prisão? In: III Encontro Internacional de Pesquisa em Prisão, 3., 2017, Recife. Grupo de Trabalho 11 – Agência, criatividade e subjetividade na prisão. Recife, 2017. p. 1-23. Disponível em: file:///C:/Users/lthac/OneDrive/Documentos/paperUFPEfinal.pdf. Acesso em: 22 out. 2020.

CHAVES, Luana Hardones. Dores do aprisionamento: a vivência das mulheres na prisão. São Paulo, 2018. Disponível: <https://docplayer.com.br/81961954-Dores-do-aprisionamento-a-vivencia-das-mulheres-nas-prisoas-luana-hardones-chaves-pos-doutoranda-em-sociologia-pesquisadora-do-crisp.html>. Acesso: 19. nov.2020

DA SILVA, A. J. L. Tatuagem: desvendando segredos. Bahia, 2012.

DA SILVA, M.A.M. As tatuagens e a criminalidade feminina. Cadernos de Campo, São Paulo, mar. 1991, no 1, p.5-16.

DEPEN- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de informações penitenciárias: INFOPEN- junho 2014, Ministério da Justiça, 2015.

FERREIRA, Vitor Sérgio. Marcas que demarcam: corpo, tatuagem e body modification em contextos juvenis. 2006. Tese de doutorado – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. Lisboa, 2006.

FISHER, Jill A. Tattooing the body, marking culture. Londres: Sage Publications, Body & Society, 2002.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 28. ed. São Paulo: Editora Record, 2014

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 30ª edição. Petrópolis: Vozes, 2005.

FREITAS, C. R. O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal. Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen, 2013, 4.4 Gênero, Niterói, v. 7, n. 2, p. 39-63, 1. sem. 2007.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GRIZENTE, Ivaneide Nunes Paulino. Pertencimento, tatuagens e presidiárias: O que tem de interdisciplinar?. SBCH, 2018. Disponível em: https://www.16snhct.sbhct.org.br/resources/anais/8/1545058397_ARQUIVO_TrabalhoIvaneideNunes-rev.pdf. Acesso em: 16, abr, 2020.

LAUTMAN, V. The new tatto. 1. ed. Nova Iorque: Abberville Press, 1994.

LE BRETON, Davi. Sinais de Identidade. Trad. Tereza Frazão. Lisboa. Miosótes – Edição e distribuição Limitada, 2004.

LE BRETON, David. A sociologia do corpo. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEITÃO, Débora Krischke (2000) À flor da pele: Estudo antropológico sobre a prática da tatuagem em grupos urbanos. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

LINS, V.M.C; VASCONCELOS, K.N. Mães encarceradas e filhos abandonados: realidade prisional feminina e estratégias de educação do dano da separação. Paraná: Editorial Juruá, 2018.

LISE, Michelle Larissa Zini; GAUER, Gabriel José Chittó; CATALDO NETO, Alfredo. Tatuagem: Aspectos Históricos e Hipóteses Sobre a Origem do Estigma. Brazilian Journal Of Forensic Sciences. Brasil, p. 294-316. 21 jun. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277916773_Tatuagem_Aspectos_Historicos_e_Hipoteses_Sobre_a_Origem_do_Estigma. Acesso em: 13 nov. 2020.

LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. O homem delinqüente/Cesare Lombroso; tradução Sebastião José Roque. – São Paulo: Ícone, 2007.

MANGUINHO, Julyana Vilar de França. GÊNERO, CORPO E TATUAGEM. In: DIÁSPORAS, DIVERSIDADES, DESLOCAMENTOS, 2., 2010, São Paulo. GÊNERO, CORPO E TATUAGEM. São Paulo: Fazendo Gênero, 2010. p.

1-8. Disponível em: http://www.fg2010.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1278193511_ARQUIVO_texto-fazendogenero.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

MARCELINO, F. C. A mensagem por trás da imagem: estudos da tatuagem à luz da análise do discurso. 380f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

MASLOW, A. H. A Theory of Human Motivation. 1943. Disponível <http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>. Acesso em: 18/09/2020.

MATIAS, Anne Karine; SIMÕES, Anne Augusta Rocha; GALVÃO, Luis Carlos Cavalcante. ENTRE TATUAGENS E CRIMINOSOS. *Derecho y Cambio Social*, Peru, v. 10, n. 8, p. 1-14, 01 jan. 2014. Semestral. Disponível em: <file:///C:/Users/lthac/OneDrive/Documentos/Dialnet-EntreTatuagensECriminosos-5472800.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. 1 ed. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

PAREDES, Cezinando V. A influência e o significado das tatuagens nos presos no interior das penitenciárias. 40f. Monografia (Pós-Graduação em Tratamento Penal e Gestão Prisional) – UFPR, Curitiba, 2003.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMOS, Célia Maria Antonacci. *As nazi-tatuagens: inscrições ou injúrias no corpo humano?*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

RABUSKE, Sheila Hesketh. Do sofrimento à compreensão da vida. *Gazeta do povo*, 2010. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/do-sofrimento-a-compreensao-da-vida-0sgqx5j06cbl63iw5p1t13exa/>. Acesso em: 10. out. 2020.

SABINO, César; LUZ, M.T. Tatuagem, Gênero e Lógica da Diferença. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 16(2):251-272, 2006.

SALDANHA, Luisa Guimarães. (Re) significação da tatuagem através da moda. 129f. Monografia, 2011.

SOARES, Barbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: Violência conjugal e novas políticas de segurança*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

VARELLA, Dráuzio. *Prisioneiras*. 1a ed. – São Paulo: Companhia da Letras, 2017

Apresentação oral

**GÊNEROS, VULNERABILIDADES E OPRESSÕES: UM ESTUDO A
PARTIR DA TEORIA DA INTERSECCIONALIDADE E DA OBRA
NAVALHA NA CARNE, DE PLÍNIO MARCOS**

*GENDERS, VULNERABILITIES AND OPRESSIONS: A STUDY THROUGH
THE INTERSECTIONALITY'S THEORY AND PLÍNIO MARCOS' PLAY
ENTITLED NAVALHA NA CARNE*

Julia de Albuquerque Barreto

Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do grupo de pesquisa (CNPq) “Mulher, Sociedade e Direitos Humanos”. Graduada em Direito.
E-mail: juliabarretob@gmail.com

Lucas Henrique De Lucia Gaspar

Pós-graduando (*lato sensu*) em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP) em parceria com a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Intercambista na Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum – Università di Bologna (UNIBO, Itália). Coordenador-adjunto do Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC) da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito. Formado em teatro pela Escola de Atores Wolf Maya. Advogado.
E-mail: delucialucas@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo examinar o contexto de opressão e discriminação presente nas camadas mais marginalizadas da sociedade brasileira por uma lente adotada a partir do estudo da teoria da interseccionalidade, consolidada pela acadêmica estado-unidense Kimberlé Williams Crenshaw. Para compreender essa situação de vulnerabilidade e retratar a incidência das questões de gênero que permeiam as relações humanas, recorreu-se à obra Navalha na Carne, de Plínio Marcos, haja vista sua capacidade de figurar como um dispositivo de análise social e de denúncia da opressão vivenciada pelos indivíduos, que acabam por sofrer um processo estrutural de discriminação

e violência que se intensifica a partir da quantidade e dos tipos de sobreposições de suas identidades sociais. Portanto, almejou-se: (i) compreender na obra de Plínio Marcos o enredo e o contexto em que a trama é desenvolvida; (ii) verificar os principais elementos da personagem de Neusa Sueli e a relação da protagonista com outras personagens da trama; (iii) identificar algumas características relevantes sobre Plínio Marcos e a sua atuação como dramaturgo; (iv) descrever os aspectos fundamentais da teoria da interseccionalidade; e, por fim (v) relacionar a citada teoria com a dramaturgia em tela. Assim, ilustrar-se-á a teoria da interseccionalidade, no cenário brasileiro de marginalização, por meio da obra *Navalha na Carne*.

Palavras-chave: Gênero. Interseccionalidade. *Navalha na Carne*. Opressão. Plínio Marcos.

Abstract: The present text aims to analyse the context of oppression and discrimination in the most marginalized strata of Brazilian society through the perspective of the study of the theory of intersectionality, consolidated by the north American academic Kimberlé Williams Crenshaw. Thus, to understand this situation of vulnerability and to portray the incidence of gender issues in the human relationships, the authors resorted to the work entitled “*Navalha na Carne*”, by Plínio Marcos, due to its capacity to figure as a device of social analysis and as a denunciation of the oppression experienced by individuals, who suffer a structural process of discrimination and violence that it is intensified according to the quantities and to the types of social identities of them. Therefore, the aim was to: (i) understand in Plínio Marcos’ work the plot and context in which the story is developed; (ii) verify the main elements of the character of Neusa Sueli and the relationship of the protagonist with other characters in the plot; (iii) identify some relevant characteristics about Plínio Marcos and his role as a playwright; (iv) describe the fundamental aspects of the theory of intersectionality; and, finally (v) to relate the abovementioned theory with Plínio’s dramaturgy. Thus, the theory of intersectionality will be illustrated, in the Brazilian scenario of marginalization, through the work *Navalha na Carne*.

Keywords: Gender. Intersectionality. *Navalha na Carne*. Oppression. Plínio Marcos.

Sumário: Introdução. 1. O autor: Plínio Marcos. 2. A obra: *Navalha na Carne*. 3. A Teoria da Interseccionalidade. 4. Análise Interseccional do Contexto de Opressão e Vulnerabilidade na obra *Navalha na Carne*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

“Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1967, p. 9), por meio de uma construção social, estruturalmente machista e misógina, em que se criam normas a fim de cercear as potencialidades do “segundo sexo” tão somente às satisfações do gênero masculino.

Ocorre, porém, que essa marginalização perante a comunidade não se restringe a apenas essa característica: pertencer ao gênero masculino (ou não). Afinal, o processo de opressão a que alguém é submetido se vale de muitos outros fatores que se sobrepõem, os quais podem vir a intensificar ou minimizar a sua vulnerabilidade.

Assim, uma vez reconhecida que a discriminação sofrida pelo indivíduo é resultado das diversas – e não apenas de uma das – características sociais que compõem a sua identidade perante a sociedade, Kimberlé Williams Crenshaw, feminista estado-unidense, desenvolveu a teoria da interseccionalidade. Por meio desta, salientou-se que os processos de dominação e opressão sofridos não atuam de forma autônoma, dado que são partes de um todo que se relacionam.

Por isso, uma mulher negra, lésbica, pobre, periférica, transexual e neuroatípica por exemplo, presenciara situações de discriminação, ao longo da sua vida, de forma mais recorrente e intensa que outras composições identitárias, como a de um homem, branco, hétero, rico, espacialmente bem localizado, cisgênero e neurotípico.

Ora, a exponenciação da vulnerabilidade de um indivíduo a depender das sobreposições de suas identidades sociais é uma questão de extremo relevo e de nítida percepção no cotidiano de nossas vidas. Tanto é assim que existem inúmeras obras que retratam essa marginalização, desde estudos científicos até dramaturgias, estas que, ainda que fictícias, visam a representar o real por uma concepção artística.

Desta feita, para se elucidar esse contexto de vulnerabilidade e opressão, em especial no cenário periférico brasileiro e por uma lente de gênero, pretende-se, ao longo das próximas páginas, aprofundar-se nos estudos da teoria da interseccionalidade por meio da ilustração de suas facetas na obra teatral intitulada “Navalha na Carne”, de autoria de Plínio Marcos, haja vista sua capacidade de representar a realidade do contexto

de violência doméstica e, principalmente, de intersecção da opressão sofrida pelos seres humanos, a depender de suas individualidades.

1. O AUTOR: PLÍNIO MARCOS

A obra *Navalha na Carne* é de autoria do dramaturgo Plínio Marcos, nascido em Santos, litoral de São Paulo, e também conhecido como o “autor maldito”.

O apelido não veio à toa, haja vista que, como bem salienta a crítica teatral Ilka Zanotto, suas narrativas eram uma “descida ao inferno”, dada a sua característica em tentar exprimir a realidade do submundo brasileiro e das circunstâncias em que estão inseridos seus indivíduos, inclusive desenvolvendo falas com grande fidelidade ao linguajar daquele grupo.

Nas palavras do jornalista Carlos Heitor Cony, em matéria publicada na Folha, em 22 de novembro de 1999, Plínio estaria “na ralé, nos subúrbios da marginalidade [...] [n]a escancarada violência verbal do nosso tempo [...] desprezava a dignidade e se lixava para a santidade. A fome e a miséria, física ou moral, substituíam os valores burgueses” (*apud* MENDES, 2009, p. 463-464).

Tais foram os fatores responsáveis por consagrarem suas obras como feitos inéditos, denunciativos e revolucionários e, também, como constante objeto de repressão e censura durante a Ditadura Militar: “Plínio Marcos se tornou alvo preferencial da ditadura. Bastava o seu nome como autor para um texto ser proibido” (MENDES, 2009, p. 149).

Quanto à essa competência de dar voz aos que não tinham voz e afrontar o *status quo*, insta transcrever o seguinte excerto desenvolvido por Zanotto sobre seu amigo:

O palco povoado de cafetões, prostitutas, lésbicas, assassinos, suicidas, homossexuais, gigolôs, bêbados, drogados, policiais corruptos, escória das escórias, das docas de Santos, das zonas, dos bordéis, dos bares [...] os marginais mais absolutos, aqueles que não têm voz nem vez. Plínio Marcos, aos olhos do Sistema que governou o país a partir de 64, era o ‘perigo’, aqueles cujas palavras tinham o poder de abalar estruturas, costumes, regimes... Por que a proibição paulatina e reiterada de sua obra? Muito provavelmente, a resposta está na raiz da dramaturgia do autor: ela mostra como ‘gente’ aqueles que normalmente são considerados ‘marginais’ e traz ao palco uma nova classe integrada por indivíduos até então ignorados pela saga teatral, aos quais devota solidariedade irrestrita pelo simples fato de fazê-los existir. Acende-se a luz vermelha da repressão ante o

possível despertar da consciência de estruturas sociais injustas que clamam por modificação (ZANOTTO, 2003).

E esta sua personalidade não só o acompanhou até o fim da sua vida, como foi o motivo que despertou o seu interesse em escrever peças de teatro, ou seja, retratar a vida – e as dores – daqueles que eram constantemente passíveis de esquecimento para o resto da sociedade: “chocado com a notícia de um garoto currado na prisão, Plínio Marcos escreveu também a sua primeira peça, Barrela [...] Escreveu Barrela porque precisava pôr pra fora a dor e a indignação provocadas pela história do garoto barrelado” (MENDES, 2009, p. 80).

Em suma, nas palavras do próprio Plínio sobre sua pessoa – conforme se extrai da abertura do CD intitulado Plínio Marcos em Prosa e Samba –, assim pode ele ser definido:

Eu conto história das quebradas do mundaréu, lá de onde o vento encosta o lixo e as pragas botam os ovos. Falo da gente que sempre pega a pior, que come da banda podre, que mora na beira do rio e quase se afoga toda vez que chove e que só berra da geral sem nunca influir no resultado. Falo dessa gente que transa pelos estreitos, escamosos e esquisitos caminhos do roçado do bom Deus. Falo desse povão, que apesar de tudo é generoso, apaixonado, alegre, esperançoso e crente numa existência melhor na paz de Oxalá (SANCHES, 2012).

De qualquer forma, em que pese a vida autoral de Plínio ter sido toda pautada no desenvolvimento de obras com protagonismo de sujeitos que eram objeto de vulnerabilidades e discriminações, para fins de direcionamento do presente estudo, que visa a ilustrar os reflexos das sobreposições de identidades sociais em relações de opressão, estudou-se especificamente a obra Navalha na Carne, para que se pudesse aprofundar em seu enredo, nos principais elementos das personagens – Neusa Sueli, Vado e Veludo – e no contexto em que se inserem.

Afinal, trata-se de dramaturgia que é um nítido reflexo da sociedade, em especial no que diz respeito às suas relações de gênero, como salienta a acadêmica Maria Soares: “o que sobressai na peça são as relações de poder. As três personagens que aparecem no texto representam a própria sociedade brasileira” (SOARES, 2010, p. 61).

2. A OBRA: NAVALHA NA CARNE

A peça em questão foi escrita ao longo de três noites, tendo sido encenada pela primeira vez em 1967. Contudo, devido ao seu teor político e crítico, de imediato, foi objeto da atuação da censura do regime ditatorial, o que fez com que fosse exibida de

forma clandestina (MENDES, 2009, p. 158 e ss. e p. 345). Afinal, no Diário Oficial de 19 de junho do mesmo ano, publicou-se a portaria datada de 14 de junho, em que o diretor-geral do Departamento de Polícia Federal ratificou que:

Considerando a profusão de sequências obscenas, termos torpes, anomalias e morbidez explorada na peça Navalha na carne, a qual é desprovida de mensagem construtiva, positiva e de sanções a impulsos ilegítimos, o que a torna inadequada a plateia de qualquer nível etário, resolve denegar provimento ao pedido de reconsideração pela liberação da peça (*apud.* MENDES, 2009, p. 159-160).

A obra Navalha na Carne retrata indivíduos e grupos vulnerabilizados com maestria, tornando-se conhecida pela nítida função denunciativa e revolucionária – um corte visceral sobre as relações de gênero e suas opressões no contexto brasileiro de marginalização.

Por isso mesmo que “Navalha provocou o maior susto, com uma narrativa curta (em cena, no máximo cinquenta minutos) e grossa (os palavrões jorravam com assustadora poesia)” (MENDES, 2009, p. 149). Afinal, como bem salienta o dominicano Frei Patrício, entrevistado por Regina Helena: “A sociedade não gosta de admitir a existência de Neusas Suelis, Vadinhos e Veludos” (*apud.* MENDES, 2009, p. 161). E foi justamente por essa razão que “causou um profundo impacto ao desnudar o comportamento de [...] indivíduos excluídos que se confrontam até a destruição, levando a crítica a registrar que surgia uma contribuição nova à dramaturgia nacional” (ANDRADE, 2013, p. 243).

Ora, trata-se de obra violenta e que possui como intuito expor aquela realidade diante dos olhos do público. Por isso, por exemplo, surgiram montagens como a do Grupo TAPA, encenada por todo o Brasil – e até em Portugal –, com direção do renomado Eduardo Tolentino e com Denise Weinberg (Neusa Sueli), Zecarlos Machado (Vado) e Guilherme Sant’Anna (Veludo) no elenco (MENDES, 2009, p. 465).

Nela, optou-se por reduzir o número do público para se encenar a história de forma fisicamente (e não só emocionalmente) próxima dele, para que se pudesse demonstrar que “essa violência está em cada esquina, virou parte do dia a dia [...] É como se as pessoas fossem testemunhas daquilo, estivessem ali, dentro do quarto [...] Dessa forma, tudo ficava mais real. Não dava para fingir a violência, os atores teriam que bater mesmo”, segundo o supracitado diretor (*apud.* MENDES, 2009, p. 466).

E isso era essencial para se reiterar a proximidade e a iminência de se deparar com aquela situação, haja vista que, como bem pontua Denise Weinberg, a Neusa Sueli na supracitada montagem: “[a] mulher de hoje está muito mais para uma Neusa Sueli do que para qualquer outra heroína” (*apud.* MENDES, 2009, p. 466).

Por isso, muitos críticos teatrais a consagram como uma obra de vanguarda, dentre eles, Sábato Magaldi, que salientava que “[a] literatura teatral brasileira nunca produziu uma peça de verdade tão funda, de calor tão autêntico, de desnudamento tão cru da miséria humana como essa de Plínio Marcos” (*apud.* MENDES, 2009, p. 169). Nesse mesmo sentido, posicionou-se Yan Michalski, um dos primeiros críticos teatrais a se pronunciar sobre a obra, ainda em 1967: “à qual se assiste com a respiração presa, e a cujo fascínio não escapa nem o público mais conservador, a priori menos disposto a enfrentar cara a cara a crueldade e a violência” (MICHALSKI, 2005).

Afinal, a trama da dramaturgia se desenvolve em um sórdido quarto de hotel de quinta classe, em que um gigolô, uma prostituta e um funcionário homossexual (Veludo) do prostíbulo discutem para compreender o porquê do desaparecimento de uma determinada quantia de dinheiro, que teria sido obtida por Neusa Sueli e destinada ao seu amante e cafetão, Vado.

Apesar de, naquele momento, estar-se diante de um acontecimento infeliz – o sumiço das cédulas –, nota-se, de imediato, que as cenas não demonstram uma violência não usual ou atípica na vida daquelas personagens. Muito pelo contrário, escancara-se que se está de frente a uma história de violência doméstica recorrente, em que os papéis que cada uma das personagens exerce dentro da sociedade estão correlacionados com os abusos que sofrem.

Até porque a partir de uma análise dramatúrgica da obra, percebe-se que Vado – gigolô heterossexual, amante e constante agressor de Neusa Sueli, mas que só está com ela em razão do dinheiro – vale-se de todos os estereótipos machistas para praticar violência psíquica, moral e física à Neusa Sueli. Não por outra que, logo em sua segunda fala na peça, ele a chama de “vaca” e, em sua sexta fala, ele começa a torcer seu braço e a ameaça de espancá-la.

Quanto a exercer a função de cafetão, tratava-se de condição que Plínio realmente condenava, ainda que tenha concedido espaço na ribalta para uma personagem que viva dessa prática: “Sempre achei isso uma coisa vergonhosa. São duas coisas das quais a gente sempre se envergonhava: tomar dinheiro da mulher e pagar mulher. Tomar dinheiro é coisa de cafetão [...] Eu sempre tive muito preconceito com cafetão” (*apud*. MENDES, 2009, p. 64).

No que tange à protagonista Neusa Sueli, insta salientar que se trata de mulher, pobre e provavelmente negra¹ que está à mercê das vontades de Vado por receio de ficar ainda mais sozinha e de ser posta na rua, o que é ainda mais angustiante por ser uma profissional do sexo já não mais tão nova, o que acaba por defini-la como uma “prostituta maltratada por uma vida miserável” (MENDES, 2009, p. 164).

Dentre os diálogos e as ações que expõem os abusos vivenciados por Neusa Sueli – em razão de ser mulher, pobre, profissional vítima de exploração sexual e já não tão jovem, sozinha e provavelmente negra –, destaca-se a seguinte, devido à

¹ Em nenhum momento, expõe-se a etnia ou raça da personagem. Contudo, existem diversos críticos que defendem a necessidade da Neusa Sueli ser representada por uma atriz negra, haja vista o contexto em que se insere a obra – subúrbio brasileiro. Tanto é assim que foi realizada montagem, em 2018, denominada “Navalha na Carne Negra”, em que todos os atores eram negros. Para fins de elucidação dessa questão, impõe a transcrição do material armazenado no teatro em que foi a dramaturgia encenada (TUSP – Teatro da Universidade de São Paulo): “A problemática do corpo preto e seus históricos processos de marginalização social são o mote central da montagem, que pretende lançar luzes sobre questões relativas à hierarquização social hoje vigente. As questões atravessam o texto de Plínio Marcos e reverberam na própria produção teatral hegemônica de nosso país. Quem são os “marginais” de Plínio Marcos hoje? Onde se encontram? Como lidam com seus desejos e necessidades? Qual sua expectativa de vida? Eles se reconhecem como parte dessa “escória”? O que esperam da sociedade – se é que ainda esperam alguma coisa?” (NAVALHA na carne, 2018). Por isso que o material de divulgação ratifica que “Se interpretamos o texto de Plínio Marcos como uma navalhada na carne negra, é porque as relações de poder e de impotência que o texto revela nos são [a nós negros] desde sempre familiares” (VELLEDA, 2018). Afinal: “A lógica do processo social permite supor que as personagens de Plínio Marcos em Navalha na carne podem ser negras. No entanto, as representações mais conhecidas do texto têm contado majoritariamente com atrizes e atores não negros. Quando Lucelia Sergio, interpretando Neusa Sueli, entra em cena na montagem em análise tirando a peruca loira isso nos remete a algo accidental, a uma personagem se desfazendo da outra com a qual ganha a vida. O “desfazer-se” remete também a uma possível resposta à maneira como no teatro brasileiro a distinção racial se afirmou. A tentativa de desnaturalização deste imaginário é, entre outras coisas, o que Navalha na carne negra nos oferece” (ABREU, 2018).

manifesta exposição de uma conduta em que se reduz a protagonista a um mero objeto sexual que é utilizado para obtenção de prazer e dinheiro:

Vado – Eu estou duro! Estou a nenhum! Eu estou a zero! A zero, sua vaca!/
Neusa Sueli – E a culpa é minha?/ Vado – Vagabunda, miserável! Sua puta sem-calça! Quem tu pensa que é? Pensa que estou aqui por quê? Anda, responde! (*Pausa.*) Não escutou? Responde! Por quê? Você acha que eu te aturo por quê?/
Neusa Sueli – Eu sei... Eu sei.../ Vado – Sabe, né? Então diz. Por que eu te aturo?/
Neusa Sueli – Poxa, Vadinho, eu sei.../ Vado – Então diz! Diz! Quero escutar. Diz de uma vez, antes que te arrebente. Por que eu fico com você?/
Neusa Sueli – Por causa da grana./ Vado – Repete, sua vaca! Repete! Repete! Anda!/
Neusa Sueli – Por causa da grana./ Vado – Repete mais uma vez./ Neusa Sueli – Por causa da grana./ Vado – Mais alto, sua puta nojenta!/
Neusa Sueli – Por causa da grana./ Vado – Isso mesmo. Estou com você por causa do tutu. Só por causa do tutu. Você sabe. Estou aqui por causa da grana. Por causa da grana. É isso mesmo. E se você não me der moleza, te arrebento o focinho. Eu sou o Vadinho das Candongas, te tiro de letra fácil, fácil. Eu estou assim (*Faz gesto com os dedos indicando muitas.*) de mulher querendo me dar o bem-bom. Você sabe disso também, não sabe? (*Pausa.*) Sabe ou não sabe?/
Neusa Sueli – Sei... Sei, sim... (*Chora.*) (MARCOS, 2003, p. 142-143).

Não bastasse o supracitado diálogo, há ainda a seguinte fala do gigolô que expõe a situação de extrema vulnerabilidade em que se encontra a protagonista:

Vado – Só estou falando a verdade. Você está velha. Outra noite, cheguei aqui, você estava dormindo aí, de boca aberta. Roncava como uma velha. Puta troço asqueroso! Mas o pior foi quando cheguei perto pra te fechar a boca. Queria ver se você parava com aquele ronco miserável. Daí, te vi bem de perto. Quase vomitei. Porra, nunca vi coisa mais nojenta. Essa pintura que você usa aí pra esconder a velhice estava saindo e ficava entre as rugas, que apareciam bem. Juro, juro por Deus, que nunca tinha visto nada mais desgraçado [...] Senti uma puta pena de mim. Um cara novo, boa pinta, que se veste legal, que tem um papo certinho, que agrada, preso a um bagulho antigo. Fiquei bronqueado. Porra, ainda tentei quebrar o galho. Pensei comigo: mas de corpo ainda é uma coisa que se pode aproveitar. E sem te acordar, tirei a coberta, tirei tua camisola, tirei tua calcinha e teu sutiã. As pelancas caíram pra todo lado. Puta coisa porca! Acho que até um cara que saísse de cana, depois de um cacetão de tempo, passava nesse lance. Pombas, que negócio ruim era você ali dormindo. Juro por Deus, nunca vi nada pior. Se não fosse o desgraçado do ronco de porca velha, eu tinha mandado te enterrar. Porra, e não se perdia nada. Me larguei. Não aguentava (MARCOS, 2003, p. 160).

Em paralelo à história principal, há a figura do Veludo – homossexual e camareiro do prostíbulo –, que também é vítima das agressões físicas e verbais de Vado e que realiza calorosas discussões com Neusa Sueli, em que cada um se vale das vulnerabilidades sociais dos outros para direcionar ofensas.

No que diz respeito à relação entre Veludo e Vado, nota-se que são empregados termos pelo gigolô para se referir ao funcionário do prostíbulo como “bichona”, “puto” e “veado de merda” – ou seja, ofensas e ameaças vinculadas à sua orientação sexual: “Confessa logo, bicha, senão vou botar pimenta no teu rabo” (MARCOS, 2003, p. 149). E tais atos violentos são praticados em razão do Veludo não compor a classe que está em posição de destaque na teia de opressão, como bem reconhece a personagem: “Socorro! Socorro! Monstro! Por que você não faz isso com um homem, seu nojento? Ai, esse tarado está me matando!” (MARCOS, 2003, p. 149).

Por isso, ciente dessa situação – isso é, da necessidade de Vado se autoafirmar como um homem heterossexual e opressor para, valendo-se dessas facetas, praticar atos discriminatórios em razão da sua posição social de privilégio na teia de opressão –, Veludo faz menção a ter uma suposta excitação nas agressões sofridas por Vado, o que faz com que ele se abstenha de agredi-lo para não ter sua (frágil) masculinidade corrompida, porque, em tese, tais ações estariam proporcionando prazer – e não dor – a um indivíduo homossexual:

Veludo – Vai, Neusinha Sueli, manda ele me dar uma tragada. Por favor, Sueli, manda. Eu não aguento mais./ Neusa Sueli – Acho melhor você se arrancar daqui./ Veludo – Seu Vado, deixa eu dar uma fumadinha só./ Vado – Sem-vergonha! Pensa que mulher manda em mim, bicha louca? Pensa que se essa vaca mandasse eu ia te dar o fumo?/ Veludo – Que homem bruto, meu Deus! Vado, deixa eu fumar!./ Vado – Ainda sou Seu Vado pra você. Perdeu o respeito, seu miserável?/ Veludo – Homem que me judia eu não chamo de senhor. É Vado, e olhe lá./ Vado – Tê dou uma porrada que você vê./ Veludo – Dá, então. (*Vado bate em Veludo.*)/Vado – Gostou?/ Veludo – Bate mais./ Vado – Nojento! Veludo – Bate, seu bobo, bate. (*Vado fica vencido, impotente.*)/ Veludo – Você viu, Neusa Sueli, como a gente lida com homem?/ Neusa Sueli – Cala a boca, bicha!/ [...] Veludo – Você viu como eu encabulei o homem, Neusa Sueli? Tadinho dele! Ficou sem jeito. Coitadinho! Vê a carinha do Vado, Neusa Sueli. Vai fazer um carinho pra ele. Ele está tristinho. Vai lá, bobona. Vai agradecer teu homem. Vai, Neusa Sueli [...] Pensei que era o homem deste galinheiro que cantava de galo. Entrei bem. Quem manda aqui é a galinha velha./ Neusa Sueli – Galinha velha é a tua mãe./ [...] (*Veludo sai, xingando. Neusa Sueli fecha a porta e depois fica parada, olhando Vado por longo tempo.*) Neusa Sueli – Porco! Nojento! Você pensa que não manjei a tua jogada com o Veludo?/ [...] Vado – Deixa de história. Vocês antigas vêem malícia em tudo./ Neusa Sueli – Só sei que você me embrulhou o estômago./ Vado – A vovó das putas todas é metida a família, é? (MARCOS, 2003, p. 154-159).

Ou seja, na cena em questão, a impotência de Vado em continuar a praticar atos discriminatórios deriva da afronta, perpetrada por Veludo, ao seu estereótipo de “macho

alfa”, que está automaticamente vinculado com a construção social associada ao gênero masculino. Afinal, caso Vado opte por prosseguir a proporcionar prazer a um homem homossexual – ainda que por agressões físicas –, contrariará as características que o qualificam como homem hétero perante a comunidade, isso é, alguém em posição de destaque na teia de opressão – ainda que seja pobre e viva à margem da burguesia.

Neusa Sueli também se dá conta que o poder exercido por Vado decorre do papel que exerce perante a coletividade – ser um homem hétero – e, por isso, para implorar por seu “amor”, ameaça de cortar seu falo com a navalha caso não vá para cama com ela (MARCOS, 2003, p. 167), o que lhe reduziria a uma condição supostamente aquém do que é ser homem perante a comunidade falocêntrica em que estamos inseridos.

Por outro lado, no que corresponde ao relacionamento entre Veludo e Neusa Sueli, verifica-se que suas ações são condicionadas, também, em função das suas identidades sociais e da discriminação que cada um dos dois sofre em razão dela. Assim, Veludo alega ser razoável Neusa Sueli ser vítima de violência doméstica – porque, em tese, gostaria de apanhar –, e a protagonista atribui ao camareiro homossexual a culpa por ter sido vítima de violência doméstica por parte de um homem heterossexual, inclusive proferindo-lhe ofensas homofóbicas. Veja-se:

Veludo – Se a Neusa Sueli gosta de apanhar, bate nela. Eu não gosto de coisas brutas, não sou tarado. (*Vado bate em Veludo.*) Ele está me batendo, Neusa Sueli./ [...] Vado – Você veio arrumar o quarto, pegou o dinheiro./ Neusa Sueli – E deu pro moleque do bar./ Veludo – Eu ia fazer uma coisa dessa? Não sou ladrão e não sou que nem você, que tem que dar dinheiro pra homem./ [...] (*Vado agarra Veludo pelos cabelos.*) Veludo – Ai, ai! Esse homem vai me deixar careca./ Neusa Sueli – Sabe que por sua causa eu levei um couro do Vado, seu sacana?/ Veludo – Bem feito! (*Neusa Sueli arranha o rosto de Veludo.*) Veludo – Ai, você me paga, sua porca! Você vai ver!/ Vado – Você não vai pegar ninguém./ Veludo – Ela é mulher. Com ela eu posso./ Vado – Que é que você fez do dinheiro? Fala!/ Veludo – Não peguei./ Neusa Sueli – É teimoso como uma mula. Vou te ajudar a lembrar. (*Apanha uma navalha na bolsa.*) Vou te arrancar os olhos! (*Aproxima a navalha do rosto de Veludo.*) (MARCOS, 2003, p. 147, 149 e 150).

Outra situação que evidencia esse contexto de discriminação entre oprimidos deriva da fala de Neusa Sueli que, logo após ter sido vítima de violência doméstica, por enxergar uma outra garota de programa como uma possível ameaça a seu relacionamento com Vado, ultraja-a por não cumprir com os rótulos socialmente impostos como adequados de acordo com uma concepção retrógrada e distorcida de gênero. Veja-se:

Abre o jogo de uma vez. O que é que eu te fiz? Já foram fazer alguma fofoca de mim pra você, é? Eu sei quem foi! Você fica entrando no papo daquela vadia lá do 102. Só pode ser ela quem te encheu a cabeça. Pensa que eu não sei? Ela dá em cima de tudo que é homem das outras. A perebenta não pode ver ninguém bem. Mas ela vai ver. Comigo não vai ter bafo. Corto a cara dela com gilete (MARCOS, 2003, p. 139).

Assim, constata-se a possibilidade de oprimidos se valerem das identidades sociais de outros oprimidos para praticarem atos discriminatórios para que possam tentar ocupar, ainda que de forma breve, o papel de opressor.

Todavia, isto apenas os aliena do contexto estrutural de violência que presenciam no seu cotidiano, em que homens héteros, brancos, cisgêneros e endinheirados figuram no topo da teia de opressão, em razão das supracitadas sobreposições de identidades sociais que, perante a sociedade, ocupam posição de destaque, haja vista a dificuldade de realizar uma “descentralização do pensar e do fazer a política para além do assento privilegiado e supostamente universal do homem branco, heterossexual, cis e endinheirado na história” (QUINALHA, 2015).

Entretanto, em contraste à luta entre oprimidos, observa-se que Vado defende a sua classe de opressores – homens héteros agressores –, dado que considera legítima a violência doméstica perpetrada por outro rapaz contra a sua respectiva esposa. Veja-se:

Neusa Sueli – [...] O cara foi lá e malhou a Mariazinha. A coitada até abortou de tanta porrada que levou. Depois, enquanto a desgraçada se danava no hospital, o sacana ia na leve com a grana da cadela do 102. Também, a Mariazinha é uma trouxa. Saiu do hospital e aceitou o miserável do homem dela de volta./ [...] Vado – Não manjo esse cara da Mariazinha. Mas ele está por dentro [...] Mas ele que pode. Está certo, sim. A mina é gamada, leva no macio. Fez ela pagar o esquentamento da outra (MARCOS, 2003, p. 140-141).

Por fim, outro fator relevante para fins da presente análise é que Neusa Sueli reconhece sua situação de marginalização, mas também compreende suas vulnerabilidades e as considera como fatores intransponíveis e que, por isso, estar-se-ia presa a uma realidade de sofrimento. E é justamente isso que a leva a formular uma das questões mais tristes de toda a obra, isto é, se é de fato gente:

Neusa Sueli – (*No chão, apanhando os objetos espalhados.*) Pára com isso! Pára! Por favor, pára! Poxa, será que você não se manca? Será que você não é capaz de lembrar que venho da zona cansada pra chuchu? Ainda mais hoje. Hoje foi um dia de lascar. Andei pra baixo e pra cima, mais de mil vezes. Só peguei um trouxa na noite inteira. Um miserável que parecia um porco. Pesava mais de

mil quilos. Contou toda a história da puta da vida dele, da puta da mulher dele, da puta da filha dele, da puta que o pariu. Tudo gente muito bem instalada na puta da vida. O desgraçado ficou em cima de mim mais de duas horas. Bufou, bufou, babou, babou, bufou mais pra pagar, reclamou pacas. Desgraçado, filho-da-puta. É isso que acaba com a gente.... Isso que cansa a gente. A gente só quer chegar em casa, encontrar o homem da gente de cara legal, tirar aquele sarro e se apagar, pra desforrar de toda a sacanagem do mundo de merda que está aí. Resultado: você está de sacó cheio por qualquer coisinha, então apronta. Bate na gente, goza a minha cara e na hora do bem-bom, sai fora. Poxa, isso arreia qualquer uma. Às vezes, chego a pensar: Poxa, será que sou gente? Será que eu, você, o Veludo, somos gente? Chego até a duvidar. Duvido que gente de verdade viva assim, um aporrinhando o outro, um se servindo do outro. Isso não pode ser coisa direita. Isso é uma bosta. Uma bosta! Um monte de bosta! Fedida! Fedida! Fedida! (MARCOS, 2003, p. 164).

No que tange ao supracitado questionamento, o próprio crítico teatral Anatol Rosenfeld suscita que se trata de uma nítida evidência de que Neusa Sueli reconhece os processos sociais sobre os quais ela e os demais personagens da trama estão submetidos, ou seja, um fenômeno que reduz o ser vivo “em simples coisa e objeto, sem respeitar a sua condição humana de sujeito livre” (ROSENFELD, 1993, p.147).

Entretanto, essa ciência ultrapassa a pessoa da protagonista, alcançando, por exemplo, a esfera de conhecimento de Vado, que acaba por utilizar essa informação como mais um mecanismo de poder e opressão na relação entre ele e Neusa Sueli. Tanto é assim que, após o relato da história da Mariazinha, há o seguinte diálogo entre os dois:

Neusa Sueli – Maria é uma boba. Comigo não tem disso./ Vado – Quer ver eu te aprontar uma dessas e você me aguentar? Duvida? Te faço uma pior e tu me engole. Se duvida, diz. Te apronto uma que não vai ser mole pra ti. Se duvida, te mostro./ Neusa Sueli – Você não tem coragem./ Vado – Não? Já existe penicilina, boboca! Me limpo fácil. Agora, você se estrepa. Pega fama de perebenta, tá lascada. Ninguém mais vai querer. Nem o cara mais jogado às traças (MARCOS, 2003, p. 141).

Contudo, no final da peça, esta situação é salientada até atingir seu ápice, dado que, apesar de todos os abusos sofridos ao longo da dramaturgia inteira, Neusa Sueli implora ao seu agressor – que lhe acabara de tomar o faturamento do dia – para que volte para amá-la: “Vado!... Vado!... Você vai voltar?... Você vai voltar?” (MARCOS, 2003, p. 169). Todavia, é deixada sozinha e se senta em sua cama para contemplar o seu abismo existencial, para que – provavelmente – pergunte-se, novamente, se é bicho ou gente.

Para uma melhor elucidação da cena final, faz-se necessário transcrever as palavras do diretor Fauzi Arap, sobre a sua montagem da obra *Navalha na Carne*:

No final, coloquei uma gravação de Clementina de Jesus. Quando Neusa Sueli pegava o sanduíche de mortadela e levava à boca, marca criada por Jairo Arco e Flexa na montagem paulista, Tônia [Carrero, nome da atriz que interpretava Neusa Sueli] congelava o gesto e eu tirava o som. E naquele silêncio, a imagem fixa, a luz se apagava (*apud*. MENDES, 2009, p. 168).

E, infelizmente, a vivência de Neusa Sueli é a de muitas outras mulheres no Brasil e no mundo, dado que atesta não só uma realidade de violência doméstica, como um embate de valores que visam à perpetuação do contexto de opressão em razão das características identitárias dos indivíduos – gênero, raça, orientação sexual, condição financeira, etc.

Assim, partindo-se da supracitada análise da obra, expor-se-á a teoria da interseccionalidade, haja vista a relevância do estudo das consequências da sobreposição de identidades sociais na relação entre os indivíduos e as violências por eles sofridas, seja no âmbito fictício ou no plano real.

3. A TEORIA DA INTERSECCIONALIDADE

Em síntese, a teoria da interseccionalidade é um importante dispositivo de análise e interpretação social que reconhece que diferentes aspectos da identidade pessoal – raça, sexo, classe, idade, religião, identidade sexual, condições de saúde, por exemplo – são fatores que muitas vezes convergem no mesmo indivíduo e potencializam discriminações, opressões e exclusões sofridas.

Kimberlé Crenshaw, estudiosa norte-americana e professora titular das universidades estado-unidenses UCLA e Columbia Law School, é uma das principais acadêmicas desta corrente de análise. Em diversas publicações de sua autoria, Kimberlé Crenshaw afirma que é imperativo o entendimento das necessidades das mulheres – e demais grupos socialmente marginalizados – levando em conta as suas particularidades, cada vez mais aprofundadas, para o desenvolvimento de uma igualdade plena.

Com objetivo de propor a discussão de forma acadêmica, Crenshaw, em 1989, publicou o texto *“Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”*, no qual apresenta

a importância das somas das categorias pessoais para a análise do contexto social de um determinado indivíduo.

Logo no início do citado texto, em tradução livre, Crenshaw explana:

Eu quero sugerir ainda que esta estrutura de eixo único apaga as mulheres negras na conceituação, identificação e remediação da discriminação racial e sexual, limitando a investigação às experiências de outros membros privilegiados do grupo. Em outras palavras, em casos de discriminação racial, a discriminação tende a ser vista em termos de negros com privilégios de sexo ou classe; em casos de discriminação sexual, o foco está na raça e mulheres com privilégios de classe. Este foco nos membros mais privilegiados do grupo marginaliza aqueles que estão sobrecarregados e obscurecem reivindicações que não podem ser entendidas como resultante de fontes discretas de discriminação. Eu sugiro ainda que este foco em membros de outros grupos privilegiados cria uma análise distorcida de racismo e sexismo porque as concepções operacionais de raça e sexo tornam-se baseadas em experiências que, na verdade, representam apenas um subconjunto de um fenômeno muito mais complexo (CRENSHAW, 1989, p. 140).

Além disso, Crenshaw expõe também que seria insuficiente colocar as mulheres negras em categorias já existentes de análise, isto porque as exclusões e opressões por elas sofridas não haviam ainda sido narradas e estariam além das divisões sociais já existentes.

Soma-se à discussão, o debate trazido por Gabriela Kyrillos (2017), acadêmica que apontou que a sobreposição das identidades, como propõe a teoria interseccional, ocorria antes mesmo da formação desta corrente de análise:

Mesmo no campo acadêmico é preciso destacar que discussões que articulavam gênero e raça foram predecessoras fundamentais para a construção do próprio conceito de interseccionalidade. Importante destacar que tais debates levado a cabo por militantes do feminismo negro também se fez presente no Brasil, como é possível identificar, por exemplo, nos textos de Sueli Carneiro (1995; 2003)² e de Lélia Gonzalez (1984)³ (KYRILLOS, 2017, p. 3).

Continuando no mesmo texto, Gabriela Kyrillos apresenta, mais tarde, uma discussão formada pelas acadêmicas Patricia Hill Collins e Sirma Bilge⁴ sobre a legitimação

² As citações se referem às produções da Sueli Carneiro: “Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero”, de 2003; e “Mulheres em Movimento”, de 1995.

³ O texto descrito é o “Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira”, de 1984, da intelectual e ativista Lélia Gonzales. Lélia foi pioneira nas discussões de gênero e raça no Brasil; além disso propôs a importância da concepção latino-americana nestas discussões.

⁴ Esta menção diz respeito à produção “Intersectionality”, das autoras Patricia Hill Collins e Sirma Bilge,

e força que o termo “interseccionalidade” ganhou apenas após a validação da academia, ainda que tais questões já tivessem sido objeto de estudo. Apesar disto, é inegável a contribuição de Kimberle Crenshaw na consolidação desta corrente.

A acadêmica Camila Simões Rosa, em sua tese de doutorado, também contribuiu com a temática em voga:

A interseccionalidade sugere que nem sempre se lida com grupos distintos de pessoas e sim com grupos sobrepostos. Desta forma, a denúncia é que as subordinações interseccionais não estão sendo analisadas nas discussões de gênero nem nas de raça, e quando problemas são categorizados como manifestações da subordinação de gênero de mulheres ou da subordinação racial de determinados grupos, trazem como consequência um duplo problema de superinclusão e de subinclusão (ROSA, 2018, p. 58).

Camila Rosa, então, propõe-se a apresentar estes conceitos de “superinclusão” e “subinclusão” designados por Crenshaw, como a seguir:

Superinclusão, neste caso, seria partir do pressuposto de que todos os problemas seriam de mulheres: “a superinclusão ocorre na medida em que os aspectos que o tornam um problema interseccional são absorvidos pela estrutura de gênero, sem qualquer tentativa de reconhecer o papel que o racismo ou alguma outra forma de discriminação possa ter exercido em tal circunstância” (CRENSHAW, 2002, p. 174).⁵ [...] Já a subinclusão é quando um grupo específico de mulheres subordinadas enfrenta um problema por serem mulheres, mas isto não é considerado como um problema de gênero por não atingir às mulheres do grupo dominante. “Em resumo, nas abordagens subinclusivas da discriminação, a diferença torna invisível um conjunto de problemas; enquanto que, em abordagens superinclusivas, a própria diferença é invisível” (idem, 2002, p. 176)⁶ (ROSA, 2018, p. 54).

Dito isto, mostra-se evidente o papel da análise pela via da intersecção. Até porque é com a utilização deste método de estudo e compreensão das realidades individuais que se apresenta a possibilidade de uma leitura capaz de elucidar as subordinações e exclusões sociais de maneira extensa e necessária.

No mesmo sentido, Helena Hirata, no trabalho “Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais”, a respeito do tema, sintetiza:

de 2016.

⁵ A produção é “A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero”, de 2002, da Kimberlé Crenshaw.

⁶ Mesma produção acima mencionada.

A interseccionalidade é vista como uma das formas de combater as opressões múltiplas e imbricadas, e, portanto, como um instrumento de luta política. É nesse sentido que Patricia Hill Collins (2014)⁷ considera a interseccionalidade ao mesmo tempo um “projeto de conhecimento” e uma arma política. Ela diz respeito às “condições sociais de produção de conhecimentos” e à questão da justiça social (*Idem, ibidem*). Essa ideia é concretizada por Danièle Kergoat (2012, p. 20)⁸ quando afirma a “necessidade de pensar conjuntamente as dominações” a fim de, justamente, não contribuir para sua reprodução (HIRATA, 2014, p. 69).

Por este motivo, demonstra-se pertinente e necessário relacionar esta teoria com a obra *Navalha na Carne*, compreendendo-se, assim, a obra e os seus personagens com as suas especificidades. Afinal, por meio desta, viabiliza-se a denúncia da realidade marginal brasileira através de uma análise dramaturgica que se vale de dispositivos sociais e de ciências criminais, de forma a tornar os personagens símbolos importantes de algumas identidades brasileiras oprimidas, excluídas e discriminadas.

4. ANÁLISE INTERSECCIONAL DO CONTEXTO DE OPRESSÃO E VULNERABILIDADE NA OBRA *NAVALHA NA CARNE*

Como exposto no segundo tópico deste trabalho, a obra *Navalha na Carne*, de Plínio Marcos, é uma dramaturgia ambientada num quarto de hotel de subúrbio e possui três personagens: um gigolô, uma prostituta e um funcionário homossexual. Por este motivo, para a execução de uma análise social que a obra é capaz de nos conceder, alguns dados são importantes.

Atualmente, segundo dados da PNAD Contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) 2019, o número de mulheres no Brasil é superior ao de homens. A população brasileira é composta por 48,2% de homens e 51,8% de mulheres. A personagem “Neusa” representante desta parcela da população – neste momento ainda dividida em apenas uma esfera: gênero – poderia compor, naturalmente, as seguintes estatísticas brasileiras: em 2019, a cada 2 minutos, 1 agressão física foi computada, totalizando 266.310 registros de lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica; acontece 1 estupro a cada 8 minutos no Brasil, sendo 85,7% das vítimas do

⁷ Em “Intersectionality: a knowledge project for a decolonizing world?” de 2014.

⁸ No trabalho “*Se battre, disent-elles...*”, Paris, La Dispute, de 2012.

sexo feminino. No mesmo ano, 1.326 mulheres foram vítimas de feminicídio, sendo 89,9% delas mortas pelo companheiro ou ex-companheiro – informações do Atlas da Violência de 2020 e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, ambos os documentos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

No entanto, levando em consideração a teoria da interseccionalidade descrita no tópico anterior, fica evidente a incompletude de uma análise a partir exclusivamente do gênero. Assim, é imperativo o acúmulo de mais especificidades desta personagem para que haja uma leitura mais fiel sobre quem de fato poderia ser Neusa Sueli no Brasil atual.

De acordo com o mesmo “Atlas” acima citado, e admitindo a análise dramatúrgica de que Neusa Sueli, apesar de não expostamente descrita, é uma mulher negra, reúne-se esta lamentável estatística:

Embora o número de homicídios femininos tenha apresentado redução de 8,4% entre 2017 e 2018, se verificarmos o cenário da última década, veremos que a situação melhorou apenas para as mulheres não negras, acentuando-se ainda mais a desigualdade racial. Se, entre 2017 e 2018, houve uma queda de 12,3% nos homicídios de mulheres não negras, entre as mulheres negras essa redução foi de 7,2%. Analisando-se o período entre 2008 e 2018, essa diferença fica ainda mais evidente: enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras caiu 11,7%, a taxa entre as mulheres negras aumentou 12,4%.

O objetivo deste paralelo entre a realidade atual com base em estatísticas e a ficção “Navalha na Carne” é entendermos as possibilidades negativas da vida de uma mulher negra e brasileira, como Neusa. A pesquisadora e feminista Djamila Ribeiro, em seu livro “Quem tem medo do Feminismo Negro?” (2018), reflete além das questões estatísticas de violências sofridas por Neusas Brasil adentro:

A questão do silêncio também pode ser estendida a um silêncio epistemológico e de prática política dentro do movimento feminista. O silêncio em relação à realidade das mulheres negras não as coloca como sujeitos políticos. Um silêncio que, por exemplo, fez com que nos últimos dez anos o número de assassinatos de mulheres negras tenha aumentado quase 55%, enquanto o de mulheres brancas caiu em 10%, segundo o Mapa da Violência de 2015. Falta um olhar étnico-racial para políticas de enfrentamento da violência contra a mulher. A combinação de opressões coloca a mulher negra num lugar no qual somente a interseccionalidade permite uma verdadeira prática, que não negue identidades em detrimentos de outras (RIBEIRO, 2018).

Em outro momento, no mesmo livro, Djamila escreve:

A sociedade é dividida. Como bem nos ensina Sueli Carneiro, o racismo cria uma hierarquia de gênero que coloca a mulher negra na situação de maior vul-

nerabilidade social. Logo, é preciso nomear essa realidade, porque não se pensa em uma solução para um problema nem sequer pronunciado. Existem várias possibilidades de ser mulher e, justamente porque ela foi universalizada tendo como base a mulher branca, é preciso dizer isso. Não se trata de competição, mas de fatos históricos, dados de pesquisa. Você quer destruir uma realidade impondo a sua como universal e ainda cobra formas de dialogar quando existe uma vasta bibliografia sobre o tema? Não sofremos de forma igual. A violência de gênero atinge todas as mulheres, mas atinge de forma mais grave aquelas que combinam mais de uma opressão (RIBEIRO, 2018).

Por estes motivos, o grande simbolismo e objetivo deste trabalho é trazer a Neusa Sueli não só para exemplificar estatísticas, mas também para ser um sujeito que ilustra a análise elaborada por Djamila. Afinal, Neusa “é” muitas mulheres e a dramaturgia nos oferece ferramentas e meios para o entendimento real dos indivíduos e do coletivo.

Além de Neusa Sueli, Navalha na Carne nos apresenta um outro personagem sujeito de exclusões e opressões diversas: Veludo, indivíduo homossexual e camareiro do prostíbulo onde acontece o enredo ficcional. Atualmente, uma das maiores dificuldades para a análise da população LGBTQIA+ é a desvantagem ocasionada pela carência de dados e indicadores que viabilize o estudo sobre este grupo.

Apesar disto, os mesmos documentos citados acima, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ofereceram estes dados: em 2019 houve aumento de 7,7% dos registros de agressão – sendo que, infelizmente, apenas 11 Unidades Federativas contabilizam os casos. Vale ressaltar, como já dito, este trecho do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020:

É evidente a baixíssima cobertura dos dados oficiais à qual se soma enquanto problema, a impossibilidade do cálculo de taxas dada a inexistência de contagem da população LGBTQIA+ por parte do IBGE, o que impossibilita comparações e acompanhamentos ponderados, isto é, mais refinados, da evolução da violência contra LGBTQIA+ no Brasil ao longo do tempo.

Como acima explicitado, “Neusas Suelis” e “Veludos” são importantes símbolos de grupos vulnerabilizados. Vulnerabilizados – e não vulneráveis – pois esta condição não é uma condição dos indivíduos, propriamente dita. Mas sim uma condição ocasionada pela situação real em que eles se encontram. A carência de políticas públicas, atenção social e empatia, resultados das superestruturas políticas e das estruturas econômicas, colocam-nos em situações de extrema opressão – para não dizer absoluta exclusão.

As demonstrações dos contextos sociais e individuais que os personagens do dramaturgo Plínio Marcos nos proporcionam são importantes à medida que se entende o poder da dramaturgia na retratação do mundo à nossa volta. Mulheres, membros da comunidade LGBTQIA+, negros, deficientes físicos, pessoas que exercem uma fé que não a dominante, entre outros grupos, sofrem em nossa realidade cis-heteronormativa.

Por fim, o personagem Vado nos representa essa opressão personificada. Longe aqui de demonstrar apenas a crueldade de um homem heterossexual. O objetivo, por óbvio, não é esse. A finalidade é a visão de um ser que apesar de ser, assim como os outros dois personagens, morador de subúrbio e pobre, representa, naquele contexto, a figura do opressor e violento.

A obra Navalha na Carne, além de tratar de uma mulher e dois homens marginalizados, rememora-nos a possibilidade de assumirmos funções sociais e pessoais diferentes quando estamos em contextos diferentes. Em outras palavras: Vado provavelmente é um homem “excluído” de possibilidades profissionais, do direito à saúde, à educação etc. Contudo, este mesmo indivíduo, por ser homem hétero, assume um papel dominante quando encontra indivíduos ainda mais excluídos em suas intersecções, para que, dessa forma, possa, ainda que de forma efêmera, sentir-se no papel de alguém que ocupa o topo da teia de opressão.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo relacionar a dramaturgia de Plínio Marcos, por meio da obra Navalha na Carne, com a teoria da interseccionalidade, consolidada pela acadêmica Kimberle Crenshaw, para que se pudesse ilustrar e denunciar o contexto de marginalização de determinados indivíduos na sociedade brasileira e mundial.

Apesar da incapacidade de se realizar o total esgotamento dos referidos debates no presente texto, por se tratarem de assuntos extensos e multifacetados, com o desenvolvimento da pesquisa pôde-se compreender a relevância da história do autor para a criação da ficção e, por consequência, a importância da ficção para a compreensão do contexto social brasileiro, haja vista a capacidade de identificação das personagens do

Vado, Neusa Sueli e Veludo com as histórias de opressão vivenciadas por diversos sujeitos na atualidade.

Afinal, tratam-se de representações importantes de indivíduos complexos e inacabados que, até os dias de hoje, não vivem, mas sobrevivem nos subúrbios brasileiros e vivenciam situações de opressões e discriminações capazes de influir nas relações pessoais, que são pautadas na violência e no abuso moral. Violências estas estruturais e capazes de demandar sacrifícios infindáveis por parte das vítimas e dos autores violentos. Isto porque as opressões e exclusões em contextos absolutamente vulneráveis não se parecem com pirâmides exatas, onde há claramente topos e bases, mas se assemelham sim com teias hiper dependentes.

E é a partir dessa lógica de interdependência e de acúmulo de fatores que se manifesta a relevância de uma análise a partir da teoria da interseccionalidade, dado que apresenta um método de análise social que demanda uma compreensão robusta e integralizada sobre diferentes aspectos das identidades pessoais, que, por vezes, são fatores que convergem no mesmo indivíduo e potencializam discriminações, opressões e exclusões sofridas. E isto é constatado e deve ser denunciado tanto no âmbito fictício, quanto no plano real.

REFERÊNCIAS

ABREU, Kil. Navalha na nossa carne? *Teatro Jornal*, Brasil, 28 set. 2018. Disponível em: <<https://teatrojornal.com.br/2019/01/o-corpo-negro-autonomeado-em-navalha-na-carne/>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

ANDRADE, Welington. O teatro da marginalidade e contracultura. In: FARIA, João Roberto (Dir.). *História do teatro brasileiro*. São Paulo: Perspectiva; Edições Sesc, 2013. p. 239-257. v. 2: Do modernismo às tendências contemporâneas.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 2 ed. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

CRENSHAW, Kimberlé. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. The University of Chicago Legal Forum. n. 140 p.139-167, 1989.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da Violência*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020.

HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça: Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 61-73, June 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702014000100005&lng=en&nrm=iso>.

KYRILLOS, G.M. Uma análise interseccional de gênero e etnia sobre as limitações na eficácia da convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) no Brasil. In: *13º Mundo de Mulheres e Fazendo Gênero*, 11, 2017.

MARCOS, Plínio. *O melhor teatro de Plínio Marcos*. São Paulo: Global, 2003.

MENDES, Oswaldo. *Bendito Maldito: uma biografia de Plínio Marcos*. São Paulo: Leya, 2009.

MICHALSKI, Yan. *Reflexões sobre o teatro brasileiro no século XX*. Rio de Janeiro: FUNARTE, 2005.

NAVALHA na carne. *Teatro da Universidade de São Paulo*, Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.usp.br/tusp/?portfolio=navalha-na-carne-negra>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

QUINALHA. Renan. “Lugares de fala” e a urgência da escuta. *Revista Cult*, Brasil, 10 nov. 2015. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/lugares-de-fala-e-urgencia-da-escuta/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ROSA, Camila Simões. *A Interseccionalidade e suas contribuições para a compreensão do encarceramento de mulheres negras*. 2018. Tese. Doutorado em Educação. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2018.

ROSENFELD, Anatol. Navalha na nossa carne. In: _____. *Primas do teatro*. São Paulo: EDUSP, São Paulo: Perspectiva; Campinas: EDUNICAMP, 1993, p.143-148.

SANCHES, Pedro A. Samba, rap e exclusão em SP. *Farofafá*, Brasil, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://farofafa.cartacapital.com.br/2012/08/23/samba-rap-e-exclusao-em-sp/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

SOARES, Maria F. B. *Porta-vozes do "Poeta Maldito": Gênero e Representação no teatro de Plínio Marcos*. 2010. Dissertação (Mestrado em Literatura). Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/ECAP-8EJM34/disserta__o____ltima_vers_o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 ago. 2018.

VELLEDA, Luciano. "Navalha na carne negra" é peça de resistência contra exploração histórica. *Rede Brasil Atual*, 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/entretenimento/2018/08/potente-navalha-na-carnenegra-e-uma-peca-de-resistencia>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ZANOTTO, Ilka Marinho. Prefácio. In: MARCOS, Plínio. *Melhor teatro*. São Paulo: Global, 2003.

Apresentação oral

**A CONSTRUÇÃO DO ESTEREÓTIPO DA MULHER CRIMINOSA:
DA CAÇA ÀS BRUXAS À INSTITUCIONALIZAÇÃO DE MULHERES
HISTÉRICAS NOS MANICÔMIOS DO SÉCULO XX**

*THE CONSTRUCTION OF THE STEREOTYPE OF CRIMINAL WOMAN:
FROM THE WITCH HUNT TO THE INSTITUTIONALIZATION OF
HISTORIC WOMEN IN THE MANICOMES OF THE 20TH CENTURY*

Larissa de Melo Itri

Pós-Graduanda em Criminologia pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e a
Escola Superior de Advocacia. Bacharela em Direito pela Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

E-mail: larissameloitri@gmail.com

Resumo: O que se observa nos últimos tempos é a instrumentalização do conceito de crime e a função da pena para punir e perseguir condutas que não se encaixam no padrão social vigente. A presente pesquisa teve por objetivo traçar um possível panorama sobre como foram construídos os fenômenos que levaram à perseguição e criminalização de milhares de mulheres no decorrer da história, assim como quais argumentos foram utilizados para atingir tais fins. Através de um levantamento bibliográfico, buscou-se entender quais estereótipos sofreram ataques, qual o contexto histórico a que estavam inseridos e quais as ferramentas de poder utilizadas para criminalizar essas condutas. Da figura da “bruxa” na Idade Média, à prostituta no Renascimento, à mulher operária na Revolução Industrial e à mulher histórica no século XX. Diante de uma perspectiva materialista histórica, buscou-se entender como esses estereótipos foram reciclados, reconstruídos e reaproveitados pelas agências de controle nos séculos seguintes. O que se observa é que todas tinham em comum um único fator: a sua inadequação ao papel de mãe-esposa-dona-de-casa.

Palavras-chave: Criminalização; Bruxas; Prostituta; Operárias; Históricas; Traficantes.

Abstract: What has been observed is the instrumentalization of the concept of crime and the function of the penalty and pursuing conduct that does not fit the social standard.

This research aimed to trace a possible panorama on how the phenomena that led to the persecution and criminalization of thousands of women throughout history were constructed, as well as what questions were used to reach these purpose. Through a bibliographic survey, we tried to understand which stereotype suffered attacks, what is the historical context in which they were inserted and what are the power tools used to criminalize these conducts. The figure of the “witch” in the Middle Ages, the prostitute in the Renaissance, the workwoman in the Industrial Revolution and the hysterical woman in the 20th century. Faced with a historical materialist perspective, we tried to understand how these stereotypes were recycled, rebuilt and re-approved by the control agencies of the coming years. What we observed is that they all had a single factor in common: their inadequacy in the role of mother-wife-housewife.

Keywords: witch hunt, criminalization, women, prostitutes, hysterical.

Sumário: Introdução. 1. Caça às Bruxas: Uma Tentativa de Domar Corpos Rebeldes. 2. A Prostituta como Desertora no Renascimento. 3. A Revolução Industrial e a Criminalização da Mulher no Espaço Público. 3.1. Os Efeitos da Revolução Industrial na Vida das Mulheres no Brasil Colônia. 4. O Século XX, a Ascensão dos Movimentos Eugénistas e a Institucionalização de Mulheres. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

A história que se é contada é a história dos homens, brancos, ricos e europeus. Embora as mulheres sempre tenham sido maioria no mundo e terem desempenhado papéis essenciais no convívio comunitário, suas histórias raramente são lembradas. O apagamento que sofrem se dá por inúmeros fatores: sua ausência na vida política, as barreiras ao seu assalariamento, o impedimento de contraírem posses ou propriedades e a privação à educação.

Reconstruir suas histórias e as histórias que levaram ao seu apagamento é urgente. Entender quem eram e por que foram apagadas ou perseguidas, é necessário para entendermos os processos que vivenciamos hoje. Partindo de uma perspectiva materialista histórica, este trabalho teve como objetivo entender quem foram as mulheres perseguidas desde o fenômeno da “Caça às Bruxas”, suas formas de punição e suas táticas de resistência.

Optamos pelo recorte histórico a partir da Idade Média por ser este o período socialmente conhecido como o maior feminicídio da história.

Continuamente abordamos o Renascimento, tendo como principal personagem a mulher prostituta. Tentamos entender o que ocasionou sua perseguição e seu crescente aprisionamento nas cidades emergentes. Neste momento procuramos entender, também, como o fenômeno das Grandes Navegações impactou na vida dessas mulheres.

No século XVIII, voltamos ao papel da mulher operária, sua inserção no mercado de trabalho e os mecanismos indiretos adotados para sua criminalização no espaço público.

Além disso, procuramos entender sobre como a Revolução Industrial teve influências no Brasil Colônia e seus recortes sobre a sociedade escravocrata brasileira, isto porque, enquanto na Europa dos séculos XVIII e XIX, as mulheres lutavam por sua entrada no mercado de trabalho, as brasileiras brancas se mantinham custodiadas em suas casas e as negras escravizadas continuavam obrigadas a trabalhar do seu primeiro ao último dia de vida.

Adotando, então, um recorte territorial latino-americano, procuramos entender sobre como os processos de emancipação das colônias e a chegada dos imigrantes influenciaram na vida das mulheres. O século XX e a ascensão dos movimentos eugenistas deram tons ainda mais violentos à perseguição, criminalização e institucionalização das mulheres, tentamos demonstrar como estes processos tiveram influências dos processos anteriores e se mantiveram uníssonos na tentativa de manter mulheres trancafiadas no espaço privado e, principalmente, ao padrão de mãe-esposa-dona-de-casa.

1. CAÇA ÀS BRUXAS: UMA TENTATIVA DE DOMAR CORPOS REBELDES

Que há de ser a mulher senão uma adversária da amizade, um castigo inevitável, um mal necessário, uma tentação natural, uma calamidade desejável, um perigo doméstico, um deleite nocivo, um mal da natureza, pintado de lindas cores! (KRAMER; SPRENGER, 2015, p. 691)

Heinrich Kramer e James Sprenger foram os responsáveis pela elaboração, em 1486, do que Zaffaroni considerou o primeiro discurso criminológico a que se tem conhecimento, o *Malleus Maleficarum* ou “O Martelo das Feiticeiras”, onde constavam

informações sobre a perversidade, a malícia, a fraqueza física e mental das mulheres, além das classes de homens que seriam imunes aos seus feitiços e as metodologias de reconhecimento de uma bruxa (MENDES, 2012, p. 22).

Nele, os autores elencaram quem eram as bruxas, como reconhecê-las, abordá-las e julgá-las. Segundo eles, as mulheres teriam um “defeito de fábrica” por porvir de uma costela curva do peito de um homem, o que, em contrapartida, demonstraria a retidão de caráter do gênero masculino.

E claro está que a primeira mulher tinha pouca fé; porque, quando a serpente lhe perguntou por que não comia de todas as frutas do Paraíso, ela respondeu: “Podemos comer do fruto das árvores do jardim mas... para que não morrais.” Demonstrando assim que duvidava e que pouca fé tinha na palavra de Deus. E tal é o que indica a etimologia da palavra que lhe designa o sexo, pois *Femina* vem de *Fe* e *Minus*, por ser a mulher sempre mais fraca em manter e em preservar a sua fé. E isso decorre de sua própria natureza; [...] Portanto, a mulher perversa é, por natureza, mais propensa a hesitar na sua fé e, conseqüentemente, mais propensa a abjurá-la – fenômeno que conforma a raiz da bruxaria. (KRAMER; SPRENGER, 2015, pp. 704-705)

Em um primeiro momento, é importante delimitarmos em qual contexto se deu esse fenômeno político, social e jurídico que ficou conhecido como a “Caça às Bruxas”. Apesar de as primeiras denúncias de “bruxaria” serem datadas do século XI, a perseguição atingiu seu ápice entre os séculos XII e XVI, momento em que a sociedade se encontrava custodiada em grandes propriedades rurais (feudos), submetida a uma economia autárquica tipicamente agrária, disposta em uma sociedade de ordens (estamental), descentralizada politicamente e teocentrista.

Essa sociedade foi fruto das inúmeras invasões que sofreram os países europeus após a queda do império romano no século IX. As invasões que sucederam criaram um clima de tensão, insegurança, medo e isolamento, fazendo com que os cidadãos que antes habitavam os centros comerciais procurassem refúgio nas colônias rurais dos grandes proprietários de terra. O medo era a regra na sociedade feudal.

Não obstante a fragmentação do poder político do monarca após a formação dos feudos, surgiu a necessidade de manter pelo menos uma instituição forte: a Igreja Católica. Ao mesmo tempo em que ganhava prestígio pela cristianização da população europeia, o clero recebia doações gigantescas de terras, sejam advindas das conquistas de novos reinos ou dos novos convertidos à fé cristã. Pouco a pouco, a Igreja foi se transformando na

maior proprietária de terras do período, aglutinando o maior poder econômico e político do sistema feudal.

Ocorre que o fator estamental das relações sociais e a acumulação de riquezas contribuíram para que a sociedade rapidamente se esvaísse em gigantesca miséria, tendo tido as mulheres como principal vetor desse processo de pauperização.

As mulheres mais velhas foram as mais afetadas, uma vez que a combinação entre a alta dos preços nos centros comerciais e a perda de seus direitos consuetudinários as deixou sem ter de onde tirar o sustento, ainda mais se fossem viúvas ou não tivessem filhos (FEDERICI, 2019, p. 50). Nesse sentido, escreve a autora:

Não surpreende que muitas das supostas bruxas fossem mulheres pobres, que sobreviviam pedindo esmola de porta em porta ou viviam dos “impostos para pobres”, como foi chamado o primeiro sistema de bem-estar social introduzido na Inglaterra. Até mesmo os crimes imputados a elas demonstravam que faziam parte de uma população camponesa que não tinha acesso à terra nem a direitos consuetudinários e seria de esperar que se ressentissem das posses da vizinhança.

Além disso, a sociedade à época apresentava uma tendência excepcionalmente misógina e, com isso, as acusações de bruxaria aumentavam possivelmente porque, como levanta Russel e Alexander (2019, p. 143), as mudanças demográficas produziram um número incomum de mulheres sozinhas, as quais sendo isoladas, infelizes, empobrecidas e ressentidas se tornavam alvos fáceis para as acusações.

Em uma sociedade tomada pela religião dualista, em que questões de magia e heresia eram levadas a sério, pragas e feitiços formavam outra categoria óbvia de reação. Uma vez associado esse gênero de crime à mulher solitária, ninguém ficaria livre de suspeitas nessa condição. “Um semblante zangado poderia ser interpretado como um olhar maléfico; uma imprecação furiosa, como uma praga; um resmungo, como uma invocação de poderes diabólicos”. (*idem*)

Nesse contexto, o *Malleus* rapidamente se tornou um dos mais influentes livros daquele período, esmagando a tradição moderada que dominava a Igreja Católica até então (RUSSEL; ALEXANDER, 2019, p. 102). Segundo ele, os quatro principais pontos da bruxaria se condensavam na (1) renúncia à fé católica, (2) a devoção integral ao serviço

do Mal, (3) o sacrifício de crianças não batizadas e (4) a prática de orgias que incluíam relações sexuais com o Diabo.

Ele se baseava em alguns núcleos essenciais: existia um Mal que ameaçava destruir a humanidade e, portanto, deveria ser combatido porque não tinha escrúpulos para destruir o Bem; os piores inimigos eram aqueles que deslegitimavam a existência desse Mal e o poder punitivo da Igreja; o Mal era resultado de uma vontade humana – daí a ideia do contrato com Satã – mas que essa vontade era viciada às pessoas biologicamente inferiores; aqueles que combatiam o Mal eram imunes a ele.

Nesse sentido, o processo de pauperização e exclusão social das mulheres, condensado com a necessidade da Igreja Católica em encontrar um inimigo comum, contribuiu para o fenômeno que hoje conhecemos como a “Caça às Bruxas”.

O *Malleus Maleficarum* possibilitou uma padronização de condutas e, por conseguinte, uma padronização nas acusações de bruxaria, o que produziu uma dramática mudança nos poderes atribuídos ao Diabo. Antes, como menciona Russel e Alexander (2019, p. 99), a bruxa desfrutava de uma quase igualdade contratual com o “Senhor das Trevas”, mais adiante ela passou a ser frequentemente resgatada dos efeitos de sua loucura pela intervenção do poder divino, contudo, essa intervenção lhe custava sua alma.

Tal disposição argumentativa passou a justificar os suplícios e os assassinatos dessas mulheres em prol do bem delas, assim como para o de Deus e da Sociedade.

Aqui ganhou força também o papel sexual do Diabo como a entidade sedutora da mulher de pouca fé. Se, antigamente, o agente corruptor detinha pouco poder e bastava que borrifassem água benta professando algumas palavras santas contra ele, nesse momento histórico, ele havia se transformado em um especialista em lógica.

A “Caça às Bruxas” inverteu a relação de poder que antes era professada pela Igreja Católica. Agora, a mulher era criada e escrava de corpo e alma, enquanto o Diabo era, ao mesmo tempo, dono e senhor, cafetão e marido, santificando de uma vez a supremacia masculina, retratando então as mulheres como subservientes a um homem.

Tal disposição fazia com que a punição da mulher fosse entendida como inferior perante os juristas, em razão da submissão feminina ao corruptor, contudo, perante os

inquisidores a punibilidade da bruxa deveria ser arguida segundo seu grau de periculosidade à sociedade. Nesse sentido, Zaffaroni explica (2013, p. 30):

E como a mulher era inferior, era menos inteligente que o homem, devia ser menos culpável e, por conseguinte, merecer pena menor. Os juristas as consideravam como meninas, em permanente estado de imaturidade. No entanto, os inquisidores não se atinham à culpa, e sim ao grau de perigo que as bruxas e Satã representavam, que colocava em risco a humanidade. Para os demonólogos havia uma emergência gravíssima e nada devia obstaculizar a repressão preventiva. Aqui surgiu uma questão que até hoje não foi solucionada: a pena se fixa pela culpa ou pela periculosidade? Os penalistas continuam discutindo a incoerência com paliativos, enquanto os juízes decidem o que lhes parece.

A punição das bruxas era sempre aplicada com a morte haja vista que “não existia vida sem alma e sua alma já havia sido corrompida” (KRAMER; SPRENGER, 2015, p. 3002). Nesse momento, é importante dizer que à época existiam os tribunais eclesiásticos (“Tribunal da Inquisição”) e os civis. Sendo o primeiro responsável pelo julgamento dos crimes de heresia e o segundo pelos demais.¹

Como mencionado pelo *Malleus Maleficarum*, uma bruxa comete o crime de heresia quando “joga ao lodo o Corpo de Cristo para satisfazer os desejos do Diabo em virtude do pacto com ele firmado” (*idem*, p. 2279). Contudo, os arquivos a que se tem acesso demonstram que quase em sua totalidade as bruxas foram julgadas pelo crime de heresia consubstanciado com outros crimes contra a propriedade ou a vida.

Assim como atualmente, ao reprimir essas mulheres “rebeldes”, as classes dominantes reprimiam de forma ainda mais eficaz as classes baixas como um todo, pois se utilizavam da instigação aos homens expropriados, empobrecidos e criminalizados a culpar as bruxas por toda a desgraça que sofriam. Todos os medos profundamente arraigados que os homens nutriam em relação às mulheres (principalmente devido à propaganda misógina da Igreja) foram mobilizados nesse contexto. (FEDERICI, 2019)

Conforme observa Federici (2017, p. 341), as mulheres não foram só acusadas de tornar os homens impotentes, mas também tiveram sua sexualidade transformada num objeto de temor, “uma força perigosa, demoníaca, pois se ensinava aos homens que

¹ Há uma discussão entre os historiadores do período sobre a importância econômica da Caça às Bruxas. Federici (2017, p. 302) argumenta que os bens confiscados das acusadas de bruxaria eram irrisórios perto dos bens trazidos da América à época da colonização. Deslegitimando, portanto, o argumento da importância econômica da perseguição naquele período.

uma bruxa poderia escravizá-los e acorrentá-los segundo sua vontade”. A paixão sexual proliferada pelas bruxas destruía não somente a autoridade masculina, mas também a capacidade de um homem governar a si mesmo.

Para que as mulheres não arruinassem o “reino dos homens”, era necessário que essa sexualidade fosse “exorcizada”. Nesse sentido, amarra Federici (2017, pp. 349-350) dizendo que a “Caça às Bruxas” não só condenou a sexualidade feminina como fonte de todo o mal, mas também representou o principal veículo para levar a cabo uma ampla reestruturação da vida sexual, que, ajustada à nova disciplina capitalista do trabalho, criminalizava qualquer atividade sexual que ameaçasse a procriação e a transmissão da propriedade dentro da família ou que diminuíssem o tempo e a energia disponíveis para o trabalho.

2. A PROSTITUTA COMO DESERTORA NO RENASCIMENTO

Ainda que o fenômeno da “Caça às Bruxas” tenha seus resquícios no Renascimento, a personagem em foco neste período é a mulher prostituta, isto porque no final do século XVI, o mundo ocidental estava dividido entre católicos e protestantes – estes nas suas mais variadas vertentes –, sendo o sexo e a sexualidade um dos enfoques fundamentais da Reforma Protestante.

Inicialmente, os Protestantes acreditavam que a Igreja Católica havia se tornado corrupta e mundana durante a perseguição às bruxas, que ela havia se afastado da palavra divina e, por conta disso, era necessária uma reforma não só nas esferas religiosas, mas em todas as esferas civis.

Dabhoiwala (2013, p. 31) escreve que os primeiros protestantes julgavam as atitudes da Igreja Católica em relação à moralidade sexual como “patéticas, frouxas e desonestas”. Os padres eram considerados “parasitas libidinosos”, uma vez que não respeitavam o celibato clerical e os tribunais eclesiásticos não eram rígidos o suficiente para perseguir os infratores sexuais e punir seus pecados.

Ocorre que, com o avanço da Reforma Protestante e, por conseguinte, da sua “reforma moral”, as autoridades dos países europeus buscaram mecanismos para engendrar

uma disciplina social mais rígida que a anteriormente difundida nos feudos medievais. Nesse sentido, escreve Federici (2017, p. 162):

Quanto ao período de “transição”, este continuou sendo, na Europa, um período de intenso conflito social, preparando terreno para uma série de iniciativas estatais que, a julgar por seus efeitos, tiveram três objetivos principais: i) criar uma força de trabalho mais disciplinada; ii) dispersar os protestos sociais; e iii) fixar os trabalhadores nos trabalhos que lhes haviam sido impostos.

Para Foucault (2019, p. 19), essa época “seria o início de uma época de repressão própria das sociedades chamadas burguesas, e da qual talvez ainda não estivéssemos completamente liberados”. Isto porque nesse período a vigilância e a fiscalização da sexualidade foi transferida para a esfera individual, ou seja, não era mais o Estado o responsável por investigar e punir os desertores da sexualidade, mas sim a sociedade civil.

Nesse sentido, expõe o autor (*idem*, pp. 27-28):

O sexo se torna questão de ‘polícia’. Mas no sentido pleno e forte que se atribuíra então a essa palavra — não como repressão da desordem e sim como majoração ordenada das forças coletivas e individuais: ‘Fortalecer e aumentar, pela sabedoria dos seus regulamentos, a potência interior do Estado e, como essa potência consiste não somente na República em geral, e em cada um dos membros que a compõem, mas ainda nas faculdades e talentos de todos aqueles que lhe pertencem, segue-se que a polícia deve ocupar-se inteiramente desses meios e fazê-los servir à felicidade pública’.

Da mesma forma que ocorreu com as condenações de bruxaria, tanto religiosos como intelectuais da época cooperavam insistentemente — para não dizer obsessivamente — com a caça aos desertores sexuais, os quais em sua maioria eram as mulheres prostitutas. Aqui, também, a imprensa foi utilizada para identificar e humilhar as meretrizes pelas cidades.

Essa nova campanha contra a incastidade concentrava-se principalmente nas prostitutas de rua, porque na visão dos protestantes, conforme expõe Dabhoiwala (2013, p. 94), “o vício quando é particular e recolhido, não é acompanhado destas circunstâncias provocativas, como quando é ostentado nas ruas, e em seus mercados, e faz afronta a Deus e à religião exposto em plena luz do dia”.

O curioso é que durante esse período, ainda com a intensa perseguição às prostitutas, houve um aumento de mulheres entregues à profissão e tal fenômeno se deu em razão dos efeitos advindos da revolução comercial que percorria a Europa. Os preços crescentes

arruinaram as economias dos pequenos fazendeiros e enriqueceram os novos burgueses. É nesse interim que ocorre o colapso do salário das mulheres que tinham o privilégio de trabalhar fora do ambiente doméstico.

Se, no século XIV, elas recebiam a metade da remuneração que um homem na mesma função recebia, no século XVI, elas passam a receber um terço desse salário e não conseguiam mais se sustentar (FEDERICI, 2017, p. 151).

No mais, conforme o trazido por Melissa Hope Ditmore (2006, v. 1, p. 387), historicamente, haviam duas ocupações “respeitáveis” às mulheres da época: como empregadas domésticas ou casadas. Entretanto, além dos salários baixos, as empregadas domésticas sofriam todo tipo de assédio sexual e até mesmo estupros de seus empregadores, o que as remetia à prostituição que, apesar de ilegal à época, oferecia bons salários e lhes garantia o “consentimento” do ato sexual.

Logo a prostituição se tornou a principal forma de subsistência para grande parte da população feminina e, portanto, os reformadores precisaram encontrar novos meios para conter a sua disseminação.

Até então o policiamento das infrações sexuais estava baseado no princípio da autorregulação comunitária. Os cargos de vigia e agentes de polícia eram ocupados em caráter rotativo pelos cidadãos que entre si eram coletivamente responsáveis por manter a ordem social (DABHOIWALA, 2013, p. 98).

Os governos começaram a oferecer recompensas para quem delatasse prostitutas e bordeis clandestinos, o que gerou um fenômeno de monetização da “caça às prostitutas”. Conforme traz Dabhoiwala (2013, p. 99),

mesmo os ‘comissários’ locais da sociedade recebiam uma comissão para cada subscritor que conseguiam. ‘Já que o processo da nossa lei não é pouco dispendioso’, explicou o principal propagandista da campanha com um floreio ciceroniano, ‘deve-se admitir que é do dinheiro que vem a força desta guerra’.

Além disso, em razão dos diversos conflitos que ocorriam na Europa, houve um surto de sífilis no período, cujo principal vetor, conforme acreditavam os médicos época, eram as prostitutas, uma vez que ainda não haviam outras teorias sobre o contágio. Acreditava-se, então, que o corpo dos soldados se enfraquecia com o coito, o que o tornava mais sensível ao ar expelido pelas meretrizes que teriam a doença (SOUZA, 1996, p. 184).

Consideravam até que a doença era um castigo divino porque era causado pelo sexo extraconjugal. Em sua Enciclopédia do Conhecimento Sexual, Ubiratan Rosa (1970, v. 2, p. 70), escreve que

quando os sífilicos, já semimortos e roídos pela doença, procuravam um hospital, recebiam primeiro uma boa sova como castigo por seus atentados contra a castidade! Em seguida eram admoestados com um sermão adrede preparado, em que se descrevia o inferno no qual haveriam de arder eternamente.

Assim os bordeis que não foram fechados pelos reformadores, foram fechados pela vigilância sanitária, o que levou com que as mulheres que tiravam seu sustento daqueles locais se recorressem aos becos e vielas das cidades para exercer sua profissão clandestinamente.

Criou-se, então, para os reformadores, o que seria a esfera perfeita de perseguição e punição das prostitutas. Entretanto, no final do século XVI, as políticas criminais adotadas pelos países protestantes já não agradavam seus seguidores, isto porque consideravam suas práticas demasiadamente injustas. Ditmore (2016, v. 1, p. 387) escreve que as mulheres pobres daquela época eram punidas por vários comportamentos que seriam considerados inocentes se praticados por outras classes sociais, como, por exemplo, deixar os cotovelos a mostra.

Marca Dabhoiwala (2013, pp. 105-106) que era evidente que só os pobres eram punidos por suas transgressões sexuais, enquanto os ricos escapavam à punição.

A prostituição e práticas semelhantes, reconhece um membro do clero em 1697, eram patentemente 'não só os atos imorais de criados, mas de patrões; não só de pessoas mais reles, mas de vossos iguais e superiores'. Em princípio, além do mais, todos eram igualmente culpáveis. [...] Mesmo assim, advertia ele aos reformistas, 'onde seria provável causar mais um dano do que um bem acho que vos podeis abster [...] às vezes a melhor reprimenda que pode ser feita a alguns grandes homens e superiores é fazê-los ver qual é o castigo justo e merecido de suas próprias faltas, por meio da punição de inferiores pelas mesmas coisas de que eles próprios se sabem culpados.'

Portanto, crescia a ideia de que era insensata e injusta a perseguição às classes mais pobres enquanto a nobreza reproduzia todos os atos criminalizados, sendo ela que daria o mau exemplo e seria a verdadeira causa da degeneração da sociedade renascentista (*idem*).

Diante da constante exposição dos costumes sexuais da nobreza e dos casos de corrupção envolvendo os reformadores, as classes mais pobres começaram a se revoltar

contra a política criminal imposta. Mesmos os defensores ferrenhos desse policiamento sexual estavam cada vez mais desiludidos com os métodos de punição e preocupados com os escândalos de corrupção das suas companhias.

A consequência disso é que, conforme expõe Dabhoiwala (2013, p. 111), “muitos críticos já não viam mais muita distinção moral entre as prostitutas e aqueles que as policiavam”. Intensificaram-se as resistências populares às prisões de prostitutas de rua e o debate sobre a sua criminalização. O autor retoma um discurso utilizado por um lorde inglês juiz-chefe, sir John Holt, para defender uma prostituta que estava sendo processada em seu tribunal:

“não deve uma mulher, embora seja lasciva, ter a liberdade de andar tranquilamente pelas ruas? [...] O quê?! Não deve uma mulher da cidade andar nas ruas da cidade? [...] Ora, uma mulher leviana tem direito à liberdade de andar pelas ruas assim como qualquer outra.” Era inadmissível que “a liberdade do sujeito dependa da boa opinião do agente de polícia”; prender uma mulher “por mera suspeita de que ela era lasciva [...] isso não é contra a Carta Magna?”.

É aqui então que a perseguição aos delitos sexuais e, por consequência, às mulheres que viviam da prostituição começa a diminuir. A sociedade reformista começa a se moldar aos ideais burgueses que dariam abertura à conflagração da revolução industrial, que, por sua vez, mais uma vez se utilizaria dos corpos femininos para atingir seus fins.

3. A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA MULHER NO ESPAÇO PÚBLICO

O fenômeno conhecido como “Revolução Industrial” teve início na Inglaterra do século XVIII e foi influenciado por uma série de fatores, tais como o acúmulo de capitais provenientes do comércio no Atlântico favorecido pelos Atos de Navegação, da precoce implantação de um governo burguês voltado ao mercado e aos processos de cercamento que percorriam o país desde o século XVI.

O que conhecemos historicamente como “cercamentos”, na realidade, era um termo técnico utilizado à época para definir o conjunto de estratégias usadas para eliminar o uso comum da terra. Cita Silvia Federici (2017, p. 133):

Antes de mais nada, ‘cercamento’ queria dizer ‘envolver um pedaço de terra com cerca, canais ou outras barreiras ao livre trânsito de homens e animais,

em que a cerca era marca de propriedade e ocupação exclusiva de um terreno. Portanto, por meio do cercamento, o uso coletivo da terra, geralmente acompanhando por algum grau de propriedade comunal, seria abolido, suplantado pela propriedade individual e pela ocupação indesejada’.

Existia, portanto, uma tentativa em abolir os sistemas de campos abertos que eram a base de subsistência dos pequenos agricultores que, ao serem expulsos de suas terras, se deslocavam às cidades próximas. Esse processo minou as bases de fabricação doméstica e “cavou, enfim, um profundo abismo entre o trabalho e a posse dos instrumentos de trabalho, promovendo o assalariamento de crescentes massas humanas provenientes de uma economia campesina ou de burgo”. (SAFFIOTI, 1976, p. 40)

Além disso, outro fenômeno que corroborou com o êxodo rural na Inglaterra daquela época foi a mecanização das ferramentas de trabalho.

Partindo do pressuposto que a principal fonte de renda dos trabalhadores rurais da época era a manufatura têxtil, em 1764, quando James Hargraves inventou uma máquina de fiar com 12 a 18 fusos que era acionada por só um trabalhador, a qual ficou conhecida como “*Jenny*”, o trabalho do campo passou a ser muito mais rápido e a força motriz de muitos trabalhadores começou a ser dispensada. Expõe Friedrich Engels (2010, p. 45):

Antes da introdução das máquinas, a fiação e a tecelagem das matérias-primas tinham lugar na casa do trabalhador. A mulher e os filhos fiavam e, com o fio, o homem tecia – quando o chefe da família não o fazia, o fio era vendido. Essas famílias tecelãs viviam em geral nos campos vizinhos às cidades e o que ganhavam assegurava perfeitamente sua existência porque o mercado interno – quase o único mercado – era ainda decisivo para a demanda de tecidos e porque o poder esmagador da concorrência, que se desenvolveu mais tarde com a conquista de mercados externos e com o alargamento do comércio, não incidia sensivelmente sobre o salário.

Com a “*Jenny*” tornou-se possível produzir muito mais fio. Enquanto um tecelão necessitava do trabalho de três fiandeiras e nem sempre haviam estoques da matéria, com a máquina-ferramenta ele consegue produzir três vezes mais e não necessita mais dos trabalhos das mulheres fiandeiras.

Rapidamente a tecelagem se tornou uma atividade extremamente rentável nos campos, criando o que Federici chama de “indústria artesanal rural”, mas que ainda operava nos sistemas de manufaturas (FEDERICI, 2017, p. 139). Esse modo de produção

possibilitava que uma família de quatro adultos e duas crianças, trabalhando dez horas por dia, chegasse a ganhar quatro libras esterlinas por semana (ENGELS, 2010, p. 48).

Sendo assim, muitos agricultores passaram a abandonar suas ocupações e se dedicarem integralmente à tecelagem, fazendo com que os trabalhadores “que viviam apenas de seu salário e não possuíam propriedade, nem sequer a ilusão de propriedade que o trabalho agrícola confere – tornaram-se, pois, proletários (*working men*)”. (*idem*)

Famílias inteiras passaram a viver exclusivamente disso, criando uma espécie de economia informal, construída principalmente sobre o trabalho exaustivo de mulheres e crianças. Marx atribui a esse fenômeno a necessidade de um exército de trabalhadores de reserva que estariam dispostos ao trabalho quando houvesse qualquer flutuação da demanda (MARX, Livro I, 2017, p. 541).

Esse modo de produção doméstico continuou a existir, mas agora tendo como principal mão de obra a de mulheres e crianças. Os novos “trabalhadores domésticos” trabalhavam em seus lares com o intuito de suprir a renda familiar que já não era mais suficiente. Se, nos estágios anteriores à revolução industrial, a mulher das camadas mais pobres tinha uma função ativa na economia familiar – trabalhavam nos campos, nas manufaturas, nas minas, nos mercados e nas oficinas, teciam, fiavam, fermentavam a cerveja e realizavam tarefas domésticas – no modo de produção capitalista, sua função é subjugada.

Nesse sentido, expõe Heleith Saffioti (1976, p. 38):

O aparecimento do capitalismo se dá, pois, em condições extremamente adversas à mulher. No processo de individualização inaugurado pelo modo de produção capitalista, a mulher contaria com uma desvantagem social de dupla dimensão: no nível superestrutural era tradicional uma subvalorização das capacidades femininas traduzidas em termos de mitos justificadores da supremacia masculina e, portanto, da ordem social que a gerara; no plano estrutural, a medida que se desenvolviam as forças produtivas, a mulher vinha sendo progressivamente marginalizada das funções produtivas, ou seja, periféricamente situada no sistema de produção.

Essa inferiorização que relata a autora foi um dos fatores que contribuiu para que o capitalismo industrial se fortalecesse tanto nas cidades quanto nos campos. Enquanto

nos campos, as trabalhadoras domésticas morriam por inanição por conta das jornadas exaustivas,² nas cidades elas estavam propensas às mais diversas violências.

Inicialmente, elas ocuparam as cidades sendo lavadeiras, vendedoras, empregadas domésticas e operárias nas indústrias têxtil e de tabaco. Ocorre que as máquinas fizeram com que a força motriz – a força muscular – não fosse mais necessária para a produção de bens, mas sim a flexibilidade, o que fez com que houvesse o assalariamento de enormes contingentes de mulheres e crianças (SAFFIOTI, 1976, p. 40).

Nesse sentido, expõe Marx (Livro I, 2017, p. 468):

À medida que torna prescindível a força muscular, a maquinaria converte-se no meio de utilizar trabalhadores com pouca força muscular ou desenvolvimento corporal imaturo, mas com membros de maior flexibilidade. Por isso, o trabalho feminino e infantil foi a primeira palavra de ordem da aplicação capitalista!

E assim, ao colocar no mercado de trabalho todos os membros da família, ocorre a repartição do valor da força de trabalho do homem entre toda sua família, o que faz com que, para que haja a mínima subsistência da unidade familiar, todos tenham que fornecer ao capital seu trabalho (*idem*).

Além disso, o trabalho feminino era visto com “bons” olhos pelos donos de fábricas, isso porque historicamente a operária foi construída como uma figura passiva, sem expressão política e independência de pensamento (RAGO, 2018, p. 579). Eram consideradas, conforme expõe a autora, “frágeis e infelizes para os jornalistas, perigosas e indesejáveis para os patrões, passivas e inconscientes para os militantes políticos, perdidas e degeneradas para os médicos e juristas”.

Essa passividade, inclusive, era um dos fatores que impediam as mulheres de se sindicalizarem e lutarem por seus direitos. Conforme expõe Saffioti (1976, p. 64),

A fraca participação da mulher nos sindicatos das economias capitalistas encontra explicação, de um lado, nas próprias características fundamentais dessa mão-de-obra dividida entre lar e o trabalho e, de outro, na maneira pela qual é encarado o trabalho feminino quer pela sociedade, quer pela própria mulher.

² Marx escreve que “em Londres, ao longo da última década, o horrendo aumento da morte por inanição (*death from starvation*) transcorreu paralelamente à expansão da costura à máquina. As novas operárias que trabalham com máquinas de costura movidas por elas com o pé e a mão, ou só com a mão – operação que elas realizam sentadas ou em pé, segundo o peso, o tamanho e a especialidade da máquina – dependem uma força de trabalho considerável. Sua ocupação se torna insalubre por conta da duração do processo, embora esta seja geralmente menor do que no sistema anterior.” (Livro I, 2017, p. 543)

Isso se deu, também, em razão de que o movimento sindical que se iniciou no século XVIII era composto principalmente por trabalhadores qualificados e a mão de obra feminina empregada durante esse período era majoritariamente não qualificada. Conforme traz Michelle Perrot (2019, pp. 119-120), as operárias eram admitidas muito jovens, desde os 12 ou 13 anos para desempenhar uma função monótona, reduzida a gestos simples e repetitivos, sem qualquer perspectiva de carreira.

Além disso, trabalhavam até 14 horas, com poucas pausas, em locais insalubres, desconfortáveis, mal arejados, mal aquecidos ou superaquecidos. Não havia vestiário e pouquíssimos estabelecimentos forneciam banheiros porque os empregadores acreditavam que as operárias os usariam para fumar, tagarelar e perder tempo. A disciplina era severa e os superiores cometiam os mais variados tipos de assédio contra as jovens. (*idem*)

Além do trabalho desempenhado nas fábricas, as mulheres ainda contavam com os trabalhos domésticos após o expediente, o que ficou conhecido na Inglaterra como *sweating system* (sistema de suor). Sendo assim, a soma de todos esses fatores, contribuiu para uma inércia das trabalhadoras frente às condições a que eram submetidas.

Houve nesse meio tempo uma romantização do trabalho nas fábricas. Isso porque, inicialmente, acreditavam que a independência material permitiria à mulher uma liberdade maior de costumes. As mulheres operárias podiam sair, frequentar tavernas e dispor de seus corpos quase que como os homens (BEAUVOIR, Vol. 1, 2009, p. 165).

Mas não demorou muito para que a mulher se tornasse mais uma escrava da produção capitalista. Como cita Beauvoir (Vol. 1, 2009, p. 173), “é pelo trabalho que a mulher conquista sua dignidade de ser humano; mas foi uma conquista singularmente árdua e lenta”.

Se, por um lado, os empregadores acolheram com interesse o trabalho feminino por causa dos baixos salários que aceitavam, o mesmo fato provocou resistência dos trabalhadores masculinos. Sendo consideradas concorrentes dos homens, as mulheres raramente obtinham a colaboração que poderia pesar grandemente no processo de sua organização sindical (SAFFIOTI, 1976, p. 65).

Como cita Beauvoir (2009, Vol. 1, p. 177), “um dos problemas essenciais que se colocam a respeito da mulher é a conciliação de seu papel de reprodutora com seu trabalho

produtor”. A razão que determinou que a mulher retornasse aos lares e se abstivesse de funções públicas é a sua escravização à função geradora.

Na Inglaterra após a primeira revolução industrial, a taxa de mortalidade infantil era gigantesca. Em alguns distritos, haviam registros de 9.085 casos de óbito para cada 100 mil crianças. As investigações médicas da época denunciavam que as altas taxas de mortalidade se deviam, principalmente, à ocupação extradomiciliar das mães, que acarretavam em descuidos e maus-tratos infligidos às crianças, além de um “inatural estranhamento” da mãe em relação aos filhos (MARX, Livro I, 2017, p. 471).

Acreditava-se, então, que o trabalho das mulheres desagregava completamente a família. Mães trabalhavam de doze a catorze horas por dia, os pais se entregavam ainda mais às fábricas e as crianças cresciam supervisionadas por vizinhos ou nas ruas. As gestantes trabalhavam até o último dia da gravidez e retornavam às fábricas três ou quatro dias após o parto. O aleitamento ocorria no período das refeições ou até mesmo durante as poucas pausas que tinham durante o dia (ENGELS, 2010, p. 182).

Dessa forma, iniciou-se um processo de fomento pelo retorno das mulheres ao lar, desencorajando seu trabalho no espaço público. É nesse sentido que escreve Margareth Rago (1985, p. 66) que os jornais noticiavam que à mulher caberia seu papel de agente reprodutora, “a missão sagrada de criar os futuros ‘servos do potentado’, de enfrentar a resignação e paciência as agruras da miséria, apoiando moralmente o marido”. Aos homens, cabia a tarefa defendê-las e lutar pelos seus direitos, uma vez que eram menos combativas e “máquinas inconscientes”.

É nesse contexto que ocorre o retorno das mulheres ao ambiente doméstico. A dona de casa dos meios operários agora vive em uma pequena habitação, com dois cômodos e um cubículo para cozinha e suas ocupações são os serviços de limpeza, de lavagem de roupas e a preparação de refeições. Ela é a enfermeira da família e a o ministro das finanças (PERROT, 2019, p. 116).

O direito e a medicina se unem para demonstrar como o trabalho doméstico e a maternidade são inerentes às mulheres, como um fator natural da psiquê e personalidade feminina, “uma aspiração, supostamente vinda da nossa natureza feminina” (FEDERICI,

2019, p. 42). É no início do século XX que esse movimento se intensifica, como veremos adiante.

3.1A INFLUÊNCIA DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL NOS PROCESSOS EMANCIPATÓRIOS DAS COLÔNIAS LATINOAMERICANAS

A necessidade de um mercado consumidor foi o carro-chefe da Revolução Industrial. A Inglaterra e a França, pólos industriais da época, necessitavam escoar as produções de suas fábricas, o que deu início ao fenômeno que ficará conhecido mais tarde como Imperialismo. Essa expansão de mercados, como assenta Hannah Arendt (2012, pp. 165-166), era o objetivo permanente e supremo do Imperialismo.

Esse processo, somado às transformações vindas da Revolução Francesa e os efeitos das Guerras Napoleônicas, serão fatores que darão respaldo ao declínio do sistema colonial nas Américas. Maria Amélia Teles explica que a saída aos países absolutistas em crise face ao avanço da Inglaterra e da França na empreitada de novos mercados de consumo (1993, p. 26)

foi conceder a independência às colônias, entre as quais o Brasil. Dessa forma, o comércio da Inglaterra seria feito diretamente com as 'ex-colônias', sem interferência das metrópoles, que, na condição de intermediárias, encareciam os preços. No caso do Brasil, ficava excluído Portugal. As ideias liberais foram tomando conta da Europa e chegaram até aqui. Liberdade de comércio e a direção política de um país eram questões relevantes. Cada país deveria ter seus próprios governantes. Portugal continuava a tirar vantagens da exploração de nossas riquezas. No Brasil, a ideia da independência foi germinando.

É a partir desse momento que os ideais europeus começam a ser plantados diretamente nas colônias. É com a vinda da corte real portuguesa ao Brasil, fugindo de Napoleão, que o país começa a ser influenciado pelas ideias políticas e jurídicas do continente colonizador.

Darcy Ribeiro chama esse fenômeno de “segunda invasão portuguesa” (1995, p. 157), onde, de um dia para o outro, um país latifundiário e escravagista recebe quase 15 mil portugueses que tinham a intenção de se estabelecer nas terras brasileiras e manter seus privilégios da monarquia.

Como observa Lília Scharwcz e Heloisa Starling, “não eram indivíduos isolados que fugiam às pressas, e sim a sede do Estado português que mudava de endereço, com seu aparelho administrativo e burocrático, seu tesouro, suas repartições, secretarias, tribunais, arquivos e funcionários” (2015, p. 135).

O Brasil recebeu um “banho de civilização” (SCHARWCZ; STARLING, 2015, pp. 141-143), foram criadas inúmeras escolas de arte, arquitetura e ciências no geral, construídos parques botânicos, zoológicos, museus e bibliotecas. Com a imprensa, a fotografia e a abertura dos portos, as discussões que corriam na Europa chegavam muito mais rápido aqui, entre elas, a ideia da independência.

Embora a luta pela independência tenha contado com inúmeros seguimentos sociais, ela foi dirigida pelas classes dominantes locais e, como a mulher não podia participar da vida política até então, a ideia de nação que passava a ser construída era de uma “nação dos homens” (TELLES, 1993, p. 27).

No Brasil do século XIX, a condição da mulher branca permaneceu imutável ao papel de mãe, esposa e dona-de-casa. As mulheres negras continuavam sob o papel de escravas, que além de exercerem o trabalho doméstico, também eram feitas de instrumento para o prazer sexual do senhor de engenho, podendo até serem alugadas por outros senhores (*idem*).¹

Em relação às mulheres escravas, é interessante mencionar que nunca houve exigência de que não ocupassem a esfera de produção na sociedade, como se fizeram com as mulheres europeias. Entretanto, além de sua função no sistema produtivo dos engenhos, ela tinha um papel sexual objetificado. Sendo assim, quando se fala que o século XIX exigiu à mulher a função do consumo e reprodução e ao homem a função de produção, a mulher negra desempenhava, ao mesmo tempo, a função de produção e reprodução – esta um tanto quanto reificada.

Sobre esse contexto, expõe Saffioti (1976, p. 171):

Com efeito, cabia à escrava, além de uma função no sistema produtivo de bens e serviços, um papel sexual, via de uma maior reificação e, simultaneamente, linha condutora do desvendamento do verdadeiro fundamento da sociedade de

¹ Importante mencionar que a composição étnica do país à época era composta pelos colonizadores europeus, em sua maioria portugueses, populações negras escravizadas e povos indígenas, entretanto, por questões de recorte temático, decidimos analisar apenas a situação das mulheres brancas e negras nos centros urbanos brasileiros após a Independência.

castas. Se, por um lado, a função da negra escrava, enquanto mero instrumento de prazer sexual de seu senhor, não indica que, nesta relação, as partes envolvidas tenham superado o «nível primário e puramente animal do contacto sexual», por outro, o produto desta relação assume, na pessoa do mulato, a forma de um foco dinâmico de tensões sociais e culturais. A exigência da prestação de serviços sexuais, que o senhor fazia em relação à negra escrava, tornava-a, pois, simultaneamente res e pessoa humana. Transfigurava-se, assim, em processo de coisificação o papel que lhe cabia enquanto pessoa, e em criatura humana, a coisa (instrumento de trabalho). A determinação sexo, cujo modo de operar é basicamente condicionado pelo modo de produção, passa a ter, sobre este mesmo modo de produção, uma influência ponderável.

Além disso, a estrutura social brasileira da época fincava-se na família patriarcal, onde pai e marido autoritários dominavam seus filhos e esposa submissa. A esposa, por sua vez, era uma figura passiva e indolente que se destinava a trancafiar-se no lar, dar a luz ao maior número de filhos possíveis e gerir o trabalho dos escravos domésticos. (HAHNER, 2013, p. 44)

Um provérbio português popular à época dizia que a mulher virtuosa só sairia de casa em três ocasiões: para ser batizada, casada ou enterrada. O que justifica a perseguição que sofriam as mulheres pobres e sozinhas dos centros urbanos.

Entretanto esse cenário muda durante o processo de abolição da escravidão, nas últimas décadas do século XIX, uma vez que os escravos libertos passam a ser absorvidos – ainda que diante de condições extremamente precárias – pelo sistema industrial que começava a ganhar força no Brasil. As políticas de imigração ganham força e a virada do século trazia esperanças ao país que acabara de proclamar sua República.

Nas palavras de Thais Dumê Faria (2018, p. 32),

o Brasil fechava as portas para o velho século e abria para o novo com a esperança de grandes mudanças para o país. Mas não se muda o passado apenas fechando uma porta... o país tinha que enfrentar a sua história e, com ela, as consequências de uma sociedade escravista, miscigenada, colonizada e, portanto, distante da realidade europeia desejada.

4. O SÉCULO XX, A ASCENSÃO DOS MOVIMENTOS EUGENISTAS E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE MULHERES NOS MANICÔMIOS JUDICIAIS

A reviravolta vivida pelo Brasil no final do século XIX abriu portas às ideologias de limpeza racial que se consolidavam na Europa. Por um lado, havia um país latifundiário

em meio a crise de mão de obra após a abolição da escravidão e, por outro, um país ascendendo aos ideais de progresso burgueses, que, unidos, darão início a uma série de esforços para atrair imigrantes à nova nação que se consolidava.

A sociedade se dinamizou muito e, por conta disso, na Europa cresciam teorias de “superioridades raciais”, fundadas em uma espécie de “Darwinismo Social”, influenciadas pelas ideias de Charles Darwin sobre a evolução das espécies. Zaffaroni (1988, p. 132) escreve que a origem dessas teorias foi cunhada, inicialmente, nos interesses da burguesia em ascensão, uma vez que necessitavam explicar como “natural” seu poder e deslegitimar os poderes monárquicos e teocráticos, a fim de que pudessem ascender também politicamente.

No Brasil, a “ciência” da superioridade racial tomou o lugar dos “poderes divinos” que no século XVI foram “concedidos” aos colonizadores para governar sobre escravos e povos indígenas, a fim de que continuasse a existir uma sociedade estratificada e mantidos os privilégios advindos dela.

Em meio a todas essas mudanças consolidava-se o “processo de medicalização dos delitos”, isto porque aos médicos foi incumbido o papel de assegurar a evolução da população e, guiados pela doutrina de Cesare Lombroso, buscavam identificar características atávicas – hereditárias – nas pessoas que cometiam crimes para que, dessa forma, pudessem impedir que novas pessoas rompessem com o contrato social.

É nesse momento que o foco do estudo das ciências criminais passa do “fenômeno-crime” para o estudo do “criminoso” (BARATTA, 2017, p. 38).

Embora Lombroso tenha publicado suas principais obras no final do século XIX, a Escola Positivista – ou “Escola Lombrosiana” como chegou a ser chamada – ganhou força justamente no século XX e, segundo Zaffaroni (1988, pp. 132-133), foi uma espécie de materialismo grosseiro que provocou uma catástrofe ideológica de tais proporções que até hoje não podemos medi-la por completo, justamente porque de alguma maneira permanecemos aprisionados a muitos de seus estereótipos.

O surgimento dessa escola coincidiu com o desenvolvimento dos estudos das ciências sociais e biológicas (Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística, etc.) e se condensou com a ideia de defesa do corpo social contra a ação do “delinquente”,

ou seja, dando voz aos interesses sociais em detrimento dos individuais. (BITENCOURT, 2015, p. 104)

Se o foco era a “seleção natural dos genes evoluídos”, era intuitivo que a mulher fosse por diversas vezes o foco desses estudos, já que era ela a responsável pela reprodução. A ideia de um “casamento higiênico” como garantia da reprodução de pessoas evoluídas foi tomando cada vez mais força sendo que, em contrapartida, foram sendo criadas diversas barreiras aos casamentos dos indivíduos considerados “inferiores”.

O casamento infantil deixou de ser incentivado, porque acreditavam que a diferença entre idades não geraria uma prole saudável. Defendiam a realização de exames pré-nupciais para detectar se haviam doenças ou “sinais de degeneração” que pudessem ser transmitidos hereditariamente. A sexualidade fora dos padrões heteronormativos passava a ser considerada doença e a fertilidade feminina passa a ser vista como um recurso crucial para a eugenia da nação (FARIA, 2018, pp. 36-38).

Iniciou-se, então, um processo de supervalorização dos papéis de pai e mãe. Por um lado, os homens que não cumpriam esse estigma eram considerados “antissociais” e eram estereotipados como libertinos, celibatários ou homossexuais.

Por outro lado, a figura da “mulher-mãe” vai ganhar muito mais atenção que a figura do “homem-pai” no discurso positivista. Segundo escreve Margareth Rago (1985, p. 75):

No discurso médico, dois caminhos conduzirão a mulher ao território da vida doméstica: o instinto natural e o sentimento de sua responsabilidade na sociedade. Enquanto para o homem é designada a esfera pública do trabalho, para ela o espaço privilegiado para a realização de seus talentos será a esfera privada do lar. Tudo que ela tem a fazer é compreender a importância de sua missão de mãe, aceitar seu campo profissional: as tarefas domésticas, encarnando a esposa-dona-de-casa-mãe-de-família.

É interessante notar que a mortalidade infantil também foi utilizada como argumento na Revolução Industrial para que as operárias deixassem seus trabalhos nas fábricas e dessem atenção integral à sua prole e às atividades domésticas. Assim como na Inglaterra do século XVII, os médicos eugenistas do século XX tentavam persuadir as mulheres a entenderem que o amor materno é um sentimento inato, puro e sagrado.

Entretanto, agora, a mulher que não preenchesse os requisitos de “mulher-mãe”, “inscrevia-se no campo sombrio da anormalidade, do pecado e do crime. Não amamentar

e não ser esposa e mãe significava desobedecer a ordem natural das coisas, ao mesmo tempo que se punha em risco o futuro da nação” (RAGO, 1985, p. 79).

Assim, a ideia que era reforçada na caça às bruxas de que a mulher seria um ser “ambíguo e contraditório, misterioso e imprevisível, sintetizando por natureza o bem e o mal, a virtude e a degradação, o princípio e o fim”, agora passa a ser reconsiderada. (ENGEL, 2018, p. 332)

A mulher transformava-se num ser moral e socialmente perigoso, devendo ser submetida a um conjunto de medidas normatizadoras extremamente rígidas que assegurassem o cumprimento do seu papel social de esposa e mãe; o que garantiria a vitória do bem sobre o mal, de Maria sobre Eva. (*idem*)

Sobre as mulheres que não cumpriam seu papel de mãe e esposa que recairá o controle penal e, novamente, Cesare Lombroso terá um papel fundamental com sua obra “A Mulher Delinquente, a Prostituta e a Mulher Normal”, publicada em 1893 e que se tornou a principal referência sobre a criminalidade das mulheres no Brasil durante um período de quase 50 anos. (ANGOTTI, 2012, p. 156).

Para ele, a mulher seria fisiologicamente inerte e passiva,² o que faria com que obedecesse mais às leis do que os homens, entretanto, elas também seriam amorais, engenhosas, frias, calculistas e sedutoras (MENDES, 2012, p. 46).

Utilizava características como a altura, as cores dos olhos, as orelhas, os dados antropométricos, a força muscular, o cabelo, as cicatrizes, a visão, a língua, os dentes, a sensibilidade física e os reflexos para definir quem eram as mulheres criminosas. Portanto, se uma mulher tivesse pelo menos três das seguintes características, seria considerada uma criminosa nata, são elas: estatura menor do que a média da população feminina, olhos e cabelos escuros, acima do peso, mandíbula acentuada, anomalias nos dentes, fisionomia virial, estrabismo, lábios vaginais grandes, sexualidade exacerbada ou adepta da masturbação. (ENGEL, 2018, p. 325) (FARIA, 2018, p. 60) (MENDES, 2012, p. 47)

² Importante lembrar que durante a revolução industrial o mesmo estigma de submissão das mulheres era usado para afastá-las das indústrias por não terem “capacidade” de se sindicalizar.

Ao estudar a sexualidade feminina, ele reforça o estereótipo da mulher-mãe e diz que a mulher “normal” tem a sua sexualidade subordinada à maternidade, sendo assim, aquelas que deslocarem o uso da sexualidade para outro campo que não seja o da reprodução serão consideradas anormais. É aqui que a figura da prostituta será novamente criminalizada.

Nas palavras de Margareth Rago (1985, p. 82):

Identificada à religiosa ou mesmo considerada como santa, à imagem de Maria, a mãe será totalmente dessexualizada e purificada, ainda mais que, ao contrário, a mulher sensual, pecadora, e principalmente a prostituta, será associada à figura do mal, do pecado e de Eva, razão da perdição do homem. Assim, serão contrapostas no discurso burguês duas figuras femininas polarizadas, mas complementares: a santa assexuada mas mãe, que deu origem ao homem salvador da humanidade, que padece no paraíso do lar e esquece-se abnegadamente dos prazeres da vida mundana, e a pecadora diabólica, que atrai para as seduções infernais do submundo os jovens e maridos insatisfeitos. A primeira, toda alma e sacrifício — símbolo do bem; a segunda, exclusivamente carnal e egoísta — encarnação do mal. Ambas, no entanto, submissas, dependentes, porcelanas do homem, incapazes de um pensamento racional e, conseqüentemente, de dirigirem suas próprias vidas.

Condensa, então, a figura da mulher frágil, submetida à uma influência maligna que foi estigmatizada na “Caça às Bruxas”, com a figura sexualizada da prostituta que destrói a moral e os bons costumes estigmatizada no Renascimento, com a necessidade de fincar a mulher no seio familiar advindo da Revolução Industrial.

Lombroso considerava que a prostituição decorria de uma predisposição orgânica à loucura e, assim, as prostitutas – ou seja, qualquer mulher que exercesse sua sexualidade aquém dos limites da reprodução – deveriam ser internadas nos manicômios.³ Isto porque os comportamentos sexuais “antinaturais” estavam corriqueiramente associados à histeria.

Foucault chama esse processo de “histerização do corpo da mulher” (2014, p. 113), que seria o processo pelo qual

o corpo da mulher foi analisado — qualificado e desqualificado — como cor-

³ Apesar de nesta época a prostituição em si não ter sido considerada um tipo penal específico, ela não era considerada uma atividade lícita, razão pela qual muitas mulheres eram presas pelos delitos de vadiagem ou contágio venéreo. Muitas não chegavam nem a responder um processo penal formal, eram presas provisoriamente e liberadas dias após em razão de as penas destes delitos serem muito pequenas. (FARIA, 2018, p. 77)

po integralmente saturado de sexualidade; pelo qual, este corpo foi integrado, sob o efeito de uma patologia que lhe seria intrínseca, ao campo das práticas médicas; pelo qual, enfim, foi posto em comunicação orgânica com o corpo social (cuja fecundidade regulada deve assegurar), com o espaço familiar (do qual deve ser elemento substancial e funcional) e com a vida das crianças (que produz e deve garantir, através de uma responsabilidade biológico-moral que dura todo o período da educação): a Mãe, com sua imagem em negativo que é a ‘mulher nervosa’, constitui a forma mais visível desta histerização.

Entretanto, é importante entender que não eram apenas as mulheres que exerciam a prostituição que foram consideradas histéricas. Isso porque a histeria era considerada uma doença psíquica e sua ligação com a teoria de Lombroso era justamente porque ele defendia que determinadas “categorias” de mulheres estariam mais propensas às neuroses e às doenças mentais.

Magali Engel (2018, p. 324) cita a história de Maria Ferreira Mendes Tourinho, parda, casada e com filhos, moradora dos subúrbios do Rio de Janeiro, que foi diagnosticada como “hística” por assassinar o marido. Maria Tourinho não foi responsabilizada penalmente porque era “boa esposa, preocupada exclusivamente com os filhos e com sua casa”.

Thais Dumet Faria (2018, p. 68) traz a história de Irma, 22 anos e solteira, também diagnosticada como “hística” por ser vaidosa, independente, “atrevida por vezes em suas expressões, sem dar mostras de afetividade pelos parentes; desenvolta nos modos de agir, procura exibir as pernas o mais que pode quando sentada, realçar o contorno dos quadris quando anda e avivar a beleza de seu rosto no exagero das pinturas que adota”.

Por um lado, conforme expõe o médico Rodrigo José Maurício Junior em sua tese defendida na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro (*apud* ENGEL, 2018, p. 344), a histeria se daria em mulheres nas quais predominam

uma superabundância vital, um sistema sanguíneo ou nervoso mui pronunciado, uma cor escura, ou vermelha, olhos vivos e negros, lábios dum vermelho escarlata, boca grande, dentes alvos, abundância de pêlos e de cor negra, desenvolvimento das partes sexuais.

Por outro lado, Afrânio Peixoto, médico sanitarista, em seu livro “Medicina Legal”, escrevia que as características das vidas das mulheres histéricas eram, geralmente, repletas de “perturbações da vida sexual, exagerada e às vezes pervertida no erotismo, na frigidez, nas perversões (sadismo, masoquismo, feiticismo, etc)” (*apud* FARIA, 2018, p. 64). Além

disso, eram muito comuns casos de “repulsão ao marido, prostituição sem recato e paixões lésbicas, que quase sempre estavam associadas à histeria”.

O que se observa é que não havia um consenso do que seria associado à histeria, apesar de seus “sintomas” estarem sempre associados à disfunção do papel de esposa-dona-de-casa-mãe-de-família. Em todos os casos que a mulher fugia ao papel imposto, ela era ou criminalizada ou hospitalizada. “Em qualquer um dos casos eram segregadas socialmente, em prisões, hospícios ou conventos, ou, no mínimo, vistas como incapazes e, por isso, desconsideradas em suas ideias e vontades” (*idem*).

Apesar de o número de mulheres nas prisões ser ínfimo perto do número de mulheres nos manicômios, não é possível dizer que elas não estavam sendo criminalizadas. Inclusive, é importante mencionar que o fato de as mulheres serem minorias nas instituições totais se dá “menos por diferenças anatômicas ou psicológicas e mais por conta dessa condição social, por causa desse estereótipo tão bem urdido e calcificado no tempo por um sexismo religioso e cultural”. (LIMA *apud* FARIA, 2018, p. 97)

O que se observa no século XX é que, na medida em que as diferenças socioeconômicas e estruturais diminuem, há um aumento de mulheres em prisões. Se, no início do século as mulheres eram presas por vadiagem e desordem, por volta da década de 40, após sua rude introdução na vida pública das cidades, o governo federal vai entender pela necessidade da criação de um presídio feminino tendo em vista o crescimento da população carcerária feminina.⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, o que se observa é que os argumentos utilizados para perseguir e criminalizar mulheres foram sendo reciclados pelas instâncias de poder, sejam elas a Igreja – durante a Idade Média e o Renascimento – ou o Poder Público. Durante vários séculos

⁴ É importante mencionar que desde o período colonial, as mulheres que cometiam crimes eram encarceradas em estabelecimentos mistos. Conforme expõe Bruna Angotti (2012, p. 17), “prostitutas e escravas, em sua maioria, mulheres eram confinadas junto aos homens, frequentemente dividindo a mesma cela. Narrativas de abandono, abusos sexuais, problemas com a guarda – na maioria das vezes masculina –, doenças, promiscuidade e outros, envolvendo as mulheres encarceradas estavam sempre presentes nos trabalhos dos penitenciários do século XX”.

as mulheres pobres foram perseguidas e criminalizadas por não exercerem o papel de mãe-esposa-dona-de-casa.

Durante a Idade Média, com o processo de pauperização e abandono às mulheres pobres, o estereótipo da bruxa recaiu sobre aquelas que não eram desejadas no cotidiano das cidadelas ou que se recusavam a se submeter às opressões dos senhores feudais e ao poder da Igreja Católica. Esse período, marcado por uma intensa misoginia, retirou das mulheres sua “capacidade” de delinquir por atribuir aos delitos de “bruxaria” a corrupção do Diabo sobre a alma daquelas que tinham a “*Fe Minus*” (fé fraca).

Isso se observa também nos séculos seguinte, principalmente com a Criminologia Positivista que retirava da mulher sua capacidade crítica sobre o delito e atribuía à sua delinquência uma “fraqueza biológica”, uma característica atávica, hereditária. Se Kramer e Sprenger, no século XVI, diziam que a mulher era corruptível por porvir de uma costela curva de Adão – e por isso teria dificuldades com a retidão de caráter – Lombroso, no século XX, acreditava que as mulheres estavam mais abertas ao delito porque eram frágeis, maliciosas e inescrupulosas.

Outro argumento que também se recicla no decorrer dos séculos é a perseguição à sexualidade feminina que não se atém à reprodução. Se as mulheres que exerciam livremente sua sexualidade na Idade Média eram consideradas bruxas, no Renascimento a figura da prostituta herdará toda essa criminalização.

Isto porque, com a Reforma Protestante, se iniciará uma criminalização de todas as condutas que atentem à família cristã, à moral e aos bons costumes. À meretriz serão atribuídos, novamente, os males da sociedade, desde o colapso da economia das cidades emergentes à transmissão de doenças que adoeceram inúmeros soldados nas guerras da época.

Essa proteção à família dará respaldo à criminalização indireta das mulheres operárias durante a Revolução Industrial, embora aqui não haja o fundamento da religião. O argumento de que a presença das mulheres no mercado de trabalho estaria influenciando indiretamente os altos índices de mortalidade infantil fizeram com que a mulher fosse novamente trancafiada ao seu papel de reprodução e não de produção.

No século XX, esse papel de reprodutora ganhará mais força, uma vez que atribuem às mulheres a função de limpeza racial da nação. Aqui a sexualidade também exercerá um papel importante na criminalização das mulheres, já que os estudos sobre a histeria relacionavam a sexualidade “anômala” – ou seja, aquela exercida fora dos papéis de procriação – com a doença psíquica e teriam institucionalizado inúmeras mulheres.

É a partir da reciclagem desses discursos punitivistas que o Estado se apropriou de determinados estereótipos para fazer com que as condutas desagregadoras à sua ideação social do feminino fossem perseguidas e criminalizadas. É a partir da noção destes processos que a criminologia deve se debruçar para entender e modificar o processo de superencarceramento feminino do século XXI. Em síntese, necessitamos compreender o passado para modificar o futuro.

REFERÊNCIAS

- ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2012.
- ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2009.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DABHOIWALA, Faramerz. *As Origens do Sexo: uma história da primeira revolução sexual*. 1. ed. São Paulo: Globo, 2013.
- DIAS, Maria Odila Leite da Silva. *Mulheres sem História*. Revistas USP, São Paulo, n. 114, 1983.
- DITMORE, Melissa Hope. *Encyclopedia of prostitution and sex work*. 1. ed. Nova Iorque: Greenword, 2006.

ENGEL, Magali. *Psiquiatria e Feminilidade*. In: DEL PRIORI, Mary. (org.) História das mulheres no Brasil. 10. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

FARIA, Thais Dumê. *História de um silêncio eloquente: construção do estereótipo feminino e criminalização das mulheres no Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. 1. ed. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

_____, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da Idade Média aos dias atuais*. 1. ed. São Paulo, Boitempo, 2019.

_____, Silvia. *O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. 1. ed. São Paulo: Editora Elefante, 2019.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

HAHNER, June E. Mulheres da elite: honra e distinção das famílias. In: PINSKY, Carla Bassanezi e PEDRO, Joana Maria. *Nova História das mulheres no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2013.

KRAMER, Henrich; SPRENGER, James. *O Martelo das feiticeiras*. 1. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

MENDES, Soraia de Rosa. *(Re) Pensando a Criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Tese apresentada no programa de Pós-graduação em Direito na Universidade de Brasília, 2012.

PERROT, Michele. *Minha história das mulheres*. 2. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2019.

_____, Michele. *Os Excluídos da História: operários, mulheres e prisioneiros*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2017

RAGO, Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editoria Paz e Terra, 1985.

_____, Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade. In: DEL PRIORI, Mary. (org.) *História das mulheres no Brasil*. 10. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROSA, Ubiratan. *Enciclopedia do Conhecimento Sexual*. Vol. 2. 1. ed. São Paulo: Editorial Amadio, 1970.

RUSSEL, Jeffrey; ALEXANDER, Brooks. *A História da Bruxaria*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019.

SAFFIOTI, Heleith Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1976.

SCHARWCZ, Lília M. e SARTLING, Heloisa M. *Brasil: Uma Biografia*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SOUZA, J. Germano de. *Impacto social da sífilis: alguns aspectos históricos*. Revista Medicina Interna, v. 3, n. 3, 1996

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____, Eugenio Raul. *Criminología: aproximación desde un margen*. Vol. I. 1. ed. Bogotá: Editorial Themis, 1988.

Apresentação oral

**A INCOMPREENSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO: A
IMPUTAÇÃO CONJUNTA COM O MOTIVO TORPE**

Letícia Santos Dezorzi

Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada
Criminalista.

E-mail: leticiasdezorzi@gmail.com

Resumo: Esta pesquisa apresenta uma discussão teórica acerca da compreensão da natureza da qualificadora do feminicídio, se objetiva ou subjetiva, bem como sobre a possibilidade da ocorrência do feminicídio privilegiado. A criação da Lei Maria da Penha teve como principal objetivo o combate e a prevenção da violência contra a mulher por questões de gênero. Embora seja inegável a sua qualidade técnica, após a sua entrada em vigor a violência contra a mulher não se viu reduzida e, como resposta legislativa, nasceu a Lei do Feminicídio que buscou estender a tutela especial conferida pela Lei Maria da Penha e introduziu a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio, sendo certa a sua incidência quando o crime for cometido contra mulher em razão de discriminação de gênero e/ou em âmbito de violência doméstica e familiar. Ante a inovação legislativa, a presente pesquisa buscou analisar cinco sentenças proferidas pelos (as) magistrados (as) atuantes no Primeiro Tribunal do Júri da Capital de São Paulo a fim de conferir qual é o entendimento dos (as) julgadores (as) acerca da natureza da qualificadora do feminicídio a imputação conjunta com a qualificadora do motivo torpe configura ou não *bis in idem*.

Palavras-chave: Imputação conjunta. Natureza subjetiva. *Bis in idem*. Feminicídio.

Abstract: This research presents a theoretical discussion about the understanding of the nature of the qualifier of femicide, whether objective or subjective, as well as about the possibility of the occurrence of privileged femicide. The creation of the Maria da Penha Law had as its main objective the fight and prevention of violence against women due to gender issues. Although its technical quality is undeniable, after its entry into force, violence against women was not reduced and, as a legislative response, the Femicide Law was born, which sought to extend the special protection conferred by the Maria da Penha

Law and introduced the qualifier from feminicide to the crime of homicide, its incidence being certain when the crime is committed against women due to gender discrimination and/or in the context of domestic and family violence. In view of legislative innovation, the present research sought to analyze five sentences handed down by the magistrates acting in the First Court of the Jury of the Capital of São Paulo in order to check what is the understanding of the judges about the nature of the qualifier of feminicide the joint imputation with the qualifier of the nasty motif is or is not *bis in idem*.

Keywords: Joint imputation. Subjective nature. Bis in idem. Femicide.

Sumário: Introdução. Tutela contra a violência de gênero. O homicídio qualificado. A qualificadora do feminicídio e do motivo torpe. O julgamento pelo tribunal do júri. Das sentenças selecionadas. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma discussão teórica que tem como base pesquisas sobre os objetivos fundadores da Lei Maria da Penha a fim de entender o caráter de extensão da tutela da proteção de gênero conferida pela qualificadora do feminicídio, uma vez que, ante a inovação legislativa, atuando como estagiária de direito da Defensoria Pública na Primeira Vara do Tribunal do Júri da Capital de São Paulo, foi possível perceber que não há um entendimento uniforme acerca da natureza jurídica da nova qualificadora, culminando em diferentes delimitações da acusação para a sessão plenária.

É neste contexto que a escolha do presente tema surge, pois foi possível perceber que os (as) representantes do Ministério Público ao oferecerem denúncias em casos de homicídio contra vítima mulher, de maneira automática, denunciam o acusado como incurso nas qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe, defendendo que a primeira possui natureza objetiva, ou seja, basta a vítima ser dotada de sexo feminino ou/e resida no mesmo local que o acusado para que incida a qualificadora, podendo, então, coexistir com a segunda que possui natureza subjetiva, sem caracterizar ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Para a análise, foi necessário o estudo e cotejo de cinco sentenças de pronúncia proferidas por cinco magistrados (as) atuantes na Primeira Vara do Tribunal do Júri¹ da Capital de São Paulo, visando apresentar a diferença entre os entendimentos e as contradições dos argumentos dispendidos e o objetivo real da qualificadora do feminicídio.

Portanto, o palco da análise engloba a discussão sobre os impactos da não uniformização dos entendimentos e, de maneira breve, a repercussão dessa opção penalizadora no tratamento da violência de gênero, considerando a seletividade penal e a crença no caráter retribucionista do Direito Penal.

TUTELA CONTRA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

No ano de 2006, resultado da organização do movimento feminista no Brasil, foi criada a Lei 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, com o objetivo precípua de erradicar ou ao menos minimizar a violência doméstica e familiar.

Conforme ensina a Professora e Promotora de Justiça Valéria Diez Scarance Fernandes:

A Lei n. 11.340/2006 inovou. Rompeu com o tradicional processo penal e criou um processo dotado de efetividade social, para proteger a mulher e prevenir a violência. Extrapolou a noção de que o processo objetiva apurar a verdade e possibilitar a aplicação da pena. O processo surge como uma possibilidade de intervenção na história de violência das mulheres, protegendo-as, recuperando o agressor e até mesmo adotando medidas cíveis para assegurar a subsistência da vítima durante o processo. Houve também uma releitura dos papéis das autoridades públicas responsáveis pela persecução penal. Assim, o processo por violência doméstica passou a ser constituído de forma multidisciplinar transformado e renovado, para romper o ciclo de violência doméstica.²

Portanto, a Lei Maria da Penha foi pioneira ao oferecer um tratamento multidisciplinar àquelas mulheres que sofrem violência doméstica, calcando-se nas discussões de gênero e na necessidade de ampliar o suporte oferecido às vítimas que antes recebiam, quando muito, um processo que apurava os fatos e poderia culminar em uma condenação.

¹ Entre os anos de 2018 e 2019.

² FERNANDES, Valéria Diez Scarance – *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar* – São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 16.

Todavia, em que pese a incontestável qualidade da referida lei, a violência contra a mulher não diminuiu, sobretudo aquelas que se traduziam em mortes violentas e, como resposta legislativa, no ano de 2015 foi sancionada a lei 13.104 que introduziu a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio.

Em relação ao termo Feminicídio, conforme explica Carmen Hein de Campos, embora existam diferenças conceituais entre femicídio e feminicídio que se vinculam ao contexto histórico em que foram elaboradas, em geral, as duas expressões são tomadas como sinônimos pelas legislações latino-americanas e na literatura feminista. Dessa forma, utiliza-se no presente artigo, o termo feminicídio, pois assim estava disposto nos projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional e, após aprovação, na Lei 13.104 de 2015 que introduziu a qualificadora no estatuto repressivo.³

O termo feminicídio foi cunhado por Marcela Lagarde⁴ e significa a morte de mulheres em razão de gênero ocorridas em um contexto de violência baseada no gênero e na discriminação contra mulheres.⁵

O processo de tipificação do feminicídio no Brasil seguiu a mesma linha dos países latino-americanos e se apresentou como a continuação das leis de criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher. Além disso, o projeto buscou responder a compromissos internacionais e regionais que, em síntese, exigiam a adoção de medidas para prevenir e punir o assassinato de mulheres e integrar mecanismos para investigar, punir, erradicar e prevenir as formas de violência de gênero.

Desse processo resultou a conhecida Lei do Feminicídio que define como feminicídio a morte da mulher por razões da condição do sexo feminino e deixa posto que as razões do sexo feminino estarão presentes quando o crime abranger violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de sexo feminino.

³ CAMPOS, Carmen Hein de. *Feminicídio no Brasil – Uma análise críticofeminista; Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, jan-jun de 2015

⁴ LAGARDE, Marcela. *Feminicídio: uma perspectiva global*. México, 2006.

⁵ Destaca-se que o termo femicídio e feminicídio está tipificado nas legislações da Argentina (2012), Bolívia (2013), Chile (2010), Colômbia (2008), Costa Rica (2007), El Salvador (2010), Equador (2014), Honduras (2013), Guatemala (2008), México (2012), Nicarágua (2012), Panamá (2013), Peru (2013) e Venezuela (2014).

O HOMICÍDIO QUALIFICADO

O homicídio é a supressão da vida de uma pessoa por outra. Compreende-se a vida como o bem jurídico mais precioso que o ser humano possui, tratando-se, portanto, de um dos crimes mais graves previsto no estatuto repressivo. Para Nelson Hungria, a pessoa humana, sob o duplo ponto de vista material e moral, é um dos mais relevantes objetos da tutela penal. (Hungria N., 1955)

Nesta linha, as qualificadoras determinam novos limites mínimos e máximos para o tipo incriminador. Quando existem novos limites mínimo e máximo para um crime em razão de determinado dado de sua realidade.¹

Dentro das hipóteses qualificadoras do homicídio temos a divisão em motivos (torpe, fútil), meios (veneno, fogo, asfixia, tortura ou outro meio cruel que possa resultar perigo comum), modos (traição, emboscada, mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido) e, por fim, a finalidade (para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime).

A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E DO MOTIVO TORPE

Conforme já exposto, a Lei define como feminicídio o homicídio praticado contra a mulher em razão de sua condição de mulher, o que ocorre quando o crime envolver violência doméstica e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Nomeia-se como feminicídio a conduta que expressa a morte violenta com características ou âmbitos específicos que, na maioria das vezes, não ocorrem nas mortes masculinas. Portanto, nominar o feminicídio foi uma demanda – feminista – que refletiu o reconhecimento da especificidade dessas mortes.

Carmen H. de Campos pontua que as circunstâncias previstas na Lei para a ocorrência da violência feminicida (doméstica ou familiar) e menosprezo ou discriminação à condição de mulher é uma realidade na vida das mulheres brasileiras. Explica o conceito de feminicídio como sendo:

¹ JUNQUEIRA, Gustavo, VAZOLINI, Patricia. Manual de direito penal – parte geral. Saraiva Educacional. São Paulo, 2019. p. 631.

[...] atos ou condutas misóginas que levam à morte, ou a morte por razões de gênero ou ainda como uma forma extrema da violência baseada no gênero busca proteger um bem jurídico considerado penalmente relevante (a vida). Assim, o feminicídio seria uma adequação típica contraposta à figura do homicídio, visando diferenciar e nominar a especificidade das mortes de mulheres. Nesse sentido, é legítima a diferenciação legal do feminicídio, porque há no reconhecimento jurídico dessa forma específica de violência baseada no gênero assim como aconteceu com a violência doméstica e familiar contra a mulher.²

Ante a atenção da lei em repreender condutas baseadas na discriminação de gênero e o seu processo de elaboração ter seguido os mesmos moldes daqueles que são extensão das leis que tutelam o gênero, é certo afirmar que se trata de uma continuidade da tutela especial que tem o intuito de defender a condição do sexo feminino.

No entanto, em que pese o fato de a lei prever “por razões do sexo feminino” e pelo projeto de lei ter se fiado na discriminação de gênero, existem divergências quanto à natureza da qualificadora.

Guilherme de Souza Nucci defende que:

trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima, ser mulher. Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão “por razão de condição de sexo feminino”. Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis, podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo.³

O referido autor, apesar de descrever uma qualificadora subjetiva, parte da premissa que se confere maior tutela à mulher, porque ela é o sexo fragilizado nas relações domésticas e familiares e por isso é uma qualificadora de ordem subjetiva.

² CAMPOS, Carmen Hein de; Sistema Penal & Violência; Porto Alegre, 2015.

³ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 18. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro – Biblioteca Digital da PUC-SP

Neste mesmo sentido é defendido pela professora Maria Berenice Dias⁴ que compreende que a qualificadora é objetiva, pois o conceito de violência doméstica prescinde de qualquer valoração específica.

O Fórum Nacional de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) e a Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a mulher exaram em seus enunciados a mesma compreensão que os autores supracitados.⁵

Tampouco difere deste pensamento Amom Albernaz Pires:

Portanto, se, de um lado, a verificação da presença ou ausência das qualificadoras subjetivas do motivo fútil ou torpe (ou ainda da qualificadora do inciso V) demandará dos jurados avaliação valorativa acerca dos motivos inerentes ao contexto fático-probatório que levaram o autor a agir como agiu, por outro lado, a nova qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva, pois descreve um tipo de violência específico contra a mulher (em razão da condição de sexo feminino) e demandará dos jurados mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais.⁶

É inegável que ao compreender a qualificadora do feminicídio como uma qualificadora de natureza objetiva, concorda-se com a possibilidade da figura do feminicídio privilegiado. O privilégio é eminentemente subjetivo e só pode coexistir com qualificadoras objetivas, sob pena de *bis in idem*.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 110-112.

⁵ ENUNCIADO 23 – A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015). ENUNCIADO 39 – A qualificadora do feminicídio, nos termos do artigo 121, §2º – A, I do Código Penal, é objetiva, uma vez que o conceito de violência doméstica é aquele do art. 5º da Lei 11.340/06, prescindindo de qualquer valoração específica (aprovado no VII FONAVID – BH) ENUNCIADO 24 – A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

⁶ PIRES, Amom Albernaz. *A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pires/>>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

Noutra banda, cumpre destacar os argumentos que defendem que a natureza da qualificadora do feminicídio é subjetiva.

Celso Delmanto, ao comentar o artigo 2º – A, inciso II, do Código Penal, explicam que o “menosprezo” trazido no tipo tem como sentido a depreciação, o desprezo, o desdém, de modo que discriminar alguém pelo fato de ser mulher remete à ideia do preconceito, pois a considera inferior, sem o mesmo valor e sem a mesma dignidade. Pontua que na prática, a demonstração da ocorrência dessa qualificadora é dificultosa, pois se trata de uma qualificadora demasiadamente subjetiva.⁷

No mesmo sentido, Rogério Sanches Cunha defende que a qualificadora é subjetiva, uma vez que pressupõe motivação especial, qual seja, o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.⁸

José Carlos Cosenzo ilustra que o crime descrito como feminicídio é aquele que é cometido contra mulheres, individualmente ou em grupos, e possui características misóginas. É o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher que ocorre geralmente no contexto dos relacionamentos e se apresentam de maneira violenta. Portanto, o feminicídio contém uma circunstância de ordem subjetiva que é descrita, expressamente, na imposição de “contra a mulher” e “por razões da condição do sexo feminino”, de sorte que não pode se relacionar com o meio ou modo de execução.⁹

O mesmo posicionamento é perfilhado por Alice Biachini que defende que “as três situações que configuram feminicídio previstas na norma penal interpretativa do §2º – A do art. 121 do CP (“razões da condição do sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher”) são de caráter subjetivo, uma vez que representam a motivação da ação homicida.¹⁰

⁷ *Idem.*

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Disponível em: <<http://www.portal-carreirajuridica.com.br/noticias/lei-do-feminicidio-breves-comentarios-por-rogerio-sanches-cunha>> Acesso em: 05 de agosto de 2019.

⁹ JALIL, Mauricio Schaun, GRECO FILHO, Vicente (coords.). *Código Penal Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. Biblioteca digital PUC-SP. Pp. 346/347

¹⁰ BIANCHINI, Alice. *R. EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, janeiro-março de 2016. pp. 215-216.

A autora argumenta que a qualificadora é subjetiva trazendo a seguinte hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu gosto ou ideal moral, como se dela fosse dono ou possuidor, anulando a mulher e partindo do pressuposto que a mulher não pode contrariar suas vontades.¹¹

Ademais, defende que o contexto de violência doméstica e familiar imposto pelo tipo do feminicídio, é aquele definido no artigo 5º da Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha) que considera violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero. Assim, não é toda violência ocorrida no recorte geográfico de residência da vítima que configurará a violência doméstica e familiar reclamada pelo feminicídio, mas sim aquela baseada no gênero.

É certo que para os defensores da natureza subjetiva da qualificadora, o feminicídio combinado com o privilégio é impossível, haja vista o privilégio tratar de uma causa de diminuição de ordem subjetiva.

Em relação à qualificadora do motivo torpe, doutrina e jurisprudência são remansosas em afirmar que o motivo torpe é aquele abjeto, ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade. É, portanto, o motivo que causa repulsa excessiva à sociedade.

Ante o exposto, é possível afirmar que antes do advento da Lei 13.104 de 2015 (feminicídio) o crime motivado pelo gênero já poderia ser tratado como qualificado, mas pelo motivo torpe. Assim, conforme Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista,¹² a mudança foi meramente tipográfica, migrando o comportamento delituoso, previsto no motivo torpe, para o mesmo parágrafo, mas agora previsto como feminicídio. Portanto, a virtude dessa alteração se encontra na simbologia que é o alerta que se faz da necessidade de coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão de gênero.

A Professora Alice Biachini explica que de fato o feminicídio já poderia e, em alguns casos, já era, classificado como crime hediondo, pois não há como negar torpeza

¹¹ *Idem.*

¹² CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 6ª edição. São Paulo: RT, 2015, p. 80.

na ação de matar uma mulher por discriminação de gênero, por exemplo, porque usa minissaia ou não limpou corretamente a casa, etc. Contudo, esse entendimento não era uniforme, pois quando se tratava, por exemplo, de crime motivado pelo ciúme, doutrina e jurisprudência oscilavam em torno de três interpretações: é torpe, é fútil ou não qualifica o homicídio.¹³

Destarte, conclui-se que a pertinência da lei do feminicídio se apresenta exatamente na aniquilação das controvérsias antes existentes, de modo que o legislador colocou em voga uma ideia que já estava na estrutura do homicídio qualificado, mas não era aplicada em todos os crimes que envolviam morte de mulheres.

Portanto, pacificando as dissonâncias da jurisprudência, a Lei do Feminicídio serve para dizer que condutas criminosas baseadas no gênero caracterizam feminicídio o que possibilitou, por exemplo, que mortes de mulheres motivadas pelo sentimento de posse tratassem sempre de um crime de homicídio qualificado.

O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Sendo o feminicídio um crime doloso contra a vida, a apuração do fato será submetida ao procedimento especial do júri, nos termos expostos pelo Código de Processo Penal.

Dessa forma, aquele que está sendo acusado de ter praticado um feminicídio terá os fatos apurados da seguinte maneira: em um primeiro momento, na primeira fase, o (a) juiz (íza) togado (a), munido (a) de técnica, colherá provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e, encerrados os trâmites de praxe, proferirá a sua decisão. Neste momento processual as decisões possíveis são a pronúncia, a impronúncia, a absolvição sumária ou a desclassificação do delito para outro que não um doloso contra a vida.

O Professor Guilherme de Souza Nucci bem elucida a responsabilidade do (a) magistrado (a) nesta fase, sobretudo a relevância que possui a tecnicidade do (a) julgador (a) caso decida pronunciar o acusado:

¹³ BIANCHINI, Alice. *A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?*. R. EMERJ, RJ, v. 19, n. 72, janeiro – março 2016. p. 217

Finda a instrução, que se assemelha ao procedimento comum, o juiz poderá avaliar a admissibilidade da acusação, ou seja, se é viável ou não enviar o caso à apreciação dos jurados, no Tribunal do Júri. A cautela é salutar, uma vez que o povo, quando chamado a julgar, não dará voto fundamentado, decidindo em sigilo o destino do réu, motivo pelo qual pode condenar, assim querendo, qualquer um. Por isso, antes que um processo seja oferecido à avaliação dos juízes leigos, há o crivo do magistrado togado. Este, por sua vez, tem a importante missão de filtrar os casos onde existem provas mínimas para que o Júri se reúna decidindo a sorte do acusado, separando os outros, em que fica evidente a carência de provas, devendo ser encerrada a instrução, até que novas provas surjam, se for o caso.¹⁴ (grifei).

Como é consabido, esgotados os recursos cabíveis, em caso de pronúncia, inicia-se a fase de preparação para o plenário, segunda fase do procedimento bifásico, oportunidade na qual o mérito da imputação será posto sob o crivo do Conselho de Sentença.

A Constituição da República prevê a instituição do Júri no capítulo dos direitos e garantias, e traz, ainda, os princípios da soberania dos veredictos, do sigilo das votações e da plenitude de defesa. Nesse formato de tribunal, incumbe a um colegiado de pessoas do povo – jurados sorteados que compõem o Conselho de Sentença – julgar o mérito da causa e a um (a) juiz (íza) de direito presidir a sessão.

É sabido que os jurados não precisam fundamentar suas decisões e decidem a partir de suas íntimas convicções. Essa característica faz com que os debates produzidos em plenário tenham como objetivo a sedução dos interlocutores. Neste sentido trabalha Gabriel Chalita expondo que sedução haverá onde houver discurso – no Brasil, nos Estados Unidos ou em qualquer outro país onde as pessoas tenham a possibilidade de decidir, a partir de argumentos apresentados por outras.¹⁵

Diante dessa peculiaridade, é certo que a desnecessidade de fundamentação das decisões é um aspecto delicado, uma vez que incita o desenvolvimento de habilidades específicas por aqueles (as) que atuam no Tribunal do Júri.

Neste diapasão, salta aos olhos a crescente onda punitivista que é capaz de chancelar condenações muito mais severa para os réus, de modo que os argumentos lógicos ou a

¹⁴ NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de Direito Processual Penal*, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁵ CHALITA, Gabriel. *A sedução no discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri*. 4 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007.

sedução podem se mostrar insuficientes diante de um Conselho de Sentença inserido na nossa sociedade que acredita na didática do encarceramento.

O Brasil redemocratizado não se afastou da lógica de terrorismo de Estado proporcionado pelos governos ditatoriais, pelo contrário, se apresentou um endurecimento, por parte da política legislativa no processo de condenação e encarceramento, sintetizado por Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho:

(a) criação de novos tipos penais a partir de um novo rol de bens jurídicos expressos na Constituição (campo penal); (b) ampliação da quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal); (d) criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); (e) enrijecimento da qualificada do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos e progressão e livramento condicional (campo da execução penal); (f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); (g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v.g. Lei 10.782/03) (campo penitenciário).¹⁶

Ecoando os sentimentos de insegurança e medo coletivo, próprios das sociedades contemporâneas, os anseios de segurança crescem e se intensificam o desejo de repressão e maior rigor penal. O desejo punitivo segue a aspiração imediatista de “viver em paz” traz consigo desmedida ampliação do poder punitivo do Estado.¹⁷ Ademais, a vontade de punir entendida como um sintoma contemporâneo atinge os países ocidentais e, por conseguinte, desestabiliza o sentido substancial de democracia, fazendo com que o punitivismo se torne popular.¹⁸

¹⁶ CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo. *Tensões atuais entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica: a experiência brasileira*. In: CAMPOS, Carmen. (Org) *Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 154/155.

¹⁷ KARAM, Maria Lúcia. *A Esquerda Punitiva in Discursos sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, n. 1, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1996.

¹⁸ Elena Larrauri aponta quatro fatores que possibilitam condições de consolidação do populismo punitivo nos países ocidentais: (1º) o *neoliberalismo econômico*, que rompe com a ideia de Estado Social e define formas de governar através do crime, consolidando Estados punitivos; (2º) o *neoconservadorismo político*, que enfatiza a mensagem da periculosidade da delinquência; (3º) o sentimento de *insegurança ontológica*, derivado dos novos riscos e da desagregação da comunidade local e do grupo familiar tradicional, que se projeta nos grupos econômicos-sociais vulneráveis; e (4º) o *aumento continuado do delito* e seu redimen-

Assim, o sentimento punitivista presente em nossa sociedade, e que no Tribunal do Júri se apresenta por meio dos jurados, desponta da insegurança social que se perfaz na crença de que punições mais severas aos delitos já tipificados e a tipificação de novas infrações são a garantia da segurança e, no caso, a solução para a morte violenta de mulheres. Há patente desejo social de que o Direito Penal assuma uma forma retribucionista, garantindo a adesão da sociedade à crença na suposta função dissuasiva dessa ciência.

Nesta marcha, o sistema penal repressivo se apresenta como uma solução perfeita para quase todo tipo de conflito, fazendo com que o Direito Penal seja utilizado como *prima ratio* afastando a razoabilidade e o garantismo. No recorte do Tribunal do Júri, o conservadorismo presente na sociedade atual se trasveste em democracia e, em nome da suposta defesa de direitos, midiaticiza, por meio de televisão e sondagens, a perpetuação da punição massiva.¹⁹

Assim, pode-se dizer que a sentença de pronúncia deve ser proferida dotada de técnica e em completa atenção ao fato de que a sua existência é pressuposto para que o acusado seja julgado por um Conselho de Sentença que é atingido diariamente pela crença de que a agudeza do Direito Penal e o recrudescimento das leis repressivas são instrumentos didáticos e eficazes no combate à “impunidade”. Ressalta-se que a individualização e demonização do autor de um crime são elementos inerentes à reação punitiva que se ocultam através de mecanismos ideológicos, proporcionando e incentivando, inclusive, os abusos de poder presentes no Poder Judiciário.²⁰

Dessa forma, no cenário do Tribunal do Júri, com jurados que não precisam motivar as suas decisões, por mais que cristalino o fato de a imputação da qualificadora do feminicídio em conjunto com a qualificadora do motivo torpe configurar *bis in idem*, a sanha punitivista, seja dos (as) magistrados (as) que pronunciam, seja do Conselho que condena, proporciona a condenação de réus à penas discrepantes quando comparadas às de outros réus que praticaram condutas semelhantes.

sionamento em formas organizadas e transnacionais. In: SALO, de Carvalho *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)* – CriminologiaS: discurso para a Academia. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.pp. 09/10.

¹⁹ PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da Silva; *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

²⁰ *Ibidem*.

DAS SENTENÇAS SELECIONADAS

Considerando que muitas vezes a denúncia não aponta expressamente que determinada descrição corresponde à qualificadora do feminicídio, mostrou-se conveniente colocar uma ressalta ([feminicídio]) ao final da descrição do Ministério Público, visando facilitar o entendimento do (a) leitor (a) que não está acostumado (a) com a linguagem jurídica.

A primeira sentença foi proferida pela Magistrada Débora Faitarone nos autos do processo autuado sob o n. 0002877-92.2016.8.26.0052. No caso, o réu foi denunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos I, IV e VI, do Código Penal.

Na denúncia, o Ministério Público justificou a incidência das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio da seguinte maneira: “o crime foi cometido por motivo torpe, pois “a vítima foi alvejada em razão de uma discussão decorrente do sentimento de posse do acusado. Eis que, a vítima ameaçava deixar o lar, rompendo a relação em decorrência do histórico envolvendo as partes”; e, “constatou-se que o crime foi realizado contra mulher por razões do sexo feminino, no âmbito da violência doméstica e familiar” ([feminicídio]).

A Magistrada pronunciou o acusado e manteve todas as qualificadoras imputadas na denúncia, manifestando-se nos seguintes termos:

A jurisprudência majoritária dos tribunais entende que apenas é cabível ao juiz afastá-las (as qualificadoras) quando manifestamente improcedentes.

Assim ensina Walfredo Cunha Campos: a qualificadora do inciso i do §2º-A (feminicídio decorrente de violência doméstica e familiar) é objetiva. Basta o autor cometer o crime contra a mulher, no contexto da violência doméstica e familiar definido pela Lei Maria da Penha, para que se encontre presente a qualificadora do feminicídio; o crime, todavia, deverá ter como motivação próxima ou remota o gênero (feminino) da vítima: mata-se por ciúme, por discussões de relacionamento, porque a ofendida não cumpriu com as “prendas domésticas”; porque pretende se separar, porque há discussão na melhor educação para os filhos; porque o autor do delito se embriagava com frequência, sujeitando-se às (justas) críticas da mulher em razão de sua conduta etc. (obra: Tribunal do Júri, Teoria e Prática, 5ª edição, pg. 517.).

Após a citação, a Juíza asseverou que: “no caso o acusado praticou o crime contra a sua companheira, caracterizando assim, a qualificadora prevista no artigo 121, §2º, inciso VI, combinado com o §2º-A, inciso I, do Código Penal, pois o crime ocorreu no ambiente

doméstico”. Destarte, em relação ao motivo torpe, sustentou que “tendo em vista o fato de que a vítima não pretendia mais continuar a convivência comum, e o acusado não aceitaria a separação em razão de seu exacerbado sentimento de posse”.

A segunda sentença foi proferida pela Magistrada Marcela Raia de Sant’Anna, nos autos do processo autuado sob o número 0005080-90.2017.8.26.0052. No caso, o réu foi denunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos I, IV e VI combinado com o §2º-A, inciso II, do Código Penal.

O Ministério Público justificou a incidência das qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe da seguinte forma: “foi cometido por motivo torpe consistente em exacerbado e egoístico sentimento de posse que o réu mantinha pela vítima, como se ela fosse sua propriedade”, e “o crime foi cometido contra mulher envolvendo menosprezo e discriminação à condição feminina da vítima. ([feminicídio]).

A Magistrada pronunciou o réu, mantendo a qualificadora do motivo torpe e afastando a qualificadora do feminicídio. Quanto às qualificadoras se manifestou da seguinte maneira: “a qualificadora do motivo torpe, consistente em exacerbado sentimento de posse que o réu mantinha pela vítima deve ser mantida, pois encontram respaldo nos depoimentos”, “por outro lado, a qualificadora do feminicídio deve ser afastada, pois, nessa hipótese, o animus do agente deve ser analisado e coincide com o sentimento de posse e propriedade que o réu nutria pela vítima, como se dono dela fosse, que configura a qualificadora do motivo torpe. Admitir ambas implicaria em inadmissível *bis in idem*.

A terceira sentença foi proferida pela Magistrada Renata Mahalem da Silva Teles, nos autos do processo autuado sob o número 0007208-17.2016.8.26.0635. O réu foi denunciado como incurso no artigo 121, §2º, inciso I e VI, e §2º-A, inciso I.

O Ministério Público justificou a incidência das qualificadoras da seguinte forma: “o delito foi praticado por motivo torpe porque o acusado matou a vítima por vingança, pois acreditava que ela o havia traído”; e “o delito foi praticado contra a vítima por razões da condição do sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar”. ([feminicídio]).

O réu foi pronunciado e em relação às qualificadoras a Magistrada compreendeu que “o crime foi cometido por motivo torpe, pois denota-se que o réu investiu contra a vítima por supor que estava sendo traído”, e “ademais, também deve ser submetida à

análise dos jurados a qualificadora relativa ao feminicídio, eis que há indícios de que o delito foi praticado contra mulher, em situação de violência doméstica e familiar. Nota-se que as partes viviam união estável e possuíam um filho”.

Além disso, se pronunciou no sentido:

Não há que falar-se aqui, na incompatibilidade entre a qualificadora do motivo torpe e o feminicídio. Inobstante a existência de opiniões defensáveis no sentido de que ambas possuem natureza subjetiva, haja vista que a lei fala claramente em “motivos”, perfilho do entendimento de que a compatibilidade entre elas é perfeitamente possível. Isto porque, a Lei do Feminicídio veio, exatamente, para proteger o gênero “mulher”, corrigindo a desigualdade histórica existente, que coloca a mulher em condição de inferioridade. Negar a aplicação da lei em comento e a compatibilidade entre o feminicídio e a motivação fútil ou torpe seria negar a *ratio essendi* da lei, a razão pela qual foi editada. A futilidade e a torpeza continuam existindo como motivação do crime e o feminicídio ocorrerá, toda vez que houver, objetivamente, morte violenta de mulher em razão do gênero. Ao meu ver, o critério aqui é objetivo.

A quarta sentença foi proferida pelo Magistrado Luís Filipe Vizotto Gomes, nos autos do processo autuado sob o número 0001141-68.2018.8.26.0052. No caso, o réu foi denunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos I, III, IV, VI e §2º-A, inciso I, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O Ministério Público defendeu a incidência das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio nos seguintes termos: “a tentativa de homicídio foi perpetrada por motivo torpe, isto é, em razão de excessivo sentimento de ciúme visando se vingar do fim da relação amorosa”, e “o crime foi perpetrado contra mulher, no âmbito da violência doméstica e familiar”. ([feminicídio])

O Magistrado pronunciou o acusado mantendo todas as qualificadoras imputadas na denúncia. Em relação à qualificadora do motivo torpe “a vítima foi firme em dizer que o réu era ciumento e que não aceitava o término do relacionamento. A conduta dele, portanto, teria sido motivada por vingança”; no tocante à qualificadora do feminicídio “deve permanecer, pois as agressões aconteceram por conta de um relacionamento amoroso entre o réu e a vítima”.

A quinta sentença foi proferida pelo Magistrado Roberto Zanichelli Cintra, nos autos do processo autuado sob o número 0001069-78.2018.8.26.0635. O réu foi

denunciado como incurso nas penas do artigo 121, §2º, incisos I, III, IV e VI, e §2º-A, inciso I, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal.

O Ministério Público justificou a caracterização das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, nos seguintes termos: “o crime foi cometido por motivo torpe consistente em exacerbados sentimento de posse, como se a vítima fosse propriedade do indiciado”, e “o crime foi praticado contra a mulher envolvendo violência doméstica familiar”. ([feminicídio]).

Na sentença de pronúncia o Magistrado afastou a qualificadora do motivo torpe, pois entendeu que “deve ser rejeitada de pronto. Isso porque o ordenamento jurídico veda a imputação de duas qualificadoras de natureza subjetiva ao mesmo agente, sob o risco da ocorrência de *bis in idem*”. Continuou argumentando que “as expressões eleitas pelo Ministério Público para descrever o motivo torpe (“exacerbado sentimento de posse”) estão contidas no conceito legal do feminicídio (“contra a mulher, em razão do sexo feminino”, a teor do descrito no inciso VI, do §2º-A, do artigo 121, do Código Penal). E não poderia ser de outro modo, já que carregam em si a ideia de que a constatação das respectivas tipicidades está sujeita à análise dos elementos de cognição do agente. Tanto o motivo torpe, quanto o feminicídio, revelam a clara descrição de um sentimento de propriedade em relação a um indivíduo, desprezo do agente sobre a condição do gênero feminino, cujo desmerecimento é explícito. Evidente, portanto, que, de acordo com o Ministério Público, o acusado acreditava que sua ex-esposa era um objeto sem personalidade, submisso às suas vontades e impedida de lhe contraria, caso contrário, seria o alvo de toda sorte de violência. É impossível negar que um crime cometido “contra a mulher, em razão do sexo feminino” traduz qualidades intelectuais que somente podem ser detectadas com a prospecção do dolo motivador do delito, já que a própria palavra “razão”, trazida pelo legislador no tipo legal, é sinônimo de ânimo íntimo, impulso de ordem emocional, inerentes às características psicológicas do agente. A consequência lógica, assim, é admitir que a elementar subjetiva da torpeza (“posse”), no caso concreto, coincide com sentimento de menosprezo do réu à condição da mulher, pois os indícios apontam ter sido esta, se não a razão, pelo menos um dos sintomas do sentimento de posse”.

Efetuada breve leitura das sentenças é possível perceber que o Ministério Público, em todas as denúncias, justificou a presença da qualificadora da torpeza se pautando na

motivação de gênero, elegendo expressões como “exacerbado sentimento de posse” ou “excessivo sentimento de ciúme visando se vingar”.

Nota-se, ainda, que essas justificativas foram adotadas em quatro das cinco sentenças analisadas, uma vez que, como visto, enquadram a torpeza da seguinte forma: (I) acusado não aceitou a separação em razão do exacerbado sentimento de posse; (II) exacerbado sentimento de posse que o réu mantinha pela vítima (III) vingança, pois acreditava que a vítima o havia traído (IV) excessivo sentimento de ciúme, não aceitou o término do relacionamento e se vingou.

Ademais, as sentenças I, III e IV enquadraram o feminicídio como sendo de natureza objetiva sob os seguintes argumentos: (I) o crime ocorreu em ambiente doméstico; (III) ocorreu em ambiente doméstico considerando que viviam em união estável e possuíam um filho; (IV) as agressões ocorreram por conta de um relacionamento amoroso.

Outrossim, as sentenças nas quais os (as) magistrados (as) compreenderam pela natureza subjetiva, o fizeram sob as seguintes explicações: (II) o *animus* coincide com o sentimento de posse, como se dono fosse, que configura a qualificadora da torpeza; (V) as qualificadoras têm indubitosa natureza subjetiva, pois refletem a inspiração do acusado.

Nos termos já citados, a Lei do Feminicídio teve, dentre outros, o objetivo de cessar os entendimentos dissonantes presentes na jurisprudência que ora qualificava os delitos motivados por discriminação de gênero, ora não qualificava.

Dessa forma, a qualificadora do feminicídio demonstra sua pertinência na medida em que aniquila, ou tem o condão de aniquilar, as referidas dissonâncias. Além disso, evita que seja defendida a tese da legítima defesa da honra do homem, uma vez que uniformiza o entendimento de que existe discriminação de gênero e que isso qualifica o crime.

No mais, é incontestável que o feminicídio não é um modo, uma finalidade, tampouco um meio de execução do homicídio. Trata, portanto, de um motivo, sendo que o móvel do agente deve ser a discriminação de gênero, conclusão que se extrai da exigência de “razões” expressa no texto da lei, bem como do seu caráter de extensão especial da Lei Maria da Penha que traz em seu artigo 5º que a violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero.

Sendo assim, se para a configuração da violência doméstica a Lei Maria da Penha impõe que o crime tenha motivação específica de “ação ou omissão baseada no gênero”, por que a violência doméstica que se perfaz na morte, qualificadora que estende a tutela especial, também não seria?

Evidente, então, que as duas espécies de violência doméstica têm a mesma natureza, pois ambas possuem origem em circunstância fática idêntica, sendo o elemento móvel da conduta do agente está na discriminação de gênero.

A morte por razões de gênero se dá quando há morte motivada pelo ciúme, discussões de relacionamento, sentimento de posse, sentimento de superioridade, porque a vítima não agiu como o réu esperava, etc.

Neste diapasão, compulsando o enquadramento dos (as) magistrados (as) que consideram a qualificadora do feminicídio como objetiva, nota-se que o fazem se baseando em singelos fatos objetivos como, por exemplo, o fato de a vítima possuir o sexo feminino ou o fato ter ocorrido em sua residência e expurgam desse enquadramento a motivação de gênero, definindo-a como torpe.

Esses argumentos, apesar de encontrarem suas justificativas no sentido de proteção à mulher ou consoantes com o entendimento dos Tribunais Superiores, não se mostram suficientes para proporcionar aderência à tese da objetividade da qualificadora, pelo contrário, somente corroboram a falta de técnica dos (as) magistrados (as) ou falta de conhecimento acerca dos reais objetivos da qualificadora.

Isso fica explícito, por exemplo, nas sentenças I e III, pois na primeira, a magistrada faz uso de um trecho de doutrina que fala exatamente que a morte pelo gênero se dá por ciúme, por brigas de relacionamento, sentimento de posse, etc., e, logo depois, justifica a incidência da qualificadora do feminicídio, uma vez que a vítima era mulher e porque o crime ocorreu em âmbito de violência doméstica. Mais absurdo ainda, caracteriza a torpeza na ação do acusado se baseando em um fato que, no trecho de doutrina que ela mesma citou, é exemplo de feminicídio.

Já na terceira (III) a magistrada, em sua fundamentação, assume de maneira categórica que a qualificadora do feminicídio, conforme os defensores explicam,

exige motivo para que se veja configurada. Contudo, mesmo assim, preferiu manter a qualificadora coexistindo com a qualificadora do motivo torpe.

Portanto, os (as) magistrados (as) que se posicionam pelo caráter objetivo da qualificadora não apresentam argumentos sólidos para tanto. Não fazem comparações, por exemplo, com as qualificadoras de modo ou de meio, a fim de firmarem seu posicionamento de maneira embasada, bem como não efetuam a interpretação sistemática do ordenamento jurídico a fim demonstrar que a lei que inspirou a feitura da qualificadora de gênero também trata a violência de maneira objetiva. Aparenta que não o fazem por impossibilidade, ou seja, porque não conseguem defender o posicionamento de maneira rígida e embasada.

Entretanto, foi possível perceber que os (as) que se firmam pela objetividade, o fazem sob uma ótica “justiceira”, dissertando sobre como a qualificadora do feminicídio serve para proteger as mulheres e para punir aqueles que praticam crime contra elas.

Neste diapasão, se mostra mais contraditório ainda o fato de que ao entenderem a qualificadora do feminicídio como sendo objetiva despontam na possibilidade de existir, em plenário, a tese do feminicídio privilegiado.

A doutrina e a jurisprudência são remansosas em admitir a existência do homicídio qualificado privilegiado, contudo, estabelecem a condição de que a qualificadora deve ser de natureza objetiva, uma vez que o privilégio possui núcleos claramente subjetivos repelindo, portanto, as qualificadoras da mesma natureza.

Dessa forma, o discurso ser o da defesa da mulher como ser vulnerável, ao admitirem a natureza objetiva, cancelam a possibilidade da defesa do privilégio, ou seja, o privilégio sendo admitido em um homicídio de mulher ou “o privilégio de se matar mulheres”. Nesta esteira, denota-se não ser uma questão de defesa ao gênero, mas sim que há uma carência técnica nas fundamentações e nesgas punitivistas.

Ora, não se pode dizer que a qualificadora nasce com o objetivo de defender mulheres, seres vulneráveis e discriminados, e, na mesma argumentação admitir a possibilidade da defesa do privilégio em plenário.

Contudo, diante das argumentações rasas e unindo isso à crescente onda punitivista, anteriormente exposta, revela-se que a falta de embasamento convincente continua sendo perpetrada, pois se vê nisso uma forma de remeter um acusado ao crivo de um Conselho de Sentença leigo composto, inclusive, pela sociedade que vê no Direito Penal uma forma de justiça social e crê no poder de dissuasão da pena, e vê-lo condenado à uma pena maior. Isso porque, o (a) juiz (a) que remete o réu a júri com duas qualificadoras dá a ele a chance de ser condenado e apenado com as duas, pois a pronúncia é a delimitação da acusação em plenário.

O argumento de que a defesa ainda possui meios de afastar uma das qualificadoras contando com a tese do *bis in idem* é válido, claro. Contudo, não é efetivo, uma vez que o defensor terá que explicar a jurados leigos conceitos técnicos que muitas vezes não são entendidos ou, pelo punitivismo inerente e desnecessária fundamentação do veredicto, podem ser desconsiderados.

Por isso, é importante retomar que o procedimento do júri é bifásico exatamente para que em sua primeira fase um magistrado, dotado de conhecimentos técnicos e obrigado a fundamentar suas decisões, analise a procedência da acusação e não envie o réu com delimitações esdrúxulas para a sessão plenária.

Nos casos apresentados, todos os réus foram pronunciados com mais de uma qualificadora, com exceção apenas do caso II. Diante disso, hipoteticamente, se todos os acusados tivessem sido denunciados como incursos apenas nas qualificadoras do motivo torpe e feminicídio, segundo o entendimento de maioria do I Tribunal do Júri, três deles teriam suas acusações delimitadas em homicídios (consumados ou tentados) duplamente qualificados podendo, inclusive, sustentar a tese do feminicídio privilegiado, enquanto apenas dois seriam pronunciados com a acusação limitada à uma qualificadora (homicídio qualificado), contudo, com a possibilidade de defesa do privilégio rechaçada.

Portanto, infelizmente, o cenário que se apresenta é o da insegurança jurídica e da ausência de técnica. O réu, ao ser julgado por um feminicídio, está à própria sorte podendo ora ser pronunciado com uma qualificadora, ora com duas e, aí, pela mesma motivação, com bases rasas e argumentos que não se sustentam na medida que são contraditórios e denotam nescias punitivistas por parte daqueles (as) que compreendem pela natureza objetiva da qualificadora.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar a compreensão dos (as) juízes atuantes no Primeiro Tribunal do Júri da Capital de São Paulo acerca da natureza da qualificadora do feminicídio.

É fato notório e conhecido que a violência contra as mulheres é algo que perdura em nossa sociedade há séculos. Essa “cultura da agressão” se baseia nas relações desiguais que são resultado da cultura patriarcal, machista e misógina expressada através de inúmeras formas de discriminação, exploração e exclusão da mulher.

O termo feminicídio significa “a morte de mulheres em razão de gênero ocorridas em um contexto de violência baseada no gênero e na discriminação contra mulheres” (Lagarde, 2006). Assim, a Lei 13.104 de 2015 definiu o feminicídio como homicídio praticado contra a mulher em razão de sua condição de mulher, o que ocorre quando o crime envolver violência doméstica e (ou) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Sendo um crime doloso contra a vida, é certo que o feminicídio será apreciado pelo Tribunal do Júri. Esse procedimento, por sua vez, segue a lógica de que o (a) magistrado (a) da primeira fase só poderá submeter o acusado ao crivo do conselho de sentença o caso que ele, em tese, condenaria, se fosse competente. Ressalta-se que não é questão de exigir a certeza de culpa do réu. Contudo, roga-se por provas suficientes. Portanto, na presença dessa suficiência, caberá ao Conselho de Sentença dar o veredicto.¹

O que se pode concluir da análise dos cinco casos selecionados foi, entretanto, a pronúncia pouco criteriosa. O primeiro ponto que mereceu destaque não tratou da pronúncia, mas foi o fato de que os (as) representantes do Ministério Público que também atuam no Primeiro Tribunal qualificam os crimes entendendo a qualificadora do feminicídio como objetiva e, por conseguinte, transpõem a motivação de gênero para a qualificadora do feminicídio, de modo que se a notícia de morte de uma mulher, por questões entendidas como de gênero, alcança aquela promotoria, é praticamente certa a imputação conjunta do motivo torpe e feminicídio.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª edição. Editora Forense. 2017.

O segundo ponto se deu em relação à análise dos argumentos proferidos pelos (as) magistrados (as), pois apontou-se que três dos (as) cinco magistrados (as) adotam a tese de que a qualificadora do feminicídio é objetiva e os outros dois compreendem a qualificadora como subjetiva.

Ademais, restou evidente que as sentenças proferidas com o entendimento pela natureza objetiva justificaram a presença da qualificadora do motivo torpe baseando-se em condutas inspiradas pelo gênero, exatamente como se manifesta o Ministério Público. Extraí-se, portanto, que os (as) magistrados (as), além de encontrarem torpeza nos crimes nos quais o móvel do agente é a discriminação de gênero, consideram suficiente o fato ser cometido contra mulher e/ou em ambiente de violência doméstica para que a qualificadora do feminicídio se ver configurada.

Partindo dessa premissa, então, o fato de a vítima ser dotada de órgão genital feminino e/ou ter sido subjugada dentro de sua residência, é suficiente para que a qualificadora do feminicídio se veja configurada. Entretanto, tal premissa não prospera.

A Lei do Feminicídio nasceu da ânsia por maior punição aos casos de morte violenta de mulheres motivadas pelo gênero. O projeto de lei, ademais, inspirou-se na ideia de prevenção por meio do recrudesimento penal. Assim, a Lei se apresenta como uma extensão da tutela especial da Lei Maria da Penha que trata, como já exposto, sobre violência doméstica baseada no gênero.

Diante disso, a qualificadora do feminicídio, de maneira expressa, impõe que para sua subsunção o motivo do crime tenha sido as “razões” de sexo feminino. Exige-se, portanto, que a discriminação de gênero esteja presente no móvel do agente. Respeitando, portanto, a tutela especial que visa combater a violência de gênero.

O terceiro e último ponto partiu da observação dos argumentos das sentenças que defendem o caráter objetivo da qualificadora, foi possível perceber que esses se mostram contraditórios, pois trazem alegações de que a qualificadora do feminicídio teve inspiração no combate à discriminação de gênero. Entretanto, ao admitirem o caráter objetivo admitem também a possibilidade do “feminicídio privilegiado” o que é extremamente contraditório com o que objetiva a qualificadora.

Diante da obviedade dessa contradição, denota-se a existência de um consenso punitivista por parte dos magistrados que, ao expurgarem a técnica e pronunciarem um réu com duas qualificadoras subjetivas, entregam aos jurados, juízes leigos, a possibilidade de condenar o acusado com ambas as qualificadoras, o que satisfaria a sanha por punição oriunda da insegurança social.

É sabido pelos magistrados que os jurados não precisam motivar suas decisões, dessa forma, ao pronunciarem um acusado com duas qualificadoras por meio de uma argumentação rasa e um discurso de combate à violência (que admite o privilégio) da mulher que não convence, entregam a um Conselho leigo, a tarefa de analisar questões técnicas, como o *bis in idem*, com chances exponenciais de não aderência à tese defensiva, pois, repisa-se, não precisam motivar suas decisões. Portanto, basta que os jurados queiram que o acusado seja apenado de maneira mais rígida para que a tese defensiva seja facilmente ignorada e as qualificadoras subjetivas serem admitidas em conjunto.

Assim, a regra está sendo um tratamento penal recrudescido e ausência de técnica chancelada pela ideia de que cabe ao Poder Judiciário dar, através de condenações, a resposta esperada pela sociedade em relação à violência contra as mulheres, sobretudo acerca das mortes por discriminação de gênero.

É notório que a opção pelo recrudescimento penal e a crença no caráter preventivo da pena não são eficazes para reduzir o número de feminicídios no Brasil, uma vez que o feminicídio é o resultado de falhas consecutivas no âmbito da educação, da prevenção e da assistência à mulher, ao agressor e à toda a sociedade.

A severidade penal não é o bastante para coibir o homicídio de mulheres motivados pela discriminação de gênero, pois essa “prática” é fruto de uma cultura patriarcal e institucionalizada, de modo que uma pena maior não terá, por si só, o didatismo necessário para cessar esse tipo de violência.

Desta forma, conclui-se que a qualificadora do feminicídio tem caráter subjetivo e, portanto, a imputação conjunta com o motivo torpe caracteriza *bis in idem*. Ademais, conclui-se que a imputação conjunta tornou-se uma forma de punir com mais rigor os réus e o não reconhecimento do *bis in idem* chancela esse objetivo, na medida em que não

se apresenta em sentenças robustas de argumentos, mas sim apoiadas em frágeis situações objetivas e não trazem nenhum embasamento teórico.

Por fim, conclui-se que não cabe aos juízes de direito, atuantes no Tribunal do Júri, por meio de sentenças carentes de técnica, se apresentarem como “ativistas” ou “justiceiros” e ignorarem o que é exigido pelo próprio ordenamento jurídico a fim dar a resposta preventiva e retribucionista do direito penal que a sociedade, no geral, aguarda.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?. R. EMERJ, RJ, v. 19, n. 72, pg. 217, janeiro – março 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org.); CALAZANS, Myllena. CORTES, Iáris. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

CHALITA, Gabriel. A sedução no discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri. 4 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei do Feminicídio: breves comentários. Disponível em: <<http://www.portalarreirajuridica.com.br/noticias/lei-do-feminicidio-breves-comentarios-por-rogerio-sanches-cunha>>

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JUNIOR, Roberto Delmanto. Código Penal Comentado, 9. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018

FERNANDES, Valéria Diez Scarance – Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar – São Paulo: Atlas, 2015

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Atlas da Violência. 2019. p. 35. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf>>.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª edição– Revista Forense. Rio de Janeiro, 1955.

JALIL, Mauricio Schaun, GRECO FILHO, Vicente (coords.). *Código Penal Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo, 2018.

JUNQUEIRA, Gustavo, VAZOLINI, Patricia. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo, Saraiva Educacional, 2019.

LAGARDE, Marcela. *Feminicídio: uma perspectiva global*. México, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 18ª edição. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª edição – Rio de Janeiro: Forense. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza; *Curso de Direito Processual Penal*: 15ª edição. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIRES, Amom Albernaz. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicídio-e-sua-quesitação-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pires/>>

Apresentação oral

O FEMINICÍDIO E A DETURPAÇÃO DO AMOR

THE FEMINICIDE AND THE DETURPATION OF LOVE

Marcela Helena Petroni Pinca

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”(UNESP). Bolsista CAPES² (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Advogada.

E-mail: marcelahelenapp@gmail.com

Resumo: O artigo analisa a relação estabelecida por alguns feminicidas entre o assassinato e o sentimento de amor, contrapondo-o ao ódio, a partir de acórdãos de feminicídio do Estado de São Paulo em que houve o uso da palavra “amor” relacionado ao motivo do cometimento do crime. O objetivo deste artigo é a discussão acerca da confusão criada pelo uso da justificativa do sentimento de amor para tirar a vida de uma mulher com quem o agressor mantinha uma relação íntima de afeto relacionando uma sociedade patriarcal com a possessividade de relações amorosas e com a criação da qualificadora do feminicídio. O ponto central da criação do termo feminicídio é a diferenciação dos assassinatos de mulheres por serem mulheres de outros assassinatos para que seja possível delinear políticas públicas de prevenção às violências, incluindo-se nelas a prevenção ao assassinato de mulheres pelos motivos elencados. Ao pensar em feminicídio dentro de relações íntimas de afeto é preciso falar sobre o que é amor e sobre o ódio às mulheres para que seja possível a criação de políticas públicas humanas e eficazes na prevenção ao assassinato de mulheres. Este artigo foi escrito segundo a concepção de patriarcado de Heleith Saffioti (2004) cujo termo foi criado para abordar a forma com que gênero foi diferenciado na sociedade: supervalorizando o masculino em detrimento do feminino. A isto, junta-se o olhar do mundo de Joan Scott (1995), segundo o qual gênero é uma construção social relacional e o qual é construído para que haja a fluidez das relações de poder, de maneira que o masculino é o associado ao poder e o feminino é associado ao

² O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES).

submisso. Em outras palavras, a construção social do gênero e da maneira com que o poder é direcionado dentro dessas relações íntimas de afeto juntamente com a deturpação e o distanciamento de questões filosóficas, como o que é o amor, são motivos que enlaçados constroem a “romantização” do assassinato de mulheres, pelo agressor, que mata em nome de um suposto amor. Ao retirar esses nós para que seja possível o entendimento de problemas profundos e estruturais da sociedade e da existência humana com vistas à construção de uma sociedade mais plural e que saiba diferenciar amor do ódio, chega-se a conclusão de que é preciso que os indivíduos voltem a questões filosóficas do entendimento de suas existências, assim como do desenvolvimento de inteligência emocional, ou seja, do entendimento dos sentimentos e das emoções humanas, fatores relacionados a como os homens e as mulheres lidam consigo e com os outros.

Palavras-chave: Feminicídio; Amor; Patriarcado.

Abstract: The article analyzes the relation established by some feminicides between murder and the feeling of love, contrasting it with hate, based on feminicide judgments in the State of São Paulo in which there was the use of the word “love” related to the reason for the commitment of the crime. The purpose of this article is to discuss the confusion created by the use of justification of the feeling of love to take the life of a woman with whom the aggressor had an intimate relationship of affection, relating a patriarchal society to the possessiveness of love relationships and to creation of feminicide. The central point of the creation of the term feminicide is the differentiation of the murders of women for being women from other murders so that it is possible to outline public policies for the prevention of this type of violence, including the prevention of murder of women for the reasons listed above. When thinking about feminicide within intimate relationships of affection, it is necessary to talk about what love is and about the hate to women so that it is possible to create human and effective public policies in prevention of murders of women. This article was written according to the concept of patriarchy by Heleieth Saffioti (2004) whose term was created to address the way in which gender was differentiated in society: overvaluing the masculine at the expense of the feminine. To this concept, the worldview of Joan Scott (1995) is added, according to which gender is a relational social construction and which is constructed so that there is a fluidity of power relations, so the masculine is associated with the power and the feminine is associated

with the submissive. In other words, the social construction of gender and the way in which power is directed within these intimate relationships of affection together with the misrepresentation and distancing of philosophical issues, such as what love is, are reasons that intertwine build “romanticization” of the murder of women, by the aggressor, who kills in the name of an alleged love. By removing these nodes so that it is possible to understand the deep and structural problems of society and human existence with a view to building a more plural society and that knows how to differentiate love from hate, it is concluded that it is necessary that individuals return to philosophical issues of understanding of their existence, as well as developing emotional intelligence, that is, understanding human feelings and emotions, factors related to how men and women deal with themselves and with others.

Keywords: Femicide. Love. Patriarchy.

Sumário: Introdução. 1. Caminhos metodológicos. 2. Uma análise do amor em relações íntimas de afeto frente ao feminicídio. 2.1. Caso 1: “*Quero ver quem vai me impedir de fazer alguma tragédia*”. 2.2. Caso 2: “*Acrecentou, ainda, ter ingerido bebida alcoólica para ter coragem de praticar os crimes*”. 2.3. Caso 3: *o próprio acusado relatou à sua filha e ao seu genro que matou “por amor”*. 2.4. Caso 4: “*apenas para mostrar que ele tinha coragem de matar alguém por amor a ela*”. 2.5. Caso 5: “*um bilhete escrito pelo acusado, no qual ele dizia ser a vítima ‘o amor de sua vida’*”. 3. Crime de ódio versus crime de amor. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

“Sei que estou vivo porque sofro. Sofro a saudade de Ângela, sofro o amor alucinado que lhe dediquei. Jamais conseguirei amar alguém como amei Ângela Diniz. E quero morrer.” frase do assassino de Ângela Diniz retratado no podcast que narra a história dela, do assassinato e do julgamento, permeados pela romantização do assassinato e pela culpabilização da vítima (PRAIA..., 2020).

O que é o amor é uma questão filosófica discutida e (re)discutida há séculos e, embora respostas prontas, acabadas e universais de certa forma não existam, as construções sociais do que são os sentimentos ou mesmo como a psicologia interpreta tais sentimentos são alvo de estudos das mais diversas áreas, sendo que possuem impactos umas nas outras, já que todo conhecimento está inserido em um emaranhado de interrelações complexas.

Este artigo, escrito por um olhar interdisciplinar do Direito com áreas conexas como a filosofia, a sociologia e a psicologia, não traz delas um conhecimento aprofundado, pois limitado pelas mãos que o escrevem, mas reafirma a necessidade do diálogo entre os conhecimentos e do impacto de uma questão, como o feminicídio, que é vista como meramente criminal por muitos estudiosos do Direito, conquanto ela também pode ser, inclusive, filosófica.

O esquecimento de questionamentos existenciais inerentes à própria concepção de vida, do que é um ser humano, do porque estamos aqui, quais são os sentimentos e as emoções humanas, quais são os sentimentos que regem o ser humano, dentre outras questões, têm impacto direto em como as relações sociais são travadas e se assim o são, possuem relação com como as legislações são escritas e em como as pessoas se comportam.³

A positivação dos ditames estabelecidos pelos seres humanos são consequência de como aqueles que têm poder, para escrevê-las e articulá-las, vêem o mundo. No aspecto do Direito Penal, este possui inúmeras problemáticas em sua forma de existir e de ser aplicado, porém questões estas que, embora importantes, não são o alvo deste artigo. Daqui será usado a tipificação do crime de feminicídio e das maneiras de o Direito tentar lidar com este crime que possui conotação de gênero, ou seja, que está diretamente relacionado com estruturas extremamente enraizadas e operantes na sociedade, as quais, dentre outros inúmeros recortes de violências,⁴ tornam “normal” a supervalorização do masculino em detrimento do feminino (SAFFIOTI, 2004).

O Direito não possui o condão de conseguir resolver problemas profundos da sociedade; ele é, na verdade, o reflexo da própria sociedade. Daí se explica o porquê da busca por muitas legislações com avanços quanto a percepções de opressões perpetradas pelo Estado, mas que não são efetivamente contidas na sociedade, pois que tende-se à manutenção de um *status quo*.⁵ Legislações protetivas às mulheres, portanto, não estão necessariamente em conjunto com ações efetivas de proteção às mulheres.

³ Comportamento é a palavra usada para se referir ao fato de que o comportamento humano é parte de como o indivíduo vê e interpreta o mundo e em como a sociedade afeta este indivíduo, logo há uma interrelação e até mesmo um diluir da individualidade do ser humano dentro do social.

⁴ Não há apenas uma estrutura operante na sociedade, há diversas que se interconectam e afetam umas às outras, como raça e classe, e marcadores sociais.

⁵ A palavra *status quo* refere-se à manutenção de uma ordem e de uma linearidade de progresso de uma

O feminicídio, cujo crime é decorrente de estruturas do patriarcado, tem sua maior ocorrência perpetrada dentro de relações íntimas de afeto, assim como a violência doméstica e familiar cometida contra as mulheres. A maior parte dos feminicídios, ou do assassinato de mulheres por serem mulheres, são cometidos não por desconhecidos e sim por pessoas próximas, ou que já foram próximas, à vítima e, inclusive, há locais que coletam os dados de feminicídio por meio dos dados de assassinatos de mulheres que ocorreram dentro de casa/lar, como no Atlas da Violência, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), de 2020. É a partir de relações de afeto, ou do que podemos conceituar dentro do amor, em um sentido amplo da palavra, que mais ocorrem as violências contra as mulheres e, dentre essas violências, o extermínio de mulheres, o feminicídio.

Se antes os filósofos discutiam assiduamente em um grande banquete (PLATÃO, 2012) sobre o que é o amor, colocando-o, embora de diferentes maneiras, como algo a ser analisado e que envolvia inúmeros questionamentos sobre a profundidade de sentimentos, atualmente a filosofia, juntamente com aspectos da psicologia envolvidos em tais discussões, tornaram-se reflexões distanciadas das pessoas. Em uma sociedade neoliberal capitalista em que tempo é dinheiro (SENNET, 2000), divagar sobre existências, sentimentos e emoções é “improdutivo”, na medida em que a produção é indispensável às existências e tais produções devem ser materiais, palpáveis, portanto. Nessa linha, a desvalorização das Ciências Humanas, do conhecimento, de si e do mundo, como formas de engrandecimento e reconhecimento tornaram-se obsoletos e, pautados em uma lógica de produtividade exacerbada, os sujeitos tornam-se seres distanciados de si o que reflete na liquidez das relações, como o amor (BAUMAN, 2004).

Em uma busca pelo refrear desse distanciamento, algumas mudanças são necessárias, como no meio educacional. Para tanto, são importantes formas de fazer com que os indivíduos compreendam suas emoções e entendendo a si, possam entender o outro.

sociedade, até hoje, pautada em uma maneira de ser misógina, racista, classista, sexista e heteronormativa, que é mantida em decorrência daqueles que detém poder e privilégios e que usam de mecanismos destes para manter tal ordem estática, embora aparentemente mutável.

Nesta diapasão, é apresentado o termo conhecido como “inteligência emocional” utilizado por Daniel Goleman (2012), que não é muito conhecido no meio educacional brasileiro, embora seja uma das soluções propostas na medida em que o conhecimento é multitransdisciplinar e é por meio da educação que serão desenvolvidos indivíduos aptos, ou não, a entenderem a si mesmos e as estruturas sociais as quais estão colocados. Estes fatores repercutem nas violências contra as mulheres e no entendimento de muitos que acreditam que amam quando, na verdade, confundem nomes e os próprios sentimentos e emoções, podendo desencadear em assassinatos de mulheres por serem mulheres numa lógica de descontrole emocional em desfavor daqueles indivíduos que são postos na sociedade para serem submissas e eternas cuidadoras, o sexo feminino. Daí a ligação entre (ausência de) questões filosóficas, patriarcado e feminicídio.

Este artigo traz questionamentos profundos e complexos e que jamais serão esgotados em breves escritos, mas que devem ser lidos em conjunto com análises das mais diferentes áreas do conhecimento, inovando a maneira de pensar e conectando estruturas. Como chegamos a uma sociedade em que feminicidas assassinam mulheres em nome de um sentimento nobre como o amor? Em que momento foi possível confundir o que é amor com o que é o ódio? Como podemos estar em uma sociedade heteronormativa que prega a necessidade de que mulheres estejam em relações amorosas para que sejam reconhecidas ao mesmo tempo em que esse “amor” é violento? Como pode haver misoginia dentro de relações amorosas: ódio e amor? Qual a relação entre a ausência da filosofia e o acirramento das desigualdades de gênero nas relações humanas? Onde as leis e a filosofia se conectam?

1. CAMINHOS METODOLÓGICOS

A escolha do site do Tribunal de Justiça de São Paulo se deu pelo fato de que foram coletados processos do Estado de São Paulo e não meramente de uma cidade, além de que a ferramenta de procura por meio de palavras escolhidas só é possível na busca de processos em segunda instância. A parte negativa é que nem todos os processos necessariamente vão à segunda instância, de maneira que somando-se o fato de que nem todos os processos chegam ao Tribunal de Justiça, quanto o fato de que serão selecionados processos apenas com as palavras escolhidas, chegamos a conclusão de que não será exposto aqui a totalidade de casos do Estado de São Paulo que relacionem o crime de feminicídio

com “amor”, mas apenas serão selecionados alguns casos facilmente identificados pelas ferramentas de procura virtual processual para serem tecidas algumas análises.

Dessa maneira, através do site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a busca foi feita em “Consulta de Jurisprudência”, escolhendo o item “consulta completa”. No dia 14 de janeiro de 2020, na plataforma online foram inseridas as palavras “feminicídio” E “amor”, sendo preenchidas apenas em “Origem”: “2º grau” e em tipo de publicação apenas “acórdãos”.

Desta procura, foram expostos 12 acórdãos, nos quais foi inserido na ferramenta de busca, dentro de cada documento do processo, a palavra “amor” e dentre eles foram selecionados 5 acórdãos que possuíam a palavra amor relacionada ao motivo da morte. Acórdãos com os seguintes números:

- **Caso 1: 1509955-60.2019.8.26.0019 (segredo de justiça)**
- **Caso 2: 0001242-63.2017.8.26.0530 (segredo de justiça)**
- **Caso 3: 0015202-08.2017.8.26.0071 (acesso ao processo todo)**
- **Caso 4: 0001613-76.2018.8.26.0664 (acesso ao processo todo)**
- **Caso 5: 0009516-48.2017.8.26.0196 (acesso ao processo todo)**

Os crimes foram cometidos contra mulher, por razões da condição de sexo feminino, em episódios que envolveram violência doméstica e familiar (qualificadora do inciso VI, §2º-A, I do art. 121 do CP), posto que a situação pessoal que envolvia os acusados e as ofendidas se enquadram no artigo 5º, incisos II e III da Lei 11.340/2006. Os nomes serão alterados para preservar a identidade das vítimas, mesmo que o acesso a íntegra dos processos seja público.

Os processos de feminicídio são através do Tribunal do Júri e os documentos analisados se referem aos recursos interpostos pelas decisões terminativas proferidas no Tribunal do Júri. Neste artigo não será explorado com pormenores os recursos em si, mas mais especificamente os aspectos relacionados ao fato e ao crime de feminicídio.

A pesquisa é, portanto, bibliográfica e empírica, com o diálogo entre os métodos dedutivo e indutivo, na medida em que o geral e o particular se conectam pelo estabelecimento

de uma normatividade social imposta às mulheres conquanto os indivíduos inseridos nessa sociedade perpetram as estruturas sociais dominantes e violentas, violentando, portanto. A metodologia feminista pós-colonial e interseccional são basilares aos dizeres que este artigo estabelece, na medida em que o crime escolhido para tecer as análises quanto a própria filosofia e aspectos humanos das ciências voltam-se a um recorte de gênero, o qual está imbrincado com outras categorias como raça e classe, dentre outros marcadores sociais que afetam as relações amorosas. A metodologia feminista é não só enxergar o mundo segundo lentes que compreendem as relações de gênero e afins, como usar autoras que o fazem também.

O feminicídio, por ser o assassinato de mulheres por serem mulheres, é consequência do patriarcado que incute nos indivíduos o ódio às mulheres e às características femininas ao mesmo tempo em que é vantajoso ao sistema que as violências contra as mulheres sejam diluídas como “naturais” e “normais”, inclusive usando de discursos como o amor como justificativa para o ato de matar uma vida feminina. Parte-se da perspectiva feita por Bell Hooks (2018, p. 108), segundo a qual “sem o pensamento e a prática feministas não temos a base necessária para criar laços de amor.”

2. UMA ANÁLISE DO AMOR EM RELAÇÕES ÍNTIMAS DE AFETO FRENTE AO FEMINICÍDIO.

“Qualquer pessoa vê na ação de Raul Fernando Street o gesto de desespero, e profundamente deplorável, de um homem apaixonado, dominado por uma ideia fixa, que o levou a um gesto de violência, que não é comum à sua personalidade” (PRAIA..., 2020-grifo nosso), sobre o feminicida de Ângela Diniz, que era seu namorado à época da morte.

O meio jurídico não está acostumado a indagar sobre amor. Assim como as políticas públicas, o marketing, as leis e as próprias manifestações políticas ou sociais não se ocupam de indagar sobre amor. No entanto, o amor tem a ver com construções do social e suas repercussões: jurídicas, mercantis e interrelacionais.

No Brasil, segundo dados do Anuário de 2019, feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 88,8% dos feminicídios os autores do crime eram companheiros ou ex-companheiros das vítimas e 65,6% das mortes ocorreram na residência, ou seja, em relação às violências contra as mulheres, em nome do “amor” mulheres, “amadas”, são

mortas. Esses dados mostram que a maioria dos casos de feminicídio ocorrem dentro de relações íntimas de afeto, em relações que deveriam ser de amor, de confiança e de afeto.

No país, as violências que acontecem no âmbito privado foram intituladas de violência doméstica, sendo que este termo está ligado a violência patriarcal, pois que é dela que surge a violência de dentro das casas, ligadas ao sexismo, à ideia de dominação masculina, e que não envolvem apenas as violências de homens contra as mulheres, mas também aquelas cometidas contra crianças, em relações homoafetivas etc. É imprescindível, portanto, a uma sociedade mais justa buscar a erradicação de todas as formas de violência (HOOKS, 2018), sendo que neste artigo o recorte sobre o conceito de amor é voltado, sobretudo, às relações heterossexuais⁶ e às relações íntimas de afeto amorosas, como parte de uma luta maior que é contra o sistema patriarcal.

O patriarcado, segundo conceituação de Heleieth Saffioti (2004), “é o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens” (p.44) pautada na diferenciação trazida por gênero, que “é a construção social do masculino e do feminino” (p.45). Por conta desse regime de dominação-exploração a construção social do masculino e do feminino naturaliza, ou torna normal, o uso da violência do primeiro contra o segundo, sendo necessárias inúmeras ações, estudos e entendimentos das estruturas sociais para “desnaturalizar” estas violências que, muitas vezes, não são nem compreendidas como tais, tanto por vítimas quanto por agressores.

Para entender a perpetração de violências através das relações de gênero é preciso compreender que tais relações também são condutoras de poder: o feminino submisso ao masculino. Se assim o é, a construção social de gênero, do feminino e do masculino, são relacionais, ou seja, as análises de um são anexados a do outro, visto que construídos de maneira dual (SCOTT, 1995).

Juntando-se aos fatos já elencados a sociedade ocidental criou a naturalização e imposição das relações heterossexuais,⁷ sendo que o “compulsório ‘natural’ da

⁶ É dito que o recorte é em relações heterossexuais, pois que a grande maioria dos processos são cometidos por homens contra mulheres, embora, na verdade, as violências perpetradas por gênero são do masculino ao feminino, podendo ser reverberadas também em relações homoafetivas.

⁷ Tal imposição cultural é criadora de discriminações. Em uma sociedade cisheteropatriarcal branca (AKOTIRENE, 2019), tudo aquilo que não está de acordo com esses ditames, é alvo de discriminações,

heterossexualidade, dessa maneira, abre espaço para todas as violências, transformando seres humanos em corpos sexuados: os disponíveis (o feminino) para outrem (o masculino)” (SWAIN, 2010), fatores que transformam relações entre mulheres e homens em relações de poder e dominação e que exigem cuidados quanto a perpetração de violências.

Segundo análises sobre os escritos de Durkheim (1987) e Beauvoir (1970), o ser humano já nasce inserido em uma sociedade que espera o que deve ser, como deve se comportar e como deve se relacionar aquele bebê que, a depender de órgão genital, tenderá a ter determinados comportamentos que serão introjetados nessa criança, e em todo o processo de sua vida, para que se comporte de acordo com os estereótipos criados pelo social. A naturalização de violências contra o feminino vai muito além de um mero indivíduo culpado, de um único homem agressor, pois que está solidificada em um tecido social com estruturas bem delimitadas quanto a ideia de que as mulheres devem ser sujeitas às violências cometidas por homens e de que estes devem cometer violências. Os comportamentos pautados em gênero são, muitas vezes, sutis e as violências nem sempre são escancaradas, até por isso que são necessários movimentos que pautem que amor é diferente de ódio e que “quem ama não mata” (MORAIS, 2018).

O feminicídio é, geralmente, consequência de uma escalada de violências que ocorrem dentro de relações íntimas de afeto e que aprisionam mulheres nestas relações em um ciclo em que há tensões, uma explosão com violências e, logo após, pedidos de perdão e promessas de mudanças que são seguidos por um novo ciclo de tensões, uma nova explosão com violências e, novamente, pedidos de perdão e promessas de mudanças e assim por diante. Tal ciclo de violência foi descrito na tese de doutorado de Valéria Diez Scarance Fernandes (2013, p. 144), e ele é mantido pois que a vítima possui um vínculo afetivo com seu agressor o qual é pautado em uma relação de suposto amor, de confiança, que é complicado de ser rompido; e a qual será comentada mais à frente neste artigo.

É importante se atentar ao fato de que “ativistas feministas intelectuais enxergaram que homens não eram o problema, que o problema era o patriarcado, o sexismo e a dominação masculina” (HOOKS, p. 79), dessa forma as violências perpetradas, predominantemente de um gênero em relação ao outro, são consequência de uma estrutura maior que engloba

de violências, de tentativas de restrições e de apagamentos.

o homem, agressor e/ou feminicida, dentro dessa lógica. A questão, dessa maneira, não é somente o amor que os feminicidas dizem sentir, mas o amor que a estrutura da sociedade cria e impõe aos seus cidadãos e cidadãs. O quanto a confusão entre “amor” e “ódio” não está impregnada no próprio Direito? Como conter homens que assassinam mulheres em nome do amor se até poucos anos atrás era comum que homens não fossem punidos pelo Estado Brasileiro caso tivessem matado em situação de “violenta emoção” ou por “legítima defesa da honra”?

O que tem haver Beauvoir proclamar que as mulheres são o “segundo sexo”, com conceitos de amor e com o assassinato de mulheres dentro de relações íntimas de afeto? Há interferências do patriarcado, e do sistema capitalista neoliberal, na forma com que o amor é incutido entre os gêneros?

Aspectos filosóficos do que é o “amor” e quais proteções ele deve receber são parte, mesmo que dissolvida, de legislações e de políticas governamentais que envolvem as relações amorosas, seus desdobramentos legais e penais, dentre outros que adentram a normativa do país, desde a Constituição Federal ao asseverar a igualdade entre homens e mulheres, até a própria Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), cuja legislação prevê ditames específicos a relações do âmbito privado, que envolvem amor, e com recorte em relações íntimas de afeto.

Antes de adentrar o aspecto mais filosófico são apresentados os casos em que foram encontradas a palavra “amor” relacionada ao motivo do cometimento do crime para que seja feito o elo sobre o aspecto penal do feminicídio com o errôneo entendimento de um nobre sentimento, o amor. É necessário certo distanciamento do/a pesquisador/a em relação aos seus objetos de estudo para que haja um caráter científico e análises profundas e maduras. No entanto, é imperioso lembrar ao leitor/a que cada processo aqui elencado fala sobre uma, ou mais, vidas que foram ceifadas e é preciso lembrar deste grande pequeno detalhe, pois que como uma armadura protetora à sobrevivência psicológica dos que trabalham e se envolvem com assuntos sobre a retirada de vida de outros seres humanos, muitos se afastam a tal ponto que esquecem que cada processo fala sobre uma, ou mais, vidas.

CASO 1: “QUERO VER QUEM VAI ME IMPEDIR DE FAZER ALGUMA TRAGÉDIA”.

O primeiro processo trata-se de um caso de feminicídio tentado sendo os dados coletados através de um recurso em sentido estrito em que a parte ré busca desclassificar o crime para lesão corporal tentada, tendo sido a pronúncia feita com incurso nos artigos 121, §2º, inciso VI, c.c. §2º-A, inciso I, c.c. artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

Apurou-se que o acusado e a vítima viveram maritalmente por aproximadamente sete anos, sendo certo que há cerca de um mês vieram a romper a relação, da qual, inclusive, possuem dois filhos. No dia dos fatos, o acusado, possivelmente sob o efeito de álcool, dirigiu-se até a casa da mãe da vítima, onde essa se encontrava com as crianças, portando ele uma arma branca, já predisposto a matar a ofendida. Chegando ao local, deixou sua bicicleta e chamou os filhos que vieram ao seu encontro. O acusado então, ajoelhou-se e pediu às crianças que lhe fizessem uma “prova de amor”. Ato contínuo, levantou-se dizendo que iria provar seu amor pelos filhos, dizendo que ali “iria ocorrer uma tragédia”. Neste momento, sacou a faca que carregava em sua cintura e caminhou na direção de sua ex-mulher, na intenção evidente de lhe desferir golpes com o instrumento vulnerante para matá-la, momento em que foi impedido por duas pessoas que presenciavam os fatos, sendo certo que o ato pretendido pelo agente somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade (processo n. 1509955-60.2019.8.26.0019- grifo nosso).

Este processo é referente a um homem que afirma ser o ato de assassinar a mãe das crianças, e sua antiga companheira com a qual teve um relacionamento amoroso por aproximadamente sete anos, uma prova de amor. É tão comum que os feminicídios, ou tentativas de feminicídio, ocorram na frente dos filhos da vítima que na tipificação dessa qualificadora foi estabelecido um aumento de pena, no inciso III da Lei 13.104/2015, que afirma aumentar a pena de um terço até a metade se o crime for praticado “na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” Tal fato demonstra a complexidade que há nos crimes de feminicídio que ocorrem dentro de relações íntimas de afeto e de confiança e que envolvem a própria família e filhos, os quais muitas vezes não só presenciam o trauma e horror de um assassinato, como o assassino é, além de um ente querido da companheira, ou ex companheira, desse agressor, como ele é também pai da criança que viu a morte da mãe. Estando os filhos/as presentes ou não na cena do crime, eles sofrem consequências diretas da(s) violência(s) que envolvem desde o afastamento do convívio saudável com seus pais, como a morte da mãe, como o assassinato em si e traumas decorrentes disso tudo, que vão reverberar em como as filhas e os filhos vão lidar com amor e com violências.

Rupi Kaur (2017, p.20) expressa parte desses dizeres de forma poética em um poema intitulado *aos pais que têm filhas*:

*toda vez que você
diz para sua filha
que grita com ela por amor
você a ensina a confundir
raiva com carinho
o que parece uma boa ideia
até que ela cresce
confiando em homens violentos
porque eles são tão parecidos
com você.*

O Estado deve buscar políticas públicas efetivas de proteção às mulheres já que o direito à dignidade humana é também das pessoas ao redor destas mulheres assassinadas. O amor deturpado vai muito além do assassinato de mulheres por serem mulheres, mas reverbera em toda a sociedade: nos filhas/os, nos pais, amigos, vizinhos, conhecidos etc.

CASO 2: “ACRESCENTOU, AINDA, TER INGERIDO BEBIDA ALCOÓLICA PARA TER CORAGEM DE PRATICAR OS CRIMES”.

Trata-se de acórdão proferido no caso de feminicídio cometido por Elias contra Vanessa, por motivo torpe, por meio cruel e que dificultou a defesa da vítima. Elias matou também João, namorado da enteada da vítima, por motivo torpe, por meio cruel e que dificultou a defesa da vítima e tentou matar Luana, enteada da vítima (feminicídio tentado). Como consta em trecho da denúncia transcrito no acórdão:

(...)o denunciado Elias foi amasiado da vítima Vanessa por aproximadamente oito anos, tendo com ela uma filha menor de cinco anos de idade. Cerca de um mês antes dos fatos, a vítima Vanessa se separou do denunciado, pois era constantemente agredida por ele. Não aceitando a separação e movido por um sentimento de vingança contra o núcleo familiar da ex-companheira Vanessa, o denunciado resolveu chacina-los. Assim agindo, na data dos fatos, o denunciado Elias munuiu-se de uma faca e foi até a residência onde estavam as vítimas. Lá chegando, Elias levou sua filha à escola, retirando-a da cena do crime, dizendo, inclusive, que retornaria depois para «pagar a pensão». De fato, o denunciado retornou para a residência onde restaram as três vítimas: a ex-companheira Vanessa, sua

enteada Luana e o namorado dela, João. O denunciado ingressou no interior da residência e passou a questionar **a vítima Vanessa para que ela aceitasse reatar o relacionamento**. *Em determinado momento, diante da negativa da vítima, o denunciado sacou da faca que trazia consigo e passou a desferir diversos golpes de faca contra as três vítimas ali presentes, massacrando-as, sendo certo que a vítima Luana, adolescente enteada do denunciado, também atingida vorazmente por ele, conseguiu sair do imóvel para pedir ajuda. A carnificina promovida pelo denunciado durou cerca de dez minutos, tempo que ele utilizou para desferir inúmeros golpes de faca contra as vítimas fatais Vanessa e João, isto enquanto a vítima Luana, já ferida buscava socorro. Por fim, o denunciado saiu apressado da casa, em fuga, cruzando com a vítima Luana e disse que lhe havia matado a mãe e o namorado, sumindo dali em seguida. A guarda civil chegou logo depois, acionada pela vítima sobrevivente tendo os guardas logrado êxito em encontrar o denunciado em um cemitério, com a bainha da faca em mãos, banhado de sangue das vítimas. O denunciado confessou o crime aos guardas civis.*

Ainda:

*Sob o crivo do contraditório, Elias admitiu ter esfaqueado as vítimas, mas negou tivesse intenção de matar João e Luana. **Contou que almejava reconciliar-se com Vanessa e no dia dos fatos, havia feito uso de cocaína antes de dirigir-se ao imóvel da vítima. Houve discussão entre os dois e desferiu uma facada em Vanessa. As vítimas João e Luana tentaram detê-lo, momento em que golpeou os dois. Depois de matar João, ingeriu metade do frasco de veneno que tinha consigo e passou a golpear Vanessa mais vezes até matá-la. Bebeu mais veneno e dirigiu-se ao cemitério onde os guardas o acharam. Acrescentou que passava por tratamento psiquiátrico e praticou o delito “por amor”**. Acrescentou, ainda, ter ingerido bebida alcoólica para ter coragem de praticar os crimes (0001242-63.2017.8.26.0530 – grifo nosso).*

Segundo o processo, Elias era constantemente violento com Vanessa, com quem tinha uma relação íntima amorosa, sendo que ele já havia anteriormente a ameaçado de morte. Diante da negativa da sua ex companheira em se reconciliar, ele, “por amor”, retirou a vida dela e de quem estava no caminho ou tentasse impedir, como foi o caso do assassinato de João, namorado da enteada da vítima, e a tentativa de matar Luana, enteada da vítima.

Em seu conceito de “amor” cabia ser ele, o agressor, constantemente violento para com sua companheira e que esta deveria aceitar tais violências, havendo uma relação de posse dele para com ela, vide seu intuito de primeiramente tentar reatar a relação amorosa para, tendo a negativa dela, ceifar-lhe a vida. A constante ingestão de drogas é relacionada, neste caso, ao encorajamento aos comportamentos violentos, como que uma maneira de conseguir se distanciar da realidade e/ou facilitar a ele algo que, mesmo em um contexto patriarcal misógino, vai contra todos os ditames sociais – religiosos, morais e éticos – a

retirada da vida de uma pessoa. É como se tais indivíduos fossem “acometidos de estranha e insuperável obsessão” (ELUF, 2007, p. 16), sendo que o indivíduo precisa do “amor” do outro(a) para se reafirmar e a vítima, objeto de tal “amor”, precisa corresponder para que seja digna de viver. Dentro disso, “o sujeito não descansa enquanto não elimina fisicamente quem julga ser a causa de seu sofrimento, embora a dor decorrente do crime, a punição da Justiça e a repercussão social do fato possam ser terríveis” (ELUF, 2007, p. 16).

CASO 3: O PRÓPRIO ACUSADO RELATOU À SUA FILHA E AO SEU GENRO QUE MATOU “POR AMOR”.

Trata-se de acórdão que julgou apelação referente ao feminicídio de Nicole, sendo que o acusado, Jorge, esfaqueou a vítima na região torácica, ocasionando-lhe a morte, em razão de condição do sexo feminino em contexto de violência doméstica e familiar, pois que conviviam juntos há um ano e meio. Ela não queria mais o relacionamento e ele se recusava a deixar o imóvel dela.

*No mesmo sentido, as declarações do genro do apelante, Felipe, que acrescentou não ter acreditado quando o acusado lhes contou que havia matado a companheira dele, porque dava risada, como se fosse brincadeira. Contudo, **ele mostrou-lhes as mãos com sangue, alegou que “matou por amor”** e disse que iria embora para o Paraná. Foram com os policiais até a residência do recorrente e encontraram a ofendida morta. Em conversa com vizinhos, um deles disse que ouviu uma discussão naquela noite e depois não ouviu mais nada. Disse que o réu e a vítima tinham um bom relacionamento e não brigavam, apenas tinham discussões normais (Apelação Criminal n. 0015202-08.2017.8.26.0071, p. 4).*

De acordo com informações do processo, contrariamente à visão dos vizinhos citada, as filhas da vítima disseram que o relacionamento da mãe delas com o réu era tenso e que parecia que a mãe tinha medo dele, embora nunca comentasse ou dissesse coisas a respeito disso e, ainda, de acordo com elas “a ofendida queria terminar a relação e pedia para que ele deixasse a residência, mas o acusado não aceitava e não saía do local.” (p. 4). Outros vizinhos afirmaram “que o apelante e a vítima discutiam com frequência, quase todos os dias” (p.4). Havia indícios de ser uma relação abusiva, envolta por silêncio e violências, no entanto, no país é extremamente comum que as violências contra as mulheres não sejam denunciadas, tendo como algumas das motivações: a dependência emocional, afetiva e econômica de seus parceiros; por medo de possíveis novas agressões; por falta de confiança nas instituições públicas responsáveis pelo enfrentamento da violência contra

as mulheres, pela falta de apoio familiar, pelo receio do descrédito das pessoas quanto às violências, pelo julgamento machista da sociedade, pela preocupação pelos filhos etc (CORDEIRO, 2018).

CASO 4: “APENAS PARA MOSTRAR QUE ELE TINHA CORAGEM DE MATAR ALGUÉM POR AMOR A ELA”.

Trata-se de acórdão relativo a apelação proferida por Rafael, condenado a 28 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de indenização de 50 salários mínimos, em favor dos familiares da vítima, pelo cometimento de feminicídio.

Segundo apurado, vítima e réu namoraram por cerca de 1 ano e meio, tendo ela rompido o relacionamento em razão do comportamento altamente agressivo e ciumento. RAFAEL, então, passou a ameaça-la e intimidá-la e, no dia dos fatos, feriado de carnaval, pelo fútil motivo dela ter rompido o relacionamento, armado de uma faca de cozinha, dirigiu-se à casa da ofendida a pretexto de cobrar uma dívida de R\$ 50,00 e, ao se aproximar, viu que ela se fazia acompanhar de alguns amigos de trabalho. Rebeca foi conversar com o acusado que, em dado momento, de inopino e sem lhe dar qualquer chance de defesa, sacou a faca com a qual a golpeou inúmeras vezes em regiões vitais, de forma intensa e violenta, revelando brutalidade fora do comum. Depois de fugir do local o réu se apresentou à Central de Flagrantes, oportunidade em que confessou esse crime e, ainda, ter matado Afonso por tê-lo visto beijando Rebeca, a quem entregou a faca utilizada no crime anterior, “que era para ela guardá-la como troféu, para ela se lembrar do que ele poderia fazer com quem ela amava” (Apelação criminal n. 0001613-76.2018.8.26.0664, p. 2).

Segundo depoimento dado pelo próprio acusado aos policiais:

*Em Plenário repetiu ter sido surpreendido com a chegada do réu, sozinho, um pouco exaltado, afirmando que havia esfaqueado a namorada por não aceitar o término do relacionamento repetindo que ele disse que **se não fosse dele não seria de mais ninguém.** (...) Perguntado sobre a motivação do crime, afirmou que foi “**ciúmes, eu não aceitei**” (...) “**eu amava essa garota, eu fiz de tudo e mais um pouco por ela e ela nunca deu valor**” (...) Ele disse que deixou a faca no corpo e que tinha certeza que a havia matado, pois deu vários golpes, no coração. (...) Confirmou ter agredido Rebeca um dia antes e, em relação à conversa que teve com Luís, disse que estava apenas “tentando tirar a raiva de dentro dele” e que perdeu a cabeça por “amor, pelo simples fato de perder a pessoa que eu mais lutei, desespero” (Apelação criminal n. 0001613-76.2018.8.26.0664, p. 5).*

A pena-base foi justificada, nos seguintes termos na sentença, segundo consta no processo:

(...)agiu com culpabilidade exacerbada, com verdadeira fúria dirigida contra pessoa

frágil, do sexo feminino, que não teve meios nem de defender-se nem de romper relacionamento conturbado em que sofreu toda sorte de represálias e de intimidações. Se o Poder Judiciário não puder aplicar pena máxima neste caso, não poderá impor tal sanção em nenhum outro. O agressor vinha infernizando a vida de sua namorada, fazendo ameaças contra ela e contra pessoas próximas dela. Pairam suspeitas de que tenha matado outro homem por ciúme. O réu simplesmente aniquilou a vida da pessoa que dizia amar. Não é assim que se ama. Amar também é renúncia, é permitir que a pessoa amada siga seu rumo se a relação não mais lhe for conveniente. Foram mais de trinta lesões encontradas pelo perito no corpo da vítima. Sua alma já estava destroçada pelo assédio perturbador do exnamorado, de quem não conseguiu desvencilhar-se. A aniquilação total se deu com a destruição completa do corpo da franzina jovem (Apelação criminal n. 0001613-76.2018.8.26.0664, p. 23) .

Durante todo os dizeres do processo são narrados depoimentos e indicativos de um relacionamento amoroso extremamente abusivo, em que a vítima, mulher, foi adoecendo ao longo do tempo e tornando-se cada vez mais frágil, segundo consta. Este termo é usado inúmeras vezes para descrever ela, sendo relacionado com o fato de a vítima ser menor (“até as roupas PP, ficavam grandes nela”¹), “franzina, baixa, bem magrinha”, inferior ao agressor, homem grande, com “1,80m de altura, frequentador de academias de ginástica”, “usuário de anabolizantes”, colecionador de facas etc, cujos estereótipos do que é masculinidade são ressaltados em contraposição aos de feminilidade.

O amor entendido pelo feminicida é confundido com posse na medida em que, segundo depoimentos, o réu se apresentou ao plantão “avisando que havia matado a namorada por não aceitar perdê-la”. A objetificação e a não autonomia da mulher em relação ao seu próprio corpo e às suas decisões são derivadas do patriarcado e são motivações do crime de feminicídio. Quando a mulher não tem a liberdade de recusar uma relação amorosa e continuar viva, é gritante o nível de inferiorização das mulheres e de misoginia na sociedade.

**CASO 5: “UM BILHETE ESCRITO PELO ACUSADO, NO QUAL ELE DIZIA
SER A VÍTIMA ‘O AMOR DE SUA VIDA’”.**

Trata-se de acórdão decorrente de recurso em sentido estrito pelo crime de feminicídio com emprego de meio cruel, do artigo 121, § 2º, III e VI, do Código Penal. O réu alegava que ainda vivia maritalmente com a vítima e que desconfiava de que esta

¹ As palavras entre aspas foram retiradas da Apelação Criminal n. 0001613-76.2018.8.26.0664.

estivesse tendo um envolvimento extraconjugal. Alega que a matou, pois ele acreditava que ela estava a marcar um encontro numa ligação telefônica e disse ele que ela, irritada, deu-lhe um tapa na cara e uma facada no peito, sendo que ele tomou-lhe a faca em legítima defesa e disse lembrar de golpeá-la apenas uma única vez.

(...)relato da filha da vítima, Joana, a qual destacou que a genitora estava separada de fato do acusado havia aproximadamente quatro meses, passando a dormir no quarto da depoente, isso porque as condições financeiras da família os impediam de mudar para casas separadas. Informou que o réu, inconformado com o término do relacionamento, passou a agir de forma violenta, ameaçando a todos de morte, inclusive o filho de tenra idade da testemunha, daí porque decidiu esconder algumas facas em seu guarda-roupas, com o intuito de evitar que o padrasto tivesse acesso a elas. Cerca de vinte dias antes dos fatos, acabou se desentendendo com o réu durante uma festa realizada no imóvel da família, fato, inclusive, noticiado em boletim de ocorrência. Diante da situação insustentável, solicitou ajuda aos amigos, de modo a arrecadar quantia correspondente à caução para locação de outro imóvel, ao qual pretendia se mudar com a genitora, algo não comunicado ao acusado. Informou que a morte da vítima aconteceu dois dias antes da data agendada para a mudança, negando, finalmente, ter a genitora mantido outros relacionamentos à época dos fatos. JORGE compareceu à Delegacia acompanhado da filha, confessando ter matado a companheira, a par de indicar o endereço do imóvel onde morava com a vítima. No local, constatou que o agente já havia tentado "limpar" o corpo da mulher, colocando pano sobre os ferimentos dela, além de haver removido os vestígios de sangue do punhal empregado no crime. Observou, ainda, uma corda pendurada na janela e, perto dela, um bilhete escrito pelo acusado, no qual ele dizia ser a vítima "o amor de sua vida" (Recurso em sentido estrito n.. 0009516-48.2017.8.26.0196, p. 7).

Segundo relatório:

Por iguais fundamentos, mantêm-se as qualificadoras atinentes à prática de delito contra a mulher "por razões da condição de sexo feminino"(considerados os indícios de que o réu, ao menos em tese, perpetrou o crime por não se conformar com a "deterioração" do relacionamento) e ao emprego de meio cruel (anotado o resultado da prova pericial indicando que JORGE segurou a vítima pelo pescoço, enquanto a apunhalava por diversas vezes na região peitoral) (...) (Recurso em sentido estrito n.. 0009516-48.2017.8.26.0196, p.11).

Foi alegado ao longo do processo, como tentativa de abrandar a pena ou se isentar, descontrole diante de suposta traição da ofendida e que o réu agiu daquela maneira pois havia ingerido bebida alcoólica. O réu ainda alegou que ele agiu meramente em legítima defesa, culpando-a do ataque, embora laudo de prova pericial afirme que ele deu inúmeras facadas na ex-companheira e, além disso, ameaçou cometer suicídio após o assassinato. Não são raros casos como esse em que a mulher, por conta de condições financeiras, não consegue se afastar imediatamente do homem com quem não gostaria mais de se

relacionar. O Estado não dá amparo suficiente às mulheres vítimas de violência para que possam sair de relações violentas, sendo que “85% dos entrevistados acham que as mulheres que denunciam seus parceiros ou ex quando agredidas correm mais risco de serem assassinadas” (FEMINICÍDIO, online). É perceptível a associação do “amor” dele com posse, ciúmes e busca pela restrição da autonomia e da liberdade da mulher com quem se relacionava, sendo ele deturpado.

3. CRIME DE ÓDIO VERSUS CRIME DE AMOR.

“- Deve ser absolvido. Ah, sabe, por mil coisas que ela propôs a ele, acho que um homem apaixonado, sei lá, acho que... – Matou por amor?, pergunta o entrevistador. – Matou por amor; entendeu, mas nas circunstâncias que apresenta ele merece ser absolvido, confirma a entrevistada” sobre o Júri Popular no Rio de Janeiro do assassinato de Angela Diniz cometido por Doca Street, cujo julgamento teve fila de pessoas em defesa da absolvição de Doca, réu confesso (PRAIA..., 2020).

Há produções intelectuais de artigos científicos que colocam como foco de análise o “amar demais” das mulheres (CURI; MARTINS, 2019) e é possível fazer uma contraposição com o matar em nome do amor dos processos de feminicídio acima descritos, que seria o “amar demais” dos homens. Surgem indagações: o que é o amor? Há amor demais ou de menos nas relações íntimas de afeto heterossexuais? Amor tem recorte de gênero? Quem está mais próximo de amar: homens ou mulheres?

Na sociedade atual impera a heteronormatividade e a monogamia e dessas maneiras de impor as relações sexuais e afetivas da sociedade provém consequências. Tais relações e, incluindo nelas o conceito de amor romântico da sociedade atual que faz a junção das relações afetivas- como o casamento, o namoro- com o sentimento amoroso,² produzem uma série de comportamentos comuns aos integrantes delas “produzindo um determinado conjunto de sentimentos, como o ciúme, a possessividade, a desconfiança e várias formas de angústias” (COSTA; BELMIRO, 2015, p. 432).

² Antigamente relações íntimas de afeto como o casamento eram mais associadas a trocas de “favores” e relações mercantis (RUBIN, 1993) do que relacionadas ao amor. Este é construído ao longo do tempo por contextos histórico-sociais e que também podem, ou não, estar presentes em relações íntimas de afeto.

Quando é falado sobre o amor romântico em relações afetivas heterossexuais, há ainda inúmeros outros recortes, como o de raça que impõem mais uma série de questões quanto à solidão da mulher negra e outros aspectos que envolvem uma sobrecarga às mulheres. Beatriz Nascimento, mulher negra ativista de movimentos sociais afirmava que “a parceria, elemento de complementação em todas as relações, inclusive as materiais, é obstruída e restringida na relação amorosa da mulher” (NASCIMENTO, 1990, p.128). Tal autora foi assassinada por feminicídio cometido por companheiro de uma amiga que sofria violência doméstica e cuja vítima ela incentivava a romper a relação.

A violência de gênero envolta nos casos de violência dentro de relações íntimas de afeto e o próprio feminicídio envolvem outros tipos de amor que perpassam o amoroso romântico, como no caso da ativista que foi morta por conta de um ciclo da violência em que ela não era a vítima direta, mas buscava transformações. Segundo Bell Hooks (2019, p. 83) “o pensamento feminista ensina a todos nós como amar a justiça e a liberdade de maneira a nutrir e afirmar a vida. Claramente, precisamos de novas estratégias, novas teorias, diretrizes que nos mostrarão como criar um mundo em que a masculinidade feminista prospere”.

O enfoque em questões da Filosofia e da Psicologia, inundadas pelos aspectos de gênero e por uma metodologia feministas de análise, traz à tona a necessidade de questionar qual amor prospera na sociedade atual dentro dessas relações estabelecidas e quem são essas pessoas que amam e são amadas. Os sentimentos e as emoções³ são assuntos complexos que possuem no próprio questionar sobre eles sua finalidade. O amor dentro das relações íntimas de afeto da sociedade capitalista atual é danosa a todos os gêneros, pois reverbera violências e submissão, aprisiona homens e mulheres em seus papéis de manutenção das relações por construções sociais que introjetam nos seres humanos a necessidade do outro, sem, no entanto, conseguir enxergar o outro e menos ainda a si próprios.

“O patriarcado capitalista da supremacia branca não tem capacidade de proporcionar tudo o que prometeu. Vários homens estão angustiados porque não se engajaram nas críticas libertadoras que poderiam possibilitar a eles encarar o fato de que essas promessas estavam fundamentadas em injustiça e dominação, e, até mesmo quando

³ Segundo Daniel Goleman (2012), a emoção “se refere a um sentimento e seus pensamentos distintos, estados psicológicos e biológicos, e a uma gama de tendências a agir” (2012, p. 303) e segundo o mesmo autor algumas emoções listadas, que delas possuem ramificações, são: ira, tristeza, medo, prazer, amor, surpresa, nojo, vergonha etc.

cumpridas, jamais levaram os homens à glória. Ao atacar a libertação e, ao mesmo tempo, reforçar os pensamentos patriarcais capitalistas de supremacia branca que assassinaram sua alma, eles se mostram tão perdidos quanto vários garotos. (HOOKS, 2019, p. 82)

Posto que “nossos mais profundos sentimentos, as nossas paixões e anseios são diretrizes essenciais e que nossa espécie deve grande parte de sua existência à força que eles emprestam nas questões humanas” (GOLEMAN, 2012, p. 29) é imperioso o entendimento que aspectos sociais são relacionados aos aspectos do indivíduo em si mesmo e que deve haver a busca pelo entendimento emocional quanto a emoções, que são mais imediatas e “automáticas” e sentimentos, que são, de certa forma, a construção a longo prazo das emoções.

No livro “Inteligência Emocional”, Daniel Goleman (2012), Doutor em Psicologia, escritor e jornalista em Ciência, demonstra a dificuldade dos seres humanos de lidar com emoções e com o quanto o distanciamento de si, da percepção das próprias emoções e de como lidar consigo pode desencadear violências absurdas e abruptas. A inabilidade dos indivíduos em lidar com sentimentos e emoções são latentes, haja vista a liquidez das relações da modernidade, permeados pelos meios virtuais e pela não profundidade, pela liquidez (BAUMAN, 2004). Dentro disso, a construção social da masculinidade como homens sendo aqueles que não lidam com sentimentos e emoções e que resolvem as coisas com violência, inseridos em uma sociedade patriarcal e capitalista neoliberal, acirra tais fatores e estes são diretamente relacionados com feminicídios.

Ao longo do livro, Daniel Goleman (2012) fala sobre a necessidade da junção do cuidado com a inteligência, a qual ele divide em duas: racional e emocional. A discussão sobre essa dualidade reverbera há séculos, no entanto a sociedade atual valoriza sobremaneira a primeira em detrimento da segunda, acreditando ser possível o racional controlar o emocional sem quaisquer análises aprofundadas sobre isso. É necessário que seja subvertida “a velha compreensão da tensão entre razão e sentimento: não é que queiramos eliminar a emoção e pôr a razão em seu lugar, como queria Erasmo, mas ao contrário encontrar o equilíbrio inteligente das duas” (GOLEMAN, 2012, p. 52). Para que uma sociedade tenha a oportunidade de chegar mais próxima de um conceito de amor, ela precisa focar no indivíduo, no entendimento pelos seres humanos de suas emoções, sentimentos e comportamentos, e no aspecto social, nas amarras que criam padronizações de relações abusivas em que mulheres são constantemente violentadas por homens.

Segundo Sobonfu Somé (2003, p. 108), “o poder do amor romântico no Ocidente realmente é um sintoma de uma separação do mundo espiritual”. A autora traz uma conceituação de amor mais abrangente que relaciona diretamente a maneira de ver o mundo, a sociedade e as pessoas com a maneira que o amor íntimo é sentido, pois segundo ela “os anciãos ensinam que, se nosso relacionamento com as pessoas em nossa volta se concentrar na atração sexual diminuirá nossa capacidade de amizade e nossos olhos não nos permitirão ver os outros como realmente são” (SOMÉ, 2003, p. 107).

Sobonfu afirma ser o amor romântico ocidental sinônimo do “esconder seu verdadeiro ser, para ser aceito” (2003, p. 110). Sua forma de ver a intimidade estabelecida dentro de relações íntimas de afeto é abrangente e relacionada a tribo, ao coletivo. Dentro do microcosmo da relação, ela afirma que se a intimidade é relacionada ao espírito e se perpassa a busca por prazer, poderá ser duradoura e, acima de tudo, poderá trazer vitalidade e cura (SOMÉ, 2003, p. 95).

Em *O banquete*, escrito por Platão (2012), inúmeras são as tentativas de definição do amor que incluem Fedro dizendo que o Amor era um Deus, admirado por homens e deuses que não havendo genitores dele próprio, sendo o mais antigo, seria a causa dos maiores bens. Aristófanes que cria o mito dos três gêneros, dizendo que a princípio havia o feminino, o masculino e o andrógino. Estes, arrogantes e na ânsia por poder, voltaram-se contra os deuses que, como represália dividiram-nos em dois seres, tornando-os mais fracos e mais úteis aos deuses. Dessa forma, estavam eles fadados a eternamente buscarem sua outra metade, os de sexo feminino procurando os de sexo masculino (andróginos), os de sexo feminino buscando os de sexo feminino e assim em diante, o amor seria a busca por sua “metade perdida”. Sócrates dizia que o Amor foi concebido da “falta” entre a Pobreza e Recurso, questiona a beleza do amor e afirma que se ele é a carência do belo, o amor é desejo e nem sempre, belo.

É importante assimilar a interferência que há na criação dos conceitos de amor a depender da época em que são conceituados e de quem são as pessoas que o definem. Este artigo possui o entendimento do amor como sendo o reconhecimento do outro como tal, como sujeito de direitos tanto quanto de individualidades próprias, estabelecendo, com base no, não idealizado e não subjugado, eu do outro, relações de confiança, carinho, companheirismo, afetividade. Concepções do feminismo, mesmo que não nomeadas

como tais, que, portanto, são de igualdade e alteridade, são elo indispensável para uniões amorosas saudáveis, já que em uma sociedade patriarcal o amor romântico vem junto com quê de dominação e de subordinação. Dessa forma, o conceito de amor deste artigo é aquele provindo de Bell Hooks (2019, p. 111), em seu livro *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*:

Quando aceitarmos que o verdadeiro amor é fundamentado em reconhecimento e aceitação, que o amor combina com cuidado, responsabilidade, comprometimento e conhecimento, entenderemos que não pode haver amor sem justiça. Com essa consciência, vem a compreensão de que o amor tem o poder de nos transformar e nos dar força para que possamos nos opor à dominação. Escolher políticas feministas é, portanto, escolher amar.

Este conceito, juntamente com as concepções de Sobonfu Somé (2003), compreendem o amor como parte de uma coletividade e desenvolvem a ideia de que não é possível uma sociedade isenta de violências que seja reprodutora do patriarcado, do machismo, do sexismo, da misoginia, do racismo, da heteronormatividade compulsória, do capitalismo exacerbado que praticamente anulam a individualidade dos seres humanos retirando a profundidade das relações e do próprio autoconhecimento dos indivíduos quanto a quem são eles, o que gostam, o que querem fazer, com quem querem estar, ou não estar, dentre individualidades que são essenciais à plenitude dos seres e das relações humanas saudáveis.

Já bastaria à sociedade o entendimento do amor como não violência, como o não assassinato, sendo que dentro de violências podemos dividi-las em cinco, de acordo com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que são as violências: psicológica, moral, sexual, patrimonial e física. Geralmente elas aparecem de várias formas, não apenas uma única, e os feminicídios são consequência de inúmeras violências anteriores que culminam no assassinato, sendo este, inclusive, relacionado à tentativa da vítima de romper com a relação abusiva. O feminicídio não é, portanto, um evento isolado e sim consequência de uma sociedade que naturaliza e impulsiona mulheres a confundirem ódio e violência com amor.

É impossível evitar que ocorram feminicídios se não houver o entendimento do porquê eles são cometidos e de suas complexidades para que sejam pensadas maneiras de criar novas “normalidades” à sociedade, como o respeito à diversidade, o entendimento de que mulheres são seres humanos dignos de direitos etc. Como assevera Luiza Eluf (2007,

p.16), no livro *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres*: “ não existe mais o amor e sim um estado mental quase-patológico. A rejeição leva ao ódio, que gera a violência”.

Goleman (2012, p. 302), ao separar algumas emoções intitulou a *fúria* como gênero da qual são estas as espécies: “revolta, ressentimento, raiva, exasperação, indignação, vexame, acrimônia, animosidade, aborrecimento, irritabilidade, hostilidade e, talvez no extremo, ódio e violência patológicos”. Estas emoções se amoldam ao feminicídio e às suas motivações, transformando o “amar demais” de feminicidas mais próximo de “odiar demais” ou da própria fúria em suas nuances.

O feminicídio é consequência de estruturas da sociedade que só serão reformuladas e transformadas pelo entendimento de tudo aqui exposto em conjunto com políticas públicas de prevenção às violências contra as mulheres. Isto quer dizer que o encarceramento dos feminicidas não muda a raiz do problema e apenas os aprisiona, não só dentro de quatro paredes de uma cela, como também em um não saber lidar consigo e com as emoções. Um problema complexo e estrutural como o feminicídio exige uma série de mudanças sociais e culturais e também reformulação de conceitos. É preciso reconceituar e reaprender a amar e isso é latente e urgente a partir do momento que matar é visto como prova de amar.

CONCLUSÃO

As ciências humanas, com suas mais diversas ramificações, precisam dialogar entre si em busca do desenvolvimento de pensares complexos e integrais que não deixem de lado a subjetividade que termos como “amor” e “ódio” podem carregar dentro de relações sociais e humanas. O que uma sociedade caracteriza como amor e o que indivíduos fazem em nome desse amor são diretamente relacionados com estruturas sociais, com relações íntimas afetivas, com assassinatos e com normas penais.

A não diferenciação entre amor e ódio por aqueles que julgam casos de feminicídio ou por todos aqueles que compõem o Estado, desde Delegacias de Defesa da Mulher a área da Saúde e atendimento de mulheres em situação de violência, formam um conceito deturpado de amor e ainda reafirma quem “pode amar demais”, pois homens que amam demais matam e mulheres que amam demais são mortas. A deturpação desse conceito

exacerbada a função de cuidado e submissão imposta às mulheres conquanto nos homens reforça o uso da violência e do não lidar com o lado emocional/sentimental.

Os papéis de gênero e seus estereótipos possuem relações com o próprio entendimento dos seres humanos sobre quem eles são, para onde querem ir, como vão amar. Os inúmeros casos de feminicídio no país pulsam a necessidade de reformas quanto à necessidade de maiores proteções às mulheres e nisso se incluem políticas públicas e ações aos homens também. A desconexão consigo e a falta do entendimento dos sentimentos e das emoções, do lidar com as complexidades de ser humano e com o rompimento de relações, dentre outros temas delicados e complexos, devem ser alvos de políticas estatais, pois são basilares para a construção de uma sociedade mais plural e menos violenta.

A retomada de discussões profundas e o intercâmbio de conhecimentos, como a Filosofia e a Psicologia, trazem consigo a necessidade do aperfeiçoamento da inteligência emocional dos cidadãos e cidadãs, pois que as estruturas da sociedade estão interrelacionadas em milhões de imbricações que são consequência de quem são os indivíduos, de como se reconhecem e de como se relacionam, dialogando com aspectos sociais que inculcam nesses indivíduos conceitos naturalizados de amor. A partir da análise de processos de feminicídio do Estado de São Paulo foi possível diferenciar o amor do ódio, meramente explicando o que é ou o que pode ser o amor. Como apelo aos meios jurídicos é preciso urgentemente reaprender o conceito de amor e reaprender a amar e, para isso basta partir do pressuposto básico de que: quem ama, não mata.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*-Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2004.

BEAUVOIR, S. de. *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*. 4 ed. Librarie Gallimard, Paris. Tradução de: MILLIET, Sérgio. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

CERQUEIRA, Daniel. (Coord.). *Atlas da Violência 2020*. Brasília: Ipea. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>> Acesso em: 19 ag.2020.

CORDEIRO, Débora Cristina da Silva. POR QUE ALGUMAS MULHERES NÃO DENUNCIAM SEUS AGRESSORES? *Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, Juiz de Fora, n. 27, 2018.

COSTA, T.; BELMIRO, M. C. *Poliamor: da institucionalização da monogamia à revolução sexual de Paul Goodman*. Revista IDG na Rede, v. 12, n. 23, 2015.

CURI, Paula Land; MARTINS, Jaqueline de Azevedo Fernandes. *Expostas à Violência por Serem Mulheres e Amarem Demais*. In: Sexualidade e Relações de Gênero. Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019.

DURKHEIM, Émile. “*Que é fato social?*”. In: As Regras do Método Sociológico (1895). São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1987, pp. 01-11.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão nos banco dos réus: casos passionais célebres*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FEMINICIDIO. Dossiê Violência contra as mulheres. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/feminicidio/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Maria da Penha Law: the prosecution in the way of effectiveness*. 2013. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 2019.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 1. edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA (Ipea). *Atlas da Violência*, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 10 nov. 2020.

KAUR, Rupi. *Outros jeitos de usar a boca*. Tradução: Ana Guadalupe. 1ªed. São Paulo: Planeta, 2017.

LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. *Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia*. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, v. XLIX, n. 200, p.143-165, maio-agos., 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120009>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

LINS, Regina Navarro. *O livro do amor – volume II: do Iluminismo à Atualidade*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

MORAIS, Aloisio. QUEM AMA NÃO MATA. *Jornalistas Livres*. 07 nov. 2018. Disponível em: <<https://jornalistaslivres.org/quem-ama-nao-mata/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

NASCIMENTO, Beatriz. *A mulher negra e o amor*. In: Eu sou atlântica: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. São Paulo: imprensa Oficial/Instituto Kuanza, 2006.

PLATÃO. *O banquete*. São Paulo: Edipro, 2012.

PRAIA dos ossos: O julgamento. Rio de Janeiro: Rádio Novelo, 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 20, no 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

SENETT, Richard. *A Corrosão do Caráter: Consequências Pessoais do Trabalho no Novo Capitalismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SOMÉ, Sobonfu. *O espírito da intimidade – Ensinaamentos Ancestrais Africanos Sobre Maneiras de Se Relacionar*. São Paulo: Odysseus, 2003.

Apresentação oral

**AS PONCIÁS DE CADA CELA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA
SITUAÇÃO PRISIONAL DAS MULHERES NO BRASIL À LUZ DA
ADPF 347**

*PONCIÁS IN EACH CELL: CONSIDERATIONS ABOUT THE WOMEN'S
PRISON SITUATION IN BRAZIL ACCORDING TO ADPF 347*

Maria Adélia Gomes Correia de Melo

Mestranda em Jurisdição e Direitos Humanos pela UNICAP. Pós-graduanda em Ciências Criminais pela PUC-MG. Graduada em Direito pela UNICAP. Advogada (OAB-PE). Pesquisadora em Ciências Criminais e em Teorias e Críticas Feministas.

E-mail: mariaadeliameloo@gmail.com

Olga Julliana Oliveira de Farias

Pós-graduanda em Direito e Processo Previdenciário pela Faculdade Damásio.

Graduada em Direito pela UNICAP. Advogada (OAB-PE).

E-mail: olgajulliana@gmail.com

Resumo: Trata-se de pesquisa bibliográfica a fim de verificar presenças marcantes da sujeição, criminalização e objetificação da mulher no Brasil. O recorte empírico considera apenas pessoas do sexo feminino em cumprimento de pena privativa de liberdade. Tendo como marco teórico o livro Ponciá Vicêncio, da autora Conceição Evaristo, far-se-á apontamentos entre a vida da protagonista com as implicações do sistema prisional feminino, tendo como objeto a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, sob a ótica da criminologia crítica feminista. Foram observadas as interpretações relativas às questões de gênero e patriarcado, no sentido de indagar como o sistema de justiça criminal incorporou e reproduziu estas desigualdades. Destaca-se que mesmo com o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional (ECI), em relação ao sistema carcerário brasileiro, é evidente que o “destino” dessas mulheres ainda se encontra no “peso das canetas” dos “coronéis” das “terras dos brancos”.

Palavras-chave: Racismo; Teoria Crítica Feminista, Criminologias, Conceição Evaristo; ADPF 347.

Abstract: This is a bibliographic research which aims to verify the marked presence of subjection, criminalization and objectification of women in Brazil. The empirical section considers only the females serving a sentence of deprivation of liberty. The theoretical framework of this research is the book “Ponciá Vicêncio”, by the author Conceição Evaristo, the construction of the thesis will be made interleaving the life of the protagonist with the implications of the female prison system, taking as object the analysis of the ADPF (kind of Constitutional Brazilian lawsuit which claims of non-compliance of a law or state of things with a constitutional fundamental precept) number 347, under the perspective of critical feminist criminology. The interpretations related to gender and patriarchy were observed in the sense of asking how the criminal justice system incorporated and reproduced these inequalities. It is noteworthy that even with the recognition of the Unconstitutional State of Affairs of the Brazilian prison system, it is evident that the “destiny” of these women is still found in the “weight of the pens” of the “colonels” of the “white people’s land”.

Keywords: Racism; Critical Feminist Theory, Criminology, Conceição Evaristo; ADPF 347.

Sumário: Introdução. 1. As que estão para “além do arco-íris”. 2. As mulheres do abecedário e as do saber da roça. Onde estão em sua maioria? 3. O peso da caneta da terra dos brancos. 4. Em vias de conclusão: O passado presente e o que há de vir. Referências.

INTRODUÇÃO

Dissertar com base em uma das obras de Conceição Evaristo é, sem dúvida, uma árdua tarefa. Árdua, não no sentido de ser difícil interpretá-la, mas no sentido de conseguir expressar, em algumas poucas páginas, conteúdos tão densos e tão vivos. Com base em sua *escrevivência* – ou também na escrita do cotidiano, das memórias, da luta e da resistência –, é que a autora construiu suas Obras e que nós, de certa forma, tentamos extrair alguns pontos das indagações da protagonista de uma delas, evidenciando que sua história está longe de ser apenas um romance que figura no imaginário da leitora e do leitor. É a história de uma mulher que está refletida em nossa sociedade, está latente em nosso dia a dia, que é invisibilizada e que, por vezes, está ocupando o espaço de boa parte do sistema carcerário.

Ponciá Vicêncio é um romance que relata, inicialmente, a história de uma jovem moça negra, vivente em um Brasil pós-abolição, que, ao perceber as diversas provações que a família sempre passou na chamada “terra dos brancos”, resolve morar na cidade grande em busca de uma vida melhor e assim poder oferecer à sua família melhores condições de vida. Ao longo de sua procura por um espaço seu e para seus familiares, acaba por sofrer tantas perdas que se perde, inclusive, de si mesma. Mas o conteúdo deste livro é muito maior do que apenas narrar a história de Ponciá: é, na verdade, uma grande crítica social em relação à estrutura patriarcal, machista, sexista e racista que é o Brasil.

Embasadas nos questionamentos e nas diversas fases da vida da protagonista é que o presente artigo foi construído. Procurou-se entender quem é essa mulher no mundo atual e “quais as terras” que ela ocupa a depender do seu grau de escolaridade, sua cor, sua classe social. Como bem descreve a autora, “Ponciá Vicêncio não é um romance divertido ou leve. É a história de pessoas que lutam contra todos os obstáculos para tentar realizar suas esperanças” (EVARISTO, 2018, p.03).

1. AS QUE ESTÃO PARA “ALÉM DO ARCO-ÍRIS”

Um dos primeiros questionamentos de Ponciá, ainda quando criança, era sobre o que aconteceria com ela se passasse debaixo do arco-íris. Em sua inocência pueril, ao se deparar sozinha frente ao “angorô”: será que de fato viraria menino? Mas, naquela época, ainda gostava de ser menina.

Gostava de tudo. Gostava. Gostava da roça, do rio que corria entre as pedras, gostava dos pés de pequi, dos pés de coco-catarro, das canas e do milharal. Divertia-se brincando com as bonecas de milho ainda no pé. Elas eram altas e, quando dava o vento, dançavam. Ponciá corria e brincava entre elas. O tempo corria também. Ela nem via. O vento soprava no milharal, as bonecas dobravam até ao chão. Ponciá Vicêncio ria. Tudo era tão bom (EVARISTO, 2018, p.03)

Ponciá ainda não havia passado por todas as provações que a vida apresentaria. Ainda era uma menina cheia de sonhos e que amava brincar com suas bonecas feitas de milho. Ainda não havia se questionado sobre o ser mulher e negra (em uma sociedade predominantemente patriarcal e machista), porém, durante aquela época, havia o questionamento do que era “ser mulher” e qual seria seu “papel” na sociedade. Sabe-se

que os juristas muito questionavam se as leis que eram aplicadas aos homens também deveriam ser aplicadas às mulheres.

Por exemplo, que força tem, juridicamente, o nome “mulher”, o feminino. Em outras palavras, caso disponha de leis para as fêmeas, compreende também os machos? E dispondo das leis dos machos, abarcaria as fêmeas? Por trás desses problemas de interpretação das palavras genéricas, muito comuns e importantes para quem trata de normas formuladas em termos abstratos, existem ainda questões muito mais substanciais do ponto de vista de uma ontologia de gênero. (HESPANHA, 2001, p.3 – tradução nossa)

De fato, quando as leis falam em homens, tratam de maneira geral,¹ do ser humano em si e não do sexo masculino ou feminino, porém, na prática, as mulheres eram colocadas em posições de obediência e não de comando, uma vez que sua natureza não era voltada para isso (Lombroso, 1903). É importante, contudo, salientar que essa “mulher” aqui em discussão não era a negra e escrava, mas a branca, criada para os salões e para o casamento.

Neste primeiro momento é que sentimos, ao ler Ponciá, seu questionamento de “que mulher” era ela, pois dentro da própria sociedade “existia” uma subdivisão entre a mulher branca e a mulher negra. A primeira era a senhora, educada para os salões, a outra, nem condição de ser humano tinha. Fazia parte da propriedade do senhor de engenho do Brasil Colônia. A hierarquia era nítida. O homem era dono de sua esposa, esta era dona da escrava que lhe servia, e a escrava era objeto para a satisfação dos dois. Satisfação sexual do senhor e das necessidades caseiras da senhora. Então, quem eram essas mulheres? Essas mulheres sequer eram consideradas assim, sequer eram donas de seus próprios corpos.

Nesta vasta lista de sujeição se enquadram a mãe, avós e as ancestrais de Ponciá. Todas essas mulheres que sempre estiveram “além do arco-íris”, pois não eram consideradas mulheres, nem homens, nem seres humanos. O próprio sobrenome “Vicêncio” não pertencia à sua família. O sobrenome que toda a família carrega era, na verdade, do Coronel Vicêncio, dono das terras em que eles moravam e “proprietário”, por um bom tempo,

¹ A confecção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 durou dois anos, pelo que a redação dos artigos pôde ser alterada ao longo dos meses. A redação inicial do art. 1º dizia “Todos os Homens são livres e iguais [...]”, mas graças à presidente da Comissão das Nações Unidas, Eleanor Roosevelt, foi cuidadosamente mudada para “Todos os seres humanos são livres e iguais [...]”, evitando ao redor de todo o mundo esse tipo de discussão acerca da intenção do documento (MAZZUOLI, 2019).

dos membros daquela linhagem. Conceição Evaristo já deixa escancarado, em poucas páginas de leitura, a presença da negação da identidade de Ponciá e de seus familiares. Quando, pouco mais velha, ao questionar seu lugar social, pensou que se passasse pelo arco íris, talvez pudesse se tornar homem e livrar-se dessas privações. Com a maturidade, comprovou que não adiantava ser apenas homem, teria que ser homem e branco para poder mandar ou desmandar, pois sendo negro, mesmo quando passasse pelo arco íris, continuaria sem liberdade. Já na cidade grande, passou a olhar a “cobra celeste” (assim chamava o arco-íris) como angústia e receio

Ponciá Vicêncio olhava o arco-íris e sentia um certo temor. Fazia tanto tempo que ela não via a cobra celeste. Na cidade, depois de tantos anos fora da terra, até esquecia de contemplar o céu. Entretanto, desde cedo, ao acordar com a costureira angústia no peito, sem querer olhou o céu, como se pedisse a Deus em socorro. Estava, porém, arrependida. Um arco-íris bonito, inteiro, bipartia a morada das águas suspensas. Passou a mão pela testa como se quisesse apagar tudo que estivesse pensando. Um receio antigo revisitou-a e insistiu em seu corpo. Quando menina, pensava que se passasse debaixo do arco-íris poderia virar menino. Agora sabia que não viraria homem. Por que o receio então? Estava crescida, mulher feita! Olhou firmemente o arco-íris pensando que, se virasse homem, que mal teria? (EVARISTO, 2018, p. 17).

Em uma de suas memórias, destacou bem que seu pai vivia constantemente no trabalho da roça, nas terras dos brancos, e por isso não tinha tempo para a mulher e para os filhos. Revela o quanto lhe foi negado aprender a ler quando era pajem do “sinhô-moço” pois, o pai de Ponciá aprendia as letras do alfabeto nas suas brincadeiras de criança, uma vez que tinha a obrigação de brincar com seu senhor.

O pai de Ponciá sabia ler todas as letras do alfabeto. Sabia de cor e salteado. Em qualquer lugar que visse as letras, as reconhecia. Não conseguia, porém, formar as sílabas e muito menos as palavras. Aprendera a ler as letras numa brincadeira com o sinhô-moço. Filho de ex-escravos crescera na fazenda levando a mesma vida dos pais. Era pajem do sinhô-moço. Tinha a obrigação de brincar com ele. Era o cavalo em que o mocinho galopava sonhando conhecer todas as terras do pai (EVARISTO, 2018, p. 20).

Quando o sinhô-moço percebeu que negro também aprendia as letras de branco, parou a brincadeira. O questionamento que ficava na mente da menina era: por que continuavam ali, se eram livres? Por que tantos e tantas negras na senzala? Por que não iam trabalhar em lugares diferentes? Essas respostas o pai dela não tinha, pois como ela bem

destacou, “o homem apenas olhava o tempo como se buscasse no passado, no presente e no futuro uma resposta precisa, mas que estava a lhe fugir sempre” (EVARISTO, 2018, p.17).

Evaristo consegue descrever através dos sentimentos de Ponciá quem estava “autorizado” a falar e quem deveria permanecer na eterna ignorância literária. Essa autorização é explicada por Grada Kilomba (2019) ao se referir a este silenciamento como “máscara do silenciamento”, que era uma máscara real, instrumento colonial europeu composta por um pedaço de metal colocado no interior da boca do sujeito negro, instalado entre a língua e o maxilar e fixado por detrás da cabeça por duas cordas, uma em torno do queixo e a outra em torno do nariz e da testa. A principal função era implementar o senso de mudez e de medo, visto que a boca era um lugar de silenciamento e de tortura.

Apesar de não existirem as máscaras do silenciamento materialmente no livro de Evaristo, é certo que a perpetuidade da função está presente nas memórias da protagonista e de seus ancestrais. Ao dominar a “letra dos brancos”, o pai de Ponciá passa a pertencer a algo que não é dele. “Estamos lidando aqui com um processo de negação, no qual o senhor nega seu projeto de colonização e impõe à/ao colonizada/o” (KILOMBA, 2019, p.19).

[...] no racismo, a negação é usada para manter e legitimar estruturas violentas de exclusão racial: elas/es têm de ser controladas/os. Enquanto o *sujeito negro* se transforma em inimigo intrusivo, o branco torna-se vítima compassiva, ou seja, o opressor torna-se oprimido e o oprimido, o tirano [...] O *sujeito negro* torna-se então tela de projeção daquilo que o *sujeito branco* teme reconhecer sobre si mesmo, neste caso: a ladra ou ladrão violenta/o, a/ bandida/o indolente e maliciosa/a (KILOMBA, 2019, p.19-20)

Esses estereótipos são perpetuados com o uso dessas máscaras, ainda que invisíveis, em nossa sociedade, onde o abecedário deve pertencer a uns e o saber da roça a outros.

2. AS MULHERES DO ABECEDÁRIO E AS DO SABER DA ROÇA. ONDE ESTÃO EM SUA MAIORIA?

Ponciá começa a notar a função do silenciamento aos poucos, quando sente a necessidade de aprender a ler. Sair da roça seria uma tentativa de melhorar a vida de sua família, mas para isso teria que dominar outros conhecimentos. Pediu autorização para sua mãe, e foi se “aventurar com novos saberes já que para trabalhar na roça o que se fazia necessário era conhecer as fases da lua, tempo de plantio e de colheita, o tempo das águas

e das secas” (EVARISTO, 2018, p.24). A procura do saber agora era para poder morar na cidade. Aprendeu a juntar as sílabas com os missionários da igreja, os quais se deram satisfeitos pelo mínimo trabalho. A menina teve que aprender – sozinha – as folhas da cartilha, vencendo todas as dificuldades para poder desenvolver a capacidade de leitura.

Quando finalmente chegou à cidade, notou que tudo era muito diferente do que pensava. Passou fome, ficou sem lugar para morar, não encontrava os “seus”. Por vezes ficou na porta da igreja pedindo trabalho, mas era invisível aos olhos da sociedade, as pessoas não a escutavam. E onde estariam os “seus”? Onde estariam as mulheres que não possuíam o conhecimento do “abecedário”? Elas poderiam transitar livremente nas “terras dos brancos?”.

Sabe-se que não.

O processo de marginalização e criminalização das mulheres se deu de uma maneira diferente, pois enquanto as prisões evoluíram como forma de punição pública para os homens, as mulheres continuaram a ser submetidas rotineiramente a formas de punição que não eram reconhecidas como tal (DAVIS, 2018, p.79). Por exemplo: as mulheres eram encarceradas em instituições psiquiátricas em proporções maiores que os homens (Davis, 2018).

Ao longo da história, é possível perceber que Ponciá vai sentindo as marcas que a vida deixou em seu corpo e em sua alma. A vida da cidade não foi da maneira que ela esperava que seria, horas e horas trabalhando para ganhar muito pouco. Trabalhou boa parte da vida como empregada doméstica, lavando, passando e cozinhando, até o ponto de “perder” a sanidade mental.

Ponciá não chega a ser internada em nenhuma instituição psiquiátrica, mas em todos os momentos do livro, o marido dela, quando nota que já “não era mais a mesma”, questiona várias vezes se gozava ou não das faculdades mentais. O que ocorre é que mulheres têm mais probabilidade que os homens de ir parar em instituições psiquiátricas, enquanto as cadeias e as prisões têm sido instituições dominantes no controle de homens.

É bem verdade que a maioria do sistema prisional é composta por homens, até porque as prisões foram construídas para isso. A mulher nunca foi pensada como a possível autora de crimes, mas sempre a vítima deles. Mas é preciso fazer um parêntese na

discussão e apontar uma importante observação que Ângela Davis (2018) faz ao descrever como o gênero estrutura o sistema prisional. Ela deixa muito claro que há um grande erro quando pensamos que as mulheres estão à margem do sistema. A partir do momento que tomamos as instituições masculinas como norma, tomamos parte de uma abordagem que o abolicionismo penal procura contestar.

Embora os homens constituam a ampla maioria dos prisioneiros no mundo, aspectos importantes da operação da punição estatal são ignorados quando se presume que as mulheres são marginais e, portanto, não merecem atenção (DAVIS, 2018, p.70).

Em 1961, Pollak apontou fatores socioestruturais para compreender a diferença de criminalidade entre homens e mulheres, afirmando que há um mascaramento da criminalidade feminina, porque as mulheres têm capacidade de enganar. Nos anos 1970, Hoffman e Bustamante “avançam” um pouco na compreensão da criminalidade feminina, acrescentando outros argumentos, e relacionam a socialização feminina à tipologia de crimes cometidos pelas mulheres. Afirmam que as mulheres são submetidas a um tipo de educação que reprime a agressividade. Assim, consideram que as diferenças na criminalidade são decorrentes dos papéis sociais atribuídos às mulheres (LEMGRUBER, 1983, p.28).

Apenas em 1980, com a criminologia crítica feminista, é que se passa a interpretar as questões de gênero e patriarcado no sentido de indagar como o sistema de justiça criminal trata a mulher. Procura explicar que o estereótipo da mulher não é fruto das diferenças fisiológicas entre os sexos, mas uma construção social, ou seja, ela foi determinada. Dessa forma, desenvolveu-se uma sociedade patriarcal e, óbvio, o direito não ficou alheio a essa diferenciação. Essa sociedade patriarcal e seus conhecimentos legitimou o sistema de justiça criminal, que incorporou e reproduziu as desigualdades relativas ao gênero feminino.

Entretanto, a criminalidade feminina continua sendo um tema pouco explorado e ainda não se construíram teorias consistentes que justifiquem a baixa participação das mulheres em estatísticas criminais prisionais. Estereótipos de gênero atrelados à criminalidade dificultam a aceitação social das mulheres no universo criminal, contribuindo, pois, para a invisibilidade da questão (GONÇALVES, 2017, p.34).

Breitman (1999) lança luz sobre essa discussão. Segundo a autora, por serem mulheres, incide sobre elas uma dupla determinação, de sexo e de classe, portanto, a inserção em uma dupla ordem: patriarcal e capitalista.

Espera-se delas padrões de conduta relacionados ao espaço doméstico e a certas posturas condizentes com sua condição; a ruptura com estes padrões aumenta a estigmatização do grupo. (BREITMAN, 1999, p.203)

Ou seja, segundo a autora, as práticas delituosas femininas, os papéis que elas desempenham na seara da criminalidade refletem os padrões femininos de atuação. Em face disso, a sociedade imprime sua condenação ao afirmar que a mulher envolvida com a prática de crimes deixa de cumprir seu papel, e esse julgamento exerce influência na produção da invisibilidade da mulher no cárcere (BREITMAN, 1999).

Uma observação muito precisa que Angela Davis faz é quando consideramos o impacto da raça e da classe nesse processo de criminalização. Quando confrontamos os “saberes do abecedário” com os “saberes da roça”, podemos dizer que, para mulheres brancas e ricas, essa equalização tende a servir como evidência de transtornos emocionais e mentais, mas para as mulheres negras e pobres, indica criminalidade. (DAVIS, 2018, p.73)

Deve-se levar em consideração também que, até a abolição da escravidão, a maioria das mulheres negras estava sujeita a regimes de punição que diferiram significativamente daqueles vividos pelas mulheres brancas. Como escravas, elas eram direta e muitas vezes brutalmente disciplinadas por condutas consideradas perfeitamente normais em um contexto de liberdade. As punições impostas aos escravos eram visivelmente influenciadas pelo gênero – penalidades especiais eram, por exemplo, reservadas a mulheres grávidas incapazes de atingir as cotas que determinavam a duração e a rapidez de seus trabalhos (DAVIS, 2018, p.73).

De uma maneira ou de outra, não colocaram as mulheres como seres que podem pensar e agir por conta própria. Os argumentos apontam sempre para uma responsabilização de outro frente à criminalidade feminina, perpetuando o entendimento das mulheres como não cidadãs (COELHO, 2015, p.20). Nota-se que ao discutir as questões da criminalidade feminina, entende-se que as mulheres que cometem crimes contrariam e surpreendem a sociedade, pois delas ainda não se espera comportamentos que denotem criminalidade. Em contrapartida, a sociedade, como represália a essa “surpresa”, é mais severa ao julgá-las (GONÇALVES, 2017, p.39).

A população carcerária feminina nos anos de 2000 a 2014 aumentou em 567,4%, ou seja, naquele ano havia 5.601 mulheres no sistema, o que representava 3,2% da população prisional. Em 2014 elas passaram a representar um total de 6,4% do total encarcerado. Dados do INFOPEN Mulheres de 2018 são específicos ao relatar que 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio. Isso, de um grupo de mulheres constituído por 62% de negras de um geral de 42 mil mulheres privadas de liberdade. Fica evidente que o saber do abecedário ainda pertence às “terras dos brancos”.

Do final da década de 1990 até os dias atuais, o tráfico de entorpecentes continua a ser o principal fator do encarceramento feminino, fator correspondente a 68% das mulheres que se encontram nessa situação. O perfil da mulher presa é jovem, 50% entre 18 e 29 anos (na população brasileira total os jovens representa 21%); negra, 67% das presas (enquanto na população brasileira 51% é composta por negros); e com baixo grau de escolaridade, apenas 11% das mulheres encarceradas possuem o ensino médio completo.

Em geral, as mulheres em submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos [sic] sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. Em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico (BRASIL, 2018, p.58).

Na maioria dos casos, trata-se de uma pequena venda de entorpecentes e/ou a realização do delito em conjunto com o companheiro.

A propósito, ficou evidenciado que certo tipo de delito não é cometido pelas mulheres sem a participação de um homem e que, quando ocorre essa participação, se não há testemunhas, eles buscam isentá-las da culpa para que elas não sejam alvo de punição e possam ocupar-se da família ou obter os itens necessários à manutenção do companheiro na prisão (BRASIL, 2018, p.59).

Nota-se que essas mulheres expressam sua “agressividade” de um modo permitido culturalmente, ou seja, parcialmente negado e disfarçado. Pode-se afirmar, pois, que esses

papéis desempenhados pelas mulheres não se relacionam com sua condição biológica e sim com a estrutura sociocultural em que estão inseridas. Por conseguinte:

A lógica do sistema criminal de justiça do modelo neoliberal de punir os mais pobres e marginais afeta a mulher mula, indicando uma grotesca desproporcionalidade das penas. Pesquisas concluíram que as mulheres mulas representam o estrato mais marginal e vulnerável das partes do mundo, e a aplicação de penas severas só agrava e reforça a exclusão social através do sistema de justiça criminal (GONÇALVES, p. 62).

Existe, portanto, uma subcultura criminal, em que estas mulheres estão inseridas. O trabalho feminino, principalmente das mulheres das camadas populares, congrega estratégias de sobrevivência diversificadas.

Rosa Del Olmo (1996) afirma que há uma característica que se assemelha ao uso de drogas e a criminalidade das mulheres: elas são ocultadas pela falácia de que os problemas sociais sérios são essencialmente problemas de conduta masculina. Ainda acrescenta que o maior número de mulheres detidas pelo tráfico não era para sustentar o próprio consumo, pois mesmo inserida nesse mundo, as atividades são restritas ao transporte de pequenas quantidades de droga fazendo com que o próprio sistema do tráfico também tenha a sua separação de gênero.

Segundo Larissa Urruth Pereira (2012), o tráfico que é punido é o tráfico de subsistência, é o tráfico da mãe que leva entorpecentes para o presídio, para manter a dignidade do marido recluso. Na visão da autora, a situação dessas mulheres se agrava mais em relação à maternidade, pois durante o cumprimento da pena, o sistema prisional não oferece praticamente nenhum tipo de acompanhamento médico adequado.

É sabido que o direito positivo brasileiro não distingue entre os sexos, para fins de responsabilidade criminal. Tampouco são conhecidas jurisprudência ou doutrina no sentido de isentar a mulher de responder pelos direitos realizados. Percebe-se, no entanto, uma tendência em “beneficiá-la”, principalmente em função do exercício da maternidade. De fato, às mulheres compete a guarda dos filhos e alega-se que, com sua detenção, eles ficariam “na rua” aumentando o problema dos “menores”.

Mas, o tráfico de entorpecentes, que é a principal causa da reclusão destas mulheres, tem um tratamento diferente. Ainda que se trate de um pequeno tráfico é cada vez mais

condenado por ampla camada da sociedade e a ele se associa a prática de outros delitos. Ele é apresentado como um delito que gera aumento da violência urbana e da criminalidade. A condenação social do tráfico, o maior rigor da polícia e do judiciário na sua perseguição e o aumento da dedicação das mulheres a esta modalidade delitiva, cujos ganhos são altos, imediatos e vistos como de menor risco, é uma das causas do significativo incremento de mulheres nas prisões nestes últimos 10 anos.

Por existir esta corrida às drogas, incessante e violenta, prende-se cada vez mais e prende-se muito mal, também. O número crescente dessas mulheres em presídios faz com que o Brasil tenha a quinta maior população carcerária feminina no mundo no ano de 2014 – ficando atrás dos Estados Unidos (205.400 mulheres presas), China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751) –, e a primeira da América Latina (LEITE, 2018, p.51).

Os últimos dados divulgados sobre o tema, em 2015, demonstraram um grande aumento desta população carcerária, sobretudo, em países da América Central, América do Sul e Ásia. Nesse contexto, o Brasil se destaca, com crescimento de quase quatro vezes, entre 2000 e 2014, totalizando 37.380 mulheres presas em 2014 (LEITE, 2018, p.51).

3. O PESO DA CANETA DA TERRA DOS BRANCOS

Fica evidente a despreocupação com as mulheres encarceradas no Brasil. A situação no cárcere masculino também não é muito diferente. O hiperencarceramento (sobretudo em razão do uso indiscriminado das prisões preventivas) é responsável por boa parte das violações de direitos fundamentais nos cárceres brasileiros. Não há espaço, alimentação adequada, higiene ou saúde. Há tortura e violação de direitos.

Diante desse quadro, no ano de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) invocou o mecanismo constitucional do Estado de Coisas Inconstitucional em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 347, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, envolvendo o Sistema Prisional Brasileiro e o quadro de violação de direitos humanos por ele perpetuado.

O Estado de Coisas Inconstitucional, termo cunhado pela Corte Constitucional Colombiana em 1997, corresponde a um mecanismo utilizado por Cortes Constitucionais com o objetivo de oferecer tutelas processuais para que haja a efetividade das normas

constitucionais. Nesse mecanismo, diante da existência de um quadro onde há violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais de determinados grupos sociais, numa situação que decorra de graves falhas estruturais, revelando omissões sistêmicas e persistentes dos poderes públicos, a Corte declara como inconstitucional a situação analisada e propõe medidas para superá-la (CAMPOS, 2016).

Conforme o INFOPEN 2016, cerca de 79% dos estabelecimentos prisionais no Brasil estavam superlotados, apenas 7% da população carcerária do país estava presa num estabelecimento não abarrotado. Toca dizer que, das 726.712 pessoas presas, à época do levantamento, 292.450 – cerca de 40,2% –, eram presos provisórios. O uso indiscriminado da prisão cautelar é um dos principais motivos da superlotação. Conforme Greco (2017), é muito comum que os presos provisórios passem mais tempo na prisão provisória do que o tempo que lhes seria sentenciado e, não raras vezes, são absolvidos das acusações.

Além de serem obrigados a viverem amontoados, as pessoas presas têm de lidar com um problema quase que intrínseco à superlotação: a insalubridade das celas. Somado a isso, e em que pese o fato de a Lei de Execução Penal estabelecer o acesso à saúde integral, na forma de atendimento médico, farmacêutico e odontológico, de caráter preventivo e curativo à pessoa presa, e de a Constituição da República garantir, como direito social, em seu art. 6º, a saúde a todos os cidadãos brasileiros, o exercício desse direito nas instituições prisionais não é pleno. Diante das más condições de higiene e alimentação fornecidas pelas instituições prisionais, é mais comum a morte de presos por doenças, que em sua maioria seriam tratáveis, do que por violência (BRASIL, 2018).

Diversos fatores contribuem para que as doenças se alastrem nos presídios e sejam tardiamente descobertas, a superpopulação e o próprio descaso do Estado são exemplos. Sabe-se que a tuberculose e a AIDS são duas das doenças mais comuns nos presídios brasileiros. Segundo dados do Ministério da Saúde, a chance de uma pessoa encarcerada contrair tuberculose é 28 vezes maior do que a da população geral, o Ministério afirma, ainda, que a taxa de HIV/AIDS entre a população prisional, no ano de 2014, era cerca de 3 vezes maior do que a da população geral (BRASIL, 2018).

Além da insalubridade e das dificuldades referentes à assistência de saúde, sabe-se que as pessoas encarceradas também enfrentam problemas no âmbito alimentar. No estado do Espírito Santo, por exemplo, uma série de fiscalizações em presídios revelou que

detentos receberam alimentos proibidos para o consumo humano e acabaram infectados por doenças. Muitos são os casos de denúncias à má e anti-higiênica alimentação oferecida aos presos em todo o Brasil.

A ausência de compromisso por parte do Estado não para por aí, outras duas graves violações recorrentes nos cárceres do Brasil são a falta de assistência educacional e de oportunidade de trabalho, mesmo que garantidas legalmente, seja na Constituição Federal ou na Lei de Execução Penal, os dados do INFOPEN 2016 apontam que apenas 12% da população prisional Brasileira participa de alguma atividade educacional, e somente 15% está envolvida em atividades laborais, além disso, os dados mostram que 75% da população prisional em atividade laborativa não percebe remuneração ou recebe menos que 3/4 do salário mínimo mensal. Não há dúvidas de que esses números refletem a falta de interesse em oferecer às pessoas encarceradas a dignidade que lhes deveria ser intrínseca.

No ano de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos, uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, publicou um informe acerca da situação das pessoas privadas de liberdade na América Latina. O documento, diante do mau desempenho das instituições prisionais Latino-americanas acertadamente asseverou que

quando os cárceres não recebem a atenção ou os recursos necessários, sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas de delinquência e comportamento antissocial, que propiciam reincidência em vez de reabilitação (EUA, 2018)

A ADPF 347, dentre outros pedidos complementares, requereu que o Sistema Carcerário Brasileiro fosse declarado como um ECI. Diante dessas e de outras inúmeras e reiteradas violações de direitos fundamentais reproduzidas nesse sistema, considerando todo o contexto de omissões e comissões dos Poderes Públicos em todas as suas esferas, o STF reconheceu expressamente tratar-se de um Estado de Coisas Inconstitucional.

Essencialmente, para ser caracterizado, o mecanismo do ECI enseja alguns pressupostos básicos que, embora possam divergir doutrinariamente, via de regra, são: 1. a identificação de quadro de violação massiva e reiterada de vários direitos fundamentais e que afete um número expressivo de pessoas; 2. reiterada e persistente omissão das

autoridades públicas referente à defesa e à promoção daqueles direitos fundamentais — ou seja, inércia de um grupo de autoridades causando um mau funcionamento estrutural; 3. que a situação em apreço enseje medidas que, obrigatoriamente, sejam dirigidas ao conjunto de órgãos e autoridades identificado pelo pressuposto anterior, suscitando ordens complexas ao grupo de autoridades envolvidas; e 4. possibilidade de — caso o quadro de violação e negligência de direitos fundamentais não seja objetivamente observado e reparado, alcançando e beneficiando amplamente o grupo social atingido — o grande número de pessoas afetadas pelas violações acabar por judicializar demandas requerendo efetivação de seus direitos ou devida reparação por tê-los violados e, conseqüentemente, causar congestionamento do sistema judiciário (CAMPOS, 2016, p. 180-183).

Em síntese, o contexto problemático encontrado quando da declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional é policêntrico, são problemas em cadeia, os quais só podem ser resolvidos conjuntamente. A sentença declaratória do ECI deve propor soluções estruturais (através de chamadas “sentenças estruturais”), determinando atuação dos diversos órgãos e autoridades responsáveis pela situação para que o quadro de inconstitucionalidades seja superado. Saliente-se que o procedimento não se resume à determinação de obrigações de fazer às autoridades públicas, é muito mais do que isso, trata-se de uma performance ativa voltada à reestruturação sistêmica dessas instituições (CAMPOS, 2016, p. 189). Precisa de acompanhamento, impulso e orientação da Corte.

A petição de propositura da ADPF 347, documento de 75 páginas, após detalhado relato sobre a situação caótica vivida pela população carcerária brasileira (com pouco mais de 35 linhas relatando a situação das mulheres no cárcere), consignou várias demandas em seu texto. Foram oito pedidos em forma de medida cautelar e dez pedidos definitivos que, em suma, propuseram soluções visando a melhoria da vida dos encarcerados no Brasil. Ocorre que apenas parte de um dos pedidos, qual seja, o “c – (viii)”, que requereu a “adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres[...]” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da ADPF 347) — o que soa demasiadamente genérico, foi especificamente referente à população carcerária feminina. Diante dessa simbiose entre causas de violação e superação do estado de coisas, é incontestável que a situação dos cárceres femininos deveria ter sido mais visada, mas, como ocorre habitualmente, não foi.

As Ponciás existem na vida real. Estão muitas, neste exato momento, privadas de estarem com seus filhos, privadas de vê-los crescer. O INFOPEN Mulheres conseguiu apenas dados de 7% da população feminina em junho de 2016, o que corresponde a uma amostra de 2.689 mulheres. Nos estados do Rio de Janeiro, Sergipe e no Distrito Federal não existiam quaisquer informações acerca da quantidade de filhos entre as pessoas privadas de liberdade, homens ou mulheres. Os estados do Rio Grande do Sul e Amapá, por sua vez, tinham informações disponíveis para mais de 40% da população prisional .

Com a baixa representatividade da amostra coletada, não é possível extrair conclusões acerca da totalidade da população prisional feminina. Mas, desses 7% analisados, tem-se que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Ao analisarmos os dados referentes aos homens para o mesmo período, temos que 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos. O Infopen aponta para uma importante desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no sistema prisional e demandam, assim, a formulação de serviços e estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades.

As perguntas que ficam sem resposta são: quais são as necessidades desta mulher presa? Qual é o estado de coisa inconstitucional em que vive esta mulher? Essas perguntas também ficaram sem resposta ao longo da apreciação da ADPF pelo STF. É verdade que ainda não houve sentença de mérito na ação, mas a expressa e detalhada declaração da situação caótica das prisões brasileiras e o deferimento de duas das medidas cautelares requeridas na ação — quais sejam, determinação de que juízes e tribunais passassem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia e que a União liberasse verbas do fundo penitenciário nacional — poderiam ter força motriz para mudança do quadro. Apesar de todos os Ministros concordarem que, de fato, precisa haver melhores condições, a situação dos cárceres brasileiros e, em especial, do feminino não vem mudando muita coisa. O peso da caneta dos coronéis continua a exercer o poderio sobre o destino dessas mulheres.

Como bem pontuou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC 11.641/DF, há “uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento” vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis”, o que, de acordo com o Ministro, “decorre, como já aventado por

diversos analistas dessa problemática, seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana [...]”(BRASIL, 2018, p.20)

A situação prisional dessas mulheres continua a crescer. Não se pode deixar de enfatizar aqui que são homens decidindo acerca da vida e das necessidades das mulheres. Homens brancos decidindo acerca da situação de mulheres negras. Homens decidindo sempre. É preciso entender esses posicionamentos de privilégios e perpetuação de uma falsa ideia de busca pela igualdade.

4. EM VIAS DE CONCLUSÃO: O PASSADO PRESENTE E O QUE HÁ DE VIR.

Mulheres negras, que são as que compõem a maior parte do sistema prisional brasileiro, continuam com a “máscara do silenciamento” em seus corpos, em suas vidas. As Ponciás estão aí, presentes todos os dias na vivência de cada pessoa, mas não são vistas, continua, na verdade, o processo de negação.

É óbvio que a tentativa de reeducar através do aprisionamento é uma ideia completamente falida. A combinação destrutiva de racismo e misoginia, por mais que tenha sido combatida pelos movimentos sociais, pelas bolsas de estudo e pela arte nas últimas três décadas, mantém todas as suas terríveis consequências nas prisões femininas (DAVIS, 2018, p.76). O Estado perpetua a violência contra a mulher.

Partindo desse pressuposto, o presente artigo buscou, portanto, analisar a situação da mulher em estado de cárcere atualmente no país. Partiu-se da construção teórica da definição do que era ser mulher e quem poderia ocupar este local. Para o Direito Penal, a preocupação era/é mínima, pois as mulheres, como regra, representavam o papel de vítima. Um ser frágil, doméstico, dependente, pouco ou nenhum perigo oferecia à sociedade e não precisaria, assim, sofrer tutela do Direito Penal. O papel de cometer crimes cabia ao homem sujeito ativo, dominador e perigoso (MONTENEGRO, 2010, p.137).

Quando esta mulher transcende esse ponto de vítima e passa a ser aquela que comete crimes, o Estado se vê obrigado a dar uma resposta para tais atitudes, pois agora ela é a criminosa e não existiu e ainda continua sem existir locais minimamente dignos para que elas possam cumprir suas penas.

O estudo foi construído, portanto, de forma a deixar claro que se precisa de um olhar transversal sobre as questões de gênero, porém, demanda a desconstrução do entendimento de que o sujeito se envolve nos processos culturais tendo já uma identidade previamente fixada (Bluter, 2010). Nesse sentido, parece possível verificar a correção da hipótese de Carol Smart (1994), que vê o direito como estratégia criadora de gênero, uma vez que os discursos ora analisados empenham esforços no sentido de contemplar os diversos fatores que tornam as mulheres diferentes entre si (reconhecendo, por exemplo, que algumas são mais vulneráveis do que outras), porém partindo sempre de uma concepção prévia do termo *mulher* em contraposição ao *homem*. Não se discutem, assim, as estratégias criadoras do gênero; ao contrário, é justamente essa prática que se reproduz.

Ao analisar a história de Ponciá, nota-se que a protagonista passou a vida tentando economizar dinheiro suficiente para oferecer melhores condições de vida para sua família na cidade grande. Não conseguiu. Inevitavelmente é necessário fazer uma reflexão sobre como o romance retrata uma realidade que continua a ser invisível em nossa sociedade. Uma realidade de mulheres que podem até ter passado e presente, mas o futuro é incerto, o futuro é o que há de vir. É preciso uma conscientização.

Bell Hooks (2018, p.72) nos traz uma conscientização feminista revolucionária que enfatiza a importância de aprender sobre patriarcado como sistema de dominação, como ele se institucionalizou e como é disseminado e mantido.

O nosso sistema prisional feminino nada mais é do que a exacerbação desse machismo e a perpetuidade da coluna do patriarcado. É necessário, portanto, observar que mesmo existindo o reconhecimento Estado de Coisa Inconstitucional, através da ADPF 347, pelo Supremo Tribunal Federal, há perpetuidade da desumanização da pessoa presa e a segregação em relação ao gênero continua. O poder soberano exercido nas terras dos brancos continua em pleno funcionamento e as decisões tomadas pelos “coronéis” em pouco ou em nada muda a situação das mulheres presas no Brasil. O poder soberano

exercido nas terras dos brancos continua em pleno funcionamento e as decisões tomadas pelos “coronéis” em pouco ou em nada muda a situação das mulheres presas no Brasil.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Ministério da Justiça. *Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres* – Junho 2018. p.18-20 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 15/10/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS 11.641 DISTRITO FEDERAL*. Distrito Federal. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em: 20 de novembro de 2020, p. 20

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347*. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 02 novembro 2020. p. 11

BREITMAN, Mirian Rodrigues. *Criminalidade feminina: outra versão dos papéis das mulheres*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 200-223, jan./jun. 1999)

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero – Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

COELHO, Carolina Marra Simões. *Adesão dos estados ao Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres: desafios da institucionalização de políticas públicas de gênero no contexto federativo brasileiro*. 2015. 233 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte 2015, p. 20

DAMATTA, Roberto, *As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social*. In: BENEVIDES, M.V. et alii. *A violência brasileira*. São Paulo, Brasiliense, 1982, p.21

DAVIS, Ângela. *Estarão as Prisões obsoletas* – 1. ed. Bertrand Brasil, 2018

DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

- EVARISTO, Conceição *Ponciá Vicêncio* —4. ed. -- Rio de Janeiro, RJ :Pallas, 2018
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. São Paulo: Global Editora. 48ª Edição.2003. 249p.
- GONÇALVES, Betânia Diniz *Mulheres na prisão: um estudo qualitativo*/Betânia Diniz Gonçalves, Carolina Marra Simões Coelho, Cristina Campolina Vilas Boas.- 1 ed. – Curitiba: Appris,2017, p. 34
- GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Editora Impetus, 4. ed. rev., ampl. e atual. Niteroi, 2017, p. 232/233.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *El estatuto jurídico de la mujer em el derecho comum clásico*. Espanha: Universidad Autónoma de Madrid. 2001. 3p.
- HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: Políticas arrebatadoras*. 1. ed. Rosa dos Tempos, 2018
- KANT DE LIMA, Roberto. *Direitos civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* São Paulo Perspectiva, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 49- 59, mar. 2004 .
- KANT DE LIMA, Roberto. *Éticas e práticas na segurança pública e na justiça criminal*. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Crime, Polícia e Justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014.
- KANT DE LIMA, Roberto. *Polícia e exclusão da cultura judiciária*. Tempo Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, maio 1997
- KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogá, 2019.
- LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Achiamé: Rio de Janeiro, 1983, p. 28
- LOMBROSO, Cesare. *La Donna Delinquente*. Itália: Fratelli Bocca, 1903.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 6ª ed., rev., ampl. São Paulo: Editora Método, 2019.

MISSE, Michel. *Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”*. Lua Nova, São Paulo, n. 79, p. 15-38, 2010

PAIXÃO, A. L. *A organização policial numa área metropolitana. Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p.63-85, 1982.

PEREIRA, Larissa Urruth. *Filhos do cárcere: uma análise multidisciplinar do princípio da personalidade da pena na penitenciária feminina Madre Pelletier*. Canoas, 2012. 152 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Curso de Direito, Canoas, 2012.

SCHUR, Edwin M, *Labeling deviant behavior: its sociological implications*. New York; London: Harper and Row, 1971.

SINHORETTO, Jacqueline et al. *A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais*. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro; BAPTISTA, Gustavo Camilo; FIGUEIREDO, Isabel Seixas de (orgs.). *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, Ministério da Justiça, 2014. p. 121-158. (Pensando a segurança pública, v. 5).

Apresentação oral

**PENSAR NAS MULHERES INDÍGENAS: ATRAVESSAMENTOS
CONCEITUAIS SOBRE VIOLÊNCIAS, FEMINISMOS E
DECOLONIALIDADE**

*THINKING ABOUT INDIGENOUS WOMEN: CONCEPTUAL CROSSINGS
ON VIOLENCES, FEMINISMS AND DECOLONIALITY*

Ricardo Damasceno Moura

Bacharel em Direito pela Faculdade Ideal (FACI/Wyden). Especialista em Populações indígenas da Amazônia pela Universidade Federal do Pará. Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Controle Externo pela UNINOVE/SP. Pesquisador de Direito Penal. Integrante do 3º Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial e Inclusão (ITS/RJ).

E-mail: moura.ricardo@uni9.edu.br

Resumo: O presente trabalho visa discutir a questão da violência contra mulheres indígenas, buscando para tanto, um enfoque analítico decolonial. Trata-se, portanto, de um tema inovador ao campo jurídico e das ciências criminais e de fundamental importância. O trabalho traz uma crítica acertada sobre paradigma de romantização das populações indígenas, apontando ausência de violências entre estas populações ou internamente em cada uma delas, incluídas as violências que alocamos na categoria “gênero”. Este paradigma desconstrói a ideia romantizada ideal do “bom selvagem”, cultivada também por parte dos observadores patrocinados pelo advento da colonização. Optou-se por uma análise bibliográfica dialógica para a discussão da violência de gênero e seu enfrentamento no contexto indígena. A partir de uma metodologia etno-jurídica, buscando-se inferir acerca dos inter-relacionamentos entre gênero, direito e questões étnico-raciais. Portanto, existe a máxima urgência de pesquisas mais aprofundadas no campo da Antropologia e do Direito sobre a violência contra as mulheres no contexto indígena. Não obstante, as ciências jurídicas negligenciam perspectivas pluriétnicas, que se articulem com gênero, etnia/raça. Os achados bibliográficos evidenciam que, o enfrentamento da violência requer a participação social e política de mulheres indígenas. A participação almejada pelas vozes femininas nativas têm como fundamento base o direito à liberdade e à cidadania decolonial, para que as mulheres da floresta possam viver com dignidade e o respeito que merecem.

Palavras-chave: Mulheres indígenas, violência de gênero, etnicidades, cidadania decolonial.

Abstract: This work aims to discuss the issue of gender-based violence in the indigenous context, seeking, for this, a decolonial analytical approach. It is, therefore, an innovative theme in the legal and criminal sciences field and of fundamental importance. The work brings a correct criticism about the paradigm of romanticization of indigenous populations, pointing out the absence of violence among these populations or internally in each one of them, including the violence that we allocate in the “gender” category. This paradigm deconstructs the idealized romantic idea of the “good savage”, also cultivated by observers sponsored by the advent of colonization. We opted for a dialogical bibliographic analysis to discuss gender violence and its confrontation in the indigenous context. From an ethno-legal methodology, seeking to infer about the interrelationships between gender, law and ethnic-racial issues. Therefore, there is the utmost urgency for further research in the field of Anthropology and Law on violence against women in the indigenous context. Nevertheless, the legal sciences neglect multi-ethnic perspectives, which are articulated with gender, ethnicity/race. The bibliographic findings show that the confrontation of violence requires the social and political participation of indigenous women. The participation sought by native female voices is based on the right to freedom and decolonial citizenship, so that women in the forest can live with the dignity and respect they deserve.

Keywords: Indigenous women, gender violence, ethnicities, decolonial citizenship.

Sumário: Introdução.1. Violência de gênero e paradoxos ritualizados no contexto da etnicidade 2. Cidadania decolonial: um pressuposto para o empoderamento de mulheres indígenas. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Iniciamos este ensaio, ressaltando que a lógica da vivência no mundo do homem branco destoa da lógica da realidade dos povos originais, porque ocorreu a impregnação de senso comum às narrativas indígenas, e estas vêm sendo naturalizadas de formas que não favorecem a sua real compreensão. Tem-se presente no texto, nosso lugar de fala como

amazônida, pesquisador das questões indígenas, que se insere numa realidade amazônica, que sob o viés de publicações internacionais se apresenta como um “lugar íngreme”, cercado pelas mulheres da floresta, onde corporeidades indígenas, violência e constantes enfrentamentos entre comunidades nativas e brancos, se misturam. Neste enfoque, é preciso problematizar as teorias da etnicidade para saber como as mulheres indígenas querem que o mundo as veja, sobretudo, porque ainda são incipientes os registros/inventários com relação à participação econômica/social e política de mulheres indígenas nas comunidades.

Como dar um tratamento sistêmico e analítico às cosmologias indígenas, e os seus entrelaçamentos com as questões de gênero, como algo para ser pensado? Qual a compreensão de equidade de gênero nas comunidades indígenas? No entanto, é preciso pensar num eixo de alargamento para o debate nos coletivos de mulheres indígenas, ressaltando a afirmação da identidade dessas mulheres e suas ancestralidades, sendo que a discussão das categorias “cidadania”, “conquista de direitos”, “empoderamento”, “protagonismo” estão muito presentes neste trabalho e são de fundamental importância enquanto categorias ou enquanto epistemes, inclusive, nas reivindicações de alguns grupos de mulheres indígenas.

As principais referências colacionadas no trabalho BUTLER(2003), SAFFIOTI (2004), LOURO(2007) problematizam a categoria gênero como central ao tema desenvolvido – lembrando-a enquanto uma categoria que, apesar de importante politicamente e elaborada consideravelmente por paradigmas analíticos críticos, é estruturada academicamente e reflexivamente em espaços acadêmicos, brancos e/ou, pelo menos, espaços não-indígenas. A categoria “violência de gênero”, construída, enquanto categoria em si, fora das margens indígenas, pode – enquanto energia, enquanto ideia- aparecer entre povos indígenas de outra forma, como outra categoria, como uma outra construção.

Há um esforço neste trabalho de delimitar os quais povos indígenas fazemos referência, evidenciando a violência sofrida pelas mulheres ianomâmis. Refletir sobre o que esses povos entendem como “gênero”, o que entendem por “violência”, como constroem (ou desconstroem) ideias semelhante ou absolutamente opostas, que confrontam ideias de sociedades não indígenas/capitalistas; com o objetivo de mirar as epistemes, as energias

das categorias, e, então realizar até embates entre elas – incluída a chance de haver a própria desconstrução da noção “categoria” – observando diferentes culturas através de uma perspectiva de apontamento decolonial. Neste cenário, pensar como povos originais, que se organizam com outros marcos lidam com situações de violência contra mulheres indígenas.

Nesse sentido, o que está em jogo na questão indígena é o “território” com sentido amplo, a identificação dos grupos com o território político que atualmente é a base da existência dos povos indígenas. O território político é o *ethos* dinâmico de construção de lutas sociais por direitos indígenas, no qual exercem papéis de atores/as para concretizar suas demandas. O território não é limitado por suas dimensões geométricas ou físicas; significa dizer que ele não se reduz aos seus atributos formais, pois estes só designam a circunscrição de uma coisa. Como afirma Silveira “o território usado não é uma coisa inerte ou um palco onde a vida se dá. Ao contrário, é um quadro de vida, híbrido de materialidade e de vida social”. (SILVEIRA, 2009, p. 129).

Na perspectiva decolonial de gênero, são incipientes os estudos de etnologia indígena que abordem a temática da violência nos territórios políticos indígenas. Sendo assim, o termo “violência de gênero” se situa de forma sutil e velada em algumas comunidades indígenas, não obstante, divergindo de autores/as que defendem a ideia que as relações de gênero no contexto indígena apresentam dualidades com relação ao papel da mulher, afirmando que o patriarcado inexistente nos territórios indígenas. Entende-se que esta compreensão reforça todas as formas de subjugação das mulheres indígenas, sem tangenciar a temática da violência, tratando-a superficialmente, a ponto de desqualificar/normalizar o uso da violência contra mulheres nas aldeias, considerando que a violência física não se mantém sem violência simbólica e, que a violência só se mantém em um quadro de desigualdades de gênero, que culmina em relações culturais/afetivas conflitivas, mantidas pela dialética da exclusão.

Em vários momentos, a discussão oportuniza releituras de um contexto pluriétnico amazônico, em que ganha relevo relações étnicas e de gêneros específicas. As trajetórias de mulheres indígenas para/sobre abordagens pós/descoloniais, trazem a compreensão de ações que violentamente afetam a vida dessas mulheres, mas também emerge no contexto

pós-colonial como uma forma de politizar o protagonismo de mulheres indígenas nas mais diversas instâncias sociais/políticas.

Não há nenhuma dúvida que o processo de colonização, com a tentativa de homogeneização, trouxe formas de coerção/ subjugação para os povos indígenas, não obstante, as relações existentes nos conflitos interétnicos ressalta a sua complexidade, e às vezes deixamos de estar atentos a: (a) as comunidades indígenas apresentam configurações específicas, considerando o *locus*, a etnia, cultura, cosmologias; (b) o conceito de índia/ índio como categoria, que foi criado de forma artificial e excludente – a exclusão parte também da figura feminina indígena como exótica, sendo que empresas e o Estado exploram esse exótico, objetificando corpos e comportamentos das mulheres indígenas; (c) no plano teórico-conceitual, a história indígena não é algo acabado, mas algo que vem se construindo (emergindo novas lutas), paulatinamente em novos contextos; (d) Identificar e compreender a diversidade- mulheres indígenas estão em contextos diferentes – sofrem opressões diferentes. Parte também desta discussão, a percepção que a sociedade brasileira criou sobre os povos indígenas, como uma sociedade homogênea, engessada e arcaica, reflexo de políticas de inclusão/exclusão, que alocaram indígenas no projeto de nação brasileira em condição de indigência e subalternização.

Nesta conjuntura, vale lembrar que a política indigenista brasileira, visivelmente expressas nos textos legais, era integracionista, ou seja, a ação do Estado buscava a “integração” dos índios à comunidade brasileira. É inegável que as mulheres indígenas foram as que mais sofreram com esse processo, pois decorre daí o aumento das taxas de estupro e a prostituição de mulheres indígenas. O mundo ocidental produz e reforça uma série de violências contra povos indígenas, que, seja processos de assimilação imposta ou não, sobrevivem dentro destes povos, ao mesmo tempo em que também produz as categorias de análise crítica.

É relevante destacar a expressão “artimanhas da exclusão”, cunhada pela professora Baden Sawaia, onde advoga que o Estado gera uma “inclusão” marginal e precária, abordando a dialética da inclusão/exclusão como um dispositivo que reforça as injustiças e as práticas de discriminação:

(...) essa lógica dialética inverte a ideia de inclusão social, desatrelando-a da noção de adaptação e normalização, como de culpabilização individual, para

ligá-la aos mecanismos psicológicos de coação (...) gerando um sentimento de culpa individual pela exclusão. (SAWAIA, 2001, p. 08).

Trazer à discussão elementos conceituais acerca da etnicidade, raça e grupo étnico, sobretudo, em uma conjuntura em que, estes estão sendo borrados, é abarcar no debate a teoria da etnicidade, e os seus entrelaçamentos com as questões de étnico-raciais. A etnicidade como categoria se aproxima do ponto de vista dos povos indígenas.

(...) Etnia expressa uma realidade cultural na qual as pessoas que formam um determinado grupo étnico se baseiam na percepção comum e experiências espirituais compartilhadas e, com frequência, visam superar privações materiais. O termo raça, de uso mais frequente e antigo, refere-se aos atributos. (FLORES, 2011, p. 02).

Um grupo étnico não é uma raça se definirmos a raça no sentido antropológico como um grupo de pessoas tendo características físicas comuns. Este paradigma é compartilhado com outros teóricos, que consideram a etnia, como a nação, fica do lado da crença do sentimento e da representação coletiva, contrariamente à raça, que fica do lado do parentesco biológico efetivo. No campo epistemológico o grupo étnico parte de uma pertença, que no interior de um sistema sociocultural, mais amplo, reivindica ou possui um estatuto especial em razão de um complexo de traços étnicos. (WEBER, 1999).

Para o protagonismo de mulheres indígenas é preciso que haja efeitos produzidos (éticos, construção de políticas públicas). Assim, o debate político das etnicidades adquire novos contornos como desconstruir conceitos sobre gêneros, que estão postos como verdade. O que é equidade de gênero para mulheres indígenas? No mundo indígena a igualdade se consubstancia na concretização direitos?

A divisão de papéis sociais/ritualísticos/políticos, femininos e masculinos, também se faz presente nas comunidades indígenas, isso pode ser observado nos rituais, dada a sua importância para uma análise etnográfica, e suas significativas mudanças culturais, no que se refere à participação sociopolítica dessas mulheres.

Em algumas comunidades a posição feminina ancestral, com menos destaque portanto, se vê transformada por papéis relacionais reprodutores da matriz colonial, as identidades foram negociadas no jogo colonial, negligenciando posições múltiplas que essas mulheres podem ocupar no contexto indígena e não-indígena. Realça-se sempre o

papel masculino, pois é com os homens que os colonizadores guerrearam e negociaram, e é com os homens, que o Estado da colonial modernidade também o faz. Em comunidades indígenas específicas, a contestação feminina vem pela religião, o religioso (pajé) passa a ter força política, reforçando atitudes patriarcais. Neste momento, o conceito de etnicidade e gênero, passam a dialogar, para desconstruir interpretações de exclusão e marginalização das mulheres indígena ao longo dos séculos.

É uma forma de pensar o poder, a posição que mulheres indígenas ocupam em determinados espaços liga-se à etnicidade e ao Direito como ferramentas de análise. É importante acentuar, sob este aspecto, que a matriz colonial revela uma participação mínima das mulheres indígenas nas discussões políticas, pois o processo colonial tratou de colocá-las em situação marginal.

1. VIOLÊNCIA DE GÊNERO E PARADOXOS RITUALIZADOS NO CONTEXTO DA ETNICIDADE

A violência é uma forma de dominação de um grupo sobre outro. Discutir violência contra as mulheres indígenas nas aldeias, nos revela não somente as complexidades e paradoxos, que evidenciam que estamos num *ethos* permeado pelas ancestralidades, cosmologias e campos políticos de importante análise, mas apresenta ampla conexão com o mundo ocidental/eurocêntrico. Há ligações com o culto dos ancestrais, entre passado e o presente, que precisam ser analisadas nos estudos da antropologia cultural, pois no que concerne às relações de gênero:

O poder destrutivo destes valores /interesses masculinos reside no fato de que eles estão expressos no dia a dia de cada um de nós, e se fazem também presentes e internalizados pelo imaginário regional. Esse mesmo imaginário reúne um sistema de crenças que atravessa rios, lagos, igarapés e igapós são “convergências culturais” que colocam a mulher na posição política social inferior e, no entanto, aparecem com frequência na mítica amazônica(...). (MOURA, 2018, p. 389).

De todo modo, a condição de mulheres indígenas nas aldeias requer interseções com a etnicidade, contextualizada como uma questão estruturante das/nas relações de gênero nos dois mundos (indígena/ocidental). Nesta direção, as discriminações correlatas, ganham novas feições com a negligência do elemento étnico (olhar das

mulheres indígenas), reforçando a perspectiva universalista de normalização da violência, manutenção de privilégios e relações de dominação/ violência, e opressão feminina. Neste percurso, estudos feministas pós/ descoloniais de LUGONES (2009) e SEGATO (2003) demonstram que a noção de gêneros, que antes era alicerçada somente na dicotomia homem/mulher, hoje perpassa pelo ocultamento da violência de mulheres indígenas e negras – enfim, as excluídas- em posição política e social inferior.

De modo flagrante, a pesquisa de Rosa (2016) advoga que existem situações alarmantes de violência contra a mulher, em que estas, são as principais vítimas das violências praticadas contra as comunidades indígenas no mundo, de acordo com relatório da Organização das Nações Unidas. A ONU aponta que mais de 1 em cada 3 mulheres indígenas são estupradas ao longo da vida – e a violência faz parte de uma estratégia para desmoralizar a comunidade ou, como “limpeza étnica”. No Mato Grosso do Sul, estado brasileiro com a segunda maior população indígena do País, com 72 mil pessoas, os casos de violência contra a mulher indígena aumentaram em aproximadamente 495%. Em 2010, o número era de 104 agressões físicas. Já em 2014, foram relatadas 619 agressões.

Saffiotti (2004) destaca o termo “violência de gênero”, e aduz com clareza, que as relações de sexo sempre apontam para um horizonte de coerção física, no modo como se estruturam. A violência contra a mulher, também chamada de violência de gênero, significa “que não são as diferenças biológicas entre homens e mulheres que determinam o emprego da violência contra as mulheres e sim que são os papéis sociais impostos a homens e mulheres, reforçados por culturas patriarcais, que estabelecem relações de violência entre os sexos.”

Ao analisar a problemática da violência de gênero no contexto indígena, pode-se observar que, em comunidades específicas e isoladas, existem relações conflitivas de imposição sexual, marcadas pelo patriarcalismo e dominações entre alguns grupos de homens indígenas.

Os homens ianomâmis têm um ciúme intenso de suas esposas e parecem estar sempre a vigiá-las, sempre atentos ao que elas estão fazendo- e também ao que estão fazendo com outros homens sexualmente ativos da aldeia. Os homens passam boa parte do tempo guardando as companheiras, especialmente quando ela não está grávida e o marido pode ser traído. (CHAGNON, 2014, p. 251).

Não analisar situações graves de violência praticadas dentro de algumas comunidades (que deságuam inclusive em atrocidades cometidas contra mulheres ianomâmis ou práticas tais quais infanticídios de meninas indígenas, é negligenciar tais violências. No entanto, não se pode justificar violências nos termos das diferenças culturais, o que acende o debate antropológico clássico do universalismo x relativismo. Cair nestas negações e justificativas significaria ressaltar o mito romantizador do “bom selvagem”, tal como está no início das nossas considerações neste trabalho. Do contrário, fazer estes movimentos tornaria ainda mais complexa a nossa forma de compreender estes povos. Enquanto pesquisadores da área esta compreensão é fundamental.

Os contatos com a sociedade nacional através da presença de posseiros, grileiros, garimpeiros, fazendeiros, funcionários de empresas extrativistas, militares, comerciantes e missionários que atuam na região têm impacto sobre as mulheres indígenas causando muitas vezes imensos sofrimentos morais, psicológicos e físicos ao recrutá-las, desde muito jovens, para o trabalho doméstico em regime de semiescravidão, a prostituição formal ou informal e até o tráfico de drogas. O estupro torna-se mais frequente, assim como outras formas de agressão verbal e física. (SEGATO, 2003, p.19).

Muitos teóricos defendem que, na análise da violência contra mulheres indígenas as tensões se dão através do acultramento/ assimilação forçada, decorrente do processo de colonização. Há que se entender que o processo aculturativo não é inexorável, irreversível, pois acontece de haver uma reação cultural que faz com que determinado povo se retraia e volte a ser algo próximo do que era antes (...). Nesse caso, as mudanças são, em geral, forçadas, fazendo com que a resistência cultural se transforme em aceitação e acomodamento com a nova dinâmica intercultural e interétnica. (GOMES, 2014).

Outro aspecto importante quando pretende-se discutir etnicidade e a violência de gênero contra as mulheres indígenas, é que mesmo em diferentes contextos e vivências culturais vem emergindo mais recentemente a criação de coletivos políticos de mulheres que almejam por direito(s), conforme Segato (2012, p.117) reconheceu:

As mulheres – tanto indígenas como afro-americanas – que atuaram e refletiram divididas entre, por um lado, a lealdade às suas comunidades e povos na frente externa e, por outro lado, sua luta interna contra a opressão que sofrem dentro de suas comunidades e povos, denunciam frequentemente a chantagem das autoridades indígenas, que as pressionam para que posterguem suas demandas como mulheres sob o argumento de que, ao não fazê-lo, estão colabo-

rando para o enfraquecimento da coesão em suas comunidades, tornando essas mais vulneráveis nas lutas por recursos e direitos. (SEGATO, 2012, p.117).

A violência contra mulheres indígenas opera desdobramentos graves quando se analisa a partir da visão do colonialismo e sua cisão com o mundo indígena. A primeira questão é o entrave da discussão das alteridades em dois mundos (indígena e ocidental/eurocêntrico) pós contato com o branco. Aliás, no trabalho de cindir dois mundos, as questões de gênero adquirem um caráter paradoxal.

Para a compreensão de como se instala a violência, é preciso entender as divisões de papéis, que excluiu muitas mulheres indígenas do espaço da conquista de direitos e, portanto, da cidadania. Além disso, muitas mulheres estão expostas às situações de violência física e simbólica. A discussão de gênero no mundo indígena, trata-se de um debate recente, que é mais epistêmico que propriamente conceitual, pois a percepção de mundos opostos não justifica a condição reduzida de exclusão e não reconhecimento de mulheres indígenas.

Há aspectos inquietantes sobre a violência de gênero, nos quais as mulheres vêm sofrendo uma queda populacional entre algumas comunidades indígenas do Brasil. Alguns estudiosos salientam que este número reduzido se atribui a prática de sociedades caracterizadas pelo “complexo da supremacia masculina”, onde o infanticídio feminino é tido como estratégia adaptativa, porque é mais vantajoso ter um número superior de homens do que mulheres, pois entendem que o valor do papel masculino é mais importante para as comunidades. (FORLINE, 1995, p. 57).

Dentro deste escopo, ao questionar as posições/papéis inferiores e menos valorizados que as mulheres ocupavam (e ocupam), o movimento feminista passou a expor as desigualdades de gênero nos espaços de saber e poder.

Ao contrário do que se deveria esperar, muitos discursos servem para justificar a ideologia machista, que ao longo dos séculos se naturalizou, retirou-se dessas mulheres múltiplas que podem ocupar na sociedade.

O gênero, assim visto, não pode ser definido: como o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção, que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo (BUTLER, 1998, p. 30).

Numa análise etnográfica e fenomenológica não se pode desconsiderar o *locus* indígena do controle do homem sobre o corpo das mulheres; identificar a presença física das lideranças (caciques) é prescindível, seu poder é tão grande, que mantém forte influência no presente e futuro de mulheres e crianças na aldeia, estando prontos para defender e garantir a “ordem do gênero” e, com ela, os benefícios de que goza.

Não resta dúvida que há a necessidade de identificar relações de violências contra as mulheres indígenas, tendo por escopo a discussão acerca das atrocidades envolvendo mulheres indígenas, para denunciar espancamento, punições e brutalidades de toda ordem.

Muitas pessoas ficam surpresas ao saber que alguns homens ianomâmis costumam maltratar suas esposas- eles escapam com pedaços de pau, acertam flechas farpadas em partes não vitais do corpo delas, fazem cortes nos seus braços e na parte superior do tronco com golpes de machado e facão, pressionam pedaços de lenha em brasa no corpo delas, entre outras coisas que a maioria de nós acharia infames e revoltantes. (CHAGNON, 2014, p.251).

Assim sendo, a violência que se estabelece como uma forma precípua de significar as relações de poder. Se a violência física necessita de alguma base legitimadora, como vimos no caso dos homens ianomâmis, é na violência simbólica — tanto em seu aspecto íntimo (dimensão micro), quanto em seu aspecto social (dimensão macro) — que poderia encontrar colaboração. A estrutura familiar construída em hierarquia pode ser um facilitador de atuações violentas, com forte componente de reafirmação da hegemonia.

É interessante destacar que sociedades matriarcais, dentre outras, valorizam as funções de cuidado doméstico, criação de filhos e cuidados com alimentos mais do que tantas outras funções, e, assim, colocam mulheres em lugar de destaque e importância. Em algumas sociedades, há uma divisão do trabalho onde estas atividades são inclusive feitas por homens ou divididas de forma mais equitativa, tão importantes que são. Por si só, estas não são funções problemáticas; a valorização negativa feita em geral dentro de sociedades ocidentais capitalistas com relação a elas é que é a verdadeira questão. Aliás, nos remete à percepção etnográfica do antropólogo Louis Forline (1995), no artigo intitulado “A mulher do caçador: uma análise a partir dos índios Guajás”, nos apresenta o papel atuante das mulheres Guajás. Na pesquisa com as mulheres guajás, tem-se a afirmação da presença feminina- *Mulher a coletora*, sendo que muitos antropólogos já não identificam a figura

masculina/ caçadores/coletores, mas caçadoras coletoras, tamanha a importância do papel das mulheres para a comunidade Guajá.

A mulher mãe, dona de casa, no recorte das sociedades ocidentais capitalistas é extremamente desvalorizada e está sujeita a estruturas próprias de exploração, mas, em essência, não são problemáticas as funções por ela realizadas (redistribuir os valores cedidos às diferentes atividades em nossa sociedade poderia ser uma chave interessante para enfraquecer estas estruturas de exploração). A ideia de espaço doméstico como se dá em povos indígenas? Como se constrói, entre eles, as noções de “doméstico/externo”? De “público/privado”? Em outros recortes, esta é uma circunscrição diferenciadora que reforça o maior valor ofertado para as atividades ditas externas, públicas, designadas, no geral a homens.

2. CIDADANIA DECOLONIAL: UM PRESSUPOSTO PARA O EMPODERAMENTO DE MULHERES INDÍGENAS

Durante longo tempo, os povos indígenas foram considerados parcialmente incapazes; sob o ponto de vista jurídico, estavam sob a competência assistencial e tutelar da União. A postura vigente da política indigenista brasileira, na época visivelmente expressas nos textos legais, era integracionista, ou seja, a ação do Estado buscava a “integração” dos índios à comunidade brasileira. É inegável que as mulheres indígenas foram as que mais sofreram com esse processo, pois decorre daí o aumento das taxas de estupro e prostituição dessas mulheres. Em 1988, quando da promulgação da atual Constituição Federal, o movimento indígena já crescia perante o cenário político brasileiro, apresentava suas próprias reivindicações e mostrava crescente capacidade de organização e articulação política, inclusive com outros setores da sociedade civil. A tutela, perante as reivindicações, cede lugar à cidadania.

Há importantes iniciativas e, outras perspectivas apresentadas pelas comunidades indígenas que caminham para o construto da cidadania decolonial e, maior participação feminina. Aliás, nos remete à percepção etnográfica do antropólogo Louis Forline (1995), no artigo intitulado “A mulher do caçador: uma análise a partir dos índios Guajás, nos apresenta o papel atuante das mulheres Guajás, que seus estudos começam a partir da representatividade de pesquisadoras nas ciências sociais, exigindo pesquisas com foco nas

mulheres das comunidades indígenas; uma etnologia sem etnia e perspectiva de gênero. Na pesquisa com as mulheres guajás, tem-se a afirmação da presença feminina- Mulher a coletora, sendo que muitos antropólogos já não identificam a figura masculina/ caçadores/ coletores, mas caçadoras coletoras, tamanha a importância do papel das mulheres para a comunidade Guajá.

Nos estudos jurídicos críticos, ao mesmo tempo que incita a redefinir o campo das investigações, pecam por apagar/negligenciar os entrelaçamentos interseccionais das minorias étnico-raciais e as questões de gênero, o que acaba por contrariar o próprio discurso de inclusão e empoderamento de mulheres indígenas. Vislumbra, ainda pensar o Direito na perspectiva de uma Teoria Jurídica da Diversidade Étnica, que atenda os anseios de práticas/visões, em que faz-se necessário reconhecer identidades reprimidas, negadas, que coloca mulheres indígenas em uma perspectiva periférica.

A perspectiva interseccional propõe pensar o Direito a partir das experiências dessas mulheres como um papel importante para o protagonismo contemporâneo.

Quando se trata de desigualdade social, a vida das pessoas e a organização do poder em uma dada sociedade, elas são melhor entendidas como sendo moldadas não por um único eixo de divisão social, seja raça ou gênero, mas por muitos eixos que trabalham juntos e influenciam uns aos outros. A interseccionalidade, como uma ferramenta analítica, dá às pessoas um melhor acesso à complexidade do mundo e de si mesmas.(COLLINS, 2016, p.2).

Um discurso foi silenciado para que outro se sobressaísse. Quando o debate se volta tão somente para uma determinada categoria de mulheres, estas, na sua grande maioria, brancas e de classe média, se reproduz a invisibilização de outras mulheres-negras, indígenas, do sul. Não constitui-se exagero afirmar que as pesquisas sobre feminismo, amiúde negam as diferenças étnico-raciais, sendo que existe um apagamento e supressão de mulheres indígenas. O isolamento de lutas femininas serviu para legitimar o não reconhecimento das etnicidades como forma de empoderamento feminino indígena. Buscou-se através deste trabalho, uma lente de análise bibliográfica, com uma abordagem dialética, e é a partir de dialogias, que captamos o cotidiano dos povos indígenas do ponto de vista cultural, mas com a preocupação que os costumes/culturas não sirvam para justificar as inúmeras situações de violência contra mulheres indígenas. Acresce-se a isso, como base metodológica inferir acerca dos inter-relacionamentos entre gênero e a

questão étnico-racial. Os achados evidenciam que existe a máxima urgência de aprofundar pesquisas sobre violências contra as mulheres indígenas.

Na construção social de reafirmação de identidades femininas/indígenas, a cidadania decolonial age como forma de reivindicação de direitos, que visa romper com a matriz colonial, no qual as mulheres indígenas buscam espaços políticos para efetivar suas demandas na forma de consolidação do direito. Cidadania, na lição de Konder Comparato (2010, p.7), “é um processo e não estado, substância ou matéria”. Seja porque há interesses envolvidos ou mesmo porque ocorreu uma impregnação de senso comum. Nota-se, portanto que, a cidadania de populações indígenas vem sendo apropriada em formatos que, de fato, não favorecem a sua real compreensão. Para juristas, educadores e cientistas sociais, a cidadania têm-se comportado como conceito, que reivindica a democracia e a alteridade, na medida em que está associada ao reconhecimento do outro (ou a sua exclusão e não reconhecimento).

Ser cidadão ou cidadã é uma atitude a partir da consciência de que se é indígena. E, é com esta compreensão, de sua posição na sociedade e da conquista de seu espaço cidadão, que as mulheres indígenas poderão se firmar em outros espaços até então vedados para sua participação na sociedade.

A cidadania não se recebe gratuitamente, se conquista. É por meio da luta que se conquistam direitos que deveriam fazer parte do cotidiano de todas as pessoas. A cidadania é a expressão máxima dos direitos que foram exigidos e se tornaram garantia nas leis e na prática social. A cidadania se adquire “na luta por vida digna, por trabalho, por direitos sociais, por afirmação de identidade, por escola pública, por relações humanas e sociais mais justas”. (NASCIMENTO, 1999, p. 49).

Em uma linha similar, mas sem recorrer expressamente à cidadania decolonial, Pedro Demo defende que:

Cidadania é, também, a competência humana para se tornar sujeito. É uma condição da pessoa humana. Havendo condições necessárias para que a mesma possa acontecer nas instâncias da educação, organização política, identidade cultural, e outros meios. Ao contrário, não é cidadã a pessoa que está coibida de tomar consciência de sua autonomia, não concebendo a história como possibilidade alternativa e nem se organizando politicamente. Esta pessoa considerada

não-cidadã está como que imobilizada na história “entende injustiça como destino”. Faz a riqueza do outro sem dela participar” (DEMO, 1995, p.2).

Enfim, ao se negar a cidadania às mulheres indígenas, procura-se negar sua condição de ser humano e sua participação na construção da sociedade. Uma cidadania decolonial em defesa de um debate político da etnicidade, objetiva rechaçar cenário de exclusão étnico-racial, em que pesa o racismo e a discriminação contra mulheres indígenas. É fato que tanto na sociedade ocidental quanto no mundo indígena, se tornam cada vez mais visíveis as ações violentas contra mulheres, mesmo considerando os paradoxos e complexidades presentes nos marcadores de diferenças.

CONCLUSÃO

Diante do que foi tratado no presente estudo podem ser extraídas algumas conclusões:

a) O escopo da violência contra mulheres indígenas não são tratados na pauta inclusiva indígena e de políticas governamentais. Há invisibilidade de mulheres no debate da etnicidade e, grande negligência à importância das vozes femininas indígenas e o importante papel que desempenham nas comunidades;

b) As mulheres indígenas estão submetidas a violências de toda a sorte, sendo que a questão relacionada ao gênero aparece no contexto indígena de forma sutil e velada, assumindo na forma de costumes/cultura, forte mecanismos de subjugação, que servem para justificar mecanismos de exclusão;

c) Há a urgente necessidade de identificar relações de violências no contexto indígena, pois se faz necessária uma análise mais aprofundada das discussões acerca das atrocidades envolvendo mulheres indígenas como espancamentos, punições e brutalidades de toda ordem;

d) Os estudos feministas amiúde por apagar/negligenciar os entrelaçamentos interseccionais das minorias étnico-raciais. Um discurso foi silenciado para que outro se sobressaísse;

e) O reconhecimento social/cultural/político de mulheres indígenas nas comunidades indígenas requer interseções com a etnicidade como movimento disruptivo de mudança, contextualizado como uma questão estruturante das/nas relações de gênero nos dois mundos (indígena/ocidental);

f) Para o protagonismo de mulheres indígenas é preciso que haja efeitos produzidos (éticos, construção de políticas públicas). Portanto faz-se necessário repensar a negativa de direitos, que perpassa pela desumanização jurídica, justificando todas as formas de violência contra essas mulheres;

g) Na construção social de reafirmação de identidades femininas indígenas, a cidadania decolonial age como forma de reivindicação de direitos, que visa romper com a matriz colonial, no qual as mulheres indígenas buscam espaços políticos para efetivar suas demandas na forma de consolidação do direito para o protagonismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo*. Cadernos Pagu, n. 11, p. 11-42, 1998.

CHAGNON, Napoleon A. *Nobres selvagens: minha vida entre duas tribos perigosas: os ianomâmis e os antropólogos*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

COLLINS, Patricia Hill e BILGE, Sirma. *Intersectionality*. Cambridge: Polity Press, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *Não vivemos em uma democracia*. In: *Revista Fórum*, Ano 9. n. 88, São Paulo: Editora Publisher Brasil, 2010.

DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995.

FLORES, Elio Chaves, *Curso de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dadoscursos/edh/redh03/03_elio_etnicidade.pdf. Acesso: 19 de maio de 2020.

FORLINE, Louis Carlos. *A Mulher do Caçador: uma análise a partir dos índios Guajá*. Belém: Editora GEPEM, p.57-74, 1995.

GOMES, Mércio Pereira. *Antropologia: ciência do homem: filosofia da cultura*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

HERZOG, H. *Ethnicity as a product of policial negotiation: the case of Israel*. Ethnic and Racial Studies, v.7, n.4, p.517, 1984.

LAMBERT, Hélène, Feminismo Autônomo Latino-Americano na Bolívia, as Mujeres Creando reivindicam a descolonização dos corpos. *Caderno de Gênero e Diversidade*, 2017.

LOURO, Guacira Lopes. *Pedagogias da sexualidade*. In: LOURO, G. L. (Org.). O corpo educado. Belo Horizonte: Autêntica, 2007. p. 7-34.

LUGONES, M. *Colonialidad y género*. Tabula Rosa, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Bogotá, n. 9, p. 73-101, 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/396/39600906.pdf>>. Acesso em: 26.jan.2020.

MOURA, Ricardo Damasceno. *Violência de gênero: metaforizando o mítico no discurso da desigualdade de gênero, empoderamento, direito e cidadania*. In: Mulheres na sociedade de gênero: desafios para a visibilidade feminina. CARVALHO, Daniela Tifany Prado de; SILVA, Elisa Taborda da; Polianna Pereira dos. (orgs)-Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

NASCIMENTO, Alexandre do. *Movimentos sociais, educação e cidadania: um sobre os cursos pré-vestibulares populares*. 1999.166f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

ROSA, Ana Beatriz. *Por que a violência contra mulheres indígenas é tão difícil de ser combatida no Brasil*, Instituto Socioambiental, 2016. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Not%C3%ADcias?id=172326>. Acesso: 12/04/2020.

SAFFIOTI, H.B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; 2004.

SAWAIA, B. et al. (Org.).(2001). *As artimanhas da exclusão social: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. Rio de Janeiro: Vozes.

SEGATO, Rita Laura. *Uma agenda de ação afirmativa para as mulheres indígenas no Brasil*. Brasília: Departamento de Antropologia/Universidade de Brasília (UnB), 2003. Série Antropologia, n. 326, p. 1-64.

_____. *Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial*. Revista E-cadernos CES. 2012.

SILVEIRA, Maria Laura (2009). *Ao território usado a palavra: pensando princípios de solidariedade socioespacial*. In: A.L.A.V. Viana, N. Ibañez, & P.E. M. Elias (Orgs.), *Saúde, desenvolvimento e território* (p. 127-150). São Paulo: Hucitec.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

Apresentação oral

**CORPOS NUS, “LÓCUS FRATURADO”: DIÁLOGOS ENTRE
O “SISTEMA MODERNO-COLONIAL” DE GÊNERO E A
INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO
BRASIL**

*NAKED BODIES, “FRACTURED SPACE”: DIALOGUES BETWEEN
THE “MODERN-COLONIAL GENDER SYSTEM” AND THE
INSTITUTIONALIZATION OF OBSTRETIC VIOLENCE IN BRAZIL*

Rosa Maria Zaia Borges

Doutora pela USP. Mestre pela UNISINOS. Professora adjunta e coordenadora do
Programa de Pós-Graduação stricto sensu na Faculdade de Direito da UFU.

E-mail: rosamzaia@gmail.com

Jackeline Caixeta Santana

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

E-mail: caixetajackeline@hotmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo reunir aportes teóricos da matriz decolonial que respaldem a compreensão da violência obstétrica enquanto decorrência do projeto colonial de administração dos corpos femininos. Ao fazer uma releitura desta violência a partir de ocorrências como (i) a expropriação do poder decisório feminino no momento do parto, (ii) a reprodução de relações patriarcais pela equipe médica e, também (iii) a tolerância do Estado para com a ocorrência do fenômeno, este trabalho identifica a colonialidade – e seus preceitos hierarquizantes – como um recurso de enfraquecimento da autonomia feminina. Para esta análise, foram averiguados os dispositivos jurídico-sociais associados aos direitos sexuais e reprodutivos e à violência obstétrica, contestando se os direitos das mulheres estão sendo respeitados nos espaços institucionais. Ainda, foram utilizados os estudos decoloniais e os marcadores sociais da diferença no que concernem à categoria étnico-racial, em uma revisão bibliográfica de caráter explicativo. Ao final,

concluiu-se que esta violência é uma das facetas do sistema moderno-colonial de gênero, responsável por subjugar de maneiras diferentes as variadas mulheres no meio social, falseando a sua capacidade de autogoverno e a sua liberdade em um percurso que se inicia com a construção do mito do instinto maternal e se debruça no assentamento da violência obstétrica. Ademais, verificou-se que, a despeito dos preceitos legais e axiológicos do ordenamento jurídico que buscam resguardar a mulher, esta violência é, constantemente, institucionalizada pelo Estado patriarcalmente aparelhado.

Palavras-chave: colonialidade de gênero; direitos sexuais e reprodutivos; violência institucional; violência obstétrica;

Abstract: The present research aims to gather contributions of decolonial theory that support the understanding of obstetric violence as a result of the colonial project of administration of female bodies. When re-reading this violence based on events such as (i) the expropriation of female decision-making power at the time of childbirth, (ii) the reproduction of patriarchal relations by the medical team and also (iii) the State's tolerance towards the occurrence of the phenomenon, this work identifies coloniality – and its hierarchical precepts – as a resource to weaken female autonomy. For this analysis, the legal provisions associated with sexual and reproductive rights and obstetric violence were investigated, contesting whether there is respect for women's rights as fundamental rights. Still, decolonial studies and social markers of difference with respect to ethnic-racial category were used in an explanatory bibliographic review. In the end, it was concluded that this violence is one of the facets of the modern colonial gender system, responsible for subjugating different women in the social environment in different ways, falsifying their capacity for self-government and their freedom in a journey that begins with the construction of a myth of the maternal instinct and focuses on the establishment of obstetric violence. In addition, it was found that, despite the legal and axiological precepts of the legal system that seek to protect women, this violence is constantly institutionalized by the patriarchal state.

Keywords: gender coloniality; sexual and reproductive rights; institutional violence; obstetric violence;

Sumário: Introdução. 1. Corpos femininos e maternidade em tensão – (re)leituras do mito do instinto maternal à luz da colonialidade de gênero. 2. Meu corpo, suas decisões – dos direitos sexuais e reprodutivos à violência obstétrica. 3. Descaminhos – a gestante entre o sistema moderno-colonial de gênero e as ciências criminológico-penais brasileiras. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A sofisticação dos procedimentos atrelados à violência obstétrica suscita a urgência de acirramento nos debates sobre o tema. Embora mais comumente associadas à desumanização decorrente do parto cirúrgico, as violações de direitos que transitam por sua moldura teórico-conceitual permeiam desde o pré-natal até situações em que o abortamento se faz necessário (DINIZ *et al.*, 2015). Sua natureza institucional, respaldada pelo domínio médico acerca dos saberes reprodutivos, esconde a face violenta dos procedimentos utilizados pela equipe da saúde no tratamento da mulher gestante, uma vez que aciona uma suposta esfera de legitimidade.

Um dos principais argumentos que envolvem tal debate diz respeito à perda de autonomia da mulher em um momento cujo protagonismo deveria ser seu. Aponta-se, ainda, um processo de ritualização cirúrgica da gestação e do parto, de forma a favorecer a excessiva intervenção medicamentosa e a patologização de processos naturais (TORNQUIST, 2002; RATTNER, 2009). Entretanto, para além da identificação dos mecanismos basilares que dão suporte ao assentamento da violência, imprescindível investigar os discursos que os modelam, permitindo configurar um imaginário superestimado da intervenção obstétrica.

Estes discursos são perpassados por disputas que mobilizam tanto as ciências sociais quanto as da saúde. Palharani (2017) organiza e elenca diversas falas médicas que buscam justificar o uso recorrente do parto cirúrgico. A defesa circulante neste campo estrutura-se a partir do questionamento acerca da segurança do parto vaginal, sob a alegação de que este oferece alto risco à gestante e à criança. Entretanto, em pesquisa realizada por Leal *et al.* (2014), atestou-se que as boas práticas hospitalares – que incluem alimentação, deambulação e uso de métodos não farmacológicos – foram empregadas em menos de 50% dos partos realizados.

Além disso, aferiu-se que as intervenções obstétricas desnecessárias e agressivas – como a utilização de ocitocina, amniotomia, manobra de Kristeller, episiotomia e litotomia¹ – predominam no cenário médico, ainda que variem de acordo com a região estudada e o grau de escolaridade e renda da gestante. Os dados extraídos da citada pesquisa servem de contraponto, portanto, ao argumento médico da segurança, uma vez que as estatísticas possuem como base mulheres em risco obstétrico habitual, o que quer dizer que não possuíam condições de saúde que indicassem a necessidade de medicação e/ou intervenção cirúrgica, colocando em tensão a alegação do alto risco do parto vaginal.

O âmbito médico, contudo, não esgota, por si só, o processo de institucionalização da violência obstétrica. A consagração dos direitos reprodutivos na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), ocorrida no Cairo em 1994, e sua reafirmação na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, no ano de 1995 (MATTA, 2008, p. 63-64), foi imprescindível para a construção de uma base legal que possibilite a discussão da violência obstétrica em um viés de institucionalidade pelo Estado. Da mesma forma, os direitos sexuais possuem grande relevância neste processo, de modo que sua abordagem nas conferências mencionadas, ainda que de forma mais sutil, eleva a compreensão e a discussão a respeito dos corpos femininos, bem como sobre a capacidade decisória da mulher ao longo de sua gestação e do parto (*ibid*, p. 64).

Por este motivo, esta pesquisa tem por objetivo perquirir quais discursos oficiais se mobilizaram para a promoção dos procedimentos obstétricos como ideais de segurança e bem-estar na gestação e no parto, naturalizando as violências decorrentes destes procedimentos. Objetiva-se, para tanto, avaliar (i) a natureza das narrativas médicas, enquanto hegemônicas; (ii) os contornos jurídicos que permitem a visibilidade ou o ocultamento da violência obstétrica e (iii) a conformação de um modelo de família e maternidade lastreados em preceitos coloniais que propiciam o assentamento desta violência tendo-se por base o centramento e a irradiação do mito do instinto maternal na sociedade, no corpo médico e no ordenamento jurídico.²

¹ Cf. Zanardo *et al.*, 2017.

² Importa situar que as experiências de maternidade e violência obstétrica neste trabalho analisadas dizem respeito a mulheres cisgênero. No que toca à população de travestis e transexuais, vale conhecer o trabalho de Mônica Angonese e Mara Coelho de Souza Lago (2017; 2018) sobre o tema.

Para este trabalho, fora adotada como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica da literatura pertinente. Organiza-se o texto em cinco tópicos, a saber: (i) breve introdução sobre o tema, o problema, os objetivos e a estrutura da pesquisa; (ii) panorama geral acerca do mito do instinto maternal à luz da teoria decolonial; (iii) esboço das fissuras na concretização dos direitos sexuais e reprodutivos que dão lugar à violência obstétrica, destacando-se as hegemonias discursivas por meio de aportes teóricos do feminismo decolonial; (iv) reflexões sobre o posicionamento do campo jurídico face à violência obstétrica, priorizando-se o recorte criminológico-penal e (v) considerações finais.

1. CORPOS FEMININOS E MATERNIDADE EM TENSÃO – (RE) LEITURAS DO MITO DO INSTINTO MATERNAL À LUZ DA COLONIALIDADE DE GÊNERO

A maternidade sempre fora socialmente significada, condicionando também o ato de gestar, parir e nascer à qualidade de evento social, político e cultural complexo que compreende experiências não só fisiológicas, mas também íntimas, pessoais, sexuais, emocionais e espirituais (SENS; STAMM, 2019, p. 2). Por impactar múltiplos espaços de interação social e institucional, o controle da maternidade e as disputas por sua administração despontam em variados momentos da história, suscitando a concorrência de forças religiosas, estatais, econômicas e midiáticas (DEL PRIORE, 2009; MOURA; ARAÚJO, 2004).

No Brasil colonial, este processo dá-se mediante a subtração da cultura dos povos originários a partir a imposição do poder português, este profundamente intrincado ao androcentrismo ibérico. Padres, governantes e cientistas lançaram seus esforços na empreitada de colonização das mulheres, com intuito de torná-las responsáveis pela casa, pela família, pelo casamento e pela procriação, forjando a figura da “santa-mãezinha” (DEL PRIORE, 2009, p. 22-23).

Assim, assistiu-se à articulação da maternidade alienada a um duplo propósito. Se por um lado, havia a necessidade de adensamento populacional, de modo a preencher os vazios demográficos no interior do país (COSTA, 1979, p. 19), por outro, vislumbrou-se a transformação do processo biológico gestacional e seu potencial psicoafetivo em um projeto de Estado moderno e de religiosidade, que visavam ao disciplinamento da mulher

da colônia e sua cooptação para a condição de partícipe na cristianização das mulheres indígenas (DEL PRIORE, 2009, p. 41).

A figura da santa-mãezinha transporta-se, então, ao longo de séculos, atualizando e refinando os pressupostos de fragilidade, delicadeza, docilidade, cuidado e, sobretudo, domesticidade. Na virada do século XIX para o século XX, outras necessidades estatais emergem, novamente mobilizando a maternidade à serviço de seu próprio desenvolvimento. Desta vez, objetivava-se a implementação do modelo burguês de família que, na realidade, era um dos sintomas associados ao projeto de modernização e higienização do país. Havia, neste momento, forte apelo à higidez do lar enquanto condição para o progresso nacional, o que modificou a tônica da responsabilidade para a vestimenta do amor e do instinto, consolidando, então, a mulher enquanto “protagonista circunscrita ao espaço doméstico” (OLIVEIRA; MARQUES, 2020, p. 2-3).

Como consequência deste arquétipo, a função maternal torna-se pressuposto de legitimidade da mulher, fazendo daquelas que não a vivenciam estrangeiras de seus próprios corpos. Dar à luz, criar e educar consolidaram-se, pois, como sinônimos de abnegação, auto sacrifício e destino inalienável da mulher (GONZAGA; MAYORGA, 2019, p. 61). Não obstante este fato, a mística em torno da maternidade como instinto não se encerra nas relações de descendência. Na verdade, a maternidade é o escopo para a estruturação da família patriarcal à qual vinculam-se padrões delimitados de relacionamento – heterossexual – e de circulação do poder – vertical centralizada no homem.

Oyèwùmí (2020, p. 88-91) analisa este arranjo familiar como um dos fundamentos eurocêntricos, no qual fixa-se o gênero como uma “categoria natural e inevitável”, já que pressupõe a subordinação feminina centrada na unidade conjugal. A autora destaca as nítidas diferenças entre este modelo e aquele desenhado na sociedade iorubá, onde a organização familiar determinava a fluidez dos relacionamentos e o caráter situacional dos papéis sociais. Ao passo que a primeira gerava a estagnação do indivíduo em uma função pré-concebida, a segunda moldava-se ao contexto, podendo estabelecer hierarquias, ainda que não houvesse qualquer obrigatoriedade neste sentido.

À vista disso, observa Lugones (2019, p. 360; 2020, p. 56) que organização patriarcal, dimorfismo biológico, heterossexualidade e gênero se circunscrevem a uma construção política historicamente introduzida pela metrópole. A distinção sexual

“moderna/capitalista/colonial” é, neste sentido, um instrumento de poder manejado pelo desenvolvimento científico moderno que depende da dicotomia de gênero para operar (LUGONES, 2012, p. 131). Esta questão se torna imprescindível para o entendimento do mito do instinto maternal porque são as relações de gênero o principal ponto de articulação dos papéis sociais que sustentam a família patriarcal. Este arranjo, por sua vez, é, por excelência, aquele em que a heterossexualidade é compulsória. Logo, todos estes elementos estruturais estão emaranhados, relacionando-se de forma retroalimentativa.

Este sistema organizacional, do qual derivam todas estas elementares, é concebido por Lugones (2012, p. 134-135) como colonialidade de gênero. Ao propor o conceito, a autora agudiza as relações sociais travadas ao tempo colonial explicando a redução sistemática dos indivíduos em categorias antagônicas, as quais se expressam por humanidade contraposta à bestialização. É esta noção – colonialidade de gênero – que explica a persistência do comportamento social de deslegitimação da mulher que nega o suposto instinto maternal.

Isso porque a normatividade masculina era o humano por excelência. Tratava-se do homem branco, racional, capaz de governar e com destreza para mediar a relação entre as pessoas e o deus cristão. Era o único ser civilizado que, além de poder extrair recursos da natureza em benefício próprio, estava apto a criar uma economia racional, sendo aquele que possui direitos e o único que pode deter conhecimento (*ibid.*, p. 135). A mulher branca europeia, em seu turno, encontrava sua humanidade na sua condição conjugal. Eram o matrimônio, a capacidade de reproduzir a raça superior e o capital que a separavam da esfera da animalidade. Ainda assim, pairava sobre ela o jugo da subordinação, uma vez que, enquanto mulher, era concebida como mais emocional, mais próxima à natureza e, também mais casta.

Depreende-se deste cenário que a função reprodutora da mulher é a malha que, ao tempo em que a subordina, também a eleva à condição de humana na senda colonial. Entretanto, há que se ressaltar que esta noção só se tornou possível em razão de sua branquitude, já que indivíduos racializados eram automaticamente reduzidos à condição de bestas (LUGONES, 2012, p. 135). Como consequência, o dispositivo da maternidade foi também estruturado de formas distintas para a mulher não branca. A associação ao encargo, à impureza, ao pecado (GONZAGA; MAYORGA, 2019, p. 65) nada mais

constituiu que um fragmento mais visível da realidade de superexploração socioeconômica e sexual de seus corpos a qual se pretendia ocultar (GONZALEZ, 2020, p. 49).

Ao lado desta estigmatização, as mulheres negras foram destituídas da maternidade de seus próprios filhos. Uma vez que o colonialismo lhes negava a condição de mulher, a gravidez não era vista como empecilho para a continuidade da exploração de sua força de trabalho, mas sim se tornava uma nova ocasião para que o colonizador reafirmasse sua soberania. O cenário que se delineava era o de apropriação do fruto daquela gestação para o comércio na condição de escravo. Para além disso, o cuidado materno da mulher negra foi também mobilizado em prol dos colonizadores, já que passou a se dar em benefício das crianças brancas. A mulher negra acessava o dispositivo da maternidade, portanto, na qualidade de mãe preta (GONZAGA; MAYORGA, 2019, p. 65).

Este cenário pode ser visualizado, dentre outras formas, a partir das narrativas sobre esta figuras nas obras literárias “canônicas”. Enquanto “símbolo da fidelidade incondicional e servilismo absoluto à classe senhoria”, a mãe preta era retratada como alguém que adquiria um “amor maternal” à criança branca que lhe fora entregue para amamentar, cuidar e criar (RONCADOR, 2008, p. 131). Nesta lógica, circunscreveu-se a mulher negra ao espaço doméstico dos dominadores na função de servir e cuidar, razão pela qual os principais postos profissionais que guardam estas características são, atualmente, ocupados por estas mulheres (HIRATA, 2016).

Observa-se, por conseguinte, que o mito do instinto maternal e a maternidade obedecem a marcadores étnico-raciais. Se em relação à mulher branca a maternidade era imposta pela necessidade de povoamento do território brasileiro e de assentamento do modelo familiar patriarcal, em relação à mulher negra esta imposição consolida-se na possibilidade de auferir renda com o comércio de seus filhos, assim como com a necessidade de que a função de cuidado para com os filhos e o lar dos dominadores fosse exercida.

Em qualquer das circunstâncias, a maternidade é uma instituição que antecede as mulheres e para a qual a sociedade as molda. Trata-se, por conseguinte, de uma normativa que permanece “regida por valores morais e culturais socialmente instituídos”, cujas bases biológicas, religiosas e de controle sexual e reprodutivo condiciona hierarquias entre a pluralidade de mulheres e torna aquelas que a este “instinto” não atendam relegadas à culpa, ao estigma social e à mística da incompletude (GONZAGA; MAYORGA, 2019).

2. MEU CORPO, SUAS DECISÕES – DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Contrastando e questionando os efeitos decorrentes do mito do instinto maternal, os direitos sexuais e reprodutivos suscitam novos contornos para o exercício da maternidade. Neste contexto, o cenário internacional foi um terreno fértil para a discussão e a dispersão de sua moldura teórico-conceitual nas agendas governamentais, nos instrumentos legais e também nas políticas públicas. Isso se dá, sobretudo, porque foi neste cenário que a mulher passou de objeto a sujeito de programas de desenvolvimento e população, o que quer dizer que, em tese, a preocupação internacional acerca das diretrizes populacionais não mais se voltava somente à atividade reprodutora, mas visava também à proteção da mulher (MATTAR, 2012, p. 110).

Consoante preceitua o Programa de Ação de Cairo (ONU, 1994, parágrafo 7.3), os direitos reprodutivos consistem na possibilidade de que indivíduo ou o casal deliberem livremente acerca de sua atividade reprodutora. Incluem-se, nesta noção, o direito à escolha sobre o desejo de ter filhos, assim como a decisão sobre a quantidade e o espaçamento entre eles. Para tanto, impõe a obrigação de que toda a informação necessária esteja ao alcance do casal ou indivíduo, preconizando a promoção da saúde sexual e reprodutiva de forma qualitativa, sem qualquer discriminação, coerção, violência e constrangimento ou obstáculo legal.

Já os direitos sexuais compreendem o exercício da sexualidade enquanto uma escolha individual a ser feita desembaraçadamente. Pressupõe, portanto, a igualdade de relacionamentos – independentemente de distinções no que tange à identidade de gênero e à orientação sexual –, de modo que haja o respeito pela integridade do indivíduo, o mútuo respeito entre o casal, o consentimento e a divisão das responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências (ONU, 1995, parágrafo 96).

Existe, portanto, um denominador comum nestes direitos que faz com que, comumente, sua articulação ocorra de forma conjunta. Corrêa e Petchesky (1996, p. 160) organizam e sintetizam este denominador comum ao firmar quatro princípios éticos passíveis de violações por atos abusivos, negligentes e/ou discriminatórios que possam ser engendrados por autoridades e/ou indivíduos. Integridade corporal, autonomia pessoal, igualdade e diversidade são os preceitos sugeridos pelas autoras como patamares basilares

para o respeito aos aludidos direitos, de modo que, com a devida observância de seus dilemas e de suas contradições internas, possam ser utilizados analiticamente na avaliação de condutas.

Entretanto, ainda que exista um importante patamar de garantia de direitos, as implicações do modelo colonialista acima expostos interferem também na movimentação dos direitos sexuais e reprodutivos, não se limitando às fronteiras do exercício da maternidade e se desdobrando no assentamento da violência obstétrica. Isso porque seus preceitos hierárquicos ressoam, da mesma forma, por campos epistêmicos assentados no complexo da racionalidade/modernidade, contaminando os saberes e o imaginário social (QUIJANO, 1992).

Este complexo determina o conhecimento enquanto uma propriedade, consolidando a “relação entre as pessoas a propósito de algo e não uma relação entre indivíduo e algo” (*ibid.*, p. 341). Assim, o ato de gestar e parir se torna para o campo médico e para a gestante uma questão colocada de formas profundamente divergentes. Para o primeiro, gestar e parir é somente mais um ritual no qual se esconde a face e a identificação da mulher sob o papel social da “mãezinha”, trata-se de um “mero objeto de análise diagnóstica e [de] intervenção” (AGUIAR; D’OLIVEIRA, 2011, p. 84-85). Inexiste, pois, qualquer individualidade ou atenção à subjetividade da gestante. É uma relação que se dá a propósito da atividade profissional daqueles que detêm a propriedade do conhecimento sobre a atividade reprodutora.

Ao contrário disso, para a mulher gestante, gestar e parir se dá a propósito do instinto maternal, do destino socialmente imposto cuja fuga é motivo de reprimenda (GONZAGA; MAYORGA, 2019). Neste cenário, aumenta-se a vulnerabilidade da mulher, visto que a condição de abnegação e auto sacrifício – anteriormente discutidos neste trabalho – se repete com vistas a cumprir este papel que é posto como se irrenunciável fosse.

Neste ínterim, esta estrutura engloba dois arquétipos basilares: (i) a crença de que a “modernização” tecnológica é superior aos conhecimentos e saberes originários do Sul Global e (ii) a concepção generificada dos papéis sociais, de modo a tornar o instinto maternal uma máxima que deve ser respeitada pela mulher para que esta obtenha validação e, conseqüentemente, impõe que esta suporte graves violências em razão da maternidade.

No campo médico, os dois arquétipos podem ser observados por meio de algumas pesquisas precedentes. A respeito do primeiro, Pasche, Vilela e Martins (2010) sinalizam que o desenvolvimento industrial, científico e tecnológico foi determinante para o deslocamento do parto do âmbito familiar e intimista para o ambiente hospitalar, especialmente, em razão do ideário de controle da natureza – e de seus processos naturais. A redução da imprevisibilidade do parto vaginal, em virtude do maior aparelhamento tecnológico do parto cirúrgico, foi um argumento importante nesta mudança. Ela inaugurou a mística de que tal aparelhamento retira os riscos à gestante e à criança os quais seriam, supostamente, intrínsecos ao parto vaginal.

Em virtude disso, apontam os autores que este deslocamento não veio sem prejuízos substanciais para a constituição dos vínculos familiares, especialmente, no que diz respeito à subjetividade entre os descendentes (*ibid.*, p. 109). Assim, entendem que a institucionalização do parto é um modelo

[...] centrado no profissional médico como condutor do processo e na tecnologia biomédica como superior ao corpo feminino, submetendo a mulher a normas e rotinas rígidas, que não respeitam o seu ritmo natural. O saber/poder técnico-científico se sobrepõe à competência própria das mulheres de lidar com seu processo de parir que, paradoxalmente, foi expropriado dela e delegado a agentes técnicos, que passam, então, a partejar. Nesse sentido, o parteiro/a deixa de ser um facilitador, aquele que assiste, para se apropriar, no ato do parto, em uma ação de expropriação da mulher, de sua ação protagonista [...] (PASCHE; VILELA; MARTINS, 2010, p. 109).

Infere-se, desta forma, que a institucionalização do parto está inserida nos processos de expropriação da autonomia decisória feminina, fazendo com que a inserção de práticas obstétricas e a preponderância de um modelo tecnocrata seja “determinante para a introdução de um novo olhar e [para a] construção de novos sentidos para o parto e o nascimento” (*ibid.*, p. 108).

Alinha-se a este imaginário de modernização, a forte crença na experiência profissional em detrimento da medicina baseada em evidências, o que levaria ao apego da equipe médica pela execução de uma *práxis* que desconsidera a produção científica sobre obstetrícia (DINIZ; CHACHAM, 2006). Isto é problemático porque, em privilégio às formas normalizadas de conduzir o parto cirúrgico, muitas vezes, a equipe médica ignora

o arcabouço científico que comprova que a menor intervenção é um horizonte para que o parto seja seguro (*ibid.*, p. 81).

À vista disso, é empregada uma “cascata de intervenções” que prescindem do conhecimento e do consentimento da parturiente. Tamanha é a agressividade destas condutas,¹ responsáveis por induzir e acelerar o parto, que Diniz e Chacham (2006, p. 83) entendem existir uma “obstetrícia da linha de montagem”, rotineira no cenário nacional. Ressalte-se, ainda, que, conforme discorrem as autoras, a realização de cesarianas também é conveniente à equipe médica porque permite o agendamento dos partos e, por conseguinte, auxilia no melhor controle do tempo dispendido com cada procedimento, tornando possível calcular os recursos financeiros que o permeia.

A respeito do segundo arquétipo, Aguiar e D'Oliveira (2011) observam a existência de três constantes nas narrativas que atravessam o cenário do parto institucionalizado, a saber (i) a reprodução de valores patriarcais associados à sexualidade e à maternidade; (ii) a imposição de que a mulher suporte, obediamente, as violências correlatas aos procedimentos obstétricos sem causar “escândalo” (*sic*); e (iii) a colocação do saber médico como inquestionável e o único seguro para a parturiente.

Dentre as falas elencadas, a reprodução dos valores patriarcais pode ser vislumbrada, exemplificativamente, pelo excerto: “*Está chorando (gritando) por quê? Na hora de fazer não chorou (gritou)*”. Embora esta narrativa, em uma mirada superficial, possa indicar tão somente um tratamento hostil por parte do emissor, na realidade, oculta o subentendido de que, ao exercer sua vida sexual, a mulher infringe as normas morais do recato e, por isso, deve suportar a dor do parto de forma silente, sendo penalizada pelo exercício de sua sexualidade.

Outra questão preocupante é a truculência no comportamento da equipe médica para fazer “conter” a parturiente. Narrativas como “*Olha, isso mesmo. Continua assim [quieta] porque geralmente eles judia um pouco quando a mulher dá trabalho*” e “*Aí o médico falou assim: só por isso [“escândalo”] você vai ficar aqui aguentando*” chamam atenção não só

¹ Dentre outras, cita-se medidas como a manobra de Kristeller, a episiotomia, a litotomia, analgesia raqui/peridural e a aplicação de ocitocina. Cf. Zanardo *et al.*, 2017 e Diniz e Chacham, 2006.

para a hostilidade do tratamento, mas também para o fato de que o caminho estabelecido como forma de escapar da violência institucional é o silenciamento.

Por fim, a colocação do saber médico como inquestionável e o único seguro pode ser ilustrado pela frase: “*Mãezinha, calma. Você tem que confiar em mim. Se você não confiar em mim, você vai confiar mais em quem?*”. Esta narrativa é interessante porque aponta três construções semânticas. A primeira diz respeito à escolha do vocativo, pelo que, de fato, atesta que a mulher não tem sequer nome perante a equipe médica. Já a segunda consiste no fato de que, ao que parece, a profissional busca resgatar a confiança da parturiente recorrendo à sua autoridade técnica (*ibid.*, p. 87), comprovando, portanto, a fragilidade das relações construídas naquele ambiente, sobretudo, em razão das múltiplas violências que o perpassam. A terceira, em seu turno, indica que a parturiente não teria alternativa senão confiar naquela profissional – que nem o seu nome sabe, reitera-se – já que é esta quem detém o controle do conhecimento pertinente às formas de parir.²

Assim, conforme concluem Aguiar e D'Oliveira (2011, p. 86) este cenário forja a figura da parturiente escandalosa, termo este que guarda uma contradição interna. Isso porque, ao tempo em que a equipe médica vislumbra esta mulher a partir desta ótica, deixa de compreender a polifonia de suas demandas que são suprimidas em razão da ausência de diálogo – e que, neste sentido, são muito eficientemente substituídas por narrativas que reverberam a colonialidade de gênero.

Considerando-se este panorama, possível perceber, então, que a violência obstétrica ultrapassa o limite temporal da ocorrência do parto. D'Oliveira, Diniz e Schraiber (2002) elucidam que este conceito abarca todo o período gestacional, compreendendo

² Sobre o tema, vale a reflexão feita por Edgardo Lander (2003, p. 22) acerca da colonialidade do saber. Para o autor esta expressão ilustra a impregnação do imaginário do colonizado pelo contexto histórico-cultural forjado pelo colonizador. Assim, é feita a articulação da ideia de modernidade com vistas a capturar quatro dimensões básicas, a saber (i) a visão universal da história a qual é, por excelência, hierarquizada; (ii) a naturalização das relações sociais e da natureza humana em prol de uma sociedade liberal-capitalista; (iii) a naturalização ou ontologização das múltiplas separações inerentes a esta sociedade e (iv) a necessária superioridade dos saberes (ciência) que produzem esta sociedade sobre qualquer outro saber. Esta ideia se relaciona com o excerto ilustrado porque explica o processo de centralização do saber reprodutivo na equipe médica e a sua colocação como superior em relação às formas originárias – ou não institucionalizadas – de parir. Neste sentido, a expressão demonstra como narrativas semelhantes a estas colocam a mulher em uma encruzilhada, uma vez que ao colonizar o saber, não deixam alternativas para que esta tome suas decisões com segurança e autonomia.

também o pós-parto e as situações em que o abortamento se faz necessário. Engloba, portanto, a omissão de atendimento; o tratamento hostil; a humilhação; a subversão de informações para impor a cesariana; a negativa de medicamentos que aliviem a dor quando solicitados; a peregrinação por leito; o menosprezo dos sentimentos da gestante; a excessiva medicalização; as intervenções desnecessárias; o ocultamento de informações à gestante no que tange à sua condição de saúde, ao protocolo de atendimento e às suas possibilidades em relação ao parto; dentre outras.

Não obstante este fato, faz-se imprescindível destacar que, assim como o dispositivo da maternidade, a violência obstétrica não é uma experiência enfrentada por todas as mulheres de forma idêntica. Uma vez que o empreendimento colonial promoveu um “projeto de transformação civilizatória”, regulando a organização social, os laços comunitários, as relações intersubjetivas, entre outros, houve também o controle e a modificação das práticas sexuais e reprodutivas (LUGONES, 2019, p. 361).

À medida em que a mulher negra fora reduzida à figura da “mulata, [da] doméstica e [da] mãe preta” e que sua humanidade lhe fora negada (GONZALEZ, 2019, p. 238-246), a qualidade da reprodução também se tornou objeto de agenciamento e distinção entre as mulheres. Como consequência disso, forjou-se uma hierarquia reprodutiva na qual existe um modelo de maternidade e/ou reprodução socialmente aceitável, o qual é “pautado por um imaginário social sexista, generificado, classista, homofóbico” (MATTAR; DINIZ, 2012, p. 114) – e, acrescenta-se, colonial.

Desta forma, consoante verificaram Leal *et al.* (2017, p. 5), a repercussão da violência obstétrica é distinta em mulheres brancas e negras. Ao passo que as primeiras estão mais suscetíveis à cesariana, as segundas sofrem um processo de vulnerabilização que se estende por todo o período gestacional de modo mais incisivo. Ao contrário das mulheres brancas, as negras estão mais expostas a receberem orientação pré-natal insuficiente, à peregrinação por leito, à não constituição de vínculo com a maternidade – o que dificulta a busca por serviços de saúde em caso de complicações posteriores –, à realização do parto desacompanhada, sendo também mais comumente submetidas à episiotomia sem anestesia.

O cenário de maior vulnerabilidade dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher negra é, então, uma realidade estabelecida pela matriz colonial de classificação social.

Não só em termos de violência obstétrica o elevado grau de violência contra os corpos negros torna-se nítido, mas também quando se trata de práticas de esterilização em massa (DAMASCO; MAIO; MONTEIRO, 2012) e dos riscos inerentes à clandestinidade do aborto (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017) – questões imprescindíveis para se analisar a (falta de) efetivação destes direitos. Soma-se a este quadro a circunstância de que o fator racial, muitas vezes, é ocultado nos formulários da rede pública no que diz respeito à saúde (CARNEIRO, 2019, p. 314-315), dificultando ainda mais a mobilização de políticas públicas voltadas a esta temática.

Neste ínterim, observa-se que as mulheres de cor passam por um constante processo de subalternização social que as conduz a um status de invisibilidade. Encontram-se, portanto, ainda mais ocultadas pela colonialidade de gênero e, por isso, resistem no lócus fraturado da diferença colonial. Esta ideia é, na realidade, uma proposta de deslocamento das lentes de visualização das hierarquias existentes entre os gêneros e entre as mulheres para tornar possível a elaboração de respostas a partir de uma fonte comunal de sentido que não seja eurocentrada e, tampouco, opera a serviço do sistema moderno-colonial de gênero. Trata-se, portanto, do descortinamento destas relações apagadas pela diferença colonial e seu consequente preenchimento com um imaginário povoado pelos saberes próprios de um “subalterno senso de si, do social, do Eu relacional e [também] dos cosmos” (LUGONES, 2019, p. 371-372).

3. DESCAMINHOS – A GESTANTE ENTRE O SISTEMA MODERNO-COLONIAL DE GÊNERO E AS CIÊNCIAS CRIMINOLÓGICO-PENAS BRASILEIRAS

Enquanto herdeira dos mecanismos de classificação social, bem como das técnicas jurídicas europeias, a criminologia latinoamericana forma-se a partir da necessidades das elites locais em resolver “cientificamente” o problema do delito. Ainda que de maneira “deformada e artificial”, a incorporação dos ditames liberais europeus, bem como da filosofia positivista, se deu em uma tônica de busca pela ordem e o progresso (DEL OLMO, 2004, p. 161-162).

Houve, então, um movimento de recusa da própria história, sendo a eficiente assimilação destes ditames estabelecida como um critério para a inserção destes países

no sistema econômico internacional (*ibid.*, p. 165). Por esta razão, os contornos da criminologia na América Latina relacionam-se diretamente com a legitimação dos grupos hegemônicos no poder, de modo que as estruturas de dominação e exploração intrínsecas ao colonialismo sejam caracterizadas por sua persistência neste cenário.

Ao lado da recusa, existe também a tendência na tratativa das iniquidades estruturais como questões periféricas e não essenciais quando da análise do sistema penal, especialmente, no Brasil. Consoante elucida Flauzina (2006, p. 35), a construção teórica deste campo, ainda que reconheça estas iniquidades, não trabalha toda a sua complexidade, tratando-as como apêndices à serviço destas próprias elites. A autora discorre mais precisamente acerca da categoria étnico-racial, sendo relevante observar, entretanto, a importância do gênero para a construção de um saber criminológico-penal que alterna entre o descompromisso e a revitimização dos grupos não hegemônicos – senão superpõe ambos os comportamentos.

No que diz respeito à violência obstétrica, a (falta de) movimentação da força punitiva do Estado indica duas questões relevantes. Embora a não tipificação da conduta ofereça indícios de que sobrevive um pacto entre os atores político-sociais que disputam o poder – neste caso, o campo médico e o jurídico –, sua especificação enquanto delito na literatura penal tampouco protege a mulher. Isso ocorre, sobretudo, em virtude da fundação estrutural das ciências criminais e penais orientada à proteção da moralidade sexual e doméstica, o que mantém a mulher sob custódia a partir de uma aliança tríplice entre discurso médico, jurídico e teológico (MENDES, 2018).

Assim, ao longo da história deste campo algumas questões chamam a atenção, como por exemplo a concepção lombrosiana sobre a figura da mulher criminosa. Na visão do autor, sua fraqueza em “sentimentos maternais” torna-a uma delinquente e, por isso, alvo da tutela penal (LOMBROSO; FERRERO, 2004, p. 183). Este entendimento revela a lógica que associa delito à fuga da função socialmente imposta às mulheres no que compete ao exercício da maternidade – seja no caso das brancas enquanto destino, seja no caso das de cor enquanto possibilidade de comércio ou escravização do fruto da gravidez.

Ainda, o autor conclui que a prostituta “nata” é a principal representante da criminalidade feminina, uma vez que possui gosto por “gratificações imediatas, orgias e

bebidas” (*ibid*, p. 221) – novamente demonstrando como a sexualidade e o comportamento femininos são objeto de controle, devendo obedecer à moral sexual e doméstica imposta.

O corpo estrutural patriarcalmente fundado deste sistema não é evidenciado, contudo, somente por meio de criminólogos notadamente mencionados por suas óticas opressoras. Na maioria das vezes, o que ocorre é que estas narrativas invisibilizam as violências suportadas pelas mulheres, sobretudo, as negras. Mendes (2018, p. 161) alerta para este processo afirmando que o discurso que oculta a mulher como sujeito na criminologia demonstra sua competência ao não ser “reservado a esta ou àquela corrente”, já que “de etiológicos a críticos, todos incorrem em alguma forma de sexismo”.

Em razão disso, as críticas elaboradas pelos feminismos à criminologia demonstram diversas fissuras e percorrem as mais variadas escolas de pensamento. Campos (2020, p. 219-223) organiza as principais questões levantadas, expondo, dentre outras, as preocupações com (i) o caráter androcêntrico da disciplina, (ii) o apontamento do sexismo institucional pertinente ao estudo sobre crime e criminosos, (iii) a unificação da categoria mulher e (iv) a necessidade de reconhecimento de que as experiências femininas são, em parte, tecidas pelo discurso jurídico.

É neste sentido que conclui Andrade (2012, p. 154-157) que o sistema penal é ineficaz na proteção do livre exercício da sexualidade feminina e do domínio da mulher sobre o próprio corpo porque é limitado tanto em nível macro quanto em nível micro. O primeiro no que tange às barreiras da própria sociedade patriarcal capitalista, o segundo pertinente aos obstáculos das próprias instituições e dos sujeitos, de modo que exista um *continuum* entre os espaços, uma nítida solidariedade masculina nos controles formais e informais da mulher.

Neste sentido, conforme discorre a autora, o sistema penal é estruturalmente incapaz de oferecer proteção à mulher. Isso porque não previne novas violências, não promove a oitiva de seus interesses, não se compromete com a compreensão da violência e a gestão do conflito e, tampouco, pretende compreender e transformar as relações de gênero (ANDRADE, 2012, p. 131).

Depreende-se deste cenário, portanto, que a ineficácia é a condição de existência e sobrevivência do sistema penal (KARAM, 1991, p. 100), uma vez que sua mecânica de

controle, devido ao seu enraizamento profundo nas estruturas sociais, constitui e reproduz desigualdades que sacralizam as hierarquias (ANDRADE, 2012, p. 137). Por este motivo, a tipificação da violência obstétrica não só não contribui para a resolução desta problemática, mas também conduz à cegueira acerca das verdadeiras matrizes de poder que originam e edificam a violência e as posições estáticas de subalternidade (KARAM, 1996).

Consequentemente, perpetua-se um sistema que não consegue visualizar a violência obstétrica como violência, já que, uma vez comprometido com a proteção da moralidade sexual e doméstica, a atividade reprodutiva é uma obrigação que deve ser cumprida e suportada a qualquer custo. Além disso, esta é uma violência que explicita o imbricamento das alianças entre os grupos hegemônicos, já que o acirramento de sua discussão significa desestabilizar a bases do poderio médico e, portanto, ameaça a forma de circulação do poder na sociedade.

Neste prisma, a utilização da maternidade a serviço dos interesses estatais se faz não só por iniciativas repressoras e violentas – tais como a criminalização do aborto e a esterilização em massa –, mas também se sustenta “por discursos de poder produtivos que valorizam, centralizam, reduzem e hierarquizam as mulheres pela adequação que elas apresentam ao modelo de maternidade ideal, abnegado e incondicional” (GONZAGA; MAYORGA, 2019, p. 64). Assim é que o campo jurídico prefere a maternidade compulsória e insegura à maternidade voluntária, segura, socialmente amparada e prazerosa (MATTAR; DINIZ, 2012, p. 6), caminhando, portanto, para um cenário de institucionalização da violência obstétrica também em um viés estatal.

Face a este panorama, possível inferir que a gestante transita entre as ciências criminológico-penais e o sistema moderno-colonial de gênero, uma vez que o primeiro está contido no segundo. Consoante elucida Lugones (2020, p. 78-79), de um lado este sistema constrói hegemonicamente as relações de gênero, dando forma e significado modernos ao entendimento colonial de homem e mulher – lado visível –; de outro, este sistema oculta o projeto colonial de desumanização em sua longa duração.

A violência obstétrica apresenta, portanto, o lado visível das relações construídas hegemonicamente, visto que existe uma profunda expropriação da autonomia decisória da mulher e uma nudez de direitos ante à institucionalização desta violência. Como lado

oculto, percebe-se a perpetuação da colonialidade de gênero e da subalternização da mulher a partir da dissimulação do instinto maternal enquanto um mito e sua colocação como normatividade e, também, a ostensiva política que autoriza a violação dos corpos femininos nos espaços institucionais como se fossem procedimentos de praxe e não violentas – daí a nitidez do projeto desumanizador de longa duração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente às discussões propostas, observa-se um processo de ritualização cirúrgica do parto no Brasil, o qual é responsável pela ocorrência de diversas violências contra as mulheres no curso do período gestacional. Migrando de um panorama em que se observava maior autonomia feminina quanto às decisões acerca da gravidez, sobretudo, no que toca ao parto, para uma realidade em que as decisões médicas recebem maior força, percebe-se uma nítida redução dos direitos da mulher neste momento.

O respeito ao ritmo natural do corpo feminino dá lugar à excessiva medicalização para “favorecer”, senão antecipar, o momento do parto. Não mais se fala em construção dialógica das decisões relativas a este momento, uma vez que a opinião médica – sob o pretexto de um suposto conhecimento universal e inquestionável – recebe progressivamente a moldura de um caminho unidirecional a ser seguido pela mulher, sob pena de que, “desobedecendo”, esta esteja exposta a intensos riscos no momento de parir.

A moldura teórico-conceitual que abarca estas violações remete à violência obstétrica, embora esta terminologia ainda esteja em disputa, sobretudo, pela resistência do corpo médico em se identificar como perpetrador de violências. Ocorre que, inegavelmente, assiste-se ao progresso da expropriação decisória feminina, que se faz sentir por meio do enfraquecimento da autonomia e da segurança da mulher.

Dentre os fatores que corroboram para esta realidade, a construção do mito do instinto maternal faz-se imprescindível. Isso porque trata de uma narrativa que sustenta a maternidade como direção única a ser seguida pela mulher e, com isso, serve de substrato para a imposição da família nuclear patriarcal como normatividade. Como implicação desta arquitetura, vislumbra-se a naturalização da violência obstétrica ao status de normalidade dos procedimentos agressivos que compõem a sua noção. Assim, as narrativas médicas de

silenciamento da mulher, ao tempo que forjam a figura da escandalosa, deixam de atender às suas demandas, tratando-as como indivíduos sem face e sem identificação.

Ainda, a disseminação da necessidade de controle da sexualidade e da reprodução nos meandros criminológico-penais é um fator que contribui exponencialmente para a naturalização desta violência. Isso porque, ao invés de promover a proteção da mulher e lançar luz a esta problemática, visualiza-se um profundo enraizamento patriarcal destes campos. Ressalte-se, contudo, que, conforme discutido, a tipificação da conduta tampouco permeia e reduz a complexidade da violência obstétrica, dado que o próprio sistema penal revitimiza as mulheres e não apresenta qualquer compromisso com o entendimento das dinâmicas das relações de gênero.

Nesta senda, a matriz decolonial de pensamento oferece recursos imprescindíveis para a compreensão do processo de redução da humanidade da mulher, sobretudo, da não branca. Ao delinear as noções de colonialidade de gênero e sistema moderno-colonial de gênero, Lugones expõe a estrutura multideterminada e complexa que orienta a classificação social imposta pelo colonizador em um projeto de bestialização e dominação dos indivíduos colonizados. Ainda, o entendimento do complexo racionalidade/modernidade descortina questões relevantes sobre o indivíduo cognoscente e cognoscível, de modo a influenciar diretamente o modo como as hierarquizações também perpassam o conhecimento e as formas de conhecer.

Patente a estreita vinculação do pensamento criminológico-penal com as relações de poder que aventam a opressão de gênero. Possível concluir, portanto, que a família colonial nuclear é movimentada pela concepção de inferioridade feminina que se traduz em um sistema moderno-colonial de gênero e se atualiza na colonialidade de gênero.

É este arranjo, enfim, que possibilita – e também favorece – a ocorrência e o ocultamento da violência obstétrica – seja no campo médico, seja na norma, seja na prática jurídica. Não há, portanto, clandestinidade ou dissimulação nessas práticas. Há, sim, uma institucionalização das mesmas. Mantidos os resquícios das estruturas coloniais patriarcais, garantidos estarão os instrumentos de controle sobre os corpos femininos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Janaína; D'OLIVEIRA, Ana Flávia. Violência institucional em maternidades públicas sob a ótica das usuárias. *Interface – comunicação, saúde, educação*, v. 15, n. 36, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1414-32832011000100007&lng=es&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 28 set. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. Florianópolis: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, pp. 313-322.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

DAMASCO, Mariana; MAIO, Marcos; MONTEIRO, Simone. Feminismo negro: raça, identidade e saúde reprodutiva no Brasil (1975-1993). *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, 2012, p. 135. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2012000100008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 11 out. 2020.

DEL PRIORE, Mary. *Ao sul do corpo: condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil Colônia*. São Paulo: UNESP, 2009.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, [online], v. 22, n. 2, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232017000200653&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 18 out. 2020.

DINIZ, Simone; CHACHAM, Alessandra. O “corte por cima” e o “corte por baixo”: abuso de cesáreas e episiotomias em São Paulo. *Questões de Saúde Reprodutiva*, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307211773_O_corte_por_cima_e_o_corte_por_baixo_o_abuso_de_cesareas_e_episiotomias_em_Sao_Paulo. Acesso em: 28 set. 2020.

DINIZ, Simone *et al.* Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growth and Development*, 25(3), 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 26 de set. 2020.

D’OLIVEIRA, Ana Flávia; DINIZ, Simone; SCHRAIBER, Lilia. Violence against women in health care institutions: an emerging problem. *The Lancet*, v. 359, 2002. Disponível em: http://www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/748/2020/07/SH_6.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GONZAGA, Paula Rita; MAYORGA, Claudia. Violências e a instituição da maternidade: uma reflexão feminista decolonial. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 39, n. 2, 2019. Disponível: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932019000600307&script=sci_arttext. Acesso em: 05 nov. 2020.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.) *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, pp. 38-51.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.) *Pensamento feminista: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, pp. 237-258.

HIRATA, Helena. Trabalho de cuidado. *Sur: revista internacional de direitos humanos*, v. 13, n. 24, 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/02/5-sur-24-por-helena-hirata.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, n. 1, 1996. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2020.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (org.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 30, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2014001300005&script=sci_arttext. Acesso em: 28 de set. 2020.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 33, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2017001305004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 02 out. 2020.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute and the normal woman*. Durham: Duke University Press, 2004.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, pp. 52-83.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, pp. 357-378.

LUGONES, María. Subjetividad esclava, colonialidad de género, marginalidad y opresiones múltiples. In: MONTES, Patricia (org.) *Pensando los feminismos en Bolivia*. La Paz: Creativa, 2012.

MATTAR, Laura. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 5, n. 8, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004. Acesso em: 29 set. 2020.

MATTAR, Laura; DINIZ, Carmen Simone. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. *Interface – comunicação, saúde, educação*, v. 16, n. 40, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop0212.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOURA, Solange. ARAÚJO, Maria de Fátima. A maternidade na história e a história dos cuidados maternos. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 24, n. 1, 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000100006&lng=pt. Acesso em: 01 de out. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo de; MARQUES, Stanley Souza. Contribuições para uma reconstrução

crítica da gramática moderna da maternidade. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 2, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2020000100211&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 07 out. 2020.

ONU. *Declaração e Programa de Ação da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento*. Cairo, 1994. Documento ONU A/CONF.171/13. Disponível em: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offeng/poa.html>. Acesso em: 24 set. 2020.

ONU. *Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial sobre Mulheres*. Pequim, 1995. Documento ONU A/CONF.177/20. Disponível em: <http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/off/a--20.en>. Acesso em: 24 set. 2020.

OYĚWÙMÍ, Oyèrónkẹ. Conceituando gênero: os fundamentos eurocêtricos dos conceitos feministas e o desafio das epistemologias africanas. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, pp. 84-95.

PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 49, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000100307&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2020.

PASCHE, Dário Frederico; VILELA, Maria Esther; MARTINS, Cátia. Humanização da atenção ao parto e nascimento no Brasil: pressupostos para uma nova ética na gestão e no cuidado. *Revista Tempus Actas Saúde Coletiva*, v. 4, n. 4, 2010. Disponível em: <https://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/838>. Acesso em: 28 set. 2020.

RATTNER, Daphne. Humanização na atenção a nascimentos e partos: breve referencial teórico. *Interface – Comunicação, saúde, educação*, v. 13, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832009000500011&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 01 out. 2020.

RONCADOR, Sônia. O mito da mãe preta no imaginário literário de raça e de mestiçagem cultural. *Estudos de Literatura Brasileira Contemporânea*, n. 31, 2008. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/estudos/article/view/9437>. Acesso em: 15 out. 2020.

SENS, Maristela; STAMM, Ana Maria. Percepção dos médicos sobre a violência obstétrica na sutil dimensão da relação humana e médico-paciente. *Interface – comunicação, saúde, educação*, v. 23, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832019000100255. Acesso em: 01 out. 2020.

TORNQUIST, Carmen Susana. Armadilhas da nova era: natureza e maternidade no ideário da humanização do parto. *Estudos Feministas*, v. 10, n. 2, 2002. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000200016>.
Acesso em: 01 out. 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidade/racionalidade. *Perú Indíg.*, v. 13, n. 29, 1992. Disponível em: <https://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>.
Acesso em: 02 out. 2020.

Apresentação oral

**MULHERES, ENCARCERAMENTO E DIREITO À SAÚDE: (DES)
CONSTRUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E APENADAS NO
MARANHÃO**

*WOMEN, JARS AND THE RIGHT TO HEALTH: (DE)CONSTRUCTION OF
SOCIAL RIGHTS AND JUST IN MARANHÃO*

Viviane Freitas Perdigão Lima

Mestra em Direito e Instituições de Justiça pela UFMA. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhangüera-Uniderp. Professora da Universidade Federal do Maranhão. Advogada.

E-mail: viperdigao@gmail.com

Renata Caroline Pereira Reis

Doutoranda em Direito pela UNESA. Mestra em Cultura e Sociedade pela UFMA. Especialista em Direito do Público pela UNESA. Professora do Centro Universitário Estácio São Luís. Advogada.

E-mail: renatacpreis@hotmail.com

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Pós-doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUC/RS. Doutor e Mestre em Políticas Públicas UFMA. Professor Adjunto I do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e da graduação em Direito e pós-graduação em Ciências Criminais em Direito na Universidade Ceuma. Advogado.

E-mail: t_allisson@hotmail.com

Resumo: Reflete-se acerca da efetividade do direito à saúde da população prisional feminina no contexto de (in)segurança social. A metodologia é descritiva e exploratória com análise de dados da ala feminina, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Estado do Maranhão, ofertadas pela Unidade de Monitoramento, Acompanhamento,

Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário (UMF) do Tribunal de Justiça do Maranhão. O referencial teórico vê os direitos sociais como direitos fundamentais devendo impor limites e vínculos jurídicos a todos os tipos de poder (FERRAJOLI, 2011). Observa-se que o encarceramento feminino, no Maranhão, ainda se encontra desprovido do pleno direito à saúde.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito à saúde; encarceramento feminino.

Abstract: It reflects on the effectiveness of the right to health of the female prison population in the context of (un)social security. The methodology is descriptive and exploratory, analyzing data from the female wing, in the Pedrinhas Penitentiary Complex in the State of Maranhão offered by the Unit for Monitoring, Accompaniment, Improvement and Inspection of the Prison System (UMF) of the Maranhão Court of Justice. The theoretical framework sees social rights as fundamental rights and must impose legal limits on all powers (FERRAJOLI, 2011). It is observed that female incarceration in Maranhão is without the full right to health.

Keywords: Fundamental rights; Right to health; female incarceration.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo refletir acerca da efetividade da proteção social da população prisional feminina maranhense no que tange ao direito à saúde em um contexto de (in)segurança social. Nessa perspectiva, entende-se como proteção social a acobertada pela Seguridade Social no Brasil que vem sendo alcançada por constantes ondas reformistas. Portanto, a ampla rede de cobertura, de assento constitucional, da Seguridade Social tem sido atualmente alvo de diversas reformas e desconstruções (CASTRO, LAZARRI, 2020).

O interesse pela realização da pesquisa surge a partir do contato com notícias, da participação e discussão do assunto em eventos, bem como da leitura de artigos acerca de dados sobre a condição dos presídios femininos no Maranhão. Afinal, reconhecidamente, a mulher encarcerada possui necessidades particulares se comparadas ao público feminino e demandas ímpares para que a manutenção e promoção de sua saúde seja alcançada em sua amplitude total de promoção, prevenção e bem-estar.

A pesquisa pretendeu responder ao seguinte questionamento: o direito à saúde tem sido plenamente efetivado em relação a população feminina em situação de cárcere no Maranhão? Para o alcance das pretensões utilizou-se da pesquisa descritiva e exploratória, bibliográfica e documental, bem como da análise de dados pertinentes à ala feminina Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Estado do Maranhão, ofertadas pela Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário (UMF) do Tribunal de Justiça do Maranhão.

Dessa forma, discorreu-se sobre a proteção social e a saúde, dando-se especial atenção aos ideais apresentados pelo texto constitucional e desenvolvido pela doutrina criminal e sanitária. Em seguida, apresentou-se a situação do sistema prisional maranhense, traçando-se reflexões acerca dos programas e dados ali encontrados. Por fim, tratou-se da situação de opacidade em relação ao direito fundamental à saúde das apenadas no estado selecionado.

2 PROTEÇÃO SOCIAL E SAÚDE: UM OLHAR NO PRESÍDIOS

Entende-se como proteção social a acobertada pela Seguridade Social no Brasil que vem sendo alcançada por constantes ondas reformistas. Portanto, a ampla rede de cobertura, de assento constitucional, da Seguridade Social, tem sido atualmente alvo de diversas reformas e desconstruções (CASTRO, LAZARRI, 2020).

Cabe ressaltar que a ideia de Estado Democrático de Direito alicerça os direitos fundamentais como centralidade da estrutura constitucional convive com um contexto de profunda crise das possibilidades de sua realização ante um ambiente de “transformações” institucionais do Estado. Deste modo, a realização dos direitos sociais é um dos problemas cruciais e patentes vinculados ao tema dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea. Uma situação que demonstra avanços, limites e fracassos e como a organização política se projeta na sociedade, assim como mostra as dificuldades de produção de sentido das normas constitucionais que veiculam tais conteúdos.

A assente questão remete à necessidade de se reanalisar em um país periférico ou de modernidade tardia, como o Brasil, as condições necessárias e suficientes para a minimização das dificuldades da era moderna em torno do caráter finalístico do próprio Estado. Na cartela de agenda social elencada pelo Direito, o direito à saúde apresenta destaque, pois foi tema em voga em todas as sociedades, visto que engloba outros campos

sensíveis como a moral e a política. A propósito a ideia de saúde e doença desde os antigos foi tema de reflexões.

A necessidade de explicação para uma doença revela um acontecimento íncito à existência humana. Na acepção de Aith (2017) existe uma íntima relação entre a saúde e os sistemas sociais, sobretudo o jurídico. A saúde desenvolve várias regras sociais, jurídicas, práticas morais com o fito de sua conservação. Nestes moldes, cria-se um discurso para a proteção da saúde não apenas no viés particular, mas público, enfim, deve-se evitar os diversos tipos de doenças. Nestes moldes a Organização Mundial da Saúde (OMS) engloba em seu enunciado de saúde não só enquanto a ausência de doença, mas ainda como a situação de completo estado de bem-estar físico, social e psíquico. Portanto, os paradigmas de saúde pública se ampliam e se reformulam a cada possível descoberta científica.

A OMS, em sua Constituição de 1946, compõe o grande marco da positivação do direito à saúde no Direito Internacional, garantindo em seu artigo 1º que seu papel é, possibilitar, para todos os povos, o melhor nível de saúde possível. O que simboliza que o direito internacional e moderno inclui a saúde como um direito humano fundamental.

Outro documento internacional de relevância ao processo formal da saúde como direito é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Por meio deste uma inovação se apresenta ao se considerar que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes, alocando-se, portanto, a saúde em uma visão multidisciplinar.

Na mesma esteira, o Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, em que pese adotar um rol de orientações políticas aos Estados-Partes no que seja proteger a saúde também elenca um conceito aberto daquilo a ser protegido pela saúde pública, qual seja, o “direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental” (art. 12-1).

Diante dessa necessidade premente de assegurar o direito à saúde a todos, a relevância da pesquisa está na análise não apenas nas causas de encarceramento, mas na observância de como a custódia está sendo exercida pelo Estado, sobretudo, na realização de direitos caros à humanidade, como a saúde. Sobretudo, no que diz respeito às ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde às mulheres presas.

Sobre o direito à saúde, a partir de uma perspectiva de olhar nos presídios, a Política Nacional de Atenção às Mulheres Presas e Egressas (PNAMPE) é um mecanismo de proteção e efetividade do direito à saúde em momento de desalento aos direitos humanos. O PNAMPE é um programa alinhado às necessidades e realidades específicas das mulheres presas, com o fito de verificar e viabilizar o desenvolvimento de ações direcionadas às necessidades e realidades específicas das encarceradas.

A PNAMPE apresenta como diretriz o tratamento humanizado das condições do cumprimento da pena, garantindo o direito à saúde, além dos demais direitos humanos. Propõe como meta a criação e reformulação de bancos de dados em âmbito estadual e nacional sobre o sistema prisional, que contemplem a quantidade de mulheres inseridas em programas de atenção à saúde mental e dependência química. Ainda, visa o incentivo aos órgãos estaduais de administração prisional para que promovam a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos estabelecimentos prisionais, levando em conta as peculiaridades relacionadas ao gênero, cor ou etnia, orientação sexual, idade, maternidade, nacionalidade, religiosidade e deficiências física e mental, bem como aos filhos inseridos no contexto prisional, que contemplem e adotem (artigo 4º) o

b) acesso à saúde em consonância com a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher e as políticas de atenção à saúde da criança, observados os princípios e as diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como o fomento ao desenvolvimento de ações articuladas com as secretarias estaduais e municipais de saúde, visando o diagnóstico precoce e tratamento adequado, com implantação de núcleos de referência para triagem, avaliação inicial e encaminhamentos terapêuticos, voltados às mulheres com transtorno mental.

III) garantia de estrutura física de unidades prisionais adequada à dignidade da mulher em situação de prisão, de acordo com a Resolução n. 9, de 18 de novembro de 2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, com a implementação de espaços adequados à efetivação dos direitos das mulheres em situação de prisão, tais como saúde, educação, trabalho, lazer, estudo, maternidade, visita íntima, dentre outros (BRASIL, 2014).

Diante das formulações da PNAMPE citadas, o direito à saúde no âmbito prisional deve ser analisado na perspectiva dos direitos sociais como direitos fundamentais os quais devem ser garantidos positivamente nas cartas constitucionais impondo limites

e vínculos jurídicos a todos os tipos de poder devendo ser aplicado, inclusive em caso de encarceramento (FERRAJOLI, 2011).

A garantia a aquisição universal de bens sociais é praticável apenas com a eliminação da lógica de mercado aliado à atribuição a esfera pública de sua distribuição e, até mesmo, sua produção (FERRAJOLI, 2011). Os bens sociais poderão tornar-se patrimoniais apenas naquilo que excede o mínimo existencial. Assim sendo, para a agenda do encarceramento feminino, o direito à saúde não pode ser visualizado como uma simples lógica de mercado. Ainda, não pode ser atendimento apenas em reserva parcela.

Ademais, deve haver uma análise transversal do sistema, ou seja, pensar o encarceramento, mas com dignidade onde se possa ofertar direitos sociais, entre eles, o direito à saúde. Eis que a criminologia crítica pode interferir na política criminal buscando uma política para os excluídos e garantindo uma proteção social também durante o cárcere (BARATTA, 1999).

Ferrajoli (2011) discute a definição de direitos fundamentais dentro das relações entre os direitos e garantias. Para o autor, os direitos fundamentais significam expectativas positivas ou negativas, que correspondem a prestações (deveres) ou lesões (proibições). Tais são vistos como garantias primárias e como secundárias aqueles deveres de reparação judicial a lesões das garantias primárias. Ressalta que para os deveres quanto para as proibições são constantemente não apenas violados, mas sequer estão previstos nas normas internas.

O direito à saúde analisado sob a concepção de Ferrajoli (2011) é tratado como subjetivo que fala sobre todos universalmente como seres humanos eivados do *status* de pessoa ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. No que se refere ao *status* demonstra a condição de um sujeito notável em uma norma jurídica positiva como requisito de sua idoneidade a ser o titular de demandas jurídicas.

A ideia de direitos fundamentais embora possivelmente determinada pelas leis e cartas constitucionais modernas não depende da circunstância de fato de que nesse ou naquele ordenamento estejam ou não formulados em dispositivos constitucionais ou legislação infraconstitucional. Logo, os direitos fundamentais existem e devem

ser observados mesmos que sejam ou não enunciados em dispositivos normativos. (FERRAJOLI, 2011).

Ampliando-se o direito à saúde dentro da acepção de direitos humanos, Rubio (2014) aponta que a efetivação daqueles, vistos como direitos da humanidade, dependerá da libertação e emancipação que se desenvolve e se atinge quando se luta pela transformação e contra qualquer situação social, cultural, política e ideológica, étnica, racial, sexual e econômica que provoque exclusão, discriminação ou injustiça.

Desta forma, os grupos afetados por essas exclusões, por exemplo, as mulheres em situação de cárcere, conquistarão espaços de reconhecimento em saúde, assim como autoestima, autonomia e responsabilidade enquanto o reconhecimento como sujeitos de direitos se evidenciar. Assim, uma vez entendidos e consolidados, os direitos humanos tendem a serem vistos enquanto veículos de expressão e de produções representativas de dinâmicas emancipadoras e libertadoras. Nessa perspectiva, Rubbio (2014) descreve que

Direitos humanos entendidos, a partir da lúcida expressão de Joaquín Herrera Flores, como processo de abertura e consolidação de espaços de luta pela dignidade humana, fazem alusão a diversas expressões de reivindicações políticas, sociais, econômicas, sexuais, culturais etc. Com o intuito de que os seres humanos sejam reconhecidos como sujeitos diferenciados. Expressam formas de humanidade múltiplas e plurais, individuais e coletivas, sempre em relação ao contexto em que cada indivíduo ou cada coletivo esteja situado.

Vive-se, portanto, em um contexto em que se experimentam processos sociopolíticos e socioeconômicos de transformação e de reestruturação do capitalismo enlaçado pelo momento de globalização, por diferentes expressões que conferem distintos conteúdos, por exemplo, globalização cultural, militar econômico, político etc. Assim, tal realidade afeta de forma radical o papel e o alcance do direito positivo em âmbito nacional interno como em sua acepção externa com outras manifestações de poder que constroem a realidade e criam normas.

Logo, novos atores e novas situações fáticas tanto nacionais quanto internacionais e, até locais, reconfiguram as mesmas fontes de direito, tornando-as complexas. Portanto, nessa dimensão, novas ciências falam da passagem de uma epistemologia daquilo que é 'criado' para uma investigação da 'criação'. Para a área jurídica, observa-se uma ciência do direito "em criação constante, um direito dinâmico, mutável, resignificado, como processo

permanente e não estático; delineado por instituições, normas, atores e/ou sujeitos, ações, procedimentos e valores sócio e histórico construído” (RÚBIO, 2014, p. 33).

Portanto, a proteção social, sobretudo o pleno olhar ao direito à saúde das mulheres encarceradas, deve ser adotado um olhar dentro de uma emancipação e libertação. Quer dizer, nas dinâmicas das relações nas quais os seres humanos se tratam entre si com sujeitos. No dizer de Rubio (2014), esse envolvimento se dá por meio de relações recíprocas e de forma horizontal, solidária, de acompanhamento e respeito.

3 SISTEMA PRISIONAL MARANHENSE: REFLEXÕES E ANÁLISES

De acordo com o relatório do Tribunal de Contas da União (TCU), de 2019, a gestão nos presídios no Maranhão foi tratada como um caso de sucesso. Com o fim de realizar a fiscalização de recursos e patrimônios, o TCU resumiu sua inspeção como uma forma de levantar boas práticas na área da segurança pública com o fim de servir de base para compor o IGGSeg, ou seja, um índice sobre estabelecimentos penais, alternativas penais e atenção ao egresso.

Segundo a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP), a realidade dos presídios maranhenses é diferente daquela vivenciada em 2014, no qual o Estado era reconhecido pela ocorrência de rebeliões e massacres no presídio de Pedrinhas. Para a SEAP as modificações ocorreram com a mitigação do *déficit* de vagas, a redução substancial de incidentes de segurança, o investimento em políticas de alternativas à prisão, o fomento a opções de trabalho e renda para presos e egressos e a implementação de estratégias de aproximação dos demais atores da execução penal (MARANHÃO, 2019).

O documento fiscalizatório produzido pelo TCU, além de apontar a movimentação e a admissão de presos, a monitoração eletrônica, as alternativas penais e o trabalho dos presos, indica que o direito à educação tem sido privilegiado com promoção de políticas, como o Programa Rumo Certo (MARANHÃO, 2019).

Para a agenda do encarceramento feminino têm sido realizadas reuniões do Comitê de Atenção à Mulher Presa e Egressa. A finalidade é apresentar e executar o Plano Estadual de Atenção às Mulheres em situação de Privação de Liberdade e Egressas do Maranhão (PEAMPE). Segundo a referida política, com orientação do Departamento

Penitenciário Nacional (DEPEN), pretende-se viabilizar, em todo o território nacional, uma política penitenciária que promova a redução da disparidade de gênero que marca os cárceres brasileiros.

Assim, compete ao PEAMPE, dentre outros temas: a) direcionar os projetos, programas e ações a serem desenvolvidos pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, no que se refere ao encarceramento feminino no Estado; b) alinhar à Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense a qual visa atendimento integral à saúde e, c) aumentar o conhecimento das mulheres no que tange as ações da política de saúde da mulher entendendo-as em suas diversidades.

A proposta da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP) para consecução dos objetivos da PEAMPE é estabelecer periodicidade para o funcionamento do comitê com as instâncias devidas para construção contínua e permanente de uma rede estratégica com políticas efetivas para o encarceramento feminino.

Dentre as políticas previstas estão a atuação nas áreas de Assistência Psicossocial, Assistência à Saúde, Assistência à Educação, Assistência em Profissionalização, Trabalho e Renda, Assistência Religiosa, Reintegração Social, Assistência às Famílias e Assistência Jurídica.

Dentre os parceiros que atuam nessa estratégica participaram a Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Participação Popular (SEDIHPOP), a Secretaria de Estado da Saúde (SES), a secretaria de Estado e Desenvolvimento Social (SEDES) e a defensora pública do Estado e coordenadoria de Monitoramento Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscal do sistema carcerário.

Vê-se que a participação dos órgãos da esfera estadual que atuam na manutenção e ampliação de direitos das mulheres apenadas e egressas, podem se tornar parceiros fundamentais nas escolhas e estratégias para cumprir as necessidades peculiares do cárcere feminino, como a saúde da mulher, maternidade e as relações familiares. Contudo, cabe ressaltar que não basta a existência de reuniões e planejamento, visto que são fases iniciais de criação de políticas públicas. É necessário que ocorra a implantação, execução e avaliação de tais direitos.

Outro ponto de destaque em atenção à proteção ao encarceramento feminino é a Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense a qual tem por fundamento a persecução do princípio da dignidade da pessoa humana dos princípios e objetivos da Política Nacional do Sistema Prisional, da Lei de Execução Penal e do Sistema Internacional de Direitos Humanos vinculado à Organização das Nações Unidas e à Organização dos Estados Americanos.

A par dessas diretrizes principiológicas, a Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense almeja concretizar assistência humanitária a partir do manejo de um conjunto de ações governamentais voltadas em três vertentes: os agentes penitenciários e demais servidores no âmbito do sistema penitenciário, as pessoas custodiadas e as vítimas e seus familiares, nas dimensões emergencial e estrutural.

Para alcançar esses três polos, tal política realizará de forma emergencial, dentre outros pontos, o atendimento integral à saúde. Entende-se, portanto, por saúde integral a promoção de medicação dos presos, levantamento da estrutura física e recursos materiais/técnicos das unidades prisionais, capacitação em saúde mental na atenção básica, monitoramento dos casos de internação em Saúde Mental e padronização de rotinas de atendimento nos núcleos de saúde das unidades prisionais. (MARANHÃO, 2014).

A visão de saúde integral da mulher é aquela em que há promoção e melhoria das condições de vida e saúde das mulheres em toda e qualquer fase do seu desenvolvimento. Não excluindo situação de encarceramento ou liberdade, mas garantindo os direitos sexuais e os direitos reprodutivos e demais direitos legalmente constituídos. Vê-se a ampliação do acesso aos serviços de uso coletivo, de promoção, prevenção e assistência da saúde integral da mulher em todo o estado do Maranhão, salvaguardadas suas diversidades (MARANHÃO, 2013).

Observa-se que para a implantação das demandas de integralização da saúde é necessária para a agenda feminina a atuação da Secretaria de Estado da Mulher, a qual deve primar pela monitoração e afimar os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres em situação de prisão, articulando as políticas de saúde e de educação especificamente ligadas às áreas de gênero. Além de sempre visar à implantação da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional e

monitorar os protocolos de execução da política prisional no que diz respeito a visitas íntimas e revistas dos familiares do sexo feminino.

Não menos importante, compete à Secretaria de Estado da Saúde, o apoio e articulação das políticas referentes à saúde integral nos moldes da Lei de Execução Penal. Para tanto, tal pretensão deve estar em consonância as ações da Política Nacional de Saúde às pessoas Privadas de Liberdade.

Outra instituição que atua na proteção aos direitos das pessoas que cumprem pena de prisão é a Coordenadoria de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do sistema carcerário (UMF). Criada por meio da Lei n.. 9551/ 2012, sob a batuta do Tribunal de Justiça do Maranhão, esta é um mecanismo de salvagarda do contexto das mulheres privadas de liberdade.

A UMF foi constituída com a primeira estrutura instituída no âmbito judiciário brasileiro. Visa monitorar e fiscalizar o cumprimento da legislação constitucional, penal e processual penal, leis extravagantes, recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça, do Tribunal de Justiça do Maranhão e da Corregedoria Geral da Justiça, em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes.

A Unidade viabiliza, através de uma rede de cooperação interinstitucional, a garantia do cumprimento da pena de prisão com respeito à dignidade humana, desenvolvendo as mais diversas atividades relacionadas à questão carcerária, através da cooperação judiciária e interinstitucional. Apresenta como foco o melhoramento do sistema de justiça criminal, assim, os dados produzidos pelo monitoramento é um arcabouço importante para a averiguação do cumprimento de suas metas e objetivos, entre eles, o programa 11 que trata da saúde prisional.

Ainda, Em 2019 foram assinados quatro Termos de Cooperação e um Convênio com o objetivo de aprimorar o Programa 11 da UMF. Por exemplo, o Termo de Cooperação Técnica n.. 07/2019, Termo de Cooperação Técnica celebrado entre o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão/TJMA, a Secretaria de Estado de Programas Estratégicos (SEPE), o Instituto Maranhense de estudos Socioeconômicos e cartográficos (IMESC), a Secretaria de Estado da Ciência Tecnologia e Inovação (SECTI), e a Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão (FAPEMA).

A finalidade do referido termo é desenvolver pesquisas para monitoramento e avaliação de políticas penais executadas pela UMF/TJMA, com prazo de trinta e seis meses e que visa promover a saúde do preso com o objetivo de internos por determinação judicial em Unidades Prisionais, clínicas e hospitais de referência psiquiátrica. (MARANHÃO, 2019).

Outra proposta de proteção e contenção às vulnerabilidades, é proposta pela Coordenadoria de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário (UMF) do Tribunal de Justiça que, desde 2012, desenvolve atividades perseverando pela constituição de diretrizes para a atuação na seara da execução penal, com o fito de superar a fragmentação e desarticulação de ações na área de execução de pena privativa de liberdade.

A par disso, em vista da visão multidisciplinar que envolvem o encarceramento feminino no Brasil e observando-se a responsabilidade conjunta na gestão entre diversos órgãos, voltadas à melhoria da situação do sistema criminal e penitenciário feminino, com base nos normativos afetos às mulheres presas, egressas e seus filhos, em âmbito nacional e internacional, esta UMF implementou um programa específico em atenção às mulheres em privação de liberdade e egressas do sistema prisional, no Maranhão.

Trata-se do Programa “Mulheres em Provação de Liberdade” que terá seus dados analisados em tópico seguinte para o recorte temporal entre março de 2019 a março de 2020, a partir da necessidade de se garantir saúde integral ao contexto das mulheres privadas de liberdade. É um programa pautado na Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional e direciona-se às necessidades e realidades específicas das mulheres presas, além de verificar e viabilizar o desenvolvimento de ações direcionadas às necessidades e realidades específicas das mulheres encarceradas.

Diante do exposto, visualizam-se avanços alcançados na política carcerária maranhense no que se refere ao seu planejamento. Os termos de acordo e convênios em diversas áreas, tal como tecnologia da informação, entre as parcerias citadas, simbolizam um passo em futuras atividades que colocarão a efetividade da execução penal do Estado do Maranhão.

Por exemplo, poderá proporcionar a ampliação da proteção do cumprimento da pena de prisão com foco na dignidade humana, por meio da articulação entre diferentes instituições responsáveis pela garantia dos interesses do público alvo, priorizando direitos sociais, dentre os quais, o direito à saúde.

4 OPACIDADE DE DIREITOS SOCIAIS E APENADAS NO MARANHÃO: UM OLHAR SOBRE A SAÚDE PRISIONAL

No que se refere à criminologia de centelha marxista lançada na década de 70 nos Estados Unidos, a qual lança o ideal de que a sociedade divide-se em classes sociais e que o Estado para punir se organiza de maneira ideológica com o fito de proteger os interesses da classe dominante, a forma de controlar a sociedade tem por meta domesticar as pessoas. Nessa visão a chamada Nova Criminologia ou Teoria Crítica da Criminologia atua em alinhio aos interesses dos detentores dos meios de produção, quais sejam, as classes trabalhadoras.

Assim, tanto o direito penal quanto o sistema com um todo não passariam de um complexo elitista e seletivo, que faz recair sobre os trabalhadores o seu peso punitivo conservando desta forma, a estrutura vertical de dominação e poder no âmbito da sociedade. Os processos envolvidos no fenômeno criminal se unem em última instância à base do capitalismo contemporâneo e suas estruturas legais.

Alessandro Baratta (2003) enquanto jurista, sociólogo e filósofo destaca que o sistema penal como um meio de criminalização onde as normas não são estáticas, mas uma rede de instancias e órgãos que concorrem para sua formalização. Para o autor, a dogmática penal não defende todos os bens essenciais de todas as pessoas. Em sua acepção, a ideia de criminoso não é vista de forma uniforme pelas pessoas, isto porque a lei não é tratada de forma igual para todos. Assenta que o direito penal é diferenciador assim como outros ramos do direito.

Baratta (2003) assevera ainda que a criminalidade sobre o viés capitalista mostra-se como um status atribuído a determinados indivíduos. Isto porque existe uma escolha dos bens jurídicos a serem protegidos e seleção dos indivíduos, de acordo com o descrito nos tipos penais.

Cada momento histórico existem certas classes que detêm o poder material, assim como preponderam a produção das formas ideológicas, jurídicas e políticas de controle da sociedade. Tomando-se por base a escola da criminologia crítica fatos ilegais não são uma qualidade intrínseca da conduta, mas é fruto e consequência dos complexos processos altamente seletivos e discriminatórios, que visam a preservação da realidade vigente. Assim, a teoria da etiquetagem ou labelling approach indica que aqueles vistos como criminalizados recebem uma etiqueta que dificilmente conseguem se desfazer. O fato de ser criminoso é introduzido aos próprios “criminosos” levando-os a novamente praticar infrações. ve, pelos próprios infratores e este fato, em muitos casos, os induz a novamente delinquir.

Para Baratta (1989), existe uma fenomenologia global, encarada como representação das necessidades reais e dos direitos humanos. A violência é vista sob a análise da criminologia crítica apresentando considerações que apresentam relação com o papel do direito penal e suas possíveis alternativas. A primeira consideração se refere aos limites do sistema da justiça criminal como reação à violência e defesa dos direitos humanos. A segunda consideração se refere ao sistema de violência institucional. A terceira o controle social alternativo da violência e a quarta a concepção da violência e a defesa dos direitos humanos em um contexto de conflitos sociais.

Deve ser um controle baseado em uma estratégia global que leve em consideração toda a fenomenologia da violência e não apenas uma pequena parte dela; globalidade não significa, é claro, homogeneidade dos instrumentos utilizados pelo controle, mas uma diferenciação adequada entre eles, mesmo dentro de uma estratégia geral. O controle deve ser baseado nos princípios de igualdade devendo evitar estrategicamente a discriminação dos mais fracos e a impunidade para os mais fortes e funcionar de acordo com as regras gerais como garantia das pessoas puderem ter mecanismos de se evitar arbitrariedades e a formação de posições de poder conectadas com discricção excessiva da intervenção. Também na defesa dos direitos humanos deve ser respeitado direitos humanos na medida do possível.

Outrossim, deve ser um controle eficaz e não simbólico. Isso implica pelo menos três consequências (BARATTA, 1989):

- a) Aborda as causas e não apenas as manifestações dos conflitos e d violência;

b) Seu objeto são as situações e não apenas os comportamentos dos atores envolvidos;

c) Sem negar as formas de indenização e de restituição perante as vítimas quando sejam possíveis e necessárias, o controle social alternativo da violência deve ser sobre todo um controle social ativo ou contextual à agressão. Isso corresponde a um “princípio geral de prevenção”.

A violência geralmente pode estar direta ou indiretamente relacionada à violência estrutural. Seria possível excluir situações particulares da violência que não têm relação com a estrutural. Baratta (1989) defende a aplicação do princípio geral de prevenção. Significa que deve ser adotada uma estratégia de contenção da violência baseada no controle todas as suas formas. Nada mais é uma estratégia de justiça social. Mas a prevenção da violência estrutural é ao mesmo tempo parte do conflito social e da ação política.

Neste viés é necessário visualizar, a partir de dados da Unidade de Monitoramento Carcerário (UMF) como se realiza o princípio geral da prevenção quanto à violência estrutural no que tange à efetivação da saúde integral da mulher encarcerada no Maranhão.

Em 2019, segundo dados da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (MARANHÃO, 2019) a unidade prisional feminina contava com 324 vagas com lotação de 304 mulheres. Do quantitativo de 380 (trezentos e oitenta) mulheres presas, 82 (oitenta e dois) possuem filhos menores de 12 (doze) anos, conforme a tabela seguinte, ressalta-se que, dentre estas mulheres que possuem filhos menores, 04(quatro) estão em período gestacional. Tais dados revelam atenção ao atendimento das necessidades básicas e promoção de direitos sociais a serem aplicadas as mulheres encarceradas.

Utilizando-se como marco empírico e normativo os documentos oficiais dos relatórios da referida Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário (UMF) do Tribunal de Justiça do Maranhão de março de 2019 a março de 2020 tem-se aos seguintes dados:

a) O relatório de saúde prisional te informações sobre evolução anual de portadores de transtorno mental (PTM's) nas unidades prisionais do estado, quantitativo de portadores de transtorno mental (PTM's) no sistema carcerário referente ao mês específico, quantitativo de portadores de transtorno mental (PTMs) cumprindo medida de segurança, dados sobre

o Hospital Nina Rodrigues (evolução anual do crescimento da população de pacientes judiciários internados no Hospital Nina Rodrigues, evolução anual da situação judicial dos pacientes judiciários internados no Hospital Nina Rodrigues, histórico da situação judicial dos internos e evolução mensal da população de internos por gênero), equipe de atenção psicossocial, plano Terapêutico de acompanhamento (PTA) e rede de atenção psicossocial;

b) O relatório apresenta apenas um item para tratar da saúde prisional feminina, qual seja, evolução mensal da população de internos por gênero. Não há detalhamento de dados, indicação de quais transtornos, tempo de internação.

c) Os relatórios não apresentam dados sobre cuidados de higiene, atenção ginecológica e obstétrica humanizada, a prevenção e diagnóstico precoce de câncer de colo uterino e mama, além de observância preventiva demais doenças sexualmente transmissíveis;

Embora seja a partir do ano de 2016 o início da coleta de dados da população de Portadores de Transtorno Mental (PTM's) nas Unidades Prisionais do Estado do Maranhão observou-se que os relatórios de saúde carcerária feminina voltam-se para saúde apenas no aspecto mental. Não alcança a ampla expressão de saúde delineada pela Constituição Federal de 1988 e nem as determinações da Organização Mundial da Saúde-OMS. Para a confecção de tal material foi manejado como balizas normas que o orientam.

Corroborando tal ideia a UMF apresenta uma rede de informações, mas não alcança a proposta de saúde integral. Deste modo, citam-se: inspeções junto ao Hospital Nina Rodrigues, atual hospital psiquiátrico do Maranhão; Informações fornecidas pelas instituições parceiras da UMF no trabalho de aperfeiçoamento da Execução Penal; atualização diária do Sistema SISUMF, para a tomada de decisões em saúde mental; consulta semanal nos Sistemas de informação sobre o andamento das demandas apresentadas à UMF pelos sistemas locais (Sistema THEMIS/JURISCONSULT, VEP TJMA, SIGO e SIISP) e; encaminhamento de Ofícios, e-mails e comunicação telefônica para as Comarcas do Estado, solicitando atualização de dados. Ainda os dados coletados foram obtidos a partir da construção de marcos teóricos a própria Lei Estadual que criou a Unidade de Monitoramento do Sistema Carcerário.

Ainda, a UFM formulou parcerias com o fito de obter informações e criar estratégias, mas os dados nos relatórios de saúde prisional não apontaram elementos que indiquem a saúde integral da mulher em situação de encarceramento.

São eles: *i)* Termo de Compromisso 14 de Novembro de 2012 (TJMA-SEJAP e SSPMA), o qual simboliza um conjunção de esforços para a execução de políticas públicas no Estado do Maranhão; *ii)* Portarias como: da Secretaria de Estado da Saúde (SES) n.º 88/2013 que criou o Núcleo de Perícias Psiquiátricas do Estado do Maranhão (NPP), Portaria do Ministério da Saúde (MS) n.º 94/2014, a qual institui o Serviço de Avaliação e Acompanhamento de Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei (EAP's); *iii)* Termo de Adesão do Estado do Maranhão de 2014 à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), a qual institui o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) vinculando à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP); *iv)* Portaria do Ministério da Saúde (MS) n.º 158/2014 que aprovou o Plano de Ação da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) do Estado do Maranhão; *v)* Provimento CGJ n. 38/2017 que disciplina o procedimento para a aplicação, execução, avaliação e acompanhamento das medidas terapêuticas cautelares, provisórias ou definitivas, aplicáveis judicialmente à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos equipamentos do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), e, *h)* Termo de Compromisso n. 01/2017 o qual implantou o Programa de Atenção Integral às pessoas com transtorno mental em conflito com a Lei do Maranhão – PAI/MA.

Cabe ressaltar que consta na cartilha da Mulher Presa que toda presa deve ser incluída no programa estadual de prevenção do câncer de mama e de colo de útero e deve ser encaminhada regularmente para fazer exames laboratoriais (papanicolau, HIV, HPV, etc.), de acordo com as políticas de saúde definidas pelo SUS. Informa, ainda, que é possível a mulher presa procurar ajuda e assistência médica caso seja dependente química e portadora de DST, inclusive AIDS (HIV). (MARANHÃO, 2017).

Contudo, apesar das orientações e do arsenal de parcerias, documentos, ofícios e demais convênios os relatórios sobre saúde prisional não apontam aquilo que se entende por aplicação de saúde integral a agenda carcerária feminina.

Além do mais, de acordo com a Constituição Federal é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV). Ainda, é patente ao afirmar que “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” (art. 5º).

Assim, os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (o art. 5º, inciso LXXVIII, § 2º e 3º). A Declaração Internacional de Direitos Humanos e as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas) consagram que não pode haver distinção de qualquer espécie entre os seres humanos.

Nesse sendo, com intuito de proteger os direitos que devem ser garantidos pelo Estado, faz-se necessário observar as diretrizes da Política Nacional de Atenção às Mulheres Presas e Egressas (PNAMPE), a qual fomenta proteção integral à mulher, veja-se (BRASIL, 2014):

I – prevenção de todos os tipos de violência contra mulheres em situação de privação de liberdade, em cumprimento aos instrumentos nacionais e internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro relativos ao tema; II – fortalecimento da atuação conjunta e articulada de todas as esferas de governo na implementação da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional; III – fomento à participação das organizações da sociedade civil no controle social desta Política, bem como nos diversos planos, programas, projetos e atividades dela decorrentes; IV – humanização das condições do cumprimento da pena, garantindo o direito à saúde, educação, alimentação, trabalho, segurança, proteção à maternidade e à infância, lazer, esportes, assistência jurídica, atendimento psicossocial e demais direitos humanos.

Além disso, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, cujo objetivo é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, com a assistência, dentre outros direitos, à saúde. (artigos 10 e 11, Lei n. 7.210/84). (BRASIL, 1984)

Ainda, o Ministério da Justiça e Segurança Pública recomenda “na porta de entrada” que a Comissão Técnica de Classificação seguintes procedimentos:

4º perguntar se a mulher presa (idosa ou não) possui alguma doença no pulmão, no coração, no rim e no fígado, tuberculose, distúrbio metabólico (incluindo diabetes mellitus), transtorno mental que possa afetar a função respiratória, necessidade de medicamentos para aumentar a imunidade, como câncer, HIV/aids e outros;

7º se houver relato ou suspeita de mulher com doença crônica, parturiente ou de gestação, organizar de imediato a consulta médica para que seja examinada a saúde da pessoa presa;

Em caso das mulheres presas estejam grávidas, o direcionamento é para:

3º perguntar se a mulher grávida possui alguma doença no pulmão, no coração, no rim ou no fígado, tuberculose, distúrbio metabólico (incluindo diabetes mellitus), transtorno mental que possa afetar a função respiratória, necessidade de medicamentos para aumentar a imunidade, como câncer, HIV/aids e outros;

5º organizar de imediato a consulta médica para que seja examinada a saúde da pessoa presa;

Em caso de às mulheres presas acompanhadas de criança, recomenda-se:

3º perguntar se a mulher presa e filho recém-nascido possuem alguma doença no pulmão, no coração, no rim e no fígado, tuberculose, distúrbio metabólico (incluindo diabetes mellitus), transtorno mental que possa afetar a função respiratória, necessidade de medicamentos para aumentar a imunidade, como câncer, HIV/aids e outros;

4º manter a mulher presa em triagem que deve ser livre de insalubridade, insetos, fortes ruídos, sol, chuva ou qualquer tipo de situação que não preserve a saúde da criança e da mulher, até a confirmação da VEC ou VEP se a mulher presa deverá permanecer ou não acompanhada pela criança na unidade prisional.

Ademais, no documento de regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de

Bangkok), em sua recomendação n. 6, trata como deve ser os exames médicos no ingresso de mulheres em unidades prisionais, sendo o seguinte (BRASIL, 2016):

O exame médico de mulheres presas deverá incluir avaliação ampla para determinar a necessidade de cuidados de saúde básicos e deverá também determinar:

- (a) A presença de doenças sexualmente transmissíveis ou de transmissão sanguínea; e, dependendo dos fatores de risco, mulheres presas poderão optar por realizar testes de HIV, com orientação antes e depois do teste;
- (b) Necessidades de cuidados com a saúde mental, incluindo transtorno de estresse pós-traumático e risco de suicídio e de lesões auto infligidas;
- (c) O histórico de saúde reprodutiva da mulher presa, incluindo gravidez atual ou recente, partos e qualquer questão relacionada à saúde reprodutiva;
- (d) A existência de dependência de drogas; (e) Abuso sexual ou outras formas de violência que possa ter sofrido anteriormente ao ingresso.

Diante das bases orientativas acima se observa que os relatórios produzidos dão estrita importância às pessoas em situação carcerária com algum transtorno mental. Os relatórios não discutem outros aspectos de saúde, por exemplo, saúde física.

Ainda, não trata a saúde enquanto promoção social, visualizando um desenvolvimento integral. Mesmo assim, os relatórios analisados de março de 2019 a março de 2020 relatam que a Unidade de Monitoramento Carcerário está em constante construção de condições concretas para implantar um programa de atenção à saúde prisional para a população carcerária que esteja em situação de grande sofrimento físico ou psíquico, em cumprimento à Lei 9551/2012. (MARANHÃO, 2012)

Contudo, nada fala em possível doença física. Nos relatórios analisados, é possível visualizar pequena quantidade de mulheres com transtornos mentais. Os índices não ultrapassam a seis mulheres internadas em unidade de tratamento de saúde mental por mês. Apesar disso, os relatórios nada falam sobre algum tratamento físico destinada a alguma mulher.

Ademais, os relatórios sopesam que em seu trabalho de monitoramento de dados foi constatado a inadequação de Portadores de Transtorno Mental – PTM's nas Unidades Prisionais do Estado do Maranhão. Assim, ocorre uma postura de ter o constante acompanhamento dos casos constatados, bem como a propor soluções para as instituições, tanto do Sistema de Justiça quanto dos Sistemas de Saúde de Segurança e da Administração Penitenciária no Estado.

Deste modo, embora a Unidade de Monitoramento Carcerário teoricamente atente para a Nota Técnica n. 17/2020 do Ministério de Justiça e Segurança Pública quanto ao acesso à saúde da população feminina no Maranhão e a Cartilha de Direitos e Deveres da Mulher Presa da Secretaria de Estado da Mulher do Maranhão (2017), no que tange ao direito à saúde, considera-se que o encarceramento feminino, no Maranhão, ainda se encontra desprovido da proteção plena de profissionais e órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde (Lei n. 8.080/90) além de não atender a proposta constitucional do que seja o pleno direito à saúde.

Sendo assim, a garantia a aquisição universal de bens sociais é praticável apenas com a eliminação da lógica de mercado aliado à atribuição a esfera pública de sua distribuição e, até mesmo sua produção (FERRAJOLI, 2011). Os bens sociais poderam tornar-se patrimoniais apenas naquilo que excede o mínimo existencial. Ocorre que alguns direitos sociais, como os benefícios por incapacidade, são para muitos idosos necessários a sua sobrevivência.

De acordo com Santos e Bermudez (2012) as consequências do confinamento podem aumentar doenças psicossociais. Assim, exige-se uma atenção quanto ao uso de álcool e de outras drogas e a ocorrência de transtornos mentais ou pode potencializá-los. Contudo, saúde prisional não se resume a esta agenda.

A vulnerabilidade causada pelo encarceramento agrava diretamente a saúde das pessoas eis que o âmbito de abrangência é multidimensional, atuando em diferentes graus e de modo instável. “Mais do que serem informadas (aptitude), é preciso que as mulheres saibam se proteger e se mobilizem (atitude), a fim de que reajam às situações que as tornam suscetíveis ao adoecimento, transformando-as, ou pelo menos as amenizando, especialmente no cenário prisional.

Delziovo et al (UFSC, 2015) aponta que a concepção de vulnerabilidade alcança o campo da saúde pública podendo-se adentrar na situação das mulheres em estabelecimentos penais. Ideal para a busca da saúde integral para as mulheres encarceradas deve perpassar:

a) Pela fundamental importância que as equipes de saúde elaborem estratégias que reduzam os impactos das vulnerabilidades;

b) A efetividade e viabilidade das ações das equipes de saúde, em especial nesses ambientes, não pode restringir-se ao que tange à área da saúde.

c) Entre as vulnerabilidades a que se deve dar atenção, com relação às mulheres no sistema prisional, estão a dificuldade de acesso a cuidados de higiene adequados, a uma atenção ginecológica e obstétrica eficiente e humana, a prevenção e diagnóstico precoce de câncer de colo uterino e mama, além de observância preventiva a doenças sexualmente transmissíveis, ainda, a doenças e agravos mais comuns nessa população em geral, ou melhor, os chamados agravos psicossociais.

d) A violência a que as mulheres podem estar expostas, quais sejam, tanto a institucional quanto entre elas próprias e o risco de ocorrer possível violência sexual.

Para a consecução de uma saúde integral na Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense, o direito à saúde deve ser encarado como um bem social. A garantia a aquisição universal de bens sociais é praticável apenas com a eliminação da lógica de mercado aliado à atribuição a esfera pública de sua distribuição e, até mesmo sua produção (FERRAJOLI, 2011). Os bens sociais puderam tornar-se patrimoniais apenas naquilo que excede o mínimo existencial. Ocorre que alguns direitos sociais, como direito à saúde integral, são para muitas mulheres encarceradas necessárias a sua sobrevivência.

Ademais, com critério de fundação dos direitos humanos existe o nexo entre direitos humanos e paz, conforme foi enunciado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Devem ser garantidos como direitos fundamentais todos aqueles direitos vitais para os quais a garantia é condição necessária da paz: o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais à sobrevivência. (FERRAJOLI, 2011).

Em conclusão, todos os direitos em que a ausência de tutela e satisfação se degenera na violência opressiva daqueles mais fortes e na revolta dos mais fracos. A proposta da Constituição de 1988 foi promover e efetivar o referido direito social tanto intra prisional como para além muros. Deste modo, dar saúde é garantir a paz e, consequentemente efetivar os direitos humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a analisar e refletir acerca da efetividade do direito à saúde da população carcerária feminina, em específico, do Estado do Maranhão. Para tanto, partiu-se da proteção social e da ideia de saúde, que pela visão contemporânea abrange o bem-estar integral (físico, social e psíquico) do ser humano.

Em ato contínuo discorreu acerca da situação prisional do Maranhão, apresentando e indicando informações pertinentes aos programas e políticas propostas e em atividade naquele contexto. Logo em seguida, dá-se atenção para a situação específica da saúde pertinente ao cárcere feminino no estado selecionado.

Viu-se que a situação de opacidade e invisibilidades, apesar dos avanços e propostas em curso, ainda é latente. De modo que parcerias foram estabelecidas entre o sistema prisional e outros órgãos com vistas a promover atividades que confirmem maior efetividade à execução penal, proporcionando uma amplitude da tutela do cumprimento da pena, tendo-se em vista a dignidade humana e priorizando os direitos sociais, o que abrande a saúde.

É certo que os caminhos basilares já tem sido propostos e reconhecidos. Espera-se que os passos seguintes nas propostas e políticas públicas sejam capazes de conduzir a um maior alcance do direito à saúde e a sua efetividade plena alcançando-se as mulheres apenas, não apenas no Maranhão, mas em todas as unidades da federação.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. *Direito à saúde e democracia sanitária*. São Paulo: Quartier Latim, 2017.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Revan, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal por la pacificación de los conflictos violentos*. Diciembre 1989. Nuevo Foro Penal, N. 46.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *DOU de 13.7.1984*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm#:~:text=L7210&text=LEI%20N%C2%BA%207.210%2C%20DE%20

11%20DE%20JULHO%20DE%201984.&text=Institui%20a%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.&text=Art.%201%C2%BA%20A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20penal,do%20condenado%20e%20do%20internado. Acesso em: 18 nov 2020.

_____. *Portaria Interministerial n.º 210, de 16 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. DOU de 17/01/2014, n. 12, Seção 1, pág. 75. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25232895_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_210_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 18 nov 2020.*

_____. 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/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, *Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.*

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Nota Técnica n.º 17/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ de 04 de maio de 2020. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415238/nota_tocnia_mj_-_mulheres_05052020_1553.pdf. Acesso em: 16 nov 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZARRI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARANHÃO. Lei n.º 9.551 de 04 de janeiro de 2012. Cria a Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, e dá outras providências. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/416057/doc__08_-_lei_n_o_9_551-2012_-_criaooo_da_umf_19062017_0948.pdf. Acesso em: 18 nov 2020.

_____. Governo do Estado. Secretaria de Estado da Mulher SEMU. Direitos e deveres da Mulher presa. São Luís: SEMU, 2017. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/>

app/webroot/files/publicacao/415238/mulheres_priv__liberdade_-_cartilha_da_mulher_presa_30082018_1712.pdf. Acesso em: 16 nov 2020.

_____. Acordo de Cooperação Técnica n.º 07/2019-SEPE/IMESC/SECTI/FAPEMA/TJMA. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415238/doc__24_-_tct_no__072019_02122019_1516.pdf. Acesso em: 19 nov 2020.

_____. Unidade de Monitoramento Carcerário-UMF. *Saúde Prisional*. Relatórios. Disponível em: <http://site.tjma.jus.br/umf/noticia/sessao/2194/publicacao/415091>. Acesso em: 05 out 2020.

_____. *Decreto n.º 29.778, de 31 de janeiro de 2014*. Institui a Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense. Disponível em: <http://stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=3627>. Acesso em: 18 nov 2020.

MARANHÃO. *Maranhão é “caso de sucesso” na gestão de presídios, diz tribunal de contas da união*. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=263208>. Acesso em: 16 nov 2020.

_____. *Governo realiza reunião do comitê para execução do plano estadual de atenção às mulheres privadas de liberdade e egressas*. Disponível em:

<https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=287666>. Acesso em: 16 nov 2020.

_____. Maranhão. Governo do Estado. Secretaria de Estado da Mulher. *Plano Estadual de Política para as Mulheres 2013-2015*.—São Luís, 2013, 72.p.

RUBIO, David Sánxhez. Encantos e desencantos dos Direitos Humanos. De emnapições, libertações e dominações. Trad. Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SANTOS, N.; BERMUDEZ, P. X. *Guia sobre gênero, HIV/ Aids, coinfeções no sistema prisional*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_aids/Publicacoes/GUIA_SOBRE_

[GENERO_HIV_em_prisoas_2012.pdf](#)>. Acesso em: 18 nov 2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Programa de Valorização da Atenção Básica. Centro de Ciências da Saúde. Curso de Atenção à Saúde das Pessoas

Privadas de Liberdade – Modalidade a Distância. Atenção à saúde da mulher privada de liberdade [recurso eletrônico]/*Universidade Federal de Santa Catarina*; Organizadores: Carmem Regina Delziovo ... [et al] — Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

GT 9 – Grupos de Estudo, Pesquisa e Extensão

Apresentação oral

CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NA REPÚBLICA VELHA (1889-1930) E SEUS IMPACTOS NA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA

POSITIVIST CRIMINOLOGY IN OLD REPUBLIC (1889-1930) AND ITS IMPACTS ON THE BRAZILIAN CITIZENSHIP

Ana Julia Pozzi Arruda

Mestranda pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (UNESP – F.C.H.S.). Advogada.

E-mail: ajpa.arruda@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos da incorporação do positivismo criminológico no Brasil com relação à construção da noção de cidadania, em um contexto de preocupação social com a constituição de um “povo” brasileiro. Preocupação, que, em termos gerais, é condicionada pelas perspectivas de indivíduos do mesmo gênero (homens), pertencentes a uma mesma classe social (elite econômica e política) e de mesma raça (brancos). De forma a preservar os interesses individuais frente às modificações históricas, o positivismo se revelou instrumento útil aos privilégios da elite política, legitimando cientificamente uma organização social desigual e marginalizante com fundamento na heterogeneidade da população. Nesse sentido, para entender como se apresentou a funcionalidade da referida doutrina criminológica, utilizou-se o método dedutivo, a partir da análise qualitativa de dispositivos do Código Penal de 1890, políticas públicas e das práticas institucionais que foram embasadas no positivismo, bem como revisão bibliográfica, contraposta as mudanças sociais evidenciadas no país durante o século XX.

Palavras-chave: Criminologia Positivista. Direito Penal. República Velha. Criminalização. Cidadania.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the criminological positivism incorporation process in Brazil and its impacts regarding the citizenship notion, in a context of social concern about the nature of the Brazilian people. In general, such concern

was conditioned by the perspectives of individuals of the same gender (men), having the same social background (economic and political elite) and belonging to the same race (white). In order to preserve individual interests in the face of historical changes, positivism proved to be a useful tool for maintaining the privileges of the political elite, scientifically legitimizing an unequal and marginalizing social organization based on the population heterogeneity. Hence, to understand the functionality of that criminological doctrine, the deductive method was used, based on the qualitative analysis of the 1890 Criminal Code provisions, public policies and institutional practices that were based on positivism, as well as a bibliography revision, confronting the social changes evidenced in the country during the 20th century.

Keywords: positivist criminology. criminal law. Brazilian Old Republic. Criminalization. Citizenship

Sumário: Introdução. 1. Criminologia Positivista: surgimento na Europa. 2. Contexto histórico brasileiro. 3. Abolição da escravidão e o controle social exercido sobre a população negra. 4. A criminologia positivista no Brasil. 4.1. Código Criminal de 1890. 4.2. As práticas institucionais. 5. Evidências do positivismo. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das ciências criminais sempre foi profundamente ligado ao momento histórico e às preocupações econômico-políticas externadas pela sociedade. É nesse contexto que a criminologia positivista deve ser compreendida, tanto em sua origem na Europa, quanto na propagação para os demais continentes.

Em um contexto histórico pós-iluminismo, verificou-se grandes avanços nas ciências e, conseqüentemente, forte crença na racionalidade científica, na ideia de que todos os fenômenos da vida em sociedade poderiam ser explicados e solucionados pelo uso da razão. O positivismo criminológico buscou analisar a criminalidade e encontrar seus fundamentos a partir da observação empírica, na tentativa de empreender uma metodologia essencialmente científica e afastar de qualquer nuance que supostamente comprometesse a neutralidade objetiva dos resultados.

É importante compreender a evolução do positivismo na Europa para verificar como as categorias e os conceitos de criminoso, crime, pena, culpa, entre outros, foram incorporadas na legislação brasileira da época, bem como sua instrumentalização pelas instituições penais e demais formas de controle social. Nesse sentido, o trabalho pretende resgatar os fatores jurídicos, sociais e históricos que orientaram e colaboraram para a adoção da criminologia positiva.

A aplicação de uma teoria criminológica que assenta seus pressupostos científicos em atributos raciais, de gênero, características fenotípicas e comportamentos estigmatizados, em um país marcado pela miscigenação, invariavelmente trouxe impactos sociais. Além disso, no cenário de transição do trabalho escravo para o trabalho livre, de intensificação da migração para os centros urbanos, a massa populacional não-branca torna-se alvo majoritário da repressão social, desta vez intermediada pela lei penal.

Ao inserir tais fatores no contexto histórico de independência política frente a Metrópole e de discussão sobre quem efetivamente faria parte da nação brasileira, as consequências da incorporação da criminologia positivista são evidenciadas, sobretudo no que tange ao desenvolvimento da cidadania e a não inclusão social de diferentes segmentos populacionais.

1. CRIMINOLOGIA POSITIVISTA: SURGIMENTO NA EUROPA

O ápice do desenvolvimento da criminologia positivista se deu na Itália ao final do século XIX e, de modo geral, tinha como objetivo compreender as causas do crime para que, a partir deste entendimento, fossem implantadas medidas contra a criminalidade da época. Em um contexto de retomada do intervencionismo estatal, valorização das ciências e também de grande evolução científica, a partir de teorias evolucionistas que propagavam o determinismo biológico, os pressupostos de justificativa teórica da criminologia passaram a se assentar nas diferenças de gênero, raça e condições psíquicas.

Os ideais de racionalismo e empirismo estavam muito presentes à época, influenciando toda produção científica. O cientificismo criminológico foi responsável pela elaboração de uma teoria acrítica, que não questionava a realidade posta, mas apenas reproduzia o cenário nas prisões e manicômios da Itália; sendo uma ciência caracterizada

pela assepsia ideológica, buscou na área da biologia e na fisionomia dos indivíduos um fundamento para o crime, conforme explica Alessandro Baratta:

A novidade de sua maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal a esta era constituída pela pretensa possibilidade de individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). A este fato novo na história da ciência pode-se associar o início de uma nova disciplina científica. Por isso, tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da criminologia como uma nova disciplina, isto é, um universo de discurso autônomo. Este tem por objeto não propriamente o delito considerado como conceito jurídico, mas o homem delinquente, considerado como um indivíduo diferente e como tal, clinicamente observável. (BARATTA, 2018, p. 29)

O médico Cesare Lombroso, talvez um dos mais importantes representantes da Escola, defendia que o crime era uma condição patológica que poderia ser identificada através de determinadas características físicas que os indivíduos apresentariam. Através de análises e estudos empíricos realizados em hospitais psiquiátricos e penitenciárias no sul da Itália, constatou semelhanças físicas naqueles que ali estavam e, a partir das características em comum observadas, formou o que seria por ele denominado “tipo criminal”, dotado de características orgânicas que evidenciavam a perpetuação de fatores atávicos do homem selvagem.

Se se pudesse extrair uma média da potência intelectual dos delinquentes com a segurança com que se obtém da medida do crânio, creio que se chegaria a igual resultado, ou seja, encontrar-se-ia uma média interior ao normal. (...) A fisionomia dos famosos delinquentes reproduziria quase todos os caracteres do homem criminoso: mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo. (LOMBROSO, 2007, p. 133-197)

Além dos aspectos fenotípicos, Lombroso considerou outros fatores que, supostamente, seriam de indubitável influência na formação do intelecto e da personalidade do indivíduo criminoso, como a menor sensibilidade a dor (analgesia), maior agilidade física, canhotismo, frequência no consumo de bebida alcoólica, inadaptabilidade ao trabalho (com vocação para a mendicância e vadiagem), ausência de compaixão frente ao sofrimento alheio e também insensibilidade frente ao próprio sofrimento (LOMBROSO, 2007).

As hipóteses gerais de Lombroso foram reaproveitadas por outros cientistas da época, os quais foram modificando-a e acrescentando outros fatores de influência na personalidade criminosa, como o meio social, sentimento de moralidade, entre outros. As teorias ganhavam legitimidade na medida em que os argumentos apresentados eram difundidos por especialistas com suposto embasamento científico e metodológico.

Um ponto fundamental da teoria positivista refere-se à interdisciplinaridade, sendo esta uma contribuição, sobretudo, de Enrico Ferri, o qual, por sua vez, acreditava que seria um erro de método defender a ciência do Direito Penal como ramo fundamental de estudo e as demais disciplinas, como a biologia, a estatística e a psicologia, como acessórias e secundárias para o estudo do crime. Para ele, as ciências auxiliares possuiriam igual importância na construção das ciências criminais, revelando a interdisciplinaridade como elemento essencial para compreensão das causas do crime e da melhor forma de lidar com o indivíduo criminoso (FERRI, 1996).

Conforme as diferentes áreas do conhecimento que preponderavam no estudo, a disciplina poderia ter uma denominação diferente. Enrico Ferri, que incluiu fatores sociais como interventores na formação do indivíduo delinquente, é frequentemente associado ao termo “sociologia criminal”, enquanto que, Lombroso, na medida em que analisa e confere primazia a aspectos fisiológicos e genéticos, é reconhecido como representante da “antropologia criminal”, ainda que os diversos temas se refiram ao mesmo objeto de estudo: o indivíduo criminoso.

Além disso, é fundamental ressaltar que esta interdisciplinaridade reflete também nas diferentes concepções de delito, de pena e de responsabilidade penal, constituindo um dos principais aspectos da Escola Positiva que a diferencia da Escola Clássica, por exemplo. Para esta, o delito é considerado um ente jurídico, que se materializa nas escolhas livres de sujeito dotados de livre arbítrio e que optam por violar um direito de terceiro e, consequentemente, descumprem o contrato social ao qual todos são submetidos. Conforme explica Baratta, há uma separação, no âmbito jurídico, entre a conduta criminosa e fatores externos:

Isto significa abstrair o fato do delito, na consideração jurídica, do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda personalidade do delinquente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social

em que se insere sua existência. (...) O delito, como ação, é para Carrara e para a Escola clássica um ente juridicamente qualificado, possuidor de uma estrutura real e um significado jurídico autônomo, metafisicamente hipostasiado: o ato da livre vontade de um sujeito. (BARATTA, 2018, p. 38)

Tal percepção revela pleno alinhamento à corrente filosófica liberal contratualista, vez que o indivíduo racional transcende o estado de natureza, abrindo mão de sua completa liberdade, para se submeter a leis e normas gerenciadas pelo Estado de modo a garantir o bem comum da sociedade pela coexistência de interesses individuais. Portanto, o poder punitivo também estaria nas mãos do Estado, porém racionalizado e delimitado aos procedimentos legais, para que fosse legitimado perante o contrato social.

Cumprе ressaltar que uma das preocupações da Escola Clássica era a de justamente buscar uma fundamentação legal e filosófica para limitar o poder de punir, o qual, por sua vez, no Antigo Regime era caracterizado pela crueldade das penas, arbitrariedade do monarca e pelo autoritarismo da Santa Inquisição. Para tanto, houve uma reformulação na política criminal, restringindo o exercício do direito de punir a princípios fundamentais como o princípio da legalidade, da proporcionalidade das penas, da humanidade, da publicidade, entre outros (BECCARIA, 2012).

O fundamento do direito de punir passa a ser diretamente relacionado à finalidade da pena, que privilegia o alcance da paz social por meios institucionalizados em detrimento da necessidade de se infligir excessivo sofrimento ao indivíduo para evitar o cometimento de novos crimes. Dessa forma, apesar da função retributiva ainda ser relevante no pensamento clássico, não mais tinha o caráter de “espetáculo” da Idade Média. Cumprе ressaltar que, entretanto, a pena não deixou de ser expressão do poder da classe dominante, tendo em vista que se trata de um contexto de ascensão da burguesia liberal e diminuição do poder do clero e da nobreza.

O objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e o modo de infligi-las devem ser escolhidas de maneira a causar mais forte e duradoura impressão na mente de outros, com o mínimo de tormento ao corpo do criminoso. (BECCARIA, 2012, p. 37)

Nesse sentido, a criminologia positivista, ao deslocar o objeto do direito penal do crime para o criminoso, reformula a fundamentação do direito de punir, bem como sua

racionalização. O delito não deixa de ser um ente jurídico, visto que ainda consiste na violação da norma, porém deixa de ser o ponto fundamental que determina aplicação da pena, para centrar a análise no criminoso, sua personalidade, seus antecedentes e seu nível de periculosidade.

(...) o criminoso, sendo o autor do fato proibido ao qual se deve aplicar a pena cominada pela lei e sendo, por isso, ele o protagonista da Justiça Penal prática, deve sê-lo também da Ciência Criminal. Daí que, ao estudo jurídico do crime e da pena, admiravelmente feito pelos criminalistas clássicos, é necessário propor e acrescentar o estudo do delinquente, cujo crime praticado – tendo também um valor próprio de maior ou menor gravidade moral e jurídica – é sobretudo o sintoma revelador de uma personalidade mais ou menos perigosa, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social. É preciso, portanto, abandonar, visto não corresponder à realidade, o critério fundamental da Escola Clássica, que considerava o autor do crime como um “tipo médio”, igual a quaisquer outros homens, salvo os poucos casos aparatosos e taxativamente catalogados de menoridade, loucura, surdo-mudez, embriaguez, ímpeto de cólera e de dor. (FERRI, 1996, p. 64)

Assim, para a Escola Positivista, a conduta criminosa não decorre da livre vontade do indivíduo, pois se revela como manifestação dos fatores que formam a personalidade do criminoso, porque seu processo de evolução não lhe permite compreender as regras e valores morais da sociedade, seja por incapacidade, por insensibilidade, ou qualquer outro fator que torne incapaz o indivíduo desviante.

Consequentemente, perde sentido a ideia da responsabilidade penal fundada na responsabilidade moral do indivíduo que infringe tais preceitos com a prática delituosa. Da mesma forma, a função da pena deixa de ser a de dissuadir o restante dos indivíduos à prática de delitos, visto que estes são um fato natural da sociedade, a qual, por meio do Estado e da aplicação da pena, deve responder ao crime para garantir sua ordem e conservação. Portanto, a função da pena passa a ser a de defender a sociedade frente a condutas que desestabilizem a ordem do sistema.

Além da defesa social, a pena também seria uma espécie de tratamento do indivíduo, sendo aplicada de acordo com sua maior ou menor temibilidade, até que estivesse apto para retornar ao convívio social. As instituições jurídico-penais deveriam impor medidas que fossem capazes de normalizar o indivíduo, a partir da noção de periculosidade de cada um, não necessariamente pela gravidade do delito praticado.

(...) a pena, como a *ultima ratio* de defesa social repressiva, não se deve proporcionar – e em medida fixa – somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinquente, com o sequestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária. Daqui resulta que a insuprimível exigência para a hodierna Justiça Penal é esta: assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que são o maior número. (FERRI, 1996, p. 65-66)

Evidentemente, os diferentes pressupostos das Escolas Clássica e Positivista também diziam respeito ao modelo de Estado que se estava em discussão: liberal (referente à escola clássica) ou intervencionista (referente à escola positivista). Por um lado, não era possível abdicar de toda dogmática penal, fundada no princípio da legalidade e no liberalismo, em nome de um direito penal do autor; porém, de outro, também não se podia ignorar as correntes científicas que se apresentavam como solução ao problema da criminalidade e da defesa social (ANDRADE, 2015).

Justamente neste embate é que se buscou uma conciliação entre as diferentes propostas criminológicas na formação da cultura jurídica de diversos países, sobretudo no século XX. A ideia era conjugar tanto os princípios essenciais da Escola Clássica, principalmente visando a segurança jurídica do réu, quanto o tratamento do criminoso a partir da aplicação de medidas repressivas e preventivas, as quais atuariam com base nos fatores criminógenos dos indivíduos. Vera Andrade expõe que esta dinâmica resultou em legislações que abarcavam, de um lado, garantias individuais e, de outro, concediam espaço para juízos de periculosidade do acusado:

É por isso que as legislações penais do século XX serão, sobretudo, legislações sob o império da fundamentação preventivo-especial e da necessidade de individualização da pena, mas convivendo com as concepções herdadas do classicismo, como a Legalidade, o retribucionismo e a responsabilidade moral. Serão legislações geralmente conciliadores e de compromisso (como o Código Penal brasileiro de 1940) e, portanto, cindidas entre as exigências de objetividade, certeza e segurança jurídica e de valorização da concreta individualidade perigosa do criminoso. (ANDRADE, 2015, p. 79-80)

2. CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO

No Brasil, não há como compreender a incorporação das teorias positivistas sem analisar o momento histórico, marcado por preocupações acerca da identidade e construção da nação brasileira, em um contexto de recente declaração de independência e fim do colonialismo português. Sendo assim, o positivismo se revelou de extrema conveniência para o país, através de uma concepção que conglobava as preocupações sociais e políticas da época, bem como apresentava uma solução condizente com os interesses da elite econômica brasileira.

Para se pensar a constituição da cidadania e da sociedade brasileiras, é imprescindível que seja levado em consideração todo o processo histórico de exploração econômica e social a que o país esteve submetido desde os tempos coloniais. A relação entre colônia e metrópole foi moldada nos pressupostos de expansão do capitalismo mercantil, caracterizando-se pela exploração da primeira de modo a favorecer a acumulação de riquezas e as trocas comerciais da metrópole.

Nesse sentido, para firmar seu domínio local sobre as populações nativas e garantir a posse na colônia, foi preciso estabelecer formas de controle repressivo e ideológico que consolidassem o poder lusitano na região. Este processo teve início com as missões religiosas, as quais tinham por objetivo catequizar a população indígena e, posteriormente, foi transferido aos donos das capitanias, que eram autoridade máxima no território, responsáveis pela ordem administrativa e social de sua respectiva região.

Após as três primeiras décadas, com a crescente consolidação do processo de colonização, Portugal passou a incentivar a exportação em larga escala produzida em grandes propriedades. Nesse sentido, para que fosse possível tal magnitude na produção, era necessário o trabalho compulsório, principalmente pela escravização da população não-branca, já que os escravos também representavam fonte de riqueza para os donos das terras.

(...) o comércio internacional de escravos, trazidos da costa africana, era em si mesmo um negócio tentador, que acabou se transformando no grande negócio da Colônia. Portugueses, holandeses e brasileiros, estes na fase final da Colônia, disputaram o controle dessa área. O tráfico representava, pois, uma fonte

potencial de acumulação de riqueza e não apenas um meio de prover de braços a grande lavoura de exportação. (FAUSTO, 2012, p. 22)

Referendadas também pela Igreja e pela Coroa, a escravidão africana foi justificada pelos mais diversos argumentos: inferioridade racial dos negros, necessidade de que pagassem por seus pecados, incapacidade de compreender o “processo civilizatório”, entre outros. Em decorrência de tais teorias, juntamente com o valor mercantil dos escravos, o negro escravizado foi juridicamente categorizado como coisa, como produto que contribuía para a acumulação de riqueza. Ao chegarem no país, os escravos eram majoritariamente utilizados na produção açucareira, já que a cana-de-açúcar era o principal produto da economia colonial. A estrutura do Brasil aos tempos coloniais, portanto, se sustentava sobre três principais bases: monocultura, latifúndio e trabalho escravo.

Com o desenvolvimento da economia local e a diversificação dos interesses entre colônia e metrópole, começaram a surgir no Brasil movimentos de independência que, apesar de diversos, tinham em comum o desenvolvimento de uma consciência nacional que identificava Portugal como causa de diversos problemas locais. Como ressalta Boris Fausto, os ideais separatistas eram expressados por diferentes grupos sociais, entretanto, cada qual preocupado em resguardar os próprios interesses.

Longe de constituir um grupo homogêneo, esses setores abrangiam desde grandes proprietários rurais, de um lado, até artesãos ou soldados mal pagos, de outro, passando pelos bacharéis e letrados. Também não tinham em comum exatamente a mesma ideologia. As “ideias francesas” ou o liberalismo da Revolução Americana eram suas fontes inspiradoras. Mas os setores dominantes tratavam de limitá-las, sendo por exemplo, muito prudentes no tocante ao tema da abolição da escravatura, que viria a ferir seus interesses. Pelo contrário, para as camadas dominadas a ideia de independência vinha acompanhada de propósitos igualitários de reforma social. (FAUSTO, 2012, p. 63)

Após a Proclamação da Independência, apesar de algumas modificações havidas na sociedade brasileira, como o desenvolvimento de outras atividades econômicas além da produção açucareira, a mão de obra escrava continuou sendo a grande responsável pelo desenvolvimento econômico. Ao deixar de ser colônia de Portugal, o Brasil passou a integrar o mercado internacional, realizando trocas comerciais com os demais países e dando início a sua introdução na economia capitalista mundial.

Já no plano político e social, os ideais abolicionistas começavam a ser difundidos no Brasil, intensificaram-se os movimentos negros de insurgência contra a escravidão e havia fortes pressões econômicas para a extinção do tráfico negreiro, evidenciando o fim iminente deste modo de produção. Sendo assim, a questão fundamental seria a de compreender qual seria o espaço do negro no mercado de trabalho e, além disso, como seriam inseridos no projeto de nação do Brasil independente, tendo em vista a sociedade extremamente desigual e heterogênea em termos sociais e econômicos.

3. ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E O CONTROLE SOCIAL EXERCIDO SOBRE A POPULAÇÃO NEGRA

No contexto histórico em que os ideais republicanos de liberdade, igualdade e justiça ecoavam na política nacional, ao mesmo tempo, encontravam dificuldades para serem efetivados em uma sociedade profundamente heterogênea e ainda estruturada sobre um regime escravista. Seria necessário, portanto, encontrar formas para conjugar os ideais republicanos com as diferenças sociais e econômicas, e, ao mesmo tempo, lidar com uma elite não disposta a abrir mão de seus privilégios.

As soluções encontradas para se ultrapassar essa heterogenia foram diversas, embora tivessem como ponto comum a ânsia de instituir uma nacionalidade. Esta busca de um povo foi expressa repetidamente por diversos reformadores ao longo de todo o século XIX. Em um primeiro momento, os emancipacionistas voltaram-se para os próprios habitantes pobres do país, fossem eles escravos ou livres, e procuraram arrancá-los de suas vidas vistas como abjetas, inúteis e isoladas, para integrá-los no projeto de uma sociedade unida, harmoniosa e progressiva. Em meados da década de 1870 e sobretudo no início dos anos 80, os abolicionistas retomaram muitas destas propostas emancipadoras, embora passassem a defender um prazo fatal para o fim da escravidão. Já em um segundo momento, que podemos localizar a partir dos anos 50, ganhando força principalmente nos anos 70, os emancipacionistas aderem às soluções imigrantistas e começam a buscar no exterior o povo ideal para formar a futura nacionalidade brasileira. A força de atração destas propostas imigrantistas foi tão grande que em fins do século a antiga preocupação com o destino dos ex-escravos e pobres livres foi praticamente sobrepujada pelo grande debate em torno do imigrante ideal ou do tipo racial mais adequado para purificar a “raça brasileira” e engendrar por fim uma identidade nacional. (DUARTE, 1998, p. 36-37)

De fato, as teorias raciais que justificavam o tratamento inferior do negro foram de enorme relevância na formulação de políticas de embranquecimento da população que

estimularam a imigração de europeus para o país. As diversas teorias eram responsáveis por legitimar, inclusive cientificamente, preconceitos e práticas discriminatórias para com a população negra, e produziram profundo impacto em sua colocação no contexto social bem como na construção de sua cidadania. Lília Schwarcz analisou a construção da imagem e o tratamento dispensado aos não-brancos na produção jornalística da época, constatando que:

É claro que, paralelamente e muitas vezes lançando mão da ciência, um novo tema começava a surgir nesses jornais, ora de forma mais explícita, ora de maneira mais desfocada: o problema das diferenças raciais. Nesse sentido, como veremos no capítulo seguinte, com a aproximação do final da escravidão da “futura” República novas questões surgiam. Falar em cidadania e civilização implicava também “resvalar” nas noções de liberdade e igualdade a ela intrínsecas. Ou seja, a “entrada na civilização” pressupunha também o direito à igualdade, sendo que frente a isso as posições oscilavam demais. (SCHWARCZ, 1987, p. 111)

Ao contrário do retratado em versão oficial, a abolição da escravidão no Brasil em 1888 não fora um ato de clemência da princesa Isabel para com os escravos, mas sim o resultado de diversas rebeliões dos negros escravizados e também de pressões econômicas internacionais que patrocinavam tal interesse. Contudo, a elite do país estruturou um processo de abolição para que mantivesse os próprios privilégios, reforçando a imagem do negro como sendo incapaz de assimilar os valores eurocêntricos.

Hoje, entende-se que o processo de extinção da escravidão passou por cálculos econômicos e avaliação específica sobre segurança pública, principalmente acerca dos riscos de um levante, em uma América cada vez mais negra. É importante notar que, mais uma vez, no lugar de uma ruptura histórica, ocorreu uma acomodação “de cima para baixo”; ou seja, quando existiam condições materiais, por meio da mobilização abolicionista, para um rompimento com o trabalho escravo, “a princesa Isabel se encarregou de dar a esse final um caráter de dádiva bondosa, que expropriava seu sentido de conquista popular contra o poder constituído. (CASARA, 2015, p. 234-235)

Neste contexto de fim do trabalho escravo para expansão do trabalho livre, não houve um período de transição em que fossem ofertadas condições materiais, sociais e econômicas para os libertos se organizarem em torno das novas demandas do regime laborativo. A ausência de um projeto de integração à ordem social e, principalmente, a negação desta integração por uma política de embranquecimento que privilegiava

imigrantes europeus frente ao ex-escravo brasileiro, colocou o negro em posição à margem do desenvolvimento nacional, sendo alvo de preconceitos e do controle social exercido pelas agências penais (FERNANDES, 2008).

As teorias criminológicas positivistas foram fundamentais neste cenário, na medida em que conferiam cientificidade para os argumentos racistas, bem como para práticas institucionais já em voga, permitindo que fosse exercido um controle social mais intenso sobre as populações negras e mestiças – as quais constituíam maioria tanto no ambiente urbano como no rural.

4. A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NO BRASIL

A recepção da criminologia positivista no Brasil, em um contexto de construção da cidadania e da nação brasileira, foi de extrema conveniência para racionalização dos preconceitos enraizados na sociedade, justificar a suposta supremacia dos brancos e, conseqüentemente, a manutenção de seus privilégios. Nos jornais, a imagem do negro refletia sua representação no imaginário social:

Outro indício relevante encontrado na parte policial refere-se aos relatos dos motivos de captura. Além de “por suspeita de escravo”, são constantes as seguintes declarações: “por vagabundo”, “por desordeiro”, “por ébrio” ou “por andar sem bilhete após o toque de recolher”. Logo, quando a afirmação não está diretamente relacionada à condição escrava, parece indicar para o próprio caráter degenerado do negro livre, que é preso por não ter ocupação ou por não estar adaptado às condições “civilizadas” da vida nas cidades. (SCHWARCZ, 1987, p. 156)

Após a abolição, o negro liberto era visto como uma ameaça social, que iria dificultar o desenvolvimento da nação pela sua inferioridade racial. Nesse sentido, foi necessário um instrumento de repressão para conter o contingente negro nos centros urbanos, que substituísse os modelos de controle do regime escravagista, criando obstáculos para a inserção do ex-escravo na sociedade. As teorias raciais, neste contexto, legitimaram cientificamente as práticas de controle social direcionadas quase que exclusivamente à população não-branca, de forma direta e também indireta.

Entretanto, diferentemente do que ocorria na Europa – berço das teorias raciais – a miscigenação no Brasil já era uma realidade muito presente. Nesse sentido, os cientistas

adeptos do positivismo precisavam trabalhar na aceitação de teorias que condenavam o cruzamento entre diferentes raças por um povo que, majoritariamente, adivinha justamente disso (DUARTE, 1998).

A intensa urbanização no final do século XIX provocou um grande deslocamento de contingente populacional das áreas rurais para os centros urbanos, colocando em pauta a discussão acerca do controle social que deveria ser exercido sobre o excedente de trabalhadores das cidades, que eram tidos como insubmissos pela elite nacional e, portanto, despertavam riscos ao estabelecimento da ordem nas cidades. Assim, o Direito Penal foi o instrumento utilizado para controle da população e para responder aos sentimentos de insegurança e medo da burguesia. A criminologia positivista, portanto, teve grande repercussão, sendo possível observar seus reflexos tanto nas legislações quanto nas práticas institucionais dos agentes do sistema punitivo.

Diante da condição natural e necessária para o desvio, característica dos não brancos, o desenvolvimento sadio da modernização brasileira só seria possível através da diminuição do contingente negro da sociedade, por controle, segregação ou extermínio. Nesse modelo, a figura do criminoso era definida ou por questões fenotípicas, ou por inadequação à disciplina fabril ou por indisciplina política. Aos negros, a prisão, por sua condição natural; aos brancos inadequados ao sistema de produção em desenvolvimento, *idem*. (PIRES, 2015, p. 49)

Raymundo Nina Rodrigues talvez tenha sido o principal representante da criminologia positivista no Brasil, sobretudo em termos metodológicos, tendo em vista que estruturou um retrato sobre a presença do negro no país a partir da mera observação empírica. Era médico e professor da Faculdade de Medicina da Bahia, sendo um forte defensor das teorias evolucionistas e do determinismo biológico. Acreditava que as raças não brancas, tanto índios como negros e mestiços, não possuíam o mesmo nível de desenvolvimento dos Europeus por não terem chegado a tal estágio de evolução. Nesse sentido, estariam próximos dos “selvagens”, ou seja, do ser humano primitivo (RODRIGUES, 1938)

Na obra “Os Africanos no Brasil”, escreveu sobre como se daria a influência do negro na construção da identidade nacional em um contexto pós abolição. Na visão do autor, em uma comparação entre Brasil e Estados Unidos – países que receberam milhões de imigrantes africanos destinados ao trabalho escravo – a presença do negro era de fato

um problema étnico, para o qual deveriam ser formuladas políticas que amenizassem ou solucionassem a questão, de modo a se preservar a raça branca em um cenário de miscigenação.

A raça negra no Brasil, por maiores que tenham sido os seus incontestáveis serviços à nossa civilização, por mais justificadas que sejam as simpatias de que a cercou o revoltante abuso da escravidão, por maiores que se revelem os generosos exageros dos seus turiferários, há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo. Na trilogia do clima intertropical inóspito aos brancos, que flagela grande extensão do país; do negro que quase não se civiliza; do português rotineiro e improgressista, duas circunstâncias conferem ao segundo saliente proeminência: a mão forte contra o branco, que lhe empresta o clima tropical, as vastas proporções do mestiçamento que, entregando o país aos mestiços, acabará privando-o, por largo prazo pelo menos, da direção suprema da raça branca. E esta foi a garantia de civilização nos Estados Unidos. (RODRIGUES, 1977, p. 7)

Ainda, na obra, o autor analisa as influências africanas em diversos aspectos da sociedade, tais como cultura, linguagem, religião, dança, arte, entre outros, mas de modo a inferiorizar e tachar tais contribuições como nocivas ao desenvolvimento do país (FRANKLIN, 2016).

Rodrigues não questionou as teorias raciais europeias, tomou-as como pressuposto teórico em seu trabalho, de forma a pensar a existência das diferentes raças por uma perspectiva de valores e padrões eurocêntricos. O autor deixa claro suas premissas logo na introdução do livro “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”:

Não tive a mente de abrir discussão neste trabalho sobre as doutrinas, sobre os princípios científicos que o inspiraram. Tais quais os aceito, apliquei-os à solução de um problema médico-legal. Mérito ou demérito, só pode haver aqui, portanto, na legitimidade ou ilegitimidade das aplicações feitas e das ilações tiradas. Para condenar a obra, de nenhum outro pretexto tem, pois, necessidade aqueles a quem motivos de crenças religiosas ou de exagerado partidarismo de escola, tornaram inconciliáveis com essas doutrinas e porventura incompatíveis com um espírito de crítica, reto e imparcial. (RODRIGUES, 1938, p. 39)

Na obra em questão, o “problema médico-legal” a que o autor se refere diz respeito a como atribuir responsabilidade penal a indivíduos de diferentes raças, já que não possuem – por motivos de desenvolvimento intelectual – a mesma capacidade de compreender o caráter ilícito ou imoral de sua conduta. Portanto, havia um impasse a ser resolvido: de

que forma seria possível evitar a impunidade e, ao mesmo tempo, proteger a sociedade dos atos criminosos?

Segundo o autor, a resposta residiria no estabelecimento de gradações da responsabilidade penal de acordo com a capacidade de entendimento e nível de cultura mental do respectivo indivíduo. A heterogeneidade que marcava a sociedade também refletiria no Direito Penal e, conseqüentemente, repercutiria na construção da cidadania brasileira. Seria preciso códigos diferentes para solucionar não apenas a questão da criminalidade, mas também para que a nação não fosse corrompida pela herança negra de modo a comprometer o progresso nos moldes de padrões europeus.

Posso iludir-me, mas estou profundamente convencido de que a adoção de um código único para toda a república foi um erro grave que atentou grandemente contra os princípios mais elementares da fisiologia humana. Pela acentuada diferença de sua climatologia, pela conformação e aspecto físico do país, pela diversidade étnica da sua população, já tão pronunciada e que ameaça mais acentuar-se ainda, o Brasil deve ser dividido, para os efeitos da legislação penal, pelo menos nas suas quatro grandes divisões regionais, que, como demonstrei no capítulo quarto, são tão natural e profundamente distintas. (RODRIGUES, 1938, p. 225-226)

Através de sua perspectiva, seria evidente a falha dos pressupostos da Escola Clássica e da legislação penal da época, tendo em vista que estes consideram os indivíduos completamente racionais, igualmente capazes de se determinar de acordo com suas vontades e, portanto, inteiramente responsáveis por suas ações. Naila Franklin analisa a construção do discurso da criminologia positivista e constata que a forte presença do racismo científico também pode ser instrumentalizada como crítica às premissas da Escola Clássica.

No entanto, apesar da prática jurídica, a obra de Nina Rodrigues é uma crítica às legislações penais da época, que, além de não incorporarem tais práticas no que tange às raças inferiores em seus dispositivos, ainda se baseavam nos pressupostos da Escola Clássica, cuja matriz espiritualista propugnava a existência de uma alma de mesma natureza em todos os povos, tendo como consequência a crença na mesma capacidade intelectual em todas as raças que variam no grau em razão da cultura, mas eram capazes de atingir o mesmo grau das chamadas “raças inferiores” (FRANKLIN, 2016, p. 653-654)

Entretanto, apesar da forte inspiração da ideologia liberal, o ordenamento jurídico da época também apresentava instrumentos influenciados pelas premissas positivistas – Código Criminal e a legislação esparsa eram os mais significativos –, a partir da criminalização de práticas culturais da população negra, aplicação da pena vinculada a noções de periculosidade e a existência de dispositivos vagos que permitiam várias interpretações, dentre outros.

Além disso, as práticas institucionais administrativas, por atuarem principalmente no aspecto preventivo do delito na forma de policiamento ou estabelecimento de políticas públicas, também estavam orientadas para operar sob a ótica seletiva que atingia principalmente e primeiramente a população negra e mestiça, bem como as classes economicamente vulneráveis.

4.1 Código Criminal de 1890:

O Código Criminal de 1890 foi muito criticado pois, devido a sua elaboração às pressas, não conseguiu incorporar completamente as teorias científicas em voga na época e, portanto, carecia de sólida base teórica e acadêmica (BORGES; SILVA, 2016). Possuía diversos princípios que revelavam inclinações liberais, como o princípio da legalidade, consagrado logo no primeiro artigo do referido Código; o princípio da irretroatividade da lei penal e, ainda determinava que as leis penais deveriam ser aplicadas a todos, não fazendo distinção de classe social, gênero ou raça.

Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas.

Art. 3º A lei penal não tem effeito retroactivo; todavia o facto anterior será regido pela lei nova.

a) si não for considerado passível de pena;

b) si for punido com pena menos rigorosa.

Art. 4º A lei penal é applicavel a todos os individuos, sem distincção de nacionalidade, que, em territorio brasileiro, praticarem factos criminosos e puníveis.

Entretanto, ao mesmo tempo, também apresentava outros dispositivos que retomavam a ideia de sociedade de castas, supremacia dos costumes e valores europeus e disciplinamento para o trabalho. O artigo 38, por exemplo, que dispõe acerca do concurso de agravantes e atenuantes estabelece que a agravante prevaleceria se o criminoso fosse avezado a praticar más ações ou se fosse desregrado de costumes. É evidente que os costumes a que o dispositivo se refere são aqueles padrões para a elite branca que ditavam as normas sociais.

Art. 38. No concurso de circunstancias attenuantes e aggravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras:

§ 1º Prevalecerão as aggravantes:

- a) quando preponderar a perversidade do criminoso, a extensão do damno e a intensidade do alarma causado pelo crime;
- b) quando o criminoso for avezado a praticar más acções, ou desregrado de costumes.

Nesse sentido, verifica-se a ambiguidade do Código Criminal da época, o qual contava com princípios liberais como a vedação da presunção de culpa (art. 67), princípio da legalidade, irretroatividade da lei penal e outros que indicassem a existência de um direito penal do fato; mas também elementos subjetivos que assinalam a presença de um direito penal do autor, dando margem para diversas interpretações às agências policiais e judiciais.

Além disso, também se levanta a problemática das contravenções penais terem sido regulamentadas de acordo com o que representava o medo para as classes dominantes, mesmo quando não há vítimas envolvidas nos referidos delitos (AZEVEDO, 1987). A criminalização do consumo de bebidas alcoólicas (art. 396), da vadiagem (art. 399) e da capoeira (art. 402), por exemplo, principalmente a partir de dispositivos vagos, permitiu que a ação dos aparatos policiais fosse direcionada a população pobre e não-branca que vivia nas cidades, constituindo uma forma de controle social e disseminação de valores eurocêntricos.

Por outro lado, nas ocorrências policiais, as qualificações que determinavam apreensões eram sempre suficientemente vagas, auxiliando na possibilidade de arbítrio a polícia local. Nesse sentido, particularmente clara é a caracterização “por vagabundagem”, sendo que, devido a seu grau de subjetivismo, era capaz

de comportar uma ampla gama de situações. Assim, através das “ocorrências” podemos verificar como se dava na época a utilização da expressão que Laura de Mello e Souza convencionou chamar de “teoria da vagabundagem”, já que se lançava mão desse conceito para prender ou marginalizar qualquer indivíduo sem uma ocupação diretamente verificável. (SCHWARCZ, 1987, p. 156-157)

É evidente a presença da ideologia burguesa do trabalho em alguns dos dispositivos do Código Criminal, na medida em que a intenção das autoridades, ao tentar impedir a ociosidade tipificando manifestações culturais e eventuais descontrações, era a de compelir as classes populares ao trabalho, disciplinando a mão-de-obra excedente. Em um contexto de intensificação da urbanização, tais dispositivos foram fundamentais na organização dos espaços de vigilância nos centros urbanos.

Entretanto, além da atividade laboral, o Código também deveria disseminar outros valores do regime republicano e possibilitar formas de controle social, as quais acabavam sendo prejudicadas pelas inclinações liberais de igualdade e garantia de direitos. As críticas dirigidas ao Código Criminal de 1890 repousavam principalmente neste aspecto, tendo em vista que, no contexto histórico da República Velha, a noção de progresso estaria vinculada aos países Europeus e, portanto, a nações brancas. Ou seja, o Brasil, sendo um país com grande diversidade regional, miscigenação étnica e particularidades sociais, precisava de profundas reformas para que se constituísse em um país “civilizado”, por excelência.

A introdução da Criminologia no país representa, deste modo, a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, implementar estratégias específicas de controle social e estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população. Enquanto um saber normalizador, capaz de identificar, qualificar e hierarquizar os fatores naturais, sociais e individuais envolvidos na gênese do crime e na evolução da criminalidade, a criminologia poderia transpor as dificuldades que as doutrinas clássicas de direito penal, baseadas na igualdade ao menos formal dos indivíduos, não conseguiam enfrentar, ao estabelecer ainda os dispositivos jurídico-penais condizentes com as condições tipicamente nacionais. (ALVAREZ, et. al., 2003, p. 9)

Inclusive, durante o período de vigência do Código Criminal de 1890, houve várias propostas para alterá-lo nas Assembleias Legislativas e Congresso; diversos institutos também se posicionavam no sentido de modificar o ordenamento jurídico para adequá-lo aos pressupostos da criminologia positivista, a exemplo da Sociedade de Medicina Legal

e Criminologia de São Paulo que tinha como um de seus objetivos a reforma da legislação penal (ALVAREZ, et. al., 2003).

Mesmo que as diversas críticas à legislação não obtivessem êxito na alteração do Código, a ideologia positivista foi incorporada às práticas institucionais, de modo que, em harmonia com os pressupostos da teoria lombrosiana, era evidente a seletividade do sistema, já que negros, mulheres, menores, entre outros, não poderiam ser tratados pelos princípios clássicos de igualdade, visto que, por sua própria natureza evolutiva, não seriam iguais.

Os juristas estudados parecem ter percebido não apenas o potencial da criminologia como instrumento de controle social, mas principalmente que as novas teorias criminológicas poderiam ajudar a criar os dispositivos jurídico-penais capazes de incorporar à nova ordem política e social, porém de maneira subordinada, essa população que não se enquadrava plenamente na ficção da sociedade contratual, imaginada pelos liberais. Assim, a partir das ideias e dos dispositivos propostos pela nova escola, estabeleceu-se a possibilidade de tratar desigualmente os desiguais, ou seja, de se estabelecer critérios diferenciados e hierárquicos de cidadania. (ALVAREZ, 2014, p. 21)

Permeando pelos espaços vagos, imprecisos e contraditórios do ordenamento jurídico, a ideologia positivista e suas críticas à legislação foram adotadas por grande parte dos juízes, polícia, membros do Ministério Público e professores universitários. O ensino jurídico no Brasil, como ainda não havia adquirido autonomia de desenvolvimento, incorporava e reproduzia as principais correntes ideológicas que se manifestavam na Europa, o que também contribuiu para a disseminação do positivismo no território nacional (ALVAREZ, 2014).

4.2. As Práticas Institucionais

Os pressupostos da Escola Positiva não podiam ser totalmente integralizados pela legislação, para que a atividade exercida pelos profissionais do direito não perdesse o sentido frente o caráter patológico da criminalidade. Este também foi um fator de resistência das doutrinas criminológicas das escolas positivistas, principalmente em locais em que prevalecia o entendimento de que as correntes criminológicas deveriam ser subordinadas ao Direito, como em São Paulo (ALVAREZ, 2014).

Contudo, no contexto republicano de construção da cidadania brasileira, havia uma preocupação com a formação de uma nação, que enfrentava paradoxos propriamente existenciais: por um lado, eclodiam projetos eugenistas para constituição de um povo predominantemente branco; por outro, o ideal de nação não podia simplesmente ignorar a presença majoritária dos negros africanos e seus descendentes no Brasil.

Nesse sentido, o discurso criminológico encontrou terreno fértil para seu desenvolvimento na medida em que legitimou e justificou as ações exercidas sobre a população negra não apenas sob o viés criminal. Dessa forma, orientaram também as políticas de imigração europeia, a dinâmica do aparato policial direcionado a repressão das populações periféricas e, inclusive, a participação brasileira na Guerra do Paraguai (DUARTE, 1998).

Como vários dos dispositivos do Código Penal eram vagos e imprecisos, a polícia, ao atuar para a manutenção da ordem, direcionava seus esforços para a massa de indivíduos que inspirava medo nas elites, tidos como violentos, vadios e amorais.

O CP, em seu artigo 7º, definiu o crime como “violação imputável e culposa da lei penal” como forma de distingui-lo da contravenção que foi, no artigo 8º, definida como “o fato voluntário punível que consiste unicamente na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e dos regulamentos”. (...) Essa definição vaga, ao se referir às disposições preventivas, demarca o campo da contravenção como sendo o das leis ordinárias e como sendo a janela por onde as teorias criminais pudessem entrar. (ALVAREZ, et. al, 2003, p. 11-12)

Em situação de liberdade, os negros tiveram que se deslocar para os centros urbanos, onde não encontrariam facilmente trabalho e moradia, de forma que paulatinamente formaram um aglomerado informal nas regiões mais afastadas dos centros urbanos. O desemprego era outro fator que se somava para destiná-los como alvo da repressão policial.

Ainda, a falta de trabalho foi acentuada pelas políticas de imigração que tinham como objetivo o embranquecimento da população para formação da nação brasileira. Os imigrantes, advindos sobretudo de Espanha, Portugal, Alemanha e Itália, instalavam-se principalmente nas regiões sul e sudeste para trabalhar na agricultura de exportação, tendo em vista que era o eixo econômico predominante à época.

Na transição da mão-de-obra escrava para a mão-de-obra livre, o trabalhador europeu despertava maior confiança para os fazendeiros. A imigração se deu, sobretudo, no ambiente rural, visto que eram ofertadas terras e moradias para os imigrantes para que se instalassem no Brasil. O perfil dos europeus que vieram através de políticas de imigração era o de trabalhador rural, com poucos recursos financeiros para garantir boa condição de vida no seu país de origem, de modo que as novas perspectivas de vida apresentadas pela imigração pareciam de fato atrativas (FERNANDES, 2008).

Nesse sentido, as políticas de imigração, inspiradas em pressupostos positivistas, foram úteis tanto para a consolidação do trabalho livre e assalariado quanto para fomentar o branqueamento da população. Já que as raças não brancas seriam inferiores e sua incorporação na sociedade implicaria na degeneração da nação, a alternativa colocada em prática fora a de intensificar a presença do branco europeu pela imigração, de modo a também impulsionar a miscigenação e, paulatinamente, reduzir o contingente negro da sociedade.

O imigrante aparece como o lídimo agente do trabalho livre e assalariado, ao mesmo tempo em que monopoliza, praticamente, as oportunidades reais de classificação econômica e de ascensão social, abertas pela desagregação do regime servil e pela constituição da sociedade de classes. Diante do negro e do mulato se abrem duas escolhas irremediáveis, sem alternativas. Vedado o caminho da classificação econômica e social pela proletarianização, restava-lhes aceitar a incorporação gradual à escória do operariado urbano em crescimento ou se abater penosamente, procurando no ócio dissimulado, na vagabundagem sistemática ou na criminalidade fortuita meios para salvar as aparências e a dignidade de “homem livre”. (FERNANDES, 2008, p. 44)

5. EVIDÊNCIAS DO POSITIVISMO

A criminologia positivista foi importante no sentido de inaugurar o estudo acerca das causas da criminalidade, tendo seu auge no final do século XIX e início do século XX. Talvez não fosse possível alcançar um resultado diferente a partir da metodologia adotada por Lombroso, já que a observação da realidade e, principalmente, das instituições criminais revela o efeito dos mecanismos de seleção jurídico-penais, ou seja, apenas o resultado do processo de criminalização.

Os sujeitos que observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrati-

va da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal. Os mecanismos seletivos que funcionam nesse sistema, da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais, como se verá logo, o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo. (BARATTA, 2018, p. 40)

Apesar de superadas suas conclusões, é evidente o impacto social de sua propagação no Brasil, principalmente por legitimar preconceitos raciais que se manifestavam em práticas de exclusão e violência. Ainda hoje, o retrato do sistema criminal permanece inalterado em sua essência, sendo que seu alvo principal é a população negra, jovem, em situação de vulnerabilidade econômica e social. De acordo com relatório do INFOPEN (2017), do total de pessoas cumprindo pena em regime privativo de liberdade, 64% são pessoas negras.

Ainda que atualmente os mecanismos de criminalização e seleção jurídico-penais tenham sido evidenciados e esclarecidos, para que tal crítica seja de fato incorporada às instituições, é preciso que se reconheça os resquícios da sociedade colonial e republicana do século XIX, como salienta Dina Alves (2017). O racismo estrutural, o preconceito velado e a discriminação explícita ainda orientam muitas das práticas institucionais de repressão, tanto por meios formais quanto informais de controle social, que reforçam a estigmatização de determinados grupos e sujeitos.

Entender o legado do sistema da escravidão no Brasil, como constituinte do atual sistema penal pode se revelar importante meio para uma democratização da Justiça. (...) A igualdade formal preconizada pela Constituição Federal garante a todas as pessoas os direitos fundamentais e sociais de forma isonômica. Mas, o poder judiciário reconhecer a existência do racismo institucional é um passo fundamental, pois mesmo na igualdade formal, em que todos e todas são iguais perante a lei, existem mecanismos <<invisíveis>> de discriminação que fazem com que algumas pessoas sejam menos iguais ou menos humanas, ou não humanas. (ALVES, 2017, p. 117)

Por fim, é possível identificar as instituições jurídicas e como estas podem ser utilizadas em favor de determinados interesses. Apesar da noção de Direito estar ligada com a limitação da força do Estado, contenção de suas arbitrariedades e garantia de direitos fundamentais, paralelamente pode ser instrumentalizado a favor de interesses particulares e elitistas de quem detém o poder político e econômico.

(...) em que medida o Direito, instrumento de controle social que reproduz as hierarquizações morais e identificações de sujeitos que são contingentemente estabelecidas, atua na reprodução do ideário que justifica a violação da condição humana de determinados corpos enquanto apresenta um discurso neutro e universalista de promoção de direitos e de preocupação com os cursos (econômicos e humanos) do processo de encarceramento (PIRES, 2015, p. 51).

O racismo estrutural, o preconceito e a discriminação ainda orientam muitas das práticas institucionais de repressão, tanto por meios formais quanto informais de controle social, que reforçam a estigmatização de determinados grupos e sujeitos. Esta realidade repercute em setores sociais de forma essencial para manutenção das desigualdades, na medida em que dificulta o acesso à serviços públicos, impossibilita a efetividade de direitos fundamentais e exclui as minorias do âmbito de proteção jurídica e estatal.

Apesar da Constituição Federal prever uma ampla gama de direitos, o status de cidadão, entendido como a situação de pleno gozo dos direitos civis, sociais e político torna-se inalcançável e restrito à condição de classe e de pertencimento a grupos dominantes (MARSHALL, 1967). Os discursos positivistas do século XIX ecoam na realidade do século XXI, revelando a permanência da opressão, da desigualdade e da exclusão que há tempos marcam a sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal contribuição da Escola Positivista para a criminologia foi trazer a análise da questão criminal para o horizonte empírico, mostrando que o crime também é um dado da realidade e não está exclusivamente situado no âmbito do livre arbítrio e da consciência do indivíduo. Proporcionou um viés que suscitou questionamentos de forma que outras escolas criminológicas pudessem denunciar o processo de criminalização que engloba classes sociais vulneráveis, população não-branca e majoritariamente negra, mulheres que fogem ao padrão de feminilidade, entre outros. Atualmente, verificamos que tal cenário permanece inalterado em sua essência, apesar de avanços sociais, científicos, criminológicos e econômicos.

No cenário brasileiro, a incorporação da teoria positivista revelou-se altamente funcional aos interesses das elites econômica e política, visto que possibilitou maior desenvolvimento de mecanismos de criminalização de setores já marginalizados e

vulneráveis, corroborando com a desigualdade social, seja por meio de instrumentos jurídico-penais, instituições de controle social ou orientação de políticas públicas.

A história do Brasil, em diversos momentos, identifica-se com a história de manutenção de privilégios econômicos e sociais das elites, reproduzindo um padrão de funcionamento que não se rompe. A construção e, principalmente, a efetivação da cidadania plena dependem não somente da previsão de garantias individuais em instrumentos normativos, mas de ações sociais conjuntas que eliminem privilégios já solidificados.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Marcos César. Do Bacharelismo Liberal à Criminologia no Brasil. In: *Revista USP*, n. 101, p. 11-26. São Paulo: 2014.
- ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luiz Antônio F. A sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. In: *Justiça e História*, v. 3, n. 6. Porto Alegre: 2003
- ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. CS. 2017, n.21, p.97-120. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-03242017000100097&lng=en&nrm=isso. Acesso em: 21/02/2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal*. 3 ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites – Século XIX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito pena*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima – São Paulo: Hunter Books, 2012.

BORGES, Guilherme Martins Teixeira; SILVA, Anderson Luiz Brasil. “Pela porta dos fundos”: a construção do saber criminológico positivista no ordenamento brasileiro. In: *Revista de Criminologia e Políticas Criminais*, v. 2, n. 1, p. 264-284, Brasília: 2016

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. – São Paulo: Saraiva, 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza. (1998) *Criminologia e racismo*: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. Santa Catarina. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2 ed. 5 reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*: (o legado da “raça branca”), volume 1. Prefácio de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães. – 5 ed. – São Paulo: Globo, 2008.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal* – o criminoso e o crime. Tradução Paolo Capitanio. – Campinas: Bookseller Editora, 1996.

FRANKLIN, Naila. Raça e gênero na obra de Nina Rodrigues – a dimensão racializada do feminino na criminologia positivista do final do século XIX. In: *Cadernos do CEAS*, n. 238, p. 641-658. Salvador: 2016.

INFOPEN – *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração Inês da Rosa... [et. al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução Sebastião José Roque – São Paulo: Ícone, 2007.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1967

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Do ferro quente ao monitoramento eletrônico: controle, desrespeito e expropriação de corpos negros pelo Estado Brasileiro. In: FLAUZINA, Ana;

FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015.

RODRIGUES, Nina. *Os africanos no Brasil*; revisão e prefácio de Homero Pires: notas bibliográficas de Fernando Sales, 5 ed. São Paulo, Ed. Nacional, 1977.

_____. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 3 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Retrato em branco e negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX*. – São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

Apresentação oral

VIOLÊNCIA E HOMOFOBIA: PERSPECTIVAS SOBRE ALAGOAS

VIOLENCE AND HOMOPHOBIA: PERSPECTIVES ABOUT ALAGOAS

Else Freire de Castro Amorim

Especialista em Política e Gestão da Segurança Pública (FAL) e Pedagogia Estratégica (UNIT). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Bacharela em Jornalismo pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Membro do Laboratório (2015) e do Grupo de Estudos Avançados (2018) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCrim/Maceió-AL.
E-mail: elsefreirecastro@gmail.com

Dr. Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade do Amazonas (UNAMA) e em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), Professor adjunto da Universidade de Alagoas (UFAL).
E-mail: hugoleosantos@yahoo.com.br

Resumo: O número de casos de violência contra homossexuais em Alagoas tornou-se bastante expressivo. Estes índices foram usados como pano de fundo para o presente artigo, que apresenta resultados da pesquisa desenvolvida sobre o número de crimes violentos com resultado morte contra homossexuais ocorridos em Alagoas, entre os anos de 2012 e 2017. A partir desse material, foi possível obter informações como: perfil das vítimas, motivação, tipificação, resolução dos crimes, tipo de morte e instrumentos utilizados. Fora objetivo do trabalho o levantamento de dados no sentido de conhecer os casos que ocorrem no Estado, demonstrar como foram enquadrados no tipo penal e analisar os crimes sob o ponto de vista da vitimologia. Diante da notória deficiência de políticas, no âmbito de segurança pública local, para lidar com violência contra este grupo vulnerável e a iminente possibilidade de criação de um novo tipo penal, a pesquisa torna-se relevante no cenário atual.

Palavras-chave: Homofobia. Criminalização. Alagoas. Teorias Queer. Vitimologia.

Abstract: The number of cases of violence against homosexuals in Alagoas has become quite significant. These indices were used as background for this article, which presents search results developed on the number of violent crimes result in death against homosexuals occurred in Alagoas, between the years 2012 and 2017. From this empirical data, it was possible information such as profile of the victims, motivation, typing, solving crimes, like death and used tools. Knowing the cases occurring in the state, demonstrate how were framed in the criminal type and analyze the crimes from the point of view of victimology, it was the objective of this survey. It should be noted that, given the notorious political deficiency, under local law enforcement to deal with violence against this vulnerable group and the imminent possibility of creating a new criminal offense, makes this research even more relevant in the current scenario.

Keywords: Homophobia. Murder. Alagoas. PL 122/2006. Queer Studies. Victimology.

Sumário: Introdução. 1. Criminalização da homofobia: de 2006 a 2017, alguns debates e pouco consenso. 2. Panorama sobre alagoas: resultados gerais. 2.1 Perfil da vítima. 2.1.1 Faixa etária e etnia. 2.1.2 Estado civil e profissão. 2.1.3 Tipo de morte, instrumento utilizado e motivação. 2.1.4 Tipificação. 2.1.5 Resolutividade. 3. O estudo vitimológico: retrospectiva histórica do movimento LGBTTT. 4. O etiquetamento e a rotulação impostos aos homossexuais. 5. Comunidades *Queers*: em busca da aceitação e inclusão social.

INTRODUÇÃO

Apesar do avanço pelo reconhecimento a uma proteção paritária de direitos aos homossexuais na atualidade, o preconceito e a discriminação presentes nas relações sociais destes refletem-se nos números de crimes com características homofóbicas. Assim, na tentativa de conter os casos de violência relacionados à identidade de gênero, a criminalização da homofobia ganha força no campo político, nos grupos homossexuais e em outros grupos civis organizados.

Na tentativa de reduzir os índices de violência, em 2012, foi lançado em Alagoas o programa do governo federal *Brasil Mais Seguro*, criado pelo Ministério da Justiça, através da Senasp (Secretaria Nacional de Segurança Pública). O estado nordestino foi

o escolhido como projeto piloto do programa do governo federal. O programa visou à redução da violência e a seleção da unidade federativa foi baseada no crescimento das taxas de homicídios por 100.000 habitantes. De acordo com os requisitos do *Brasil Mais Seguro* (MJSP, 2012), Alagoas tanto ultrapassava o índice criado para definição dos estados prioritários, como também havia uma tendência de aumento no número de crimes violentos letais intencionais (CVLI).

Em setembro de 2011, a revista semanal *The Economist* publicou uma matéria comparando os estados do Brasil com outras nações. A reportagem mostrou que Alagoas se destacava negativamente por sua taxa de homicídio, mesmo apresentando um PIB (Produto Interno Bruto) similar ao da China, alcançava a taxa de mortes equiparada a do Afeganistão (THE ECONOMIST, 2011).

Vale ressaltar ainda, o fato de que o estado, por anos consecutivos, se manteve no topo do ranking da violência no país, atingindo os mais elevados índices de homicídios, sobressaindo negativamente, o que lhe rendeu comparação com países que atravessam guerras civis¹ (WASELFISZ, 2012-2014). O presente estudo busca debater a referida problemática e para tanto, analisa os crimes, que tiveram como vítima homossexuais, ocorridos no Estado de Alagoas. A escolha deste tema foi motivada pelo crescente espaço adquirido nos meios de comunicação local e pela repercussão a nível nacional, uma vez que, tratam de crimes cruéis, motivados pela discriminação e preconceito, ligados a orientação sexual das vítimas. O objetivo deste estudo é conhecer e analisar o número de crimes violentos contra homossexuais, que resultaram em morte, ocorridos em Alagoas, entre os anos de 2012 e 2017, construindo, a partir das informações colhidas, uma reflexão preliminar sobre como os casos de violência foram classificados no direito penal e como podem ser analisados sob o ponto de vista da vitimologia.

A metodologia utilizada foi tanto bibliográfica, quanto empírica, com a coleta de dados estatísticos, tendo como base perspectivas interdisciplinares de cunho jurídico, criminológico, sociológico e histórico. A pesquisa bibliográfica e documental foi realizada

1 No ano 2012, em Alagoas, 64,1 pessoas foram mortas por 100 mil habitantes; Em 2013, o número de assassinatos no estado alagoano alcançou 72,2 por 100 mil habitantes; E então em 2014, Alagoas chega na casa dos 64,6 assassinatos por 100 mil habitantes. Sendo que o índice de homicídios no Brasil, neste mesmo período variou de 21,9 a 27,4 por 100 mil habitantes.

na doutrina, no projeto de lei que trata da criminalização da homofobia, bem como, nos diversos estudos criminológicos e jurídicos sobre a problemática. A pesquisa documental tratou da técnica de documentação indireta, por meio da coleta de dados estatísticos, quando da análise dos relatórios dos crimes ocorridos em Alagoas e informações obtidas em documentos bibliográficos, principalmente em periódicos e sítios eletrônicos.

A escolha do objeto de estudo levou à busca de números oficiais, contudo tanto a Secretaria de Estado de Segurança Pública, como a Polícia Civil de Alagoas não apresentavam dados de forma sistemática, transparente e acessível, por meio de publicações de relatórios em seus sites oficiais como também, em seus procedimentos padrão, tais como boletins de ocorrência ou relatórios de local de crime, nos quais não havia item referente à identidade de gênero, orientação sexual ou motivação homofóbica presumida.

Como objetos da pesquisa foram catalogados os dados estatísticos extraídos de relatórios produzidos pelo Grupo de Trabalho Segurança Pública para LGBT² (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros). O Grupo de Trabalho foi criado no Estado de Alagoas no final do ano de 2011 e acompanha os casos de violência, como também produz relatórios anuais de homicídios. O período 2012 até 2017 foi selecionado para análise por compreender os anos em que foram relatados, pelo GT, caso a caso, os crimes considerados, por ele, como crimes com características homofóbicas em Alagoas.

Para selecionar a amostra desta análise foram solicitados os relatórios que serviram de base para este estudo, os quais foram cedidos via correio eletrônico. Os relatórios não estão disponíveis para consulta em nenhum site, como também não são divulgados.

A pesquisa expõe ainda a criminalização da homofobia, aborda a quantidade de crimes conforme o perfil das vítimas, tipo de morte, instrumento utilizado, tipificação, motivação e resolução dos crimes, demonstrando se as investigações foram iniciadas e concluídas. Insere a análise no estudo vitimológico apresentando, de forma breve,

2 O Grupo de Trabalho é composto por membros natos e convidados, com representantes da Secretaria de Segurança Pública; Secretaria da Mulher Cidadania e dos Direitos Humanos; Superintendência de Políticas de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos; Núcleo da Diversidade; Poder Judiciário; Ministério Público Estadual; Defensoria Pública Estadual; Comissão de diversidade sexual da Ordem dos Advogados do Brasil seccional Alagoas; Conselho Estadual de Direitos da Pessoa Humana; como ainda representantes de cada seguimento da população LGBT.

o movimento homossexual ao longo da história dos grupos gays no Brasil. Exibe a problemática do etiquetamento e a rotulação imposta aos homossexuais, na busca pela aceitação e inclusão social por meio das comunidades *Queers*.

1. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: DE 2006 A 2017, ALGUNS DEBATES E POUCO CONSENSO

Num exame preliminar é possível identificar, como acontece em outros tipos penais, a ausência e a subnotificação de crimes motivados pela orientação sexual. Tal fato origina o fenômeno denominado cifras negras, que ocorre quando os crimes praticados não correspondem aos crimes comunicados, ou seja, a estatística criminal não pode de todo ser considerada absoluta, uma vez que somente uma parte dos crimes chega ao conhecimento da polícia, uma parcela deles chega ao conhecimento do judiciário, e desta, pequena parcela chega ao judiciário (JESUS; CALDERONI, 2015, p. 21).

Percebeu-se na prática, apesar dos indícios apontarem para a motivação homofóbica, por vezes, o crime foi investigado sem levar em consideração a orientação sexual da vítima. Em número maior ainda, seguem diversos casos sem a devida investigação, tornando-se desconhecidos pelo judiciário.

Essa ressalva é importante uma vez que certos desvios configurados desde a investigação até a conclusão do processo criminal, nos casos que são julgados pelo judiciário, acabam contribuindo para senso comum de que os tipos penais já existentes seriam insuficientes para alcançá-los. O que contribui para o surgimento de novas leis penais, como aborda Masiero (2013, p.175) é percebida no Brasil, nas últimas décadas, em especial nos anos que se seguiram à Constituição de 1988, a aprovação de vários diplomas legais que indicam criminalização primária de setores até então fora do controle penal.

É neste contexto que a possibilidade de criminalização da homofobia, por meio do Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006 (PLC 122/2006) encontra espaço para ser inserida. Com a possível criação da nova lei pretende-se instituir punições por meio de alterações da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) (BRASIL, 2006). Para tanto, pretende-se

definir os “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero” (BRASIL,2006), estabelecer as tipificações e delimitar as responsabilidades do ato e dos agentes. Por sua relação direta com o estudo desenvolvido, o tema será abordado a seguir.

Antes mesmo de se colocar como e onde se encontra o debate, bem como os projetos de leis sobre a criminalização da homofobia, se faz necessário entender o significado do termo:

Homofobia é a expressão utilizada para designar manifestações de ódio generalizado contra a população LGBTT. Trata-se de violência física, moral ou simbólica ligada a orientação sexual ou identidade de gênero. Uma das suas marcas características é a atuação violenta do preconceito, por vezes de forma permanente, contra a integridade física e, também moral do indivíduo, resultando, além das lesões corporais e assassinatos, na negação da manifestação e realização plena de elementos essenciais do ser humano, tais como a sexualidade e a livre afetividade. ‘Em face das fortes reações que o desejo e a prática homossexual costumam despertar no imaginário heterocêntrico dominante, cunhou-se inclusive, o termo homofobia, para designar um misto de ódio e medo irracionais que muitos seres humanos, particularmente homens, sentem em relação a pessoas homossexuais’ (Gorga, 2015, p.42).

Ao escrever sobre a temática, Welzer-lang, esclareceu que o termo homofobia seria “a discriminação contra pessoa que mostram, ou a quem se atribui alguns (ou defeitos) atribuídos ao outro gênero” (CARVALHO, 2012. p.197). Ainda baseado neste enfoque, Carvalho (2012, p.198) materializa a homofobia como ato concreto, pelo qual seria possível identificar a conduta e responsabilizar juridicamente seu ator. Para ele, o crime homofóbico, poderia ser qualquer conduta típica prevista em lei e que tivesse como motivação um preconceito ou discriminação de orientação sexual.

No que tange as modificações das leis brasileiras com a intenção de incluir as questões de preconceito e discriminação em razão de orientação sexual tem-se a alteração da Lei 7.716/1989 pelo PL 122/2006, mas conhecido como criminalização da homofobia, bem como o Projeto de reforma do Código Penal (1940) com a numeração PLS 236/2012, ambos tramitando no Senado Federal.

O projeto de lei 122/2006 submetido ao Senado visa alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que cuida de punir crimes resultantes de discriminação ou preconceito

de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, para nela inserir punição também aos crimes praticados por discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2015).

Além de estender o escopo de proteção dessa lei a novos segmentos, criminaliza uma série de condutas, define o rito de apuração dos atos discriminatórios, amplia significativamente os efeitos da condenação, altera a Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o Código Penal, instituindo nova qualificadora para o crime de injúria. Já na PLS 236/2012 existem disposições expressas que tratam da discriminação sexual, visando a igualar esta ao racismo, bem como a agravar a pena em casos de crimes como injúria, lesão corporal e homicídio caso a motivação seja a discriminação sexual.

O Projeto de Lei 122/2006 originário foi analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, aprovado por unanimidade na forma do substitutivo, que igualmente fora aprovado pelo Plenário da Câmara, em 23 de novembro de 2006. Ao longo dos anos sofreu emendas em sua proposta inicial, de autoria da ex-deputada Iara Bernardi e encontra-se arquivado em razão do final da Legislatura de 2014 no Senado Federal (BRASIL, 2015).

Sua existência tem um longo percurso na Câmara dos Deputados, desde 07 de agosto de 2001, quando a ex-Deputada Iara Bernardi (PT/SP) apresentou o projeto de lei nº 5003/2001, que determinava sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas no ano de 2005, quando o deputado Luciano Zica é designado relator e em poucos dias apresenta parecer de aprovação.

Ainda conforme consta no site de Senado (2015), depois de realizar audiências públicas de instrução da matéria, foi emitido parecer favorável ao PLC nº 122, de 2006, nos termos de substitutivo apresentado pela relatora, Senadora Fátima Cleide. O substitutivo acatou o teor do projeto aprovado pela Câmara no tocante à proibição do preconceito e da discriminação fundados na orientação sexual e na identidade de gênero (em afronta à homofobia) e nos critérios de sexo e gênero (em afronta ao machismo). Acolheu, igualmente, a qualificação de injúria derivada da manifestação de preconceitos e a extensão da pena de reclusão a quem “impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, sendo estas franqueadas às demais pessoas” (BRASIL, 2015).

Como observa-se, muitos foram os debates, os arquivamentos, desarquivamentos e ainda não se tem uma definição sobre o futuro do projeto de lei. “Esta situação torna-se curiosa, na medida em que, ao se analisar a política criminal brasileira dos últimos anos, percebe-se uma crescente tendência à expansão penal, com uma grande facilidade, por parte do parlamento, na aprovação de leis penais”. (MASIERO, 2013, p. 173). Talvez o impasse se dê em razão da pressão popular ou pela oposição interna de bancada religiosa.

O PLC 122/2006 é o que trata da tutela penal da homofobia e provavelmente a maior polêmica em trâmite no Congresso Nacional atualmente. O *site* do Senado Federal (que é a Casa onde ele se encontra) informa que 80% das ligações que a Casa recebe são manifestações contrárias à aprovação do projeto. Internamente, são os grupos religiosos que se opõem de forma veemente à adoção do projeto, por entenderem que o mesmo violaria as liberdades religiosas e de expressão. (Masiero, 2013, p.177).

Nessa perspectiva, analisa criticamente o tema:

Com isso, tanto o PLC 122/2006, quanto o Substitutivo proposto pela Senadora Marta Suplicy equivocam-se: o primeiro, por utilizar a própria Lei 7.716/1989, diluindo a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional; e o segundo, por manter a criação de tipos penais atinentes às discriminações no mercado de trabalho, nas relações de consumo e na prestação de serviços públicos, por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero [...] em relação à Lei 7.716/1989, seriam melhor solucionadas fora do âmbito penal. (Masiero, 2013, p. 182).

A autora esclarece ainda, que não há a necessidade da denominação “crimes homofóbicos” nas condutas já tipificadas no código penal nas quais a população LGBTQIA+³ é vitimada (na lesão corporal, no homicídio, nos maus-tratos) exceto o delito de injúria, uma vez que a intervenção penal diante da homofobia seria identificada, quando motivados pelo preconceito ou discriminação de orientação sexual (MASIERO, 2013).

Em meio aos debates sobre aprovação ou não da nova lei, Carvalho (2012, p.200) levanta questões que aqui cabem ser ressaltadas:

3 Abreviação de Lésbica, Gay, Bissexual, Transexual, Travestis, Transgêneros, Queer, Assexualidade e Intersexualidade, o símbolo “+” representa outras sexualidades ou identidades de gênero que não estão incluídas nas restantes letras.

De forma mais específica, a pergunta que gostaria de propor é se do ponto de vista da construção histórica dos direitos humanos esta diferenciação qualitativa estaria adequada e justificada constitucionalmente [...] Sob o ponto de vista (garantista), não percebo *a priori* como ilegítima a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos dos demais crimes[...] condutas que implicam em danos concretos a bens jurídicos tangíveis, como a vida.

O autor trata da legitimidade jurídica da criminalização sob o direito penal mínimo e o garantismo penal da livre orientação sexual. Para ele, os diversos grupos vulneráveis trilharam o caminho da conquista da tutela penal como as mulheres, os negros, as crianças e adolescentes que foram expressamente reconhecidos pela Constituição como legítima de tutela diferenciada. Sendo assim, os grupos LGBTQIA+ também seriam contemplados.

Entretanto, devem ser apenas adjetivadas em decorrência da motivação preconceituosa em razão da orientação sexual, em certos crimes já tipificados pelo código penal vigente, sem ampliação de pena, sendo apenas como causas de aumento de pena nas agravantes genéricas. E ainda vê como inadequada a estratégia do movimento envolver a questão homofóbica a Lei 7.716/1989 com racismo, antissemitismo e xenofobia, uma vez que os problemas são complexos demais para se apresentarem em uma única demanda, depois porque apenas apresenta como crimes as formas de impedimentos de oportunidades e por fim, porque não fica claro de forma nominada o crime homofóbico (CARVALHO, 2012).

De se notar que também assim assevera Gorga (2015, p. 70):

Tendo-se em mente que a dignidade da pessoa humana é o que conforma a essência de um conjunto normativo, bem como o fato de que esta é princípio basilar da Constituição brasileira, pode-se concluir que o respeito efetivo a este princípio e às garantias fundamentais e direitos individuais são atos dos quais dependem o quadro democrático do Estado de Direito brasileiro. Assim, qualquer atitude atentatória à dignidade da pessoa humana é ato atentatório aos princípios básico do Estado brasileiro, devendo ser tais atitudes coibidas pelo ordenamento jurídico.

Destarte, Gorga fundamenta a necessidade da criminalização da homofobia baseada nos princípios constitucionais, a saber: A dignidade da pessoa humana, o princípio da intervenção mínima, o princípio da ofensividade, do bem jurídico penal. Levando em consideração esses posicionamentos, necessário se faz o estudo aprofundado sobre os reflexos de criminalização, que atribui à legislação brasileira o caráter punitivo.

3. PANORAMA SOBRE ALAGOAS: RESULTADOS GERAIS

Os dados apresentados a seguir tiveram como referência o relatório de crimes com causa morte envolvendo LGBTQIA+ ocorridos entre os anos de 2012 até novembro 2017, extraídos dos relatórios de crimes com causa morte envolvendo LGBTQIA+ e analisados, no presente trabalho, conforme apresentados nos itens seguintes. O universo de pesquisa conta com 93 registros de mortes, sendo que 46 dos crimes foram esclarecidos pela polícia remetidos ao judiciário (49,4%). Dentre eles, quatro casos foram investigados e ainda não apresentam resultados judiciais (7,2%) e um caso foi arquivado (no âmbito do judiciário), restando assim 47 crimes, que não apresentaram resultados de investigação (50,6%), ou seja, as investigações policiais alcançaram um pouco menos da metade dos crimes ocorridos. A estatística demonstra uma média de 18,6 mortes por ano. Cabe lembrar que, os dados contabilizados não incluem os dois últimos meses de 2017, o que leva a crer, que a média anual de mortes deve ser ainda maior.

Em relação ao registro policial de crimes, Mary Wicoff diz:

Os índices de crimes denunciados refletem não apenas a imprevisível disposição do público em denunciar o crime mas também os processos e políticas por intermédio dos quais a polícia registra os crimes. É a polícia que determina quando registrar um crime e como caracterizar os crimes que são registrados (*Apud* GREENE, 2007, p.32).

Algumas hipóteses costumam surgir no meio policial, como possíveis explicações sobre a diferença entre o número de crimes denunciados e aqueles registrados e por consequência efetivamente investigados. Dentre as explicações encontra-se, como exemplo, o baixo número de efetivo policial, falta de equipamentos, de estrutura, deficiência de técnicas investigativas, ou seja, limitações externas que restringiriam a eficácia da polícia (*Apud* GREENE, 2007, p. 33).

Entretanto, não é objetivo deste estudo enraizar na temática, o que necessitaria de pesquisa específica. Porém, é possível fazer uma ilação sobre o reflexo dos entraves enfrentados na investigação até a conclusão do processo criminal e o senso comum de que a criação de novos tipos penais é medida necessária para conter a violência.

3.1 Perfil da vítima

Embora a categoria *sexo biológico*⁴ envolva uma série de debates por parte de especialistas e movimentos sociais, faz-se forçosa sua utilização, de maneira transitória, para possibilitar análises estatísticas com estudos de vitimização da população transexual, ou seja, aqueles que possuem uma identidade de gênero diferente da designada ao nascimento e apresenta uma sensação de desconforto ou impropriedade em relação ao seu sexo anatômico, manifestando o desejo de viver e ser aceito como sendo do sexo oposto.

Baseado nos dados coletados nos relatórios do GT é possível perceber que a grande maioria dos atos de violência foi praticada contra pessoas do sexo masculino, equivalendo a 92,5%, dos crimes totais da amostra, englobando assim os gays e suas formas de identidade de gênero. Apenas sete crimes tiveram como vítimas pessoas do sexo feminino (7,5%), correspondendo às lésbicas e suas formas de identidade de gênero. Esta diferença entre os dados é relevante e leva a refletir sobre algumas possíveis hipóteses para entender a disparidade entre os percentuais.

A primeira delas remete aos parâmetros impostos ao comportamento social da comunidade aqui estudada. Se comparado a outros estados brasileiros é possível notar que Alagoas apresenta altos índices de violência contra os homossexuais, talvez porque a intolerância em relação à sexualidade esteja muito mais presente nos costumes do nordeste do país.

Nesta conjuntura Almeida, Cerqueira e Mott (2011) apresentam:

O Nordeste confirma ser a região mais homofóbica: abriga 30% da população brasileira e registrou 43% dos LGBT assassinados. [...] O risco de um homossexual do Nordeste ser assassinado é aproximadamente 80% mais elevado do que no sul/sudeste.

4 Sobre a temática existe uma série de debates por parte de especialistas e movimentos sexuais, Cf. LAQUEUR, Thomas. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840778/mod_resource/content/0/Thomas-Laqueur-Inventando-o-Sexo%281%29.pdf; WOLFF, Cristina Scheibe; SALDANHA, Rafael Araújo. Gênero, sexo e sexualidade: Categorias do debate contemporâneo. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840778/mod_resource/content/0/Thomas-Laqueur-Inventando-o-Sexo%281%29.pdf.

Assim como demonstrado no presente estudo, a região também se destaca negativamente:

Se relacionarmos a população total dos estados com o número de LGBT assassinados, Alagoas repete a mesma tendência dos últimos anos: é o Estado que oferece maior risco de morte para os homossexuais, cujo número de vítimas ultrapassa o total de todos os estados juntos da região Norte do país. Maceió igualmente é a capital onde mais gays são assassinados (Almeida; Cerqueira; Mott, 2011).

Nesse entendimento, conclui-se que, na região a homossexualidade ainda não é aceita, o que, em parte, explica a violência relatada, prevalece a ideia de que o homem heterossexual é aquele que define o padrão, sendo sua sexualidade, a que deve ser desejada por todos os demais e modelo a ser seguido, a heteronormatividade, “dispositivo responsável por estabelecer fronteiras sexuais entre homossexuais e heterossexuais, reforçar diferenças de gênero, desqualificando toda conduta não-heterossexual ou não correspondente ao gênero a que se pertence” (PRETES, 2014, p. 26). Robustecendo os paradigmas que reforçam a construção do gênero e da sexualidade de forma conservadora, dentro da lógica binária.

Sendo assim, todas as pessoas que não estiverem inseridas no modelo serão identificados por meio de rótulos, devendo ser repellido e reprimido, já que não reproduz o modelo esperado. Este fenômeno é estudado pela criminologia, através do *Labelling Approach* ou etiquetamento, movimento criminológico de reflexão do sistema de controle social e suas consequências, como bem coloca Shecaira (2014, p.286): “surge um caldo de cultura suficientemente forte para engendrar a criação da teoria de rotulação”.

Neste diapasão, Lemert esclarece que o princípio do controle social baseia-se pelo status sobre o merecimento.

Quando os outros decidem que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e humilhação com contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade (Apud SHECAIRA, 2014, p. 307.)

A segunda se encontra baseada na ideia de que os gays, bissexuais, travestis, transgêneros e transexuais do sexo masculino tendem a assumir sua orientação sexual com maior frequência perante a sociedade e, em consequência disso, são as vítimas mais recorrentes do processo seletivo e discriminatório, baseado no preconceito e na intolerância presentes nos controles sociais formais, como, por exemplo, a polícia e justiça e nos controles sociais informais, como a família e profissão. Levando em consideração esta afirmativa, o preconceito aparece como um fenômeno social.

Segundo Souza (2013, p.119) “O preconceito é um fenômeno individual, de natureza psicológica. É também um fenômeno social, resultado do processo de socialização no qual o indivíduo se transforma e se forma como tal”. O que leva ao entendimento de que o preconceito deve se percebido no contexto cultural e que sua prática, além de carregar uma manifestação de vontade pertencente ao indivíduo é ainda o reflexo dos valores processados pela comunidade de acordo como a sociedade a que pertence.

Para Souza (2013, p.120-121), o indivíduo pode se identificar ou opor resistência a essa cultura. Entretanto, em ambos os casos, o preconceito pode se desenvolver. “Uma vez assimilado pela cultura, é um mero reprodutor de valores por ela produzidos. Admitindo-se como verdadeiros, não há exercício da crítica capaz de provocar questionamentos na situação apresentada”. Ou mesmo quando o indivíduo consegue resistir, “a manifestação do preconceito não está afastada, porque ele está numa posição fragilizada em relação ao grupo”.

E por fim, a terceira que coaduna com a ideia de que as lésbicas tendem a ser pouco percebidas, inclusive no que aparece sobre a violência homofóbica, ou seja, menos mulheres são vítimas de violência, caracterizando a lesbofobia (fobia de lésbica), sendo esta uma das considerações de análise do ponto de vista do feminismo, o qual pode ser aprofundado em estudo futuro.

3.1.1 Faixa etária e etnia

Para começar a falar sobre as faixas etárias é necessário defini-las conforme a legislação brasileira. A Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). A Lei 8.069/1990 regulamenta a idade da Criança e do

Adolescente em seu Art. 2º – “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990) e a lei 10.741 de 2003 define em seu art. 1º – “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” (BRASIL, 2003).

Após coletar os dados nos relatórios produzidos pelo GT, as faixas etárias foram catalogadas e divididas em intervalos de 10 anos. A grande maioria era jovem e adultos em faixa etária considerada produtiva foram os mais vitimados, pessoas com 18 anos até a maturidade, chegando a 94% dos casos. Dentre estes: Três crimes atingiram crianças e adolescentes na faixa etária entre 10 e 17 anos (3%), 35 mortes atingiram pessoas com idade entre 18 a 28 anos equivalendo a 38% da amostra. Outras 27 pessoas morreram na faixa etária de 29 a 39 anos, correspondendo a 29%. Existiram ainda 25 casos envolvendo pessoas acima de 40 anos (27%), e por fim, três casos em que não foram informadas as idades das vítimas, dificultando uma análise mais precisa, como já se colocou anteriormente. Existiu também o registro do assassinato de pessoa idosa, 64 anos, que foi morta dentro da própria residência a pauladas em Delmiro Gouveia, sertão de Alagoas.

O fato de que houve apenas um registro de morte de idosos, não significa dizer que isto seja uma constante. Como demonstram Almeida, Cerqueira e Mott (2011), relataram a morte de Josué Amorim, 78 anos, aposentado, assassinado por três rapazes a golpes de facão, em sua residência, em União dos Palmares, interior de Alagoas.

Entretanto, a violência atinge em grande escala a população mais jovem como demonstram as diversas pesquisas sobre e temática como, por exemplo, o Atlas da Violência 2017 produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). “Mais de 318 mil jovens foram assassinados no Brasil entre 2005 e 2015. Apenas em 2015, foram 31.264 homicídios de pessoas com idade entre 15 e 29 anos”. (IPEA, 2017, BRASIL, 2015).

A etnia foi catalogada pelo GT conforme informação fornecida pelo IML (Instituto Médico Legal). Houve apenas um registro de pessoa da cor branca, nenhum registro de cor negra. Em 52 casos, a cor da pele da vítima foi considerada parda (94,5%) e em dois casos a cor da pele não foi informada. Os números apresentados não coadunam com Waiselfisz (2012, p.14), que expõe:

[...] Considerando o país como um todo, o número de homicídios brancos caiu de 18.867 em 2002 para 14.047 em 2010, o que representa uma queda de 25,5% nesses oito anos. Já os Estados de Alagoas, Espírito Santo e Paraíba são os que apresentaram as maiores taxas de homicídios negros: 80,5; 65,0 e 60,5 para cada 100 mil negros. São níveis altamente preocupantes. Se considerarmos que o Brasil, nesse ano, apresentou uma taxa geral de 27,4 homicídios em 100 mil habitantes e essa taxa foi a quinta maior do mundo entre 90 países pesquisados, teríamos que Alagoas, quanto a homicídios negros, apresenta um índice três vezes maior.

A diferença entre os resultados dos relatórios do GT e os dados divulgados por Waiselfisz (2012) pode ser explicada pelo fato de que a pesquisa do grupo local produzida em Alagoas tomou como fonte apenas a informação fornecida pelo IML, conforme esclarecido mais acima. Enquanto que a pesquisa desenvolvida pelo antropólogo, teve como fonte o Sistema de Informações de Mortalidade – SIM – da Secretaria de Vigilância em Saúde – SVS – do Ministério da Saúde – MS e Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, do IBGE, o que leva a crer ser mais criteriosa.

3.1.2 *Estado civil e profissão*

Segundo o levantamento realizado pelo GT, os solteiros foram os mais atingidos perfazendo 97,2% dos casos. Os outros estados civis, que aparecem nos dados foram: uma morte de pessoa casada, uma morte de pessoa divorciada e em dois casos o estado civil não foi informado. Os números levam a crer que os solteiros foram os mais atingidos em razão de se relacionarem com mais frequência e com diferentes parceiros, se colocando em uma situação mais vulnerável ao risco de crimes.

Dentre as profissões que apareceram nos dados, apenas duas exigiam formação superior (professor universitário e arquiteto), as demais catalogadas foram: Agricultor, trabalhador rural, caixa, cabeleireiro, cozinheiro, técnico de enfermagem, estudante, empregado doméstico, vendedor e funcionário público.

De acordo com Almeida, Cerqueira e Mott (2011):

As vítimas pertenciam a mais de 60 profissões, demonstrando a crueldade da homofobia em todos os segmentos sociais, predominando profissionais do sexo, cabeleireiros, estudantes, profissionais liberais, incluindo diversos pais de santo e padres.

O que pode levar a percepção de que as oportunidades de formação profissional são escassas para os homossexuais, talvez porque não se sentem acolhidos também no meio educacional, o que pode ser percebido pelo número reduzido de homossexuais dentro de salas de aulas, o que consequentemente reflete no mercado de trabalho e de uma maneira superficial corrobora com uma engrenagem perversa, através da qual as classes sociais menos favorecidas são as mais atingidas pela criminalidade. “Os processos de segregação que normalmente acometem esses sujeitos se dão desde muito cedo dentro dos ambientes familiar, escolar e de trabalho” (PRETTES, 2014, p. 36).

3.1.3 Tipo de morte, instrumento utilizado e motivação

Antes da exposição sobre o tipo de morte e o instrumento utilizado, é necessário um breve comentário sobre o que é considerada arma própria, imprópria e arma branca.

De acordo com Greco (2013, p. 69), arma é um instrumento de ataque ou defesa capaz de matar ou ferir alguém. As armas se subdividem em: arma própria, aquela que foi criada com a finalidade de matar ou ferir alguém (como exemplo as arma de fogo) e a arma imprópria, as que foram criadas com outras finalidades, mas que são usadas com a mesma finalidade das armas próprias (tesouras, machados). E por fim, as armas brancas, que são instrumentos lesivos manejados com a mão, que atuam sobre o corpo humano.

As armas brancas também se subdividem em próprias (facas, canivetes, navalhas, espadas, punhais) e impróprias (picadores de gelo, chave de parafusos). As armas de fogo são aquelas que produzem lesões decorrentes de projéteis e serão classificadas como aqui, da mesma forma como foi apontada no relatório do GT, pela sigla PAF (perfuração de arma de fogo) e instrumento perfuro-contundentes. Dos tipos que apareceram na pesquisa estão inseridos no conceito de arma branca: Os instrumentos corto-perfurantes e corto-contusos.

Quanto ao tipo de morte e instrumento utilizado observou-se, na descrição dos crimes realizada pelo GT, que: 47,2% dos casos foram em razão PAF, lesões produzidas por projéteis de armas de fogo, instrumento perfuro-contundente. Sendo seguidos de perto pelo espancamento, nos quais foram utilizadas armas impróprias, sendo paus e

pedras empregados como instrumentos (21,8%). Com este dado, avalia-se o forte indício de intolerância com o grupo LGBTQIA+.

A morte causada por arma branca aparece logo atrás (14,5%) dos crimes. Geralmente as mortes causadas com estes instrumentos necessitam de vários golpes, sendo a vítima atingida muitas vezes. A causa morte por asfixias mecânicas também foram encontrados na pesquisa, a exemplo do estrangulamento (um caso), esganadura (dois casos) e afogamento (um caso).

HUNGRIA (1955, p.164) assim classifica: Estrangulamento é a constrição violenta do pescoço, por meio de laço, conduzido pela força, do agente ou qualquer outra, desde que seja o peso do corpo do ofendido. Esganadura, a constrição do pescoço provocado diretamente pelo agressor, que se vale do seu próprio corpo, como por meio das mãos e o afogamento é produzido pela penetração de um meio líquido ou semilíquido nas vias respiratórias, impedindo a passagem de ar até os pulmões.

Ainda foram registrados três corpos encontrados em estado de putrefação, outra vítima morreu eletrocutada, e por fim uma pessoa veio a óbito por infecção generalizada, após apresentar pedaços de madeira introduzida no ânus, ter o pênis queimado com álcool e manter a violência em segredo por alguns meses. Coadunam com o exposto acima Almeida, Cerqueira e Mott (2011):

43% dos homossexuais foram mortos a tiros, 27% com facas, 18% vítimas de espancamento ou pedrada e 17%, sufocados ou enforcados. Vários destes crimes revelam o ódio da homofobia, sendo praticados com requintes de crueldade, tortura, empalamento, castração.

No que se refere à motivação, várias foram as justificativas alegadas pelos acusados, em algumas fica explícita a homofobia, a exemplo de matar depois de manter relações sexuais com a vítima e temer pela reputação ou após uma paquera. Outros acusados confessaram o crime e afirmaram que teriam matado em razão da falta de pagamento de programa homoafetivos.

Alguns LGBTQIA+ foram mortos também motivados por vingança, traição, fim de relação amorosa, discussão, ciúmes e emboscada para encobrir outro crime. Um caso relatado chamou a atenção por ter um histórico de intolerância entre familiares, onde

uma armadilha foi montada pelo primo da vítima, um eletricista, com a intenção de que um primo homossexual morresse eletrocutado. Dos casos estudados, apenas em dois, as vítimas foram executadas por acerto de contas em envolvimento com o tráfico de drogas.

3.1.4 Tipificação

Nos crimes esclarecidos, apareceram os seguintes tipos penais: Homicídio na forma simples, homicídio qualificado, latrocínio, lesão corporal grave. Em seis casos apresentados nos relatórios do GT, não ficou clara a tipificação em que a linha de investigação, denúncia e condenação foram baseadas. Dois crimes foram tipificados como latrocínio (roubo seguido de morte), art. 157, § 3º, do código penal (CP), classificado como crime contra o patrimônio, que protege dois bens jurídicos: o patrimônio e a vida extra uterina e tem como sistema inicial de cumprimento de pena, a reclusão, variando de 15 a 30 anos. Cinco foram tipificados como homicídio simples descrito no *caput* do art. 121 CP, crime de elevado potencial ofensivo, com pena de reclusão de seis a 20 anos.

O homicídio qualificado art. 121, §2º, que tem a pena majorada de 12 a 30 anos de reclusão, foi a tipificação de nove dos casos, como crime hediondo, conforme consta do art.1º, inciso I, in fine, da Lei 8.072/1990. Um caso de lesão corporal seguida de morte, art. 129, §3º CP, com a pena de reclusão de quatro a oito anos foi registrado nos relatórios.

Apenas um caso foi arquivado pela justiça alagoana, o autor fora indiciado por homicídio qualificado, o relatório do GT não deixa claro o motivo para o arquivamento no Poder Judiciário. Nos relatórios do GT, apesar de trazer toda a descrição histórica do crime, em quatro casos, não havia qualquer indicação de tipificação, o que pode ser um equívoco na coleta de dados, já que o crime fora esclarecido. Dois casos devem ser destacados, pois devido à situação social das vítimas, os processos correm em segredo de Justiça a pedido de familiares e a tipificação encontra-se suprimida do relatório.

3.1.5 Resolutividade

Segundo a conclusão elaborada pelo GT em cada um de seus relatórios, em 2012, dos 21 casos relatados, 13 foram esclarecidos pela polícia (61,9%), com a conclusão dos inquéritos policiais apontando o acusado e na maioria das vezes com o cumprimento da

prisão do réu. Oito crimes ainda não foram conclusos (38,1%). No ano seguinte, 2013, dos 14 casos registrados oficialmente, tendo como vítimas homossexuais, sete foram esclarecidos (50%) e sete crimes ainda não foram concluídos (50%). A partir deste ano, o relatório não especifica detalhes sobre andamento do processo judicial.

Em 2014, foram registrados oficialmente 14 crimes, tendo como vítimas homossexuais. Três deles foram esclarecidos (21,4%), a menor taxa de resolutividade contabilizada durante a pesquisa. Esperam conclusão 78,6 % dos crimes ocorridos no ano (11 casos). Em 2015, os números chegaram a treze crimes registrados, sendo dois esclarecidos pela polícia (33,3%) e quatro ainda seguem em aberto (66,7%). No ano de 2016 registrou-se quinze mortes, deste oito foram esclarecidos (54%) e por fim em 2017, já chegam a dezesseis mortes, contabilizando dez casos solucionados (62,5%), entretanto, ainda faltam dois meses para o final do ano.

Ainda sobre dados estatísticos, no site da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, encontra-se disponível o relatório Violência Homofóbica no Brasil, com números catalogados em 2011, sendo publicado em 2012, onde aponta à época a ocorrência dos maiores índices encontravam-se em Alagoas, com 0,58 homicídios por 100 mil habitantes, tratam de assassinatos motivados pela orientação sexual da vítima ou de sua identidade de gênero.

4. O ESTUDO VITIMOLÓGICO: RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO MOVIMENTO LGBTTT

O movimento dos homossexuais, como movimento social, apresenta um marco histórico nos Estados Unidos da América, mais especificamente na cidade de Nova York, onde em 1969, a Rebelião de *Stonewall*⁵ serviu como o ponto inicial do movimento homossexual moderno (SDH, 2015). No Brasil, o movimento tem seu surgimento, registrado pela bibliografia sobre o tema, na segunda metade do ano de 1970 (FACCHINI, 2000, p.84).

5 No dia 28 de junho de 1969, cansados da repressão protagonizada pela polícia do estado de Nova Iorque, gays, lésbicas, travestis e todos que frequentavam um bar chamado *Stonewall Inn* iniciaram uma grande rebelião, resolveram enfrentar a polícia com pedras e garrafas, tomaram as ruas resistindo à violência do Estado.

De acordo com Regina Facchini (2000, p.84), a trajetória brasileira do movimento pode ser percebida através de três momentos. O primeiro deles, Facchini intitula de “Primeira onda”, etapa em que ficou mais concentrado nos centros urbanos do sudeste do país e foi marcado com ideais contrárias ao autoritarismo.

O primeiro momento, que chamarei de primeira onda, corresponde ao surgimento e expansão, desse movimento durante o período de abertura política. [...] Nesse momento, as iniciativas estiveram bastante concentradas no eixo Rio-São Paulo, eram fortemente marcadas por um caráter antiautoritário e comunitarista enquadramento entre os movimentos então chamados de alternativos ou libertários. Esse primeiro momento encerra-se nos últimos anos da primeira metade dos anos 1980, o que coincide com a retomada do regime democrático e o surgimento da AIDS, então chamada de “peste gay”.

O momento seguinte, chamado por Facchini (2000, p.87) de “Segunda onda”, é marcado pela falta de visibilidade do movimento, passando a impressão de que acontecia seu declínio.

Nos primeiros anos da década de 1990, a ausência de referências bibliográficas sobre a continuidade das atividades desse movimento no Brasil era capaz de produzir a sensação de que, de fato, o início da década de 1980 tivesse assistido ao apogeu e fim de uma significativa, mas curta trajetória.

A “Terceira onda” começou na segunda metade da década de 1990, onde era possível perceber a presença marcante na mídia, com ampla participação em movimentos de direitos humanos e de resposta à epidemia da AIDS, como ainda vinculação a redes e associações internacionais de defesa de direitos humanos (FACHINI, 2000, p. 85). Sendo assim, nos últimos anos, o movimento homossexual brasileiro apresentou auto organização e conseguiu mobilizar indivíduos, com o objetivo de defender e garantir direitos pela livre orientação sexual e identidade de gênero, o que pode ser exemplificado pelos movimentos de rua, a exemplo das Paradas Gays, como também instituiu lutas na tentativa de desvincular a imagem da homossexualidade dos aspectos marginais e na tentativa de construir uma imagem pública da homossexualidade.

Portanto, conclui-se que a representação alcançada por meio das Paradas Gay contribuiu para que a partir desse momento, o homossexualismo foi trabalhado de uma forma diferente nos meios de comunicação de massa, nos noticiários nacionais, que passaram a tratar a temática homofóbica como algo inaceitável, nos canais de televisões,

por meio de programas, seriados e novelas, que tratou a temática sob o ponto de vista da aceitação e também na esfera política, onde os homossexuais conseguiram também representações, que atuam nas causas homofóbicas. (FACCHINI, 2000, p. 123). Apesar do avanço na luta pelo reconhecimento dos homossexuais nas diversas esferas, se desenvolve a necessidade da discussão, aqui de forma introdutória, dos reflexos da estigmatização dos homossexuais.

5. O ETIQUETAMENTO E A ROTULAÇÃO IMPOSTOS AOS HOMOSSEXUAIS

Em junho de 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos, numa decisão histórica, legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo em todo o país. A partir de então, os 13 estados que ainda proibiam não puderam mais impedir casamentos entre homossexuais. A decisão foi apertada, cinco votos contra quatro, como noticiou as diversas emissoras de televisão, rádios, impressos e sites de notícias nacionais e estrangeiros (G1, 2015).

“O casamento tem sido uma instituição central na sociedade desde os tempos antigos”, afirmou o tribunal, “mas ele não está isolado das evoluções no direito e na sociedade”. Ao excluir casais do mesmo sexo do casamento, explicou, “nega-se a eles a constelação de benefícios que os estados relacionaram ao casamento” (G1, 2015). O tribunal acrescentou: “O casamento encarna um amor que pode perdurar até mesmo após a morte. [...] Estaria equivocado dizer que estes homens e mulheres desrespeitam a ideia de casamento [...] Eles pedem direitos iguais aos olhos da lei. A Constituição lhes concede este direito” (G1, 2015), ressaltou.

De acordo com o site de notícias G1(2015), há dois anos, a Suprema Corte anulou parte da lei federal contra o casamento gay, que negava uma série de benefícios governamentais para os casais do mesmo sexo que tinham se casado legalmente. Após a decisão, o então presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, publicou em seu *twitter* confirmando ser um importante passo para a igualdade de direitos. “Casais de gays e lésbicas têm agora o direito de se casar, como todas as outras pessoas. #Oamorvence”, postou o presidente nas redes sociais. O já citado bairro americano, *Stonewall*, ícone do movimento homossexual, em Nova York, se encheu de pessoas que celebravam a conquista.

A medida americana, tomada décadas após a Rebelião de *Stonewall*, visa tornar menos desigual o tratamento dos indivíduos que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, objetivando alcançar respeito à dignidade da pessoa humana e às liberdades individuais com enfoque na diversidade sexual, que, via de regra, é carregada de preconceito. Em razão de sofrerem atitudes preconceituosas, muitos homossexuais desenvolvem vidas duplas, se escondem, se camuflam e são oprimidos pela angústia de, ao tornarem pública a sua sexualidade, tragam algum prejuízo para suas relações sociais, tanto as de contato direto, como com familiares, no meio profissional, na escola, na academia, como as relações de contato esporádicos como em bares e restaurantes, eventos sociais, supermercados, dentre outros (WELZER-LANG, 2001, p.468).

Para Shecaira (2014. p. 236), o processo estigmatizante, aqui atribuído às lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros, atua como geradora de desigualdades, uma vez que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. A conduta percebida como desviada gera reprovação e estigmatização e se reproduz por meio do controle social”. Portanto, não é tarefa difícil identificar as discriminações de gênero como causas de exclusão social.

Os gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros carregam, pois, outra identidade, fruto do estigma da discriminação. Contra eles, estão presentes à intolerância e a rotulação (SHECAIRA, 2014. p. 268).

Dentro dessa temática, o sociólogo americano Howard S. Becker, discutiu a problemática sob o ponto de vista das condutas desviantes, que identificam pessoas não aceitas como membro de uma sociedade, por se portarem em desacordo com o padrão instituído pelo grupo social em que estão inseridos. “Para todo o tipo de atividade, observando que em toda parte pessoas envolvidas em ação coletiva definem certas coisas como ‘erradas’, que não devem ser feitas, e geralmente tomam medidas para impedir que se faça o que foi assim definido” (BECKER, 2008. p. 13).

De maneira simplista o *outsider* seria aquele que se desvia da regra geral, que se difere do comum. Os indivíduos que não se submetem aos padrões encarados como “normais”, são reiteradamente expostos a violações de direitos, a agressões físicas, verbais, bem como sofrem discriminações veladas, sendo assim, suas diferenças são convertidas em reais desigualdades. Dessa maneira, deve-se, no mínimo refletir, sobre o que trouxe

a lição de Rui Barbosa (1997), de que se deve obter a igualdade através do tratamento proporcionalmente desigual, na medida das suas desigualdades.

Nesse mesmo ensejo, Becker (2008, p.31) explica que a partir do momento em que uma regra é posta, os que quebram esta regra podem ser visto como tipo diferente de pessoa, não dignas de confiança, uma vez que não foram capazes de cumprir a regra vigente, se tornando assim pessoa indesejada. “Comportamento *apropriado* é simplesmente aquele que obedece às regras e que outros percebem como tal. No outro extremo, o tipo *desviante puro* de comportamento é aquele que desobedece à regra e é percebido com tal”. Para o sociólogo, dentro dessas comunidades, muitas de regras são produzidas e aqueles que as violam são identificados. Principalmente no que dizem respeito às regras que funcionam efetivamente nos grupos, as quais são mantidas por meio de tentativas de imposição.

Desta forma, os grupos sociais criam desvio ao fazerem as regras cuja infração constitui o próprio desvio, e ainda o criam, no exato momento em que aplicam essas regras, pessoas particulares e grupos, como por exemplo, os homossexuais, rotulados como *outsiders*. “No extremo, alguns desviantes (homossexuais, por exemplo) desenvolvem ideologias completas para explicar por que estão certos e por que os que os desaprovam e punem estão errados”. (BECKER, 2008, p. 17).

Portanto, pessoas consideradas como desviante seriam as que de alguma maneira violaram as regras impostas por um grupo social e, por meio dessa violação, seriam consideradas então, por aquele grupo social que impôs a regra, como desviadas. “Antes que qualquer ato possa ser visto como desviante, e antes que os membros de qualquer classe de pessoas possam ser rotulados e tratados como *outsiders* por cometer o ato, alguém precisa ter feito a regra que define o ato como desviante.” (BECKER, 2008, p. 167).

Importante perceber, portanto, como este processo de identificação e rotulação anula a diversidade, pois atinge a subjetividade, a essência do indivíduo. Uma seletividade, que torna alguns sujeitos marginalizados e distantes da vida social, sendo esta violência e discriminação silenciada ou negada e indo de encontro do que retrata parte significativa de um Brasil plural e multicultural. Inúmeros são os debates sobre a temática, que buscam não somente discutir, mas também aprovar propostas de políticas públicas para o enfrentamento da discriminação contra LGBTQIA+ e ainda promover a cidadania destes.

De acordo com GORGA (2015, p.46), na justificação de motivos do Estatuto de Diversidade Sexual, proposto pelo conselho federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil):

Ninguém duvida que exista um direito subjetivo à livre orientação sexual e à identidade de gênero. Via de consequência há o dever jurídico de esse direito ser reconhecido e respeitado. No entanto, por se tratar de segmento alvo de perseguição religiosa, está sujeito a marginalização e a exclusão social. E, como todos os segmentos sociais vulneráveis, merece regras protetivas diferenciadas.

Dentro desta perspectiva algumas propostas seguem no poder Legislativo, a despeito de se acreditar que novas leis possam coibir ou extirpar as atitudes contra os LGBTQIA+.

Do que se observa em manifestações homossexuais, atualmente conhecidas como Paradas Gay, que reúnem grande número de pessoas e que, por vezes, acabam em violência. A exemplo de junho de 2009, em que a passeata que reuniu mais de três milhões de pessoas, na Avenida Paulista e terminou com 59 feridos, pelo menos uma pessoa teve traumatismo craniano (BAND NEWS, 2009). Do que se noticiou a época, brigas e espancamentos ocorreram a luz do dia, geralmente por grupos agredindo ao mesmo tempo uma única pessoa. Neste ano, já à noite, uma bomba caseira foi jogada de um prédio, no centro de São Paulo. Com a explosão e o tumulto que se formou logo após, 30 pessoas ficaram feridas e o que seria uma celebração pela diversidade, ficou marcada pela violenta intolerância.

6. COMUNIDADES *QUEERS*: EM BUSCA DA ACEITAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL

Necessário esclarecer a existência e as bases de estudo da teoria *Queer*, como ainda, de que forma pode ser relacionada ao campo da criminologia. A teoria *Queer* tem suas bases nos estudos bastante desenvolvidos nas ciências sociais, em estudos pós-estruturalistas, psicanalíticos e feministas (CARVALHO, 2012, p. 153).

Já adentrando na área da criminologia, de acordo com Salo Carvalho (2012a, p.189) o tema é pouco desenvolvimento “[...] foi possível verificar a inexistência de diálogo entre teoria *Queer*, direito (penal) e criminologia (crítica)”, o que o levou a se aprofundar na temática e numa “nova perspectiva criminológica (*Queer Criminology*)”. O

termo *Queer* (“estranho”, “anormal”, “não natural”) remete a uma forma antiga e pejorativa e, para Carvalho (2012), sua classificação gramatical pode ser representada com adjetivo ou como substantivo:

Como adjetivo, o significado de *Queer* se aproxima de estranho, esquisito, excêntrico ou original. Como substantivo normalmente é traduzido como homossexual; mas seu uso cotidiano e sua apreensão pelo senso comum denota sentido mais forte e agressivo, com importantes conotações homofóbica; “gay”, “bicha”, “veado” e “boneca”.

A teoria *Queer* propõe que os sujeitos e sua sexualidade são formados posteriormente a sua existência, a partir de sua contextualização na sociedade e rompem com modelos binários fixados na heteronormatividade, partindo do entendimento de que o intuito de privilegiar certa parcela da sociedade entende-se que não são naturais.

As teorias *Queer* procuram, em primeiro lugar, desconstruir a *hierarquia* estabelecida entre *hetero* e *homossexualidade*, independente do gênero; e, em segundo, romper com a *fixidez* dos conceitos e superar a *lógica binária* que cinde e rotula as pessoas como hetero ou homossexuais (CARVALHO, 2012a, p. 155).

Como visto nos relatórios aqui explorados e de acordo com a análise de Carvalho, o estudo, em tela, abrange a homofobia individual (quando trata as formas de morte, instrumento utilizado e motivação) como também a homofobia de Estado (quando os operadores do direito não respondem a contento, seja pela polícia, ou seja, pelo judiciário), como esclarece Carvalho (2012a, p. 154):

Entendo, pois, que este complexo processo da violência heterossexista poderia ser decomposta em três níveis que configuram as culturas heteromoralizadoras e heteronormalizadoras. O primeiro, da *violência simbólica* (cultura homofóbica), a partir da construção social de *discursos* de inferiorização da diversidade sexual e de orientação de gênero; o segundo, da *violência das instituições* (homofobia de Estado), com a *criminalização* e a *patologização* das identidades não-heterossexuais; o terceiro, da *violência interpessoal* (homofobia individual), no qual a tentativa de anulação da diversidade ocorre através de *atos brutos* de violência (violência real).

Levando em consideração o entendimento acima colocado, sobretudo, em relação ao comportamento sexual considerado, do ponto de vista da heteronormatividade, desviante, se atribui as lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros características

patológicas (a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade da lista internacional de doenças apenas em 1990), exemplificando bem a homofobia de Estado. Entende-se, portanto que, considerar a homossexualidade uma doença reforça o sistema estigmatizador, deixa clara a posição de vulnerabilidade do grupo, marginalizado e vitimizado percebendo a violência institucional por meio dos elementos dimensionados nesta forma de violência. Carvalho (2012b, p.160) entende que diante da mudança do conceito de sexualidade, não mais percebida como “natural”, mas reconhecida como a construção mediante a contextualização social, exista a possibilidade de uma criminologia *Queer*. “creio viável a construção de uma lente criminológica *queer* com a delimitação de um preciso *objeto* de análise: a *violência homofóbica*”.

Do exposto, entende-se que a homofobia vitimiza, não apenas o indivíduo afetado pela violência, mas o que este representa no contexto social, atingindo assim diversidade sexual e as distintas identidades de gênero como um todo. Porquanto, percebe-se relevante que a disciplina criminológica tome como um dos seus temas de análise a violência homofóbica e os crimes de ódio, criando novos campos de diálogo.

CONCLUSÃO

Ao desenvolver a presente pesquisa se chegou a alguns resultados que não estão somente relacionados com o relatório produzido pelo GT de Alagoas, mas também ao processo de pesquisa e aos entraves encontrados ao longo desta jornada. Neste ensaio explorado é possível concluir que a problemática acima estudada está longe de chegar a um consenso no Brasil e em específico em Alagoas, onde os casos de violência individual foram contabilizados e analisados, a fim de que as informações contribuíssem para a análise do comportamento social frente aos homossexuais. Reunir tais informações de forma a respaldar a pesquisa foi um desafio, uma vez que por vezes os relatos são incompletos e não contém informações claras, conforme foi especificado em cada análise realizada. Por esta razão, não é possível falar da questão da homofobia como um todo, mas se pode mostrar que os dados coletados apontam para a quantidade de casos, nos quais muitos relatos de mortes violentas, que foram ocasionadas em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas. Entretanto, não foram assim tratados pelos operadores do direito.

Durante a pesquisa alguns fatores foram levantados e que podem contribuir para a discussão que visem se não dirimir, minimizar os problemas enfrentados pelos grupos LGBTQIA+. Em primeiro lugar, foi observada, com o estudo, a falta de números estatísticos reais para uma análise precisa, sobre a real situação de violência enfrentada, ao saber não somente nos casos que levam a morte ou a violência física, mas também a violência verbal, psicológica, que muitas vezes são originadas no seio familiar. Em segundo lugar, no que se refere à abordagem dos casos então se observou que a quantidade de crimes atingiu as classes sociais mais humildes, talvez porque a falta de conhecimento contribua para a intolerância ou, ainda, que a educação tradicionalista seja uma percussora do machismo, que identifica e desconsidera àqueles que apresentam suas diferenças.

A pesquisa conseguiu também exibir através de quais instrumentos essas vítimas foram executadas. Em diversos casos, sem qualquer chance de reação, sendo para isso utilizadas as formas mais cruéis, o que corrobora com a ideia dos crimes de ódio.

Em terceiro lugar, no estudo sobre a rotulação, verificou-se que esta se apresenta como forma de separar os que estão dentro dos padrões daqueles que se desviam e que em razão disso, devem ser repelidos do meio social. A partir daí, a pesquisa apresentou algumas possíveis análises sob a ótica da criminologia. Em quarto lugar, foi verificada a idade, etnia, profissão e estado civil para confirmar os dados que são apresentados anualmente sobre as diversas pesquisas no campo da violência, onde os mais jovens, com baixa escolaridade, pardos ou negros e solteiros são as vítimas preferenciais. No que se refere ao tipo de morte, instrumento utilizado e motivação, os dados apontaram para casos em que os requintes de crueldade foram marcantes, onde em alguns, as vítimas tiveram seus órgãos genitais arrancados numa demonstração de que estes não eram úteis àquele corpo e por esta razão deveriam ser extirpados.

E em quinto e último lugar, a pesquisa apresentou os números da resolução dos crimes apesar de apresentar um número expressivo de mortes, menos da metade foi investigada, concluída e remetida ao judiciário e ainda das que assim foram conduzidas, uma pequena parte foi julgada reforçando assim o fato notório de que muitos crimes no país ficam sem respostas dos órgãos competentes. O que se percebeu na prática, apesar dos indícios apontarem para a motivação homofóbica, por vezes o crime foi investigado,

sem levar em consideração a orientação sexual da vítima. Em número maior ainda, sem a devida investigação, se tornando desconhecidos pelo judiciário.

O estudo vitimológico fez uma retrospectiva histórica do movimento homossexual e apresentou possíveis caminhos para a oposição da estigmatização dos homossexuais sob as formas de condutas consideradas *outsiders* imposta pela maioria dos heteros. Foi apresentada a teoria *Queer*, como a possibilidade do estudo criminológico da perspectiva do que é chamado de *Queer Criminology*, propondo que os sujeitos e sua sexualidade são formados posteriormente a sua existência, a partir de sua contextualização na sociedade e rompendo com modelos binários fixados na heteronormatividade, assumindo então que as posições de gênero e sexuais são múltiplas.

E por fim, as discussões, que se prolongam por anos, sobre a criminalização ou não da homofobia, que visa mudanças nas leis trabalhistas, à comparação ao crime de racismo e ainda a reforma do direito penal. Pelo exposto, não se entende que a criminalização por si só levará a diminuição dos casos de violência, percebendo a lei penal apenas como uma das possibilidades, que deve ser usada como última *ratio*, utilizando-a sempre de forma subsidiária e fragmentária. A criminalização terá tão mais um efeito simbólico sob o ponto de vista da redução de crimes homofóbicos. Assim, a criminalização da homofobia busca redução dos casos de violência de uma forma geral, mas entende-se que os delitos devem ser estrategicamente trabalhados cada um dentro da sua complexidade e de suas características próprias e em diferentes planos (violência individual, institucional). O discurso associado à realidade contata que ao se verificar as 93 mortes em Alagoas, no período estudado, o senso comum remete ao pensamento de que tão somente não existiu proteção eficaz dos órgãos competentes e das leis vigentes. Sendo este o motivo que ocasionou os casos de violência física e moral e que por esta razão, se faz necessária à adoção de medidas mais rígidas pelo Estado brasileiro, alterando-se a Constituição e o Direito Penal.

Por isso, percebe-se ainda que inúmeras sejam as variáveis inseridas nos modelos postos que facilitam a criminalização, entretanto pouco se faz para dirimir o estranhamento com o que é diferente. Este por vezes leva a incidência dos inúmeros relatos de violência, arraigados no preconceito e na discriminação contra gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

A fim de empreender formas de mudança política de identidades homossexuais seria necessário trabalhar com a ideia de mudança cultural de forma a compreender a dinâmica envolvida na transformação e/ou diversificação dos sistemas social locais.

Nesse sentido, as interpretações tomam o sentido de colaborar para a compreensão de fatores que podem estar envolvidos na maior adesão a um modelo social moderno e igualitário, fundamental para os grupos homossexuais se investirem do sentimento de pertencimento do sistema a que estão inseridos, cabendo ao Estado seu fomento e proteção.

REFERÊNCIAS

AGENTES DA CIDADANIA LGBT. *Rebelião de Stonewall*. Disponível em: <<http://www.cepac.org.br/agentesdacidadania>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

ALAGOAS. *Secretaria de Estado da Defesa Social*. Resolução 002/2012. Diário Oficial Estado de Alagoas. Maceió, AL Ano C, n.230, p.25, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.doeal.com.br/portal/visualizacoes/pdf/10751/#/p:25/e:10751?find=LGBT>> Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. *Secretaria de Estado da Defesa Social*. Resolução 002/2012. Diário Oficial Estado de Alagoas. Maceió, AL Ano C, n.188, p.53, out. 2013. Disponível em: <[http://www.doeal.com.br/portal/visualizacoes/pdf/11000/#/p:53/e:11000?find=o edita](http://www.doeal.com.br/portal/visualizacoes/pdf/11000/#/p:53/e:11000?find=o%20edita)> Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. *Secretaria de Estado da Defesa Social*. Núcleo de Ensino Integrado da SEDS. Encerramento do III Seminário Alagoano de Atuação Policial frente a Proteção e Promoção dos Direitos dos Grupos Vulneráveis. Disponível em: <<http://ensino.seds.al.gov.br/?p=1513>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. *Secretaria de Estado da Defesa Social*. Núcleo de Ensino Integrado da SEDS. Disponível em: <<http://ensino.seds.al.gov.br/?p=1513>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

ALMEIRA, Claudio; CERQUEIRA, Marcelo; MOTT, Luiz. Epidemia do ódio 260 homossexuais foram assassinados no Brasil em 2010. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/Assassinatos%20de%20homossexuais%20no%20Brasil%20relatorio%20geral%20completo.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

ANTEPROJETO do Estatuto de Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.2.%20Exposi%E7%E3o%20de%20motivos.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf> Acesso em: 08 dez. 2015.

BECKER, Howard S. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Tradução de: Luiza X. de Borges; Revisão técnica: Karina Kuschinir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado do Direito Penal: Parte especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. vol.3.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940*. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *Decreto-Lei Nº 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/Del3689.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *Ministério da Justiça Governo Federal*. Brasil Mais Seguro. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/programas-1/brasil-mais-seguro>> Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. *Projeto de Lei da Câmara nº122, de 2006 – (Criminaliza a Homofobia)*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

_____. *Proposta do novo Código Penal*. Disponível em: <www12.senado.gov.br/noticias/arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Acesso em 6 dez. 2015.

_____. *Secretaria de Direitos Humanos*. Dia do Orgulho LGBT. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/junho/dia-do-orgulho-lgbt>> Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. *Secretaria de Direitos Humanos*. Relatório sobre violência homofóbica Brasil: ano de 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/ssuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>> Acesso em: 20 out. 2015

_____. *Projeto de Lei da Câmara nº122, de 2006* – (Criminaliza a Homofobia). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos* (arts.121 a 212). São Paulo: Saraiva, 2013, vol.2.

CARVALHO, Salo. Sistema Penal & Violência. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. v.4, n.2, Porto Alegre: EDIPUCS, 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/12210/8809>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

_____. Sobre a Criminalização da Homofobia: Perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCCRIM. Ed. Revistas dos Tribunais, ano 20.99, nov./dez. 2012.

DECISÃO é vitória para a América, diz Obama sobre casamento gay. In: *G1- SP*, em 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/decisao-e-vitoria-para-america-diz-obama-sobre-casamento-gay.html>> Acesso em: 10 dez. 2015.

FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. In: *Cadernos AEL*. v.10, n.18/19, Campinas: Arquivo Edgar Leuenroth/Unicamp, 2003, pp.81-124. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

FRANÇA, G. V. *Medicina legal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

FACEBOOK. Facebook *Canal das Bee*, Disponível em:< <https://www.facebook.com/canaldasbee/?fref=ts>> . Acesso em: 11 dez. de 2015.

FACEBOOK. Facebook *Lésbicas Também Amam*, Disponível em:< <https://www.facebook.com/LesbicasTambemAmam/?fref=ts>>. Acesso em: 11 dez. de 2015.

GORGA, Maria Luiza. Discriminação Sexual e a Necessidade de Tutela Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM. São Paulo: Revistas dos Tribunais. ano 23.113, mar./abr. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. vol.III.

GREENE, Jack R. *Administração do Trabalho Policial: Questões e Análises*; tradução PINHEIRO, Ana Luiza Amêndola. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, vol. 5.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1955, vol.V.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atlas de violência 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/imagens/170609_atlas_da_violencia_2017. Acesso em: 09 nov. 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de; CALDERONI, Vivian. *Julgando a tortura: Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>>. Acessado em: 04 de jan. de 2016.

JOYCE, Karla. *Histórico do PLC 122/2006*. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/historico-pl122/#axzz3yIrQLGvS>> Acessado em: 30 de dez. 2015

LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840778/mod_resource/content/0/Thomas-Laqueur-Inventando-o-Sexo%281%29.pdf. Acesso em: 30 de dez. 2015.

LOPES, Carlos. *Guia de Perícias Médico-Legais*. 6 ed., Porto, 1977.

MACEIÓ. *Secretaria Executiva Do Gabinete Do Prefeito*. Parada do Orgulho Gay tem apoio da prefeitura de Maceió. In: *Prefeitura de Maceió*. Disponível em: <<http://www.maceio.al.gov.br/segp/noticias/parada-do-orgulho-gay-tem-apoio-da-prefeitura-de-maceio/1>>. Acesso em: 9 jan. de 2016.

MASIERO, Clara Moura. Sistema Penal & Violência. Criminalização da homofobia e política criminal brasileira: Análise crítica do PLC 122/2006 dossiê do pensamento político e criminológico. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. v.5, n.2, Porto Alegre: EDIPUCS, 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/15243>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

PARADA Gay termina com 59 pessoas feridas em SP. 2009. In: *BAND NEWS*. Disponível em: < <http://videos.bol.uol.com.br/video/parada-gay-termina-com-59-pessoas-feridas-em-sp-04024D9C3368C4813326>> Acesso em: 06 dez. 2015.

PRETES, Érika Aparecida. *A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil*. Dissertação de mestrado Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/45408976>>. Acesso em: 30 out. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6 ed. ver. e atual – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Adilson Paes de. *O Guardião da cidade: reflexões sobre os casos de violência praticados por policiais militares*. São Paulo: Escrituras editora. 2013.

SUPREMA corte americana legaliza casamento gay. In: *G1- SP*, em 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/suprema-corte-dos-eua-aprova-o-casamento-gay-nacionalmente.html>> Acesso em: 06 dez. 2015.

THE ECONOMIST Newspaper Limited 2016. Comparing Brazilian states with countries. In: *The Economist*. Disponível em: <http://www.economist.com/content/compare-cabana?fsrc=nlw%7Cnewe%7C09-05-11%7Cnew_on_the_economist> Acesso em: 25 nov. de 2015.

WASELFI SZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012: *A Cor dos Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2012_cor.php> Acesso em: 20 dez. de 2015.

_____. Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012: *Os novos padrões da violência homicida no Brasil*. Caderno complementar 1: Homicídio de mulheres no Brasil. São Paulo. Instituto Sangari. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2012_cor.php> Acesso em: 20 dez. de 2015.

_____. Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013: *Mortes Matadas por Armas de Fogo*. CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2013. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf> Acesso em: 20 dez. de 2015.

_____. Julio Jacobo. Mapa da Violência 2014: *Homicídios e Juventude no Brasil*. Atualização 15 a 29 anos. CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2014. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf> Acesso em: 20 dez. de 2015.

WELZER-LANG, D. A. Construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Estudos Feministas*. Florianópolis. 2001.

WOLFF, Cristina Scheibe; SALDANHA, Rafael Araújo. *Gênero, sexo e sexualidade: Categorias do debate contemporâneo*. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840778/mod_resource/content/0/Thomas-Laqueur-Inventando-o-Sexo%281%29.pdf.

Apresentação oral

**PARTICIPAÇÃO E VIOLÊNCIA POLÍTICA: UMA DISCUSSÃO
SOBRE LIDERANÇAS NEGRAS NO RIO DE JANEIRO**

*PARTICIPATION AND POLITICAL VIOLENCE: A DISCUSSION ON
BLACK LEADERSHIP IN RIO DE JANEIRO*

Igor Novaes Lins

Mestrando e graduado em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Flora Tristán: representações, conflitos e direitos. Associado ao IBCCRIM.

E-mail: igornovaeslins@gmail.com

Resumo: A partir da pergunta: como as lideranças negras lidam com a violência política?; o trabalho debate a relação entre participação de pessoas negras e violência política. Os sujeitos de pesquisa são as lideranças negras jovens progressistas do Rio de Janeiro. O objetivo é esclarecer os impactos do quadro de violência urbana no cotidiano das lideranças. Como um possível desestímulo influencia o crescimento da agenda antirracista é o objetivo específico. A partir da teoria participativa, é refletido sobre os mecanismos de exclusão herdados do colonialismo e do imperialismo. É feita uma crítica ao racismo promovido pela superestrutura e elites; e como não é possível existir democracia sem a liberdade de expressão. Através do conceito de necropolítica, são discutidas as formas de controle social e novas maneiras de resistência, bem como o uso do medo como ferramenta política por grupos criminosos. O método foi através da realização de entrevistas semiestruturadas com dez lideranças do Rio de Janeiro. Concluiu-se que o vigilantismo é utilizado como controle social. Por meio do medo, cria-se um ambiente de desincentivo a militância e de legitimação de novos atores contrários a atuação de militantes. E que o objetivo da violência política no estado do Rio de Janeiro é a criação de um micro espaço político de dominação.

Palavras-chave: Violência política. Lideranças negras. Necropolítica. Vigilantismo. Militarismo.

Abstract: How do black leaders deal with political violence? The question that guides this work is intended to debate the relationship between the participation of black people and political violence. The research subjects are the black leftist leaders of Rio de Janeiro. The objective is to clarify the impacts of urban violence on the daily lives of leaders. How a possible disincentive influences the growth of the anti-racist agenda is the specific objective. Based on participatory theory, it is reflected on the mechanisms of exclusion inherited from colonialism and imperialism. A criticism is made of the racism promoted by superstructure and elites; and how democracy is not possible without freedom of expression. Through the concept of necropolitics, forms of social control and new forms of resistance are discussed, as well as the use of fear as a political tool by criminal groups. The method was through semi-structured interviews with ten leaders from Rio de Janeiro. It was concluded that vigilantism is used as a social control. Through fear, an environment of disincentive to militancy and the legitimization of new actors against the action of militants is created. And that the objective of political violence in the state of Rio de Janeiro is the creation of a micro political space for domination.

Keywords: Political violence. Black leadership. Necropolitics. Vigilantism. Militarism.

INTRODUÇÃO

As instituições foram desenhadas para as eleições serem o ápice da democracia. Uma democracia focada na representação. Os movimentos sociais, desde a Constituição, fazem um trabalho contínuo de contestação desse modelo. Seja se assimilando a burocracia, como fez o Movimento Negro Unificado ao ocupar cargos na Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Executivo com a intenção de promover mudanças por dentro do sistema, ou mantendo um nível de independência e enfrentamento.

O movimento negro foi central para questionar a democracia representativa, dado o quadro de sub-representação das casas legislativas. Em alternativa, fortaleceram-se através de movimentos sociais. Ainda com uma barreira de acesso ao legislativo, pelo subfinanciamento de suas candidaturas (CAMPOS; MACHADO, 2017, p. 139-140), existe um trabalho de formação de lideranças nas mais diversas regiões do país. Com

as manifestações antirracistas em 2020, as pessoas negras têm sido vistas como agentes políticos cada vez mais e fica latente sua capacidade de organização.

Essa proeminência de organização não é recebida pacificamente. Grupos conservadores e ligados às forças policiais agem ativamente para o silenciamento de ativistas no Brasil, tanto com militantes organizados, quanto com representantes eleitos. Marielle Franco, ex-vereadora do Rio de Janeiro, é o mais relevante desses casos. Ela foi vítima da violência com motivação política – do movimento de repressão e criminalização de lideranças negras.

A partir da pergunta: como as lideranças negras lidam com a violência política?; este trabalho se debruça a debater a relação entre participação política, segurança pública e violência política. O objetivo central é esclarecer os impactos do atual quadro de violência urbana no cotidiano das lideranças negras das periferias. Como objetivo específico, a ideia é fazer uma investigação de como um aparente desestímulo motiva uma crescente organização por parte de pessoas das periferias. A resistência resultou em um crescimento da agenda antirracista em movimentos políticos¹.

A construção da base de dados utilizada deu-se a partir da realização de entrevistas semiestruturadas com lideranças políticas do estado do Rio de Janeiro. O recorte escolhido foi negros progressistas com militância em regiões periféricas. A partir de indicações da Central Única de Favelas, 10 ativistas, de organizações políticas diversas, foram selecionados para as entrevistas. As identidades dos entrevistados são ocultadas o máximo possível no artigo por se tratar de um tema sensível. Inclusos seu gênero e demais detalhes de militante.

O estado do Rio de Janeiro foi selecionado como recorte geográfico da pesquisa por dois motivos: o ecoar da expressão política de Marielle, que engrenou uma base de mulheres pretas faveladas na política formal e nos movimentos sociais; e o movimento da necropolítica sob pessoas negras e lideranças de esquerda por parte de organizações criminosas.

A primeira parte se preocupa em construir uma breve discussão sobre os limites da teoria democrática contemporânea, minimizadora da participação política para

1 Fica latente nas eleições de 2020 com o aumento de vereança negra nas capitais.

democracia. Abre-se um diálogo com um dos expoentes da teoria anticolonial para o aprofundamento da crítica, Frantz Fanon.

Em seguida, adjunto as dificuldades das lideranças negras para participar dos processos democráticos, discute-se a identidade, os referenciais e organização política. Por entender, sobretudo, que se reconhecer como negro é um ponto essencial para organizar-se; e os referenciais, em termos de pessoas negras eleitas ou não, também são fatores interferentes nesse quadro.

Finalmente, dedica-se a principal questão do artigo: a violência política contra pessoas negras. Por violência política se entende àquela realizada contra autoridades eleitas ou não eleitas, que tenham função de representar uma parcela da sociedade, com o objetivo de silenciar os militantes não adequados ao modelo político carioca. Nesta seção, o medo é analisado como criador de um ambiente micropolítico por grupos paramilitares, as milícias. A intenção é desarticular permanentemente a luta política.

Não se foca somente na violência explícita produzida através do confronto direto, mas também as violências políticas diárias e subjetivas que afetam o povo negro no exercício de sua cidadania e na sua vida social (simbólicas). Tradicionalmente sujeito ao não-lugar e não assimilado na sociedade capitalista (MBEMBE, 2014, p. 30, 75), pessoas negras estão agindo politicamente, avançando com a agenda antirracista e sofrendo com o impacto de seus posicionamentos.

A LIMITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Um dos expoentes da teoria democrática contemporânea, Joseph Schumpeter (1961, p. 295-296, 306) resumiu o fazer democrático a um procedimento. A finalidade da democracia é a tomada de decisão. As atividades democráticas devem ser centradas na autoridade eleita. Schumpeter (1961) acreditava que se suas sugestões sobre a teoria política fossem aceitas, a democracia adquiriria um significado mais claro. Ele julgava que os regimes democráticos tinham função única de eleger o governo. E, justamente os anglo-americanos seriam os cumpridores da real missão democrática. A participação política é a eleição. Não mais.

Em seu livro, Carole Pateman (1992) elabora uma resposta para autores que, assim como Schumpeter, a quem ela chama de teóricos da democracia contemporânea, mobilizaram críticas à teoria democrática clássica. De acordo com ela, essa escola credita um espaço restrito à participação política. A apatia política do povo é vista como um mecanismo de estabilidade do sistema democrático. Isso se deve por entenderem a participação política enquanto entrave para os consensos e pela incredulidade na capacidade política das massas e por apostarem na formação de elites (PATEMAN, 1992, p. 17-21).

Pateman (1992, p. 26-27) rechaça a possibilidade de uma teoria da democracia ser descritiva e livre de valores. Verdade seja dita, os autores listam padrões e critérios para que um determinado sistema político possa ser considerado democrático. Existe uma teoria normativa. Fica explícito, na verdade, a recomendação de que a participação deve ocorrer somente para potencializar a representação. Uma forma clara de reafirmar a legitimidade do sistema político dominante na maior parte das democracias contemporâneas – sobretudo as inspiradas no modelo anglo saxão.

Também fica explícito em Dahl (1997) a concepção de democracia do norte global afastada da participação do cidadão. Apesar de defender a igualdade como pré-requisito para a democracia liberal, ele centraliza seu pensamento de participação política na livre competição no sistema eleitoral (DAHL, 1997, p. 25-37). O autor limita a atividade política aos processos de representação política. A recomendação, por essa ótica, é de que a participação deva ocorrer apenas para potencializar a representação (PATEMAN, 1992, p. 27). O que, dado os resultados políticos, não é possível de ser feito plenamente numa sociedade marcada profundamente por assimetrias sociais.

Essa narrativa é usada para delimitar o sistema político imperialista e inibir a impetração de vozes dissonantes no processo político democrático. Se trata de um projeto político das democracias hegemônicas. É preciso dizer que não se trata somente do afastamento da sociedade vida política, como também da reafirmação de uma elite política muito bem definida: branca, masculina e heterossexual. Isso fica nítido, por exemplo, quando Schumpeter (1961) defende a superioridade da democracia dos Estados Unidos e como ela pode servir de espelho para outras nações – é pertinente negritar que no novo mundo os Estados Unidos tem o papel de defensor do capitalismo e suas práticas refletem a manutenção da ordem burguesa (FANON, 1979, p. 71).

Frantz Fanon (1979, p. 30-31, 44-45, 53), quando se debruça nas formas mais recentes de dominação colonial e em heranças no mundo independente, expressa pelo chamado imaginário colonial, é peça chave nesse debate. Fundado no individualismo social e político, esse imaginário colonial reflete nas práticas políticas das nações, já que o sul global é condicionado a se comparar aos dominadores e os elenca como métrica para seu desenvolvimento. A vida coletiva, neste caso, a participação política, é rejeitada. Para “equalizar o problema colonial” e acomodar os interesses das massas, as elites propõem formas alternativas de ação à organização massiva.

DESARTICULAÇÃO COMO RESPOSTA: IDENTIDADE E ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

Os movimentos sociais seguem trabalhando ativamente para mudar o quadro político no Brasil. Neste texto, eles têm um papel central para análise, especialmente de um dos grupos possuidores de menos voz e espaço: os negros. Na tentativa de devolver o que as favelas ofereceram para pessoas, existe um movimento forte de organização política e social no interior desses territórios. Ainda pouco registrado, Clóvis Moura (1981) aponta que, durante o período de ocupação colonial e escravidão, era possível enxergar um elevado grau de organização política de pessoas negras.

A branquitude reagiu para limitar a cidadania das pessoas negras. A fórmula foi um projeto de embranquecimento. O resultado dessa política foi a miscigenação da população brasileira, diz Florestan Fernandes (2008). Ainda a estrutura tenha se mantido configurada de tal modo a excluir os egressos do regime colonial², criou-se uma falsa noção de igualdade. A miscigenação foi um dos instrumentos para dissipar as organizações políticas e sociais de negros. O mito da democracia racial atenuou parte da resistência esperada para os novos problemas do negro, de acordo com historiadora Emília Viotti da Costa (2007, p. 365-368).

A miscigenação dificultou a formação da identidade dessa “nova” população negra³. Ela foi um dos maiores obstáculos para a articulação política, em contraste com

2 A sociedade capitalista substituiu os obstáculos para inserção do negro na nova ordem social. Não existia possibilidade de locomoção entre as classes sociais (FERNANDES, 2008, p. 8).

3 Nova porque agora foi constituída sob a miscigenação e não mais das relações entre o próprio povo

o crescimento contínuo dos quilombos no passado. Por outro lado, o mito da democracia racial também foi um aglutinador contemporâneo de luta para o movimento negro capitalizar sua organização e unir sobre os militantes a partir de uma pauta única e basilar⁴ (COSTA, 2007, p. 382-384).

Nas entrevistas realizadas, a falta de identidade aparece como fator latente para organização. Uma delas conta que só se descobriu negro, de fato, na universidade. “Na periferia, ser negro é ser retinto”, disse quando perguntado sobre sua trajetória de militância. Foi atribuída às cotas raciais um papel central para esse processo⁵. Isso é explicado porque as cotas assumem que o poder público está pensando as assimetrias raciais enquanto política pública. É reconhecido enquanto problema de Estado. Há um estímulo para os indivíduos neste limbo, do não lugar racial, se posicionarem.

Antes da criação das cotas raciais, as sociais foram uma maneira também de desistir o debate racial. A intenção aqui não é dissociar o debate de raça e classe⁶, mas é inegável que uma parcela de políticos e gestores públicos utilizaram a existência das cotas sociais para deslegitimar as cotas raciais no debate público. O primeiro dos entrevistados foi quem levantou esse debate, de acordo com ele, “por não entender a história do surgimento das favelas e do próprio país, o Estado brasileiro criou para a população uma dicotomia entre racial e social”⁷.

Os referenciais políticos são motores para o reconhecimento enquanto negro e sujeito político, concomitantemente. Ainda que justificassem a falta de referenciais na política, a maior parte dos entrevistados citou figuras da política institucional como suas inspirações para se organizar. O primeiro nome lembrado foi o da deputada federal Benedita da Silva (PT). Primeira senadora negra do Brasil, uma liderança disse que a deputada “foi o princípio de tudo em termos de mulher na política”. “Sempre foi o maior exemplo, é a maior referência”, completou⁸. Outro nome citado por todos os entrevistados foi o da vereadora Marielle Franco (PSOL). Liderança da CUFA, o entrevistado lembrou

negro.

4 O Dia da Consciência Negra é um dos exemplos mais apropriados, criado nos anos 1970.

5 Entrevista com liderança do PSOL, 23 de abril de 2020.

6 O capitalismo brasileiro se estrutura a partir da exploração racial. São questões conexas.

7 Entrevista com liderança da Central Única de Favela – CUFA, 15 de abril de 2020.

8 Entrevista com liderança da Frente Favelas Brasil, 20 de abril de 2020.

que “Marielle foi uma das parlamentares que melhor nos representou sob todos os aspectos e pontos de vista desse quadro *sui generis*”⁹.

Certamente, a vereadora foi um dos maiores referenciais políticos contemporâneos para os povos marginalizados. O foi motor da participação de muita gente que conseguiu se ver através da proeminência de Franco no debate público. A liderança da Frente Favelas Brasil frisou que “quando começa pipocar Marielle e Dani Monteiro, mulheres que frequentavam os mesmos lugares que eu, falando sobre política, isso me motivou à militância, a me colocar de maneira mais exata”.

Além de um grande referencial, Franco se tornou um marco na história política do Rio de Janeiro. Embora seu nome tenha alcançado todo o Brasil, a vereadora transformou, particularmente, o curso político do Rio de Janeiro. “Perder a Marielle Franco foi um balanço, rompe um ciclo, mas abre um mar de opções”, diz uma das entrevistadas¹⁰. O assassinato de Marielle não mudou as estruturas políticas do estado. Mas apresentou a política como espaço a ser disputado pelas pessoas de periferia. Ela não só foi uma figura política, hoje ela representa uma ideia de participação política negra.

MILITARIZAÇÃO, VIGILANTISMO E NECROPOLÍTICA

A violência é um problema duplo para os militantes negros das periferias do Rio de Janeiro. Primeiramente, porque suas vidas estão ameaçadas enquanto pessoas negras, rotineiramente vitimadas pelas altas taxas de letalidade policial e pelos números de homicídios. Dos 5956 homens assassinados no Rio de Janeiro em 2019, 4650 eram pretos ou pardos, de acordo com o Atlas da Violência¹¹. Por outro lado, porque são vozes dissonantes do pacto da branquitude e da dominação de classe promovida pelas elites políticas e econômicas no Brasil. Os donos do poder definem quem tem o direito de viver.

Achille Mbembe (2016, p. 128-132, 146), filósofo e cientista político, ajuda desenrolar essas relações de poder entre o Estado e os grupos subalternos. Essa divisão

9 Entrevista com liderança da Central Única de Favela – CUFA, 15 de abril de 2020.

10 Entrevista com liderança da Frente Favelas Brasil, 20 de abril de 2020).

11 Atlas da Violência, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: < <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/> > Último acesso em: 17/10/2020, às 19h37.

entre grupos e subgrupos, feita pelas elites através do poder estatal, é uma expressão do racismo. A dominação do outro é o que viabiliza o exercício do poder e é a práxis política ocidental. É o método de atuação e perpetuação do Estado e das elites. A atuação do Estado moderno foi baseada na constituição da soberania e fundada na morte como delimitação política.

A assimilação do massacre com a burocracia, constituem a necropolítica, de acordo com Mbembe (2016). Ela é quem define os que devem morrer em nome da unidade nacional. Os inimigos da nação. Essa visão, anti-estrangeiro (xenófoba), que vê o outro como atentado da sua existência, é uma das características constituintes da soberania moderna colonial. A necropolítica consiste em subjugar a vida ao poder da morte. Morte como critério da prática política.

Negros, pobres e favelados são lidos como a classe perigosa. A Doutrina de Segurança Nacional aliada a militarização da segurança pública no Rio de Janeiro, usada para combater inimigos internos (inimigos da nação, conforme Mbembe), é utilizada para criminalização e controle de pessoas e territórios. O extermínio é construído como prática política da segurança (RIBEIRO; DIAS; CARVARLHO, 2008, p. 7-8).

O Rio de Janeiro não é a única região onde se presencia casos de violência política. Mas, diferente do norte e nordeste, os casos são praticados em regiões urbanas dominadas por grupos criminosos. Via de regra, não são encomendas de autoridades, ruralistas ou empresários. São praticados diretamente pelos grupos auto interessados em influenciar o sistema político e as políticas públicas. Existe uma ação positiva, no sentido de querer gerir o processo político. Diferentemente dos atores que usam a violência para veto da ascensão dos grupos sociais rivais ou subordinados, a intenção é construir um novo ambiente político.

Às 6 horas, do dia 20 de abril de 2020, começava uma operação policial no Complexo do Lins, segundo relatado por uma liderança. Em seu depoimento¹², foi apontado como determinada atividade é rotineira na vida dos moradores das periferias. De acordo com os dados do Fogo Cruzado, laboratório digital de registro dos dados sobre a incidência de

¹² Entrevista com liderança do Complexo do Lins, 20 de abril de 2020.

violência no estado do Rio de Janeiro, existem dois registros em veículos de notícias¹³ que convergem com o testemunho.

Apesar da pandemia de Covid-19, a Polícia Militar realizou uma operação contra o tráfico de drogas em territórios da capital fluminense. O livre exercício da cidadania e da vida social é comprometido pelo pretexto de combate ao crime organizado. As pessoas têm seus direitos básicos cerceados pelas forças policiais, no sentido social e no político, além da tutela relativa ao direito de locomoção pelo tráfico.

A situação ficou mais problemática após a instalação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs): “é desafiador fazer uma ação contra a violência policial, porque no caso do Lins ainda existe uma UPP ativa”¹⁴. É perceptível que a vigilância é rotineira na inferior das favelas, ainda mais as que tem uma unidade da polícia. A possibilidade de expressão política e a construção sistêmica de redes de resistência à violência policial são limitadas. Em outra ocasião, ouviu-se que, “muitas vezes, você deixa de fazer [política] na sua localidade e vai fazer fora”¹⁵.

O policiamento ostensivo militariza a vida das pessoas. Migram-se as resoluções de conflito, muitas vezes baseadas em regras estabelecidas pelo crime para mitigar a violência interpessoal, para a polícia. Mas ela não tem como não tem como objetivo, competência ou treinamento formas alternativas à violência.

É uma ilustração do vigilantismo na América Latina. Por meio de uma fachada de controle da criminalidade, os territórios são militarizados para controlar os grupos sociais demandantes de alterações substanciais no sistema. O vigilantismo, diz Martha Huggins (1992, p. 21, 24, 27), serve para controlar grupos cívicos que ameaçam a ordem. Está ligado às heranças autoritárias do Estado.

É necessária a ação repressiva policial contra a sociedade civil para garantir a lealdade nacional ao capitalismo internacional. Todas as iniciativas que desafiem o sistema político e econômico devem ser reprimidas. Revoltas nacionais ou o reformismo radical

13 A API do Fogo Cruzado está disponível em: < <https://api.fogocruzado.org.br/ocurrences> >. Último acesso em: 10/08/2020 às 8h33.

14 Entrevista com liderança do Complexo do Lins, 20 de abril de 2020.

15 Entrevista com liderança da Frente Favelas Brasil, 20 de abril de 2020.

é encarado como desafios para o crescimento econômico pelas elites estrangeiras que investem no país. O vigilantismo é central na América Latina por permitir a segurança aos negócios do capital estrangeiro (HUGGINS, 1992, p. 28-29).

Nem sempre os casos são de violência física explícita. Um dos militantes conta que agora o “policial passa na frente da tua casa te ameaçando diariamente, meio que te dando uma enquadrada”. Antes, a polícia tinha que subir o morro para atuar. Hoje, eles já estão lá: seja por meio das UPPs como pelas milícias. As histórias de violência política se multiplicam, uma delas revelada pela pessoa entrevistada:

Tem um líder comunitário que a esposa dele tinha uma lojinha onde ela fazia unhas e a polícia parava a viatura na porta fechando o acesso à loja, fizeram isso até ela desistir da loja dela. Ou seja, tem um impacto também na economia, é uma afronta o que eles fazem com a gente porque eles sabem que a gente está discutindo segurança pública, que a gente sabe que aquilo que eles fazem de errado precisa ser repudiado [...] se a gente mostra os policiais que estão fazendo algum tipo de violação dos direitos humanos, a gente fica exposto porque o Estado não está lá para nos garantir. Porque o único braço do Estado que chega lá é a polícia¹⁶.

O policiamento e a disciplina fundamentam a dominação do Estado sobre os corpos racializados. A vida é militarizada sob a justificativa de “generalização da insegurança”. Os territórios têm uma dominação absoluta através da necropolítica, resultando em vigilância, controle, separação e reclusão. O necroterror é também uma prática dos Estados nacionais colonizados, conforme o genocídio praticado por Israel contra o povo palestino (MBEMBÉ, 2016, p. 136-137, 141).

MILÍCIAS, MEDO E VIOLÊNCIA POLÍTICA

É bem verdade, conforme Gabriel Feltran (2010, p. 209), onde o tráfico funciona como tribunal, é observável o crescimento da violência interpessoal com o objetivo de dominação dos territórios. Entretanto, existe um nível de previsibilidade, até de accountability no sentido mais duro da palavra (BOVENS; SCHILLEMANS; GOODIN, 2016, p. 1-4). A responsabilidade policial é mais forte com os gestores públicos do que com a população periférica. Os representantes chancelam e demandam um comportamento ostensivo.

16 Entrevista com liderança do Complexo do Lins, 20 de abril de 2020.

Pesquisas apontam para a demanda das organizações criminosas de reduzir a violência dentro dos territórios e adotar métodos pacíficos de resolução de conflitos. Segundo Feltran (2018, p. 34-45), o Primeiro Comando da Capital (PCC) adota a paz como princípio nas suas relações. O PCC agiu, deliberadamente, para reduzir a violência nos presídios e nas conexões criminosas. A partir de um código de conduta, os autodenominados “irmãos” resolvem os conflitos pacificamente, em toda a cadeia que envolva o crime, inclusive suas famílias e os territórios de periferia em São Paulo. Os conflitos são trazidos para intermediação de um terceiro para que se atenuem as mortes e sejam resolvidos no diálogo, na medida do possível.

O tráfico está interessado em fazer o controle do território para não ser surpreendido por gangues rivais ou por operações policiais. Diferente de grupos milicianos, não existe uma interação estruturada com autoridades políticas. Desmond Arias (2013, p. 268), a partir de pesquisas de campo, diz que o tráfico controla uma parte das iniciativas da sociedade civil, detém pouca interferência nas eleições e quase nenhum poder de ditar a formulação de políticas públicas.

Os grupos armados paramilitares conseguem um ter interferência mais direta na política do Rio de Janeiro. Eles são agentes políticos. Controlam, hegemonicamente, os grupos cívicos e mobilizaram atores armados. De acordo com Arias (2013, p. 268), controlam diretamente as eleições e tem alto poder de influência nas políticas públicas locais. Boa parte disso, publicamente. Após alguma repressão, notadamente fruto da CPI das Milícias, no entanto, existem processos clandestinos de interação com o Estado. Dependem do apoio do Estado nacional (HUGGINS, 1992, p. 27).

O Estado migra a violência formal contra opositores e agentes subversivos para as milícias. Em nome da lei, da ordem e da segurança, grupos paramilitares, com integrantes das forças policiais de folga, assinam pessoas. Com uma visão ultradireitista, as milícias executam opositores do regime local e alimentam o vigilantismo (HUGGINS, 1992, p. 18, 21).

Nas regiões com baixa presença do Estado, sem políticas sociais de redução das desigualdades sociais, os grupos armados assumem o controle das áreas e atuam como agente estatal. Eles não se absterem do relacionamento com autoridades, mas usam-nos como legitimadores da sua presença na política formal: ocupando cargos públicos por

indicação ou pela via eleitoral (ARIAS, 2013, p. 267). Uma liderança, residente de uma área controlada por milícias, diz que eles constroem espaços políticos próprios na região¹⁷. Eles centralizam e burocratizam a repressão e o controle interno (HUGGINS, 1992, p. 31).

Uma das razões do sucesso das milícias é justamente seu envolvimento com o Estado. A partir de uma revisitação do relatório da CPI das Milícias, onde foi apontado uma profunda relação com candidatos e legisladores eleitos, a conclusão inicial atribuiu a ele um caráter de projeto político que explica sua expansão no Rio de Janeiro.

Os territórios urbanos com controle de organizações criminosas são micro espaços de ordem política à parte do Estado Democrático de Direito. Em função disso, muitas das lideranças vão buscar espaço para militância fora de sua área de domicílio¹⁸. As regiões dominadas pelo crime estimulam líderes a militarem, sobretudo, na Zona Sul. E dificulta a vida daqueles que resistem para militar nessas localidades. Desmond Arias (2013, p. 267) alerta que quanto mais as organizações criminosas conseguem centralizar o poder sob seus líderes, mais controlam as atividades políticas.

Os riscos nos territórios são ainda maiores quando não se pertence a eles. Fica perceptível que é preciso observar as linguagens sociais de cada região. O perigo é com o crime, milícias e tráfico, mas também do Estado. Por esse motivo, as lideranças comunitárias têm um papel fundamental na organização da política estadual, pois são elas que abrem um canal de diálogo no interior dos territórios e que estão fazendo a política na ponta. Uma delas conta que:

Esse caminho é perigoso, quem compra essa briga de militar, ainda mais depois de Marielle, toma muito cuidado. Eu gostaria muito de ter mais liberdade para falar, para fazer, mas não há. Deve-se fazer tudo com muito cuidado e muito respeito aos códigos que cada território tem [...] cada território tem seu código, se você não souber o código, você não adentra¹⁹.

Todos os entrevistados afirmaram sentir medo de militar em determinadas regiões. A morte de Franco cumpriu o papel de criar o ambiente de impedimento do livro

17 Entrevista com liderança da Frente Favelas Brasil, 20 de abril de 2020.

18 Entrevista com liderança do PSOL, 23 de abril de 2020.

19 Entrevista com liderança da Frente Favelas Brasil, 20 de abril de 2020.

exercício da cidadania. O tráfico, de um lado, tem o intuito de minar as posições supervisadas ocasionadoras da perda de controle territorial. Por outro, as milícias objetivam atenuar as iniciativas que minem seu controle político local. A morte de Marielle desnudou a violência contra as lideranças, mas não é uma novidade em si. A ideia foi passar um recado a outros nomes. Um deles narra que:

Estou nesse exato momento, conversando com você, na sala da minha casa, preocupado com a minha janela aberta. E isso é o tempo todo, principalmente depois do que aconteceu com ela [Marielle]. Passou a ter uma cara, esse cabelo te entrega, esse brinco te entrega, o jeito de você andar pode te entregar²⁰.

Depois da entrevista, via mensagem no *WhatsApp*, o entrevistado explicou que “onde moro agora é área de milicianos, por isso o cuidado com a janela”. Na mensagem seguinte, lembrou que “eles têm candidato próprio, por isso tive receio de me candidatar nessas eleições”, ainda que tivesse se organizado para candidatar-se para essa legislatura municipal, como afirmou nas entrevistas²¹.

Da morte da ex-vereadora à vitória do presidente Jair Bolsonaro, a violência com política é tensionada publicamente. Essa foi a nova roupagem ganhada: a publicidade. São duas intenções. Primeiramente, evitar que as lideranças continuem seu trabalho plenamente, conforme narra um militante:

[...] eu tive uma prova retuitada no Twitter do Bolsonaro, né, em que eu utilizava a música masculino e feminino do Pepeu Gomes: ‘ser um homem feminino não fere meu lado masculino’; para falar de gênero e desconstruir a ideia de gênero, e ele repostou essa prova no Twitter dele, foi algo muito complicado na minha vida, tive minha cabeça a prêmio [...] A gente começa a receber recados na escola pública onde a gente trabalha²².

Em segundo lugar, como explícito no relato, a partir desse ambiente de hostilidade, a finalidade é legitimar outros atores a se colocarem no debate público contra essas lideranças. Ao fazer um debate sobre transexualidade com Indiararae Siqueira²³, um

20 Entrevista com liderança da Frente Favelas Brasil, 20 de abril de 2020.

21 Entrevista com liderança da Frente Favelas Brasil, 20 de abril de 2020.

22 Entrevista com liderança da PSOL e candidata a vereadora, 23 de setembro de 2020

23 Pessoa trans, com notória atuação pelos direitos dos LGBTQIA+. Fundou a CasaNem – casa de acolhimento para LGBTQIA+ em situação de vulnerabilidade social. Hoje é “candidata a vereadora” pelo Partido dos Trabalhadores.

grupo de pais e professores procuraram o Ministério Pública para denunciar a professora entrevista. Outra, contou ser perseguida no trabalho após se juntar às manifestações contra o presidente Jair Bolsonaro e pela memória da Marielle Franco²⁴. Encontram-se aqui, o projeto conservador e miliciano, como produtores desse ambiente de insegurança política.

O medo opera como construção do significado de ser liderança política. Perpassa a vida dos militantes de modo transversal. Como diz Alba Zaluar (2019, p. 10), o medo compromete a disposição para luta política e cria “danos subjetivos” maiores, muitas vezes, do que físicos. As lideranças se mostram disponíveis para luta a medida em que a violência se acirra, mas agora estão apostando em maneiras alternativas para atenuar sua exposição política. Com destaque para aquelas envolvidas diretamente com a pauta de segurança pública e justiça no Rio de Janeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política contemporânea, como sinal de civilidade dos conflitos democráticos, prezou pelo banimento da violência dos espaços políticos. Existiu, em certas medidas e em relação a grupos socialmente privilegiados, um apreço pelos meios dialógicos de fazer política. Quer dizer que se estendeu a toda população? Não. Parcelas da sociedade continuaram desassistidas pelo poder público. E, pior, desconsiderou-se o papel da violência na qualidade democrática e nos direitos políticos dos oprimidos. A ideia do artigo é avançar numa agenda de pesquisa qualitativa, em colaboração aos estudos quantitativos mais recentes.

Este trabalho está sendo desenvolvido para uma pesquisa mais ampla de mestrado. Portanto, é produto dos primeiros resultados de pesquisa. A principal contribuição às ciências sociais é trazer uma pesquisa qualitativa para o campo da violência. Centrando o olhar, neste caso, da “vítima”. A possibilidade é de enxergar as novas estratégias antirracistas adotadas pelo movimento negro. Bem como, utilizar a visão do oprimido para radiografar os grupos criminosos que vem se colocando como agentes políticos.

Com uma visão altamente conservadora, grupos milicianos agem ativamente para silenciar a sociedade civil. O medo é usado como ferramenta para efetivação do espaço

24 Entrevista com liderança do PSTU, 12 de outubro de 2020.

micropolítico de dominação. O vigilantismo se constitui, assim como em outros países da América Latina (notadamente Colômbia e México), como forma do Estado de conter ofensivas ao capitalismo transnacional em que o Brasil está inserido. Uma agenda de pesquisa pouco explorada pela ciência política. A violência é empregada como recurso político para conquista de poder.

O vigilantismo é uma migração da falha tentativa de embranquecimento da população. Mas também a continuidade do projeto de extermínio da população negra. Está fundado, sobretudo, nas heranças autoritárias do Brasil. É uma concessão – para a democracia liberal não ser ameaçada – do monopólio da violência aos grupos paramilitares, conforme escreve Martha Huggins (1992, p. 27-29).

Qualquer análise da democracia brasileira deve colocar sublinhar: a liberdade de expressão de uma parcela numerosa da sociedade é permeada por uma ameaça constante da criminalidade organizada. Outra parte, tem seus direitos ameaçados pelas políticas fracassadas de segurança pública que militarizou as cidades. Os pretos, pardos e mais pobre vivem à margem do Estado Democrático de Direito.

A tentativa de institucionalização da violência, onde o monopólio ficaria a cargo do Estado, foi mal sucedida. Idealizada, essa não foi a opção prática estatal. Foi intencional distribuir e legitimar grupos criminosos para fazer o controle de grupos potencialmente subversivos. O consenso sempre foi o horizonte para acomodação dos conflitos raciais e de classe, não para a construção de paz nas disputas.

REFERÊNCIAS

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; GOODIN, Robert. *Public accountability*. The Oxford Handbook of Public Accountability. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 1-20.

CAMPOS, Luiz Augusto de S. C. de; MACHADO, Carlos. *O que afasta pretos e pardos da representação política? Uma análise a partir das eleições legislativas de 2014*. Revista de Sociologia e Política (UFPR. Impresso), v. 25, p. 125-142, 2017.

COSTA, Emília Viotti da. *O mito da democracia racial no Brasil. Da Monarquia à República: momentos decisivos*. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007 [1998], p. 367-386.

DAHL, Robert A. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997, p. 25-37. (Capítulo 1: “Democratização e oposição pública”).

FANON, Frantz. Da violência. In: *Os Condenados da Terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FELTRAN, Gabriel. *Irmãos: uma história do PCC*. 1ª ed: São Paulo; Companhia das Letras, 2018.

FELTRAN, Gabriel. *Margens da política, fronteiras da violência: uma ação coletiva das periferias de São Paulo*. Lua Nova, 79, p. 201-233, 2010.

FLORESTAN, Fernandes. *A integração do negro na sociedade de classes*. 5. ed. São Paulo: Global.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. 1ª ed. Lisboa: Antígona, 2014.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*- biopoder, soberania, estado de exceção política da morte*. Arte & Ensaios, revista do ppgav/eba/ufrj | n. 32 dezembro, 2016.

MOURA, C. *Rebeliões da senzala – a questão social no Brasil*. 3 ed. São Paulo: Lech Livraria Editora Ciências Humanas, 1981a.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. (Capítulo XX -item 4: “Em busca de uma definição”, XXXI: “A doutrina clássica da democracia”, e XXII: “Outra teoria da democracia”, p. 297-344).

ZALUAR, A. *Os medos na política de segurança pública*. Estudos Avançados, v. 33, n. 96, p. 5-22, 2019.

Apresentação oral

**A QUESTÃO CRIMINAL NO ESTADO NEOLIBERAL BRASILEIRO:
APONTAMENTOS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA DIANTE DO
ESTADO DE EXCEÇÃO**

*THE CRIMINAL ISSUE IN BRAZILIAN NEOLIBERAL STATE: NOTES OF
CRITICAL CRIMINOLOGY ON STATE OF EXCEPTION*

João Vitor Lovato Sichieri

Mestrando em Direito na Universidade Estadual Paulista
Júlio de Mesquita Filho – UNESP;
E-mail: joaolsichieri@gmail.com

Felipe Gomes Mano

Advogado criminalista. Membro Associado do IBCCRRM;
Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca – FDF;
E-mail: felipegmanoadv@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo estudar a forma com que a questão criminal – em sua escala macroscópica, envolvendo a dogmática e a política criminal – é interpretada e aplicada nos espaços institucionais do Estado brasileiro atualmente, Estado este profundamente afetado pela ideologia neoliberal e analisado sob o ponto de vista da teoria crítica. Para isso, buscou valer-se de uma Teoria do Estado de bases críticas que encontra na organização político-econômica neoliberal o fator decisivo no fenômeno da criminalização de condutas e de grupos sociais específicos. Partindo de estudos condensados no âmbito da criminologia crítica, busca pelo método hipotético-dedutivo comprovar que a solução do entrave existente entre criminologia e segurança pública não passa pelo incremento das políticas penais expansionistas nem pela mera conquista de garantias pontuais contra o poder punitivo estatal, mas depende antes de uma reformulação crítica do modelo de Estado adotado, onde então outro modo de produção e distribuição da riqueza e dos demais capitais produzidos socialmente tornará possível a mínima pacificação social que almeja o direito. Defende ainda que tal transformação, necessária e inevitável diante

do fracasso do modelo neoliberal, não encontra mais no garantismo constitucional-liberal uma possibilidade de concretização, indicando que somente através do manejo estratégico deste sistema com vistas a abolição das formas jurídicas repressivas atuais pode representar verdadeiro avanço democrático e humanitário na seara penal e processual penal.

Palavras-chave: neoliberalismo; criminologia crítica; estado de exceção; teoria crítica; teoria do Estado.

Abstract: This article aims to study the way in which the criminal question – in its macroscopic scale, involving dogmatic aspects and criminal policy – is understood and applied in the institutional spaces of the Brazilian State today, a State deeply affected by neoliberal ideology and analyzed under the point of view of the critical theory. Therefore, it sought to use a critical State Theory that finds in the neoliberal political-economic organization the decisive factor in the phenomenon of the criminalization of behaviors and specific social groups. Starting from studies in the scope of critical criminology, intends through the hypothetical-deductive method prove that the solution of the obstacle between criminology and public security does not involve the increase of expansionist criminal policies or the conquest of specific guarantees against the state's punitive power, but it depends on a critical reformulation of the State model, where another way of production and distribution of wealth and other share capital will make possible the minimum social pacification that the criminal law aims to achieve. It also argues that such a transformation, necessary and inevitable due to the failure of the neoliberal model, no longer finds in the constitutional-liberal guarantee a possibility of concretization, indicating that only through the strategic management of this system with the intention of abolishing the current repressive legal forms can represent true democratic and humanitarian progress in the criminal field.

Keywords: neoliberalism; critical criminology; exception state; critical theory; State theory.

1. A QUESTÃO CRIMINAL NO ESTADO DE EXCEÇÃO NEOLIBERAL

“A ciência pode ajudá-lo a tornar-se consciente de que todo agir, e naturalmente também o não agir, significa nas suas consequências assumir posição em favor de determinados valores [...]”

Max Weber

1.1 Dogmática penal e política criminal: desmistificando a neutralidade do direito

Para tratar da influência do modelo econômico e político neoliberal na questão criminal é preciso, primeiramente, situar em que dimensão metodológica se está a trabalhar. Não sendo novidade na pesquisa científica, a interdisciplinaridade necessária para a compreensão dos fenômenos criminológicos modernos assume aqui a forma de uma lente dupla cuja ausência impede a correta observação da realidade.

Valendo-se da criminologia crítica e da teoria crítica de traços frankfurtianos¹, o que se busca é unir estes dois prismas para entender de que maneira a questão criminal é atravessada pelos imperativos econômicos e comprovar, se for o caso, que um novo modelo de Estado, mais democrático e popular que o adotado após as revoluções burguesas, é preciso para alcançar o fim último da criminologia – pacificação social de forma democrática e humana.

Antes de adentrar no debate, contudo, cumpre esclarecer qual o sentido que tal *questão criminal* assume aqui. Analisando o modelo repressivo adotado pelas sociedades ao longo do tempo, Eugenio Raúl Zaffaroni (2013) analisa o poder punitivo organizado ao redor do Estado através de *três* enfoques distintos: a visão dos acadêmicos, que é de onde parte este artigo; da chamada “criminologia midiática” (ZAFFARONI, 2013, p.199), que pode ser creditada ao senso comum daqueles e daquelas que pouco ou nada sabem cientificamente sobre as raízes e efeitos dos crimes, mas que dialogam com eles em vários aspectos de suas vidas; e dos mortos, que constituem a realidade mais palpável da transgressão e da perversão do direito.

Tal análise vai do início da compreensão de crime nas ditas sociedades tradicionais até as correntes atuais da recém autonomizada ciência da criminologia, atravessando discussões dogmáticas e remetendo principalmente a eventos político-sociais que

1 Apesar de problemática, a denominação genérica de autores e pensamentos heterogêneos como pertencentes a uma Escola de Frankfurt será adotada aqui para referir-se aos membros ligados ao Instituto de Pesquisas Sociais, notadamente Habermas, Rusche e Kirchheimer, que buscaram utilizar o instrumental marxista para repensar criticamente o modelo de Estado adotado nas repúblicas ocidentais do século XX e, com isso, colocaram à prova o direito e as instituições políticas burguesas como formas de emancipação.

são tratados no âmbito da política criminal. Esta segunda parte é a que nos interessa especificamente, embora tal divisão entre dogmática e política criminal não seja estanque.

Ainda que inexata, tal distinção é imprescindível para vencer o mito da imparcialidade do direito, notadamente no que diz respeito ao direito penal. Enquanto as leis e os institutos jurídicos formalmente positivados são estudados de maneira aparentemente isenta de ideologias pela dogmática jurídica, a ampla análise da política criminal é importante para ressaltar que todo ato humano, jurídico ou não, carrega em si uma carga valorativa que obedece a critérios turvos e buscam fins mais ou menos legítimos a serem alcançados pelo ordenamento.

Francisco Muñoz Conde, em precioso artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais ocupou-se de ressaltar o papel fundamental que a política criminal tem na aplicação do direito penal e processual penal, recheando as normas com valores políticos e contradizendo aqueles que pretendiam uma ciência jurídica alheia às influências subjetivas e universalmente aceita. Argumenta o professor que:

[...] una Dogmática basada sólo en pretendidos datos ontológicos podrá ser todo lo neutra ideologicamente que se quiera, pero el objeto de referencia de la misma, el Derecho penal, no lo es en absoluto, sino que, como el próprio Welzel reconoce, es el sector más ideologizado de todas las ramas del Derecho (MUÑOZ CONDE, 2013, p.102).

A política criminal, portanto, dita os valores que serão tutelados através da dogmática penal, evidenciando que elementos metajurídicos participam desse fenômeno. Essa relação, contudo, passa a ser problemática quando os fins declarados do direito penal e do próprio Estado, justificados como interesse público limitado por parâmetros constitucionais, não correspondem verdadeiramente àqueles que são aplicados no exercício do poder repressivo (POULANTZAS, 2019) e principalmente quando tal exercício não encontra mais fundamento democrático-popular, mas é tomado de assalto por imposições casuísticas e utiliza-se dos preceitos dogmáticos para conferir a uma ordem ilegítima o respaldo da legalidade.

Prosseguindo com a questão, Muñoz Conde ressalta a vulnerabilidade que o direito penal possui em relação aos desmandos ocasionais oriundos da política criminal, pois o mesmo instituto que em um modelo estatal representa garantia, em outro pode significar

a violação de direitos básicos e a defesa de um ideal fascista. Conclui o professor ao tratar de *qual* política criminal está a orientar o Estado que:

[...] éste es un problema que, desde luego, no puede ser resuelto si no se tiene en cuenta el modelo de Estado y de sociedad en el que esa Dogmática se utiliza. Por eso, hay que ser muy cauteloso también al concebir la Dogmática jurídico penal sólo como una 'gramática universal' que puede ser empleada en cualquier tiempo y lugar, lo mismo en el Estado Social y Democrático de Derecho que en el Estado nacional-socialista, porque esto, aparte de ser bastante utópico, puede ser también muy peligroso y servir de legitimación de cualquier Derecho penal, incluido el del nacional-socialismo o el de las dictaduras fascistas [...] (MUÑOZ CONDE, 2013, p.108).

Cabe aos teóricos do direito considerar a dogmática penal sempre através do filtro da política criminal e dos reais interesses tutelados pela norma, com vistas a compreender *qual direito se quer* e principalmente *qual o direito realmente operante* por trás da forma jurídica abstrata.

É o que faz, por exemplo, Juarez Cirino dos Santos em suas lições sobre a parte geral do direito penal brasileiro, quando introduz o assunto dividindo os objetivos do direito penal em dois: os *declarados* formalmente e os *reais* (SANTOS, 2012, p.6). Os segundos, de acordo com o autor e conforme será melhor delineado no segundo capítulo, representam em grande medida os interesses de classe disfarçados sob a forma jurídica aparentemente neutra, permitindo que o manejo do aparato policial do Estado se dê distorcidamente diante da relação entre *detentores privilegiados do capital* e *despossuídos que sobrevivem vendendo àqueles sua força de trabalho*. Segundo o autor:

[...] o Direito e o Estado não se limitam às funções reais de instituição e reprodução das relações sociais, exercendo também funções ilusórias de encobrimento da natureza dessas relações sociais, em geral apresentadas sob forma diversa ou oposta pelo discurso jurídico oficial (SANTOS, 2012, p.7).

Para ilustrar essa relação é possível utilizar estudos de caráter eminentemente dogmático que não se furtam, todavia, à compreensão da realidade prática que envolve a questão. Em recente comentário à Lei nº 13.964/19, conhecida como Lei Anticrime, o professor de criminologia Salo de Carvalho tratou do aumento do limite máximo das penas privativas de liberdade à luz do princípio penal da proibição do retrocesso, instrumento previsto e estudado pela dogmática penal no âmbito internacional. Ao fazê-lo, tratou também do ambiente institucional e político em que tal reforma legislativa se deu no

Brasil, atentando o leitor para elementos próprios da política criminal que são tão ou mais didáticos para entender o equívoco de tal aumento de pena. (CARVALHO, 2020).

Contudo, uma análise ainda mais completa da questão envolvendo esta lei não pode restringir-se a aspectos pontuais da política criminal. É preciso uma análise sistemática das raízes midiáticas e econômicas que fizeram com que tal recrudescimento das penas fosse possível e desejável. Daí a importância de casar o estudo criminológico de um fenômeno aparentemente isolado com o contexto em que surgiu e os reais interesses que lhe dão sustentação, sob pena de diagnosticar o equívoco mas não ter instrumento crítico suficiente para evitá-lo.

O formalismo jurídico atua de maneira distorcida também no plano constitucional. Concebida por Hans Kelsen e adotada como a norma hierarquicamente superior do ordenamento (DALLARI, 2013, p.201), a Constituição idealizada para servir de limite à atuação dos poderes constituídos hoje dá mostras de que não consegue, por si, conter nem mesmo a força dos poderes ocultos do mercado. Normas expressamente previstas são flexibilizadas para atender aos interesses pontuais, justamente o oposto de sua função originária (CASARA, 2017, p.62). Tal fenômeno ocorre em grande parte das democracias ocidentais, não sendo diferente no Brasil, país dependente e cujas influências neoliberais são decisivas na formulação de qualquer política pública.

Portanto, muito além do plano criminológico, a questão criminal remete também aos estudos de uma Teoria do Estado que se torna cada vez mais necessária para a compreensão – e a superação – do modelo punitivo que vigora hoje na maior parte das democracias liberais. O descompasso entre o discurso ideologicamente propagado e o real funcionamento do direito penal se insere como um dos efeitos da excepcionalidade institucional e política vigente nas democracias liberais modernas, notadamente no Brasil, onde a transgressão do jurídico é a regra – mas somente uma parte específica dos transgressores é criminalizada. É nesse sentido que Pachukanis (2017, p. 172) asseverou que “os interesses de classe imprimem a marca da especificidade histórica a cada sistema de política penal”.

2.2 Estado de exceção neoliberal: a forma jurídica da hipocrisia

Diversos pesquisadores das ciências sociais concordam que o modelo de Estado teorizado pelo Iluminismo e parcialmente concretizado após a Revolução Francesa perde fôlego diante do modelo globalizado que vigora hoje. A ideia de um Estado-nação pautado na legalidade, que limita o exercício do poder através da separação dos poderes e do sufrágio universal parece cada vez mais ultrapassada diante da franca ascensão do modelo econômico-político neoliberal, que passa ao largo das instituições democráticas e prescinde de legitimidade popular para positivar seus dogmas (DE GIORGI, 2017).

A corrente contratualista, capitaneada por Hobbes, Locke e Rousseau (DALLARI, 2013), cujos preceitos ainda são direta ou indiretamente utilizados para legitimar um suposto acordo consciente entre os cidadãos a respeito das regras jurídicas, já não basta para explicar o funcionamento dos Estados modernos. O liberalismo clássico, que figurou como resposta ao absolutismo, se transformou junto com o modelo produtivo capitalista e passou a defender uma liberdade individual puramente mercantil, ignorando a eterna prisão que constitui a vida de quem não tem posses e passando a legitimar o aprisionamento destes².

O desenvolvimento desigual das forças produtivas ao longo das últimas décadas e o acirramento da luta entre as classes sociais fizeram com que o já desigual modelo liberal-burguês assumisse no final do século XX sua face mais extrema: o neoliberalismo.

Conceituar o neoliberalismo e sua influência na questão criminal brasileira é premissa básica para pensar a criminologia na atualidade. Compreendido muito além do aspecto econômico, o termo representa um novo modo de pensar e de produzir conhecimento, determinando os rumos da política e exercendo influência em todos os âmbitos da racionalidade moderna (DARDOT; LAVAL, 2016). Sobre o tema, Rafael Valim (2017) afirma que a racionalidade neoliberal:

2 É nesse contexto que De Giorgi (2017, p. 43-47), seguindo as proposições de Marx, contextualiza o surgimento da prisão no momento em que há a subsunção real do trabalho ao capital, a constituição do trabalho abstrato que separa o capital do real produtor das mercadorias. Diante disso, o sistema prisional é visto como uma extensão da fábrica, destinada a reproduzir a ordem necessária ao ambiental laboral.

[...] traduz um dispositivo de natureza estratégica que propugna uma sociedade individualista, altamente competitiva, cujas pulsões são falsamente satisfeitas através do consumo e cujos juízos são construídos em um ambiente marcado pela espetacularização [...], tendo como pano de fundo o embuste da 'meritocracia' em sociedades profundamente desiguais (VALIM, 2017, p.41-42).

Esse novo paradigma social subverte o modelo republicano pensado pela teoria clássica do Estado e transforma o mercado e seus imperativos no grande detentor da soberania, relegando ao povo o mero papel simbólico de escolher periodicamente aqueles e aquelas que somente representarão seus interesses naquilo que não colidirem com os interesses supremos do capital. Além de sustentar uma filosofia do sucesso pessoal às custas do social, o aprofundamento da liberdade individual – de alguns poucos – e o desaparecimento gradual do Estado de bem-estar social, ao arrepio da Constituição de 1988³, transformam, gradual e imperceptivelmente, a democracia em uma retórica vazia, fazendo com que a aparência de normalidade esconda o real apodrecimento do sistema político.⁴

Tal modelo, na visão do teórico italiano Giorgio Agamben – respaldada por Valim – constitui o novo padrão das sociedades capitalistas modernas, onde a exceção torna-se regra e o não dito fala mais alto que as palavras vazias da superfície. O autor italiano afirma que a repressão é um efeito nefasto desse modelo e que esta é:

[...] uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo (AGAMBEN, 2004, p.27-28).

O aprofundamento da desigualdade que esse modelo causa e a necessidade de manter a aparência de normalidade fazem com que os aparatos ideológicos e

3 A grande contradição entre os preceitos constitucionais e a lógica do neoliberalismo tornou necessária uma revisão sobre a forma pela qual o Estado Democrático se apresentaria, o que proporcionou a sua modificação de acordo com as exigências do capital neoliberal. Foi justamente esse processo que fez com que logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, seu texto fosse alterado, sofrendo com alguns vetos, reformas e emendas, praticadas por parlamentares e também pelo então presidente Fernando Collor, sempre no sentido de criar terreno fértil para o neoliberalismo (SAAD FILHO, 2018, p. 102).

4 Diante da limitação espacial que impede maior aprofundamento na conceituação do neoliberalismo, conferir: HARVEY, David. O neoliberalismo: história e implicações; DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.

repressivos sejam necessários para a manutenção do sistema econômico-produtivo, sendo fundamental o papel da mídia de massas e do direito penal do inimigo como instrumentos de normalização de tal situação excepcional (VALIM, 2017, p.43). A política criminal que emerge nesse modelo pouco ou nada tem a ver com o consenso social sobre os bens jurídicos que devem ser tutelados pela norma penal, funcionando irracionalmente e culpando os próprios espoliados pela decadência social causada pelo neoliberalismo.

Políticas de expansão do direito penal como resposta a crises econômicas estruturais são cada vez mais comuns nesse estado de coisas excepcional, criando-se um mito ao redor do suposto “combate à corrupção”⁵ para esconder que o verdadeiro gargalo da promiscuidade entre agentes públicos e interesses privados está no modelo econômico capitalista, que necessita desse tipo de relação patrimonialista para ditar os rumos favoráveis ao mercado (ZAFFARONI, 2007, p. 63-64).

Demonstrando a falácia do discurso do combate à corrupção, a pesquisadora estadunidense Wendy Brown revela que no neoliberalismo não é possível sequer diferenciar o interesse público do interesse privado:

The classical definition of political corruption refers to the sustained bending of the public interest to private interests and identifies it as is a disease almost impossible to cure once it has settled into the body politic.⁵¹ Such a meaning cannot be featured in neoliberal rationality, where there are only private interests, contracts, and deals and where there is no such thing as a body politic, public good, or political culture. Thus, while large corporations will obviously wield their financial might in the political sphere in pursuit of their own ends [...], this does not qualify as bending the public interest to private interests because, on the one hand, neoliberalism eliminates the very idea of the public interest and, on the other, corporations now have standing as persons whose speech is public and ‘all can judge its content and purpose’ (BROWN, 2015, p.169).

Isso, claro, se dá com o apoio massivo dos meios de comunicação privados que, além de lucrar com a espetacularização da política (CASARA, 2017, p. 158), conseguem

5 O discurso do combate à corrupção no Brasil, além de não atender aos estudos criminológicos que há muito desconfiam da expansão do direito penal para coibir condutas socialmente naturalizadas, confere a um poder independente como o Ministério Público uma influência nos rumos do Estado que não encontra respaldo Constitucional. Sua legitimidade, paradoxalmente ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, indica que a questão criminal tem subvertido a teoria constitucional clássica e escancara que o antigo modelo de controle de constitucionalidade encontra-se progressivamente mitigado pelos poderes políticos de ocasião. A esse respeito, conferir o capítulo 11 da obra de Rubens Casara (2017).

ainda manter seus vultuosos patrocinadores lucrando com um mercado cada vez mais influente na política.

A esse respeito, Noam Chomsky traz no seu livro “O que o Tio Sam realmente quer” (1999) uma exposição clara sobre como o expansionismo americano de caráter imperialista fez com que diversos Estados soberanos – ao menos na teoria – adotassem seus preceitos e utilizassem o direito penal interno para buscar objetivos que jamais passaram pelo escrutínio popular. As pretensões escusas de um agente internacional ou de um grupo com forte influência interna ditam a regra que será seguida por toda a sociedade sem que ela tenha anuído a isso – ao menos não racionalmente.

Talvez o maior êxito dos membros da já mencionada Escola de Frankfurt tenha sido compreender criticamente como essa invasão de interesses instrumentais tomou o Estado e fez com que a suposta racionalidade iluminista fosse capaz de produzir desastres humanitários como a ascensão do nazismo na Alemanha e do fascismo italiano. As propostas de emancipação variam de acordo com cada autor, mas o diagnóstico unânime é a necessidade de combater essa razão aparentemente neutra mas obediente a imperativos econômico-instrumentais para a superação do modelo repressivo e produtor de violências que vigora nas sociedades ocidentais desde o século passado. O filósofo e jurista brasileiro Alysson Mascaro sintetiza o pensamento da Escola de Frankfurt sobre a razão capitalista nos seguintes preceitos:

Assim sendo, em oposição às velhas formas exploratórias irracionais – o escravagismo, o feudalismo –, o capitalismo impõe a razão, conforme a própria narrativa do Iluminismo. Ocorre que a razão do capitalismo ainda é razão de exploração e dominação. A Escola de Frankfurt aponta os limites da própria razão e o imperativo de uma razão crítica, libertadora, que tenha por horizonte o socialismo (MASCARO, 2014, p. 518).

O suposto êxito iluminista de eleger a ciência e a razão como nortes da ação humana se mostrou insuficiente diante da ascensão do modelo capitalista, que trabalha justamente na falta de legitimidade de suas práticas e necessita constantemente da ilusão para continuar existindo. Assim, “a racionalidade da dominação da natureza mescla-se à irracionalidade do domínio de classes, e as forças produtivas desencadeadas estabilizam as relações de produção alienadoras” (HABERMAS, 2012, p.267).

Pensando essa (ir)racionalidade no âmbito criminal, Rafael Valim argumenta que no Brasil “o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado” (VALIM, 2017, p.45). E isso se dá, evidentemente, sem a devida correspondência científico-racional da criminologia, mas através da construção midiática ao redor do problema da segurança pública que elege culpados pontuais e exige mais repressão.

Um exemplo didático da dissociação entre racionalidade e política criminal é o caso da chamada “guerra às drogas”. Tal posicionamento repressivo em face de certos grupos sociais e condutas marginalizadas não encontra legitimidade no mundo real, tampouco produz efeitos socialmente desejáveis. Obedece à lógica do encarceramento em massa e busca através do proibicionismo encontrar uma solução penal a um problema crônico de raízes socioeconômicas e, quando muito, de saúde pública (VALOIS, 2019).

Em extenso estudo a respeito da política criminal de “combate às drogas”, desde seu surgimento nos EUA e sua recepção no Brasil, o juiz Luís Carlos Valois traça uma crítica contundente do modo arbitrário e irracional com que tal medida repressiva foi adotada, afirmando que as políticas públicas implementadas obedeciam a critérios econômico-culturais implícitos e distorcidos em relação ao discurso oficial. Falando sobre os interesses americanos que se espalharam pelo mundo globalizado sob o pretexto do suposto combate ao uso de drogas pela população, Valois afirma que:

A guerra às drogas fracassou, nunca se chegou perto de vencer e seria mesmo impossível vencê-la. Em verdade, a ênfase dada pelos EUA em acabar com a droga na fonte, isto é, nos países pobres, indica a sua própria descrença em evitar o consumo no interior de seu território. E se os EUA não acreditam poder vencer a guerra acabando com o seu consumo interno, a ênfase na guerra militarizada na América Latina não vem de uma crença renovada, mas de uma política de claro extermínio (VALOIS, 2019, p.529).

A imposição de valores não debatidos às claras, que privilegiam uma visão de mundo de “nós contra eles”, própria da ideologia punitiva que reina nos tempos neoliberais, constitui fator importante para compreender a questão criminal em sua totalidade. Importada de uma realidade diversa, é aplicada no cenário nacional visando o controle de corpos e mentes que não se inserem no mercado de trabalho.

Rubens Casara, ao tratar do que chama de Estado Pós-Democrático no Brasil, afirma o seguinte a respeito da relação entre neoliberalismo e ausência de reflexão – que

cabe em todos os ramos da vida social, mas especialmente na seara penal, dotada de preconceitos e de fundamental interesse para as classes dominantes:

[...] o neoliberalismo, que permitiu o surgimento do Estado Pós-Democrático, também pode ser apresentado como um 'capitalismo sem luvas', [...] sem direitos democráticos nem resistência, próprio de uma época em que as forças empresariais e financeiras, maiores e mais agressivas do que em qualquer outra época, normatizaram seu poder político em todas as frentes possíveis, tanto em razão da crença no uso da força, que se materializa a partir do poder econômico, quanto da ausência de reflexão, que permite a dominação tomando por base mensagens passadas pelos meios de comunicação de massa, pela 'indústria das relações públicas' (segundo o filósofo e linguista americano Noam Chomsky), pelos intelectuais orgânicos a serviço do capital e por outras instâncias que fabricam as ilusões necessárias para que o neoliberalismo e o Estado Pós-Democrático pareçam desejáveis, racionais e necessários (CASARA, 2017, p.32-33).

Assim, o paradigma neoliberal e o estado de exceção que vigoram atualmente fazem com que a criminologia, enquanto ciência que busca melhor orientar a política criminal na consecução de seus fins, tenha que se ocupar cada vez mais com os imperativos políticos e econômicos para que possa ser efetiva. A crescente distorção do modelo democrático impõe aos teóricos que se ocupam da questão criminal a tarefa de pensar, além dos fenômenos parciais, a totalidade do problema e a necessária superação desse modelo irracional e essencialmente autoritário, sob pena de se perder em pormenores e manter-se sempre refém de interesses que não se seduzem por dados empíricos, mas que verdadeiramente sobrevivem do arbítrio e deliberadamente optam pela barbárie.

Daí a necessidade da dupla lente metodológica para analisar a questão criminal no Brasil: somente uma criminologia atenta à (des)organização econômica e à (nova) organização do Estado consegue dar conta da hercúlea tarefa de responder ao anseio social por segurança pública sem cair na ideologia punitivista. Por isso a criminologia crítica, pensada a partir do marxismo e tida por muitos como anacrônica volta a ganhar terreno atualmente e representa potencialmente a melhor forma de análise da questão criminal em tempos neoliberais.

2. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E REFUNDAÇÃO DO ESTADO MODERNO

"O progresso é apenas a materialização de utopias"

Oscar Wilde

2.1 O mal pela raiz

Uma das obras pioneiras no âmbito daquela que mais tarde seria denominada criminologia crítica é “Punição e estrutura social”, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004), fruto do trabalho dos autores ao redor da Escola de Frankfurt. Inovadora ao associar a pena de prisão com a produção de mercadorias na sociedade capitalista, a obra inicia uma discussão que se aprofunda ao longo do tempo e que volta a ser atual – ou talvez nunca tenha deixado de ser.

Analisando o trabalho dos mencionados autores, Sérgio Salomão Shecaira afirma que nele:

A história das penas é desnudada com precisão, mostrando os autores a inter-relação existente entre os mecanismos punitivos com a forma de produzir e vender mercadorias. A prisão é relacionada ao surgimento do capitalismo mercantil (SHECAIRA, 2014, p. 284).

A análise feita até então pelas teorias sociológicas do crime era considerada pelos autores insuficiente para explicar o fenômeno da incriminação de condutas, sendo necessário descer até o nível da reprodução material dos bens de produção para compreender como a pena de prisão surgiu para substituir os castigos físicos, bem como a relação entre o nível de mão-de-obra necessária e o número de pessoas encarceradas. Nas palavras dos autores:

A transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, consequentemente, fiscais (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20).

Se tal diagnóstico se mostrou preciso em determinada época, é certo que o desenvolvimento das forças produtivas ao longo do século XX e as transformações tecnológicas que o século XXI conheceu modificaram essa relação e deixaram a análise mais complexa. Ainda assim, o desenvolvimento de novas teorias no âmbito da criminologia crítica mantém o fio condutor oriundo da concepção materialista da sociedade elaborada por Marx e que perdura enquanto mantido for o sistema capitalista, seja em sua forma liberal clássica ou na sua versão neoliberal. Muito além de uma análise circunstancial, o instrumental crítico do materialismo histórico-dialético é capaz de se manter atual pelo seu método.

A constante durante todo o período – de Marx até os dias atuais – é a base econômica em que se estrutura a sociedade ocidental. Apesar de abalado no século XX pela Revolução Russa e seus efeitos mundiais, o sistema capitalista perdurou e atinge atualmente um novo ponto de mutação. Se descer até as relações de produção mercantil para estudar a questão criminal à época de Rusche e Kirchheimer foi considerado inapropriado e demasiadamente radical (ZAFFARONI, 2013, p.137), hoje não é diferente. Mas o termo radical, vale lembrar, significa *tomar as coisas pela raiz*, que é justamente o que precisa uma criminologia que pretende ser efetiva e modificar a realidade que insiste em lhe bater à porta. No Brasil de hoje, onde fenômenos políticos repercutem cada vez mais em matérias jurídicas, tal radicalismo na compreensão do direito – e da questão criminal, consequentemente – é crucial para buscar soluções ao problema da violência policial, do superencarceramento e da seletividade do direito penal.

Outros importantes estudos no desenvolvimento da criminologia crítica foram realizados por Alessandro Baratta (2002) e Juarez Cirino dos Santos (2008) – este muito influenciado pelo pioneiro pensamento daquele, adaptando-o à realidade brasileira dependente. Ambos compartilham com Rusche e Kirchheimer a percepção de que o sistema econômico guarda estrita relação com a criminalização de condutas e têm como imprescindível para o sucesso dos verdadeiros fins da criminologia a superação do modelo produtivo capitalista, essencialmente desigual e responsável pelo expansionismo repressivo do Estado contra os despossuídos.

Em detido estudo das escolas criminológicas que lhe precedem, Baratta encontra no sistema penal uma reprodução da realidade social desigual e considera ilusória a missão que o direito penal se propõe a cumprir oficialmente. Tratando das funções efetivamente exercidas pelo cárcere na sociedade mercantil, Baratta ressalta a falência histórica desse instituto e levanta seu caráter de esmagamento das populações marginalizadas.

Citando o caso dos delitos contra o patrimônio, o autor afirma a seletividade do direito penal foca sua atuação nos crimes cometidos pelos membros despossuídos¹, ao passo que negligencia condutas tão ou mais danosas ao patrimônio praticadas por

1 Para maior profundidade acerca do tema, ver: MARX, Karl, 1818-1883. *Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira*. / Karl Marx; Daniel Bensaid; tradução de Karl Marx, Nélío Schneider; tradução de Daniel Bensaid, Mariana Echalar. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

membros da classe detentora dos capitais econômicos e culturais. Assim, “as malhas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de ‘colarinho branco’” (BARATTA, 2004, p.176). Cita ainda no mesmo capítulo como os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal e como pesquisas empíricas demonstram diferenças de “atitude emotiva e valorativa de juízes em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais” (BARATTA, 2004, p.177).

Desmistificando a real função da prisão, de manutenção do sistema mercantil e da propriedade privada, defende que “a derrubada dos muros do cárcere tem para a nova criminologia o mesmo significado programático que a derrubada dos muros do manicômio tem para a nova psiquiatria” (BARATTA, 2002, p.203).

O autor propõe uma política criminal alternativa através da “adoção do ponto de vista das classes subalternas” (BARATTA, 2002, p.197). Essa mudança, portanto, depende da alteração do próprio modelo de formulação da política criminal, sustentando dessa forma a missão da criminologia crítica nesse processo:

Construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da criminologia crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma “política criminal” das classes atualmente subordinadas (BARATTA, 2020, p.197).

A atuação desigual do aparato repressivo do Estado, portanto, passa a ser estudada e tida como reflexo da desigualdade do sistema produtivo, razão pela qual o papel do estudioso da questão criminal passa a ser cada vez mais a busca da alteração da superestrutura que envolve o direito penal. O político ganha destaque e a organização estatal que permite um ou outro modelo de produção passa a ser decisiva no modo como os bens jurídicos são – ou deixam de ser – protegidos pela norma incriminadora.

A suposta neutralidade do direito é desmistificada e o que se pode concluir é que a dogmática não serve apenas de instrumento para a concretização da forma jurídica abstrata, tampouco que o social influencia a criminalização de maneira fortuita. A raiz

econômica é o grande fator que incide na questão criminal e, diante de tal constatação, é preciso mais do que acusar o funcionamento torto do sistema: é preciso superá-lo².

Delineando com maestria a necessidade de sair do plano do diagnóstico, próprio da sociologia liberal contemporânea, e partir para o plano da transformação, Baratta afirma que:

[...] a análise deverá ser impelida para um nível mais profundo, com o objetivo de compreender a função histórica e atual do sistema penal para a conservação e para a reprodução das relações sociais de desigualdade. Isto requer que se supere o nível da visibilidade sociológica da desigualdade (a esfera da distribuição dos bens positivos ou negativos), para penetrar na lógica objetiva da desigualdade, que reside na estrutura das relações sociais de produção, na sociedade tardo-capitalista, para apreender a lei invisível, mas efetiva, à qual estas relações obedecem: a lei do valor. Somente a este nível – pensamos – as relações (econômicas) de propriedade e as relações (políticas) de poder revelam a sua raiz comum e, portanto, poderá ser superada a alternativa heurística que se apresenta no âmbito da criminologia liberal contemporânea (BARATTA, 2002, p.199).

O papel desempenhado pelo sistema penal na manutenção dessa lógica assume posição de destaque e paradoxal em relação ao todo: se é preciso mudar a superestrutura para tornar racional e humano o direito penal, para que isso ocorra é antes necessário que o próprio direito penal seja transformado – ou, diante de sua impossibilidade, abolido.

Juarez Cirino dos Santos parte do mesmo método materialista-dialético para analisar a questão criminal no Brasil, distinguindo a sua criminologia como *radical* na medida em que não se contenta com a ideia da criminologia correcionalista, de que o desvio é uma exceção que representa o descumprimento de regras livremente pactuadas

2 A relação de especificidade entre direito e modo de produção capitalista fora abordada por diversos autores. Embora Marx não tenha se debruçado de forma tão contundente sobre a questão, seu companheiro de vida, Engels, em parceria com Kautsky, redigiram o artigo intitulado “O socialismo jurídico”, no qual discorrem sobre a impossibilidade de se alcançar a emancipação da classe trabalhadora pelas vias do próprio direito, uma vez que a superestrutura jurídica é instrumento reprodutor do aparato capitalista, não sendo possível aquilo que alguns socialistas e marxistas da época propunham, o alcance do socialismo por meios legais (ENGELS; KAUTSKY, 2012). Posteriormente, a mesma temática foi trabalhada por Eviguéni B. Pachukanis, que a aprofundou a concepção marxista acerca do direito chegando em sua raiz, desnudando a relação intrínseca entre o modo de produção capitalista e a forma jurídica, a qual possui em seu núcleo, como átomo central, a forma mercadoria, que molda toda a sua construção e orienta as relações sociais dela derivadas (PACHUKANIS, 2017).

pela maioria. Desce ao nível econômico e em muito se assemelha com aquela criminologia *crítica* de Baratta. Para o professor paranaense:

As contradições de classes na formação social vinculam o controle do crime às relações de produção na estrutura econômica, determinando a ligação da criminologia com a economia, e de ambas com a política, evitando a distorção positivista que separa a estrutura econômica das superestruturas jurídicas e políticas do Estado, mistificando o conjunto das relações sociais (SANTOS, 2008, p.125).

O próprio conceito de *crime* passa a ser questionado, na medida em que corresponde a uma construção formalmente abstrata, mas materialmente seletiva, baseada na proteção dos valores de liberdade individual e propriedade privada oriundos da Revolução Burguesa e exponencialmente distorcida ao longo do tempo, atingindo seu ápice irracional na sociedade neoliberal, onde a propriedade privada de pouquíssimos é tutelada em detrimento da miséria da enorme maioria. Se esse modelo assume tais valores e utiliza-se do direito penal para sua defesa, a forma jurídica também deverá ser transformada para que faça sentido usar o direito penal para seu fim declarado, qual seja, de pacificação social (SANTOS, 2008, p.49).

A desmistificação da neutralidade do direito que a criminologia crítica opera dá concretude ao método histórico-materialista de análise do social, focando no real funcionamento da prisão diante das condições materiais de produção e de existência dos sujeitos atingidos – ou ignorados – pela norma penal incriminadora.

Fica cada vez mais evidente que o ser humano se insere num contexto histórico e as suas relações dependem de como está estruturada a sociedade em que vive. Assim, não se pode esperar uma paridade de tratamento em relação a sujeitos que ocupam funções tão distintas na cadeia produtiva: de um lado o despossuído, tido como ignorante e que não tem senão sua força de trabalho para sobreviver – logo, se não trabalha, sua própria existência torna-se um fardo para a sociedade; do outro, o detentor do capital econômico e cultural que injeta no Estado os seus interesses particulares e molda a sociedade aos seus ditames, embora seja minoria. Não há de se imaginar possível que o Estado, legitimador dessa desigualdade através da repressão, subitamente passe a adotar os estudos criminológicos fundados em dados empíricos para rever sua política criminal e reparar as injustiças cometidas até aqui. A base material da sociedade capitalista é a exclusão e a

repressão, sendo que para isso o direito penal liberal necessariamente precisa ser injusto, seletivo e classista (BARATTA, 2004, p.177).

Assim, uma criminologia crítica é aquela que começa a enxergar na realidade material da sociedade o que leva a criminalização de certas condutas e, vendo tratar-se muitas vezes de uma imposição econômica e irracional, passa a entender como necessária a superação do modelo econômico-produtivo capitalista para que os verdadeiros fins da criminologia enquanto ciência emancipatória sejam alcançados.

Se os dois expoentes da criminologia crítico-radical de bases marxistas concluem que a questão criminal se encontra estritamente ligada à questão político-econômica, a proposta que sugerem para a “salvação” do direito penal é uma proposta de natureza política, de enfrentamento à repressão imposta pelo capital aos espoliados rumo a um modelo que contemple a posição destes, não mais como massa despossuída, mas como verdadeiros sujeitos de direitos.

Essa atitude se mostra ainda mais necessária quando se trata da questão criminal inserida no contexto neoliberal brasileiro. Como exposto no primeiro capítulo, o fim último do neoliberalismo é um aprofundamento do individualismo e da prevalência absoluta do mercado sobre todos os outros valores. Se o que busca a criminologia, diante da falência do modelo repressivo e do encarceramento em massa, é a solução da questão criminal fora do punitivismo, é preciso ultrapassar os muros da ciência penal e repensar o próprio modelo político-econômico que a rodeia.

Assim, o avanço na questão criminal – em relação aos institutos estudados pela dogmática e também em relação à política criminal adotada – depende do avanço na questão política, que por sua vez necessita de um novo modelo do Estado que dê conta de garantir a efetividade e a duração dessa transformação. A democracia formal, que convive bem com o modelo repressivo criticado pelos autores, deve dar lugar à democracia efetiva e radical, que represente os interesses da maioria e que importe na abolição da exploração econômica e da desigualdade social (SANTOS, 2008, p.36).

Se os termos utilizados e os meios empregados para o controle dos corpos e mentes se transformaram ao longo das últimas décadas, a base de funcionamento do modelo produtivo continuou a mesma – concentração de riqueza na mão de poucos e repressão

penal de condutas que fogem às regras do mercado (SERRA, 2009). Negligenciar esse fato é fazer uma análise equivocada. Diagnosticá-lo e insistir na concessão de pequenas melhoras, mas sem superá-lo, é insuficiente – se o que se busca é mais do que migalhas humanitárias e avanços temporários³.

Não se trata, evidentemente, de abandonar o estudo dos fenômenos criminológicos isolados para atuar apenas politicamente, como alguns afirmam. Trata-se de uma necessária correlação de estratégias e de trazer novamente à questão criminal o decisivo fator econômico, tendo como consequência a preocupação com a construção de uma nova organização político-jurídica. Para isso, o aparato construído para sustentar o decadente sistema liberal não pode ser usado para emancipar a classe dominada, sendo necessária a construção de uma forma jurídica nova que contemple valores diversos e que esteja apta a fazer evoluir a questão criminal para além do punitivismo seletivo que habitualmente vigora.

2.2 Estado social de transição ou barbárie

De posse de tais constatações, fica evidente que a questão criminal atua em uma relação dialética com o modelo político-econômico, ora influenciando-o, ora sendo por ele influenciada, em um caminhar que mostra uma imbricação entre as diversas formas e estruturas sociais (MASCARO, 2018). A conclusão programática imposta aos estudiosos da criminologia moderna, inserida no contexto neoliberal de aprofundamento da desigualdade e de mitigação dos valores democráticos que ainda persistem, aponta para a concepção de um novo modelo estatal, diferente daquele idealizado pelos contratualistas liberais e melhor que o atualmente imposto autoritária e excepcionalmente pelo mercado.

A aposta nas garantias constitucionais voltadas à contenção do poder punitivo do Estado parece cada vez mais desacredita em virtude dos já mencionados desmandos do modelo econômico neoliberal no cenário nacional, que não submete seus dogmas ao

3 Aprendemos – ou deveríamos ter aprendido – com Rusche e Kirchheimer que os avanços em termos humanitários conseguidos no sistema penal possuem íntima relação com a melhoria das condições socioeconômicas, que por sua vez são pontuais e sempre precedidas de um novo período de crise que, sem surpresa, faz retomar a violência estatal legalizada outrora “superada” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

escrutínio público e tampouco deixa de aplica-los quando entram em confronto com as instituições democráticas ou com a própria Constituição (VALIM, 2017, p.27). A própria noção de Estado soberano passa a perder força, uma vez que os imperativos do mercado internacional cada vez mais impõem medidas internas a serem adotadas pelas nações, flexibilizando leis trabalhistas e endurecendo a lei penal para garantir a estabilidade que o mercado almeja (CASARA, 2017, p.128). Se a lei representa a vontade soberana do povo, uma norma que entra no ordenamento jurídico a mando de organizações financeiras internacionais distorce a Teoria do Estado clássica e impõe uma análise dos reais interesses por trás de sua positivação.

São várias as propostas da criminologia crítica que dialogam com a organização do Estado. Baratta, por exemplo, considera tarefa da criminologia crítica o desenho de uma alternativa à política criminal atual fundada numa “reforma profunda do processo, da organização judiciária, da polícia, com a finalidade de democratizar estes setores do aparato punitivo do Estado [...]” (BARATTA, 2004, p. 203). A ideologia neoliberal busca valer-se de tais instituições justamente para simplificar o processo de despacho de pessoas rumo à segregação, uma visão diametralmente oposta daquela que têm em mente os teóricos críticos sobre o papel do Estado e que deve ser combatida em todos os planos possíveis: criminológico, jurídico, político e ideológico.

Juarez Cirino, por sua vez, propõe como fim de sua criminologia radical diversas medidas de caráter político que entende como condições para o sucesso de sua empreitada na seara penal. Firmar propósitos como “o compromisso de luta contra o imperialismo, a exploração capitalista, o racismo e todas as formas de discriminação e de opressão social” (SANTOS, 2008, p.127) figuram como exercícios necessários para pensar a superação do modelo jurídico seletivo atual.

Os autores da criminologia crítica e os membros da Escola de Frankfurt, influenciados em diferentes medidas pelo marxismo, convergem teoricamente na medida em que pensam como única saída possível à racionalidade instrumental que domina o Estado moderno a prevalência do social e da democracia radical, contrariamente ao que prega o neoliberalismo individualista.

Tal democracia não é considerada em seu sentido meramente formal, como atualmente acontece na maioria dos Estados modernos, onde a eleição periódica de

representantes garante na aparência o que na essência não se verifica. Os interesses que dominam o Estado não são os da maioria e não à toa o nível de satisfação da população em relação a seus políticos encontra-se em franco declínio. Portanto, a ideia clássica de que as normas penais tutelam os valores mais caros à sociedade e que foram democraticamente eleitos através do sistema democrático não resiste a uma análise minimamente honesta do sistema político e criminal que hoje se estabelece, notadamente no Brasil, país de condição periférica cujo projeto democrático se encontra em vertiginoso dismantelamento (CASARA, 2017, p.179-180).

É necessária a reformulação desse modelo de Estado, portanto, para conferir legitimidade ao seu aparato repressivo. O ente que hoje opera como “organização política do poder das classes hegemônicas, que controla as relações sociais nos limites do modo de produção dominante na formação social” precisa ser radicalmente democratizado.

A democratização buscada por membros da Escola de Frankfurt como Habermas e Neumann (MASCARO, 2014, p.508-50) diverge daquela buscada por Baratta e Cirino no modo, mas a base comum de suas ideias é a prevalência da crítica ao discurso oficialmente adotado e a busca de uma radical democratização da sociedade que torne possível a superação da ideologia neoliberal e a consequente humanização das instituições, aqui inserido o aparato repressivo – que perde seu estigma e seu caráter penal para operar no âmbito civil e através de medidas alternativas à prisão⁴.

A busca desse modelo, na obra de Baratta, é o fim último de uma atuação que não fecha os olhos aos problemas atuais, mas tampouco fica refém de reformas pontuais. Diz o autor que:

[...] a linha fundamental de uma política criminal alternativa é dirigida para a perspectiva da máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal,

4 É preciso que o discurso ideológico deixe de ser visto isoladamente, descolado do mundo material, passando a ser objeto de uma análise que tenha as práticas dele derivadas como referencial. Como afirma Konder (2020, p. 271): “Esse fenômeno, aliás, nos faz lembrar que uma das características da ideologia, tal qual Marx a analisou, está no fato de que ela se revela com maior franqueza na ação do que no discurso. / Falando, o político [...] pode conseguir convencer os outros de que os interesses particulares por ele representados coincidem com os interesses gerais da sociedade. Agindo, porém, pondo em prática suas ideias, traduzindo-as em medidas práticas, que são sentidas no cotidiano da comunidade, cada um terá ocasião de avaliar por conta própria, com maior objetividade, o conteúdo real da política que está sendo implementada”.

que veio se configurando, *pari passu*, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, como um sistema cada vez mais capilar e totalizador de controle do desvio, através de instrumentos administrados por uma autoridade superior e distante das classes sobre as quais, sobretudo, este aparato repressivo exerce a própria ação (BARATTA, 2004, p.206).

Baratta trata ainda, na mesma página, de afirmar que o que se pretende não é abrir mão plenamente do direito penal *em si*, o que representaria um risco ao processo de democratização da sociedade. O que se busca é a transformação do modo como ele opera, especialmente em relação à pena de prisão, bem como superar seu caráter seletivo e classista (BARATTA, 2004, p.206-207). O que defende, portanto, não é a superação do direito penal, mas a abolição *deste modo pelo qual opera* o direito penal.

Para isso, elenca ainda como objetivos de curto e médio prazo a administração de um direito penal mínimo (BARATTA, 2003), apegado à ideia dos direitos humanos e buscando a concretização de princípios-garantias que limitem a violência estatal e proporcionem um mínimo equilíbrio dentro de um sistema criminal fadado ao fracasso, mas que insiste em vigorar.

Juarez Cirino apresenta suas propostas de utilização do direito penal a partir de valores oriundos das classes despossuídas numa espécie de “conceito proletário de crime”, a partir do qual a política criminal alternativa buscaria a despenalização de condutas típicas das classes sociais subalternas e a execução penal aboliria a pena de prisão, a partir de uma “ampla extensão das medidas alternativas da pena e pela abertura do cárcere para a sociedade” (SANTOS, 2008, p. 131-132).

Constituem exemplos didáticos as “tarefas complementares da política alternativa” previstas por Cirino, onde é possível perceber a necessidade de conjugação da atuação política para que seja possível alcançar resultados eminentemente criminológicos na reforma do sistema penal. Diz ele que:

São tarefas complementares da política criminal alternativa da Criminologia Radical a) conjugar os movimentos de presos com as lutas dos trabalhadores, b) inverter a direção ideológica dos processos de formação da opinião pública pela intensificação da produção científica radical e a difusão de informações sobre a ideologia do controle social, c) coordenar as lutas contra o uso capitalista do Estado e a organização capitalista do trabalho e d) desenvolver o contrapoder proletário.

Tais transformações, evidentemente, são incompatíveis com os preceitos mercantis que dominam as democracias liberais modernas. Daí a necessidade de buscar *extramuros* uma saída ao impasse em que se encontra a questão criminal atualmente.

Independentemente da opção escolhida, o que se propõe é uma alteração radical da forma jurídica liberal que urge diante do colapso neoliberal. A partir dessa nova concepção do que é o direito e de quais bens jurídicos realmente precisam ser tutelados pela norma penal, então será possível pensar na pacificação social através da coerção. No atual modelo, portanto, a única saída é o manejo estratégico das garantias ainda disponíveis para mitigar os danos que o sistema penal causa diuturnamente na vida da população marginalizada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Não me ofendo se alguém disser que sou um alquimista da liberdade. Eu hei de encontrar um pó”, um elixir, uma pedra filosofal, capaz de manter a liberdade de toda a gente”

Evandro Lins e Silva

A título de conclusão, podemos retomar os objetivos iniciais deste artigo e elaborar um diagnóstico da questão que foi proposta. Se o modelo neoliberal vigente hoje no Brasil de fato trabalha numa situação de excepcionalidade, fundado em valores individualistas – num nível mais agudo e pernicioso que o idealizado pelo modelo contratualista de sociedade – e utilizando o aparato repressivo como garantia de sua prevalência; se a questão criminal é atravessada por imperativos econômicos, com os quais a dogmática guarda estrita relação – embora mantenha a aparência de neutralidade própria do direito liberal; se existe uma incompatibilidade com os fins declarados pelo direito penal e os fins verdadeiramente buscados pelo Estado neoliberal; então a conclusão a que se chega é que a questão criminal no Brasil não pode ser estudada de forma apartada do modelo político-econômico, razão pela qual a criminologia crítica parece ser a corrente mais preparada para alcançar uma correta compreensão da realidade e propor uma superação de tal modelo.

Reconhecendo ainda a essência autoritária e antidemocrática do neoliberalismo, conclui-se que a sua superação é condição básica para qualquer avanço significativo e duradouro no âmbito da criminologia, entendida aqui como preocupação genuína em

conferir respostas com respaldo científico aos problemas que rodeiam a questão criminal nas sociedades modernas, notadamente em países situados na periferia do sistema econômico mundial, como é o caso brasileiro.

Se a noção de que a desigualdade afeta negativamente a segurança pública pode ser hoje considerada um senso comum, sendo reconhecida até por aqueles e aquelas que lucram com o atual modelo produtivo mas buscam maior tranquilidade para desfrutar de seus privilégios, por outro lado, as propostas que se encontram difundidas para resolver tal questão não encontram o mesmo êxito que o diagnóstico.

A prevalência da concentração dos meios de produção na mão de poucas pessoas amparadas pelo Estado – seja ele liberal ou de caráter supostamente socialdemocrata –, legitimada pela forma jurídica burguesa que convive pacificamente com a barbárie, constitui o verdadeiro problema a ser superado. A desigualdade social recorrente nos países latino-americanos que muitos alegam como impasse à superação da “criminalidade” nada mais é que um efeito natural desse modelo e que passa a ser combatido através de políticas de extermínio, cuja principal função é eliminar os inúteis ao sistema produtivo e domesticar os demais.

Uma democratização radical do Estado deve suceder a redução de danos conquistada através do direito penal mínimo e embebido de valores oriundos das classes subordinadas. No plano ideológico (MÉSZÁROS, 2014) e no plano institucional diversos autores defendem uma maior e efetiva participação popular nos rumos do Estado (HABERMAS, 2012), mas é preciso ter em mente que tais transformações parecem distantes quando desacompanhadas de uma mudança no modelo produtivo que vigora hoje.

A concentração de poder econômico e, conseqüentemente, de poder político-ideológico que o livre-mercado capitalista gera é o ponto central que deve ser atacado pelas teorias sociais que se apropriem da crítica ao sistema com vistas à sua melhora efetiva e duradoura. A veia marxista da criminologia crítica encontra aqui os estudos políticos e econômicos do campo marxista no trabalho comum em busca da superação da exploração do homem pelo homem.

Alegar isso não significa dizer que, uma vez superado esse modelo, as lesões a bens jurídicos desaparecerão e o mundo viverá em plenitude de paz. Mas reconhecer tal

implicação lógica diante de tantas evidências significa dizer que hoje, no atual modelo político-econômico adotado no Brasil, a criminalização de condutas e grupos sociais específicos obedece em grande parte a essa lógica perversa e irracional, longe de ser democraticamente aprovada e que se sustenta graças a um aparelho ideológico operado pela minoria que detém o poder de decidir na produção e divulgação do conhecimento e da informação.

Se isso não é motivo suficiente para, uma vez constatado, vencer a hipocrisia da forma jurídico-penal burguesa e nos impelir à criação de um novo ordenamento fundado em outros valores – sociais, e não mais individuais –, que ao menos sirva para criticar a violência inútil gerada pela expansão da repressão penal moderna.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BROWN, Wendy. *Undoing the Demos, Neoliberalism's Stealth Revolution*. 1 ed. New York: Zone Books, 2015.

CARVALHO, Salo. *Lei Anticrime e Proibição de Retrocesso*: sobre o aumento do limite máximo das penas na Lei 13.964/19. In: Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Ano 3. Nº 7 – fevereiro 2020.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Pierre Dardot; Christian Laval; tradução Mariana Echalar. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Alessandro De Giorgi. – Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 12). 3ª reimpressão, outubro de 2017.

ENGELS, Friedrich, 1820-1895. *O socialismo jurídico*. / Friedrich Engels e Karls Kautsky; tradução Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. – [2. ed., rev.] – São Paulo: Boitempo, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volumes I e II*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 1 : racionalidade da ação e racionalização social*. Trad. Paulo Astor Soethe; Rev. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

KONDER, Leandro, 1936-2014. *A questão da ideologia*. / Leandro Konder. – 1. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. 1 ed., 5. Reimpr. Tradução de Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Dogmática jurídico penal y política criminal: uma relação conflictiva, pero necesaria*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v.105. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 95-117.

PACHUKANIS, Evguiéni B. 1891-1937. *Teoria geral do direito e marxismo*. / Evguiéni B. Pachukanis; tradução Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

POULANTZAS, Nikos. *Poder político e classes sociais*. Nicos Poulantzas; tradução Maria Leonor F. R. Loureiro. – Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2019.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAAD FILHO, Alfredo. *Brasil: neoliberalismo versus democracia*. Alfredo Saad Filho, Lécio Moraes. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 4ª reimpressão, outubro de 2016.

Apresentação oral

**O PERIGO QUE VEM DO CÉU: IMPACTOS DO USO DE
AERONAVES NAS OPERAÇÕES POLICIAIS NO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO**

*THE DANGER THAT COMES FROM SKY: IMPACTS OF AIRCRAFT USE
ON POLICE OPERATIONS IN THE STATE OF RIO DE JANEIRO*

Lorraine Vicente dos Santos Pereira

Graduanda em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro.

E-mail: lorraine.vicente8@gmail.com

Juliana Sanches Ramos

Mestranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense,
Pós-Graduanda em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal pela Universidade

Cândido Mendes e Advogada criminalista.

E-mail: jsanchesramos@gmail.com

Resumo: No âmbito da segurança pública, o Estado do Rio de Janeiro, há tempos, vive um verdadeiro cenário de guerra. Considerando os mecanismos que levam à sofisticação das formas de combate, o presente artigo tem como objetivo analisar o crescente uso de aeronaves como plataformas de tiro em operações policiais nas comunidades do Estado e seus impactos na vida e no cotidiano dos moradores. Nesse sentido, foram explorados: o *modus operandi* dessas operações; as normas que regulamentam o uso da força aérea a nível nacional e internacional, os impactos e as violações de direitos humanos sofridas e o racismo estrutural que motiva e legitima a política de segurança pública calcada na produção da morte. A metodologia empregada consistiu na análise de dados sistematizados por organizações que mapeiam a segurança pública, ações judiciais como a Ação Civil Pública sobre operações policiais no Complexo da Maré e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635, além de pesquisa de campo baseada em entrevistas com moradores e integrantes do movimento de favelas, que atuam diretamente nas comunidades do Rio de Janeiro. Constatou-se que esse mecanismo, além de gerar perigo à vida dos

moradores e dos agentes de segurança pública, não se coaduna com as normativas nacionais e internacionais de regulamentação do uso da força aérea, que apresentam perceptível preocupação com a minimização dos riscos aos agentes e à população civil. Dentre os impactos, destaca-se que estes não se referem apenas aos índices de suspensão de serviços essenciais, mas também à subjetividade dos moradores, cujos relatos demonstram o terror e a permanente sensação de medo produzido pelos tiros que, literalmente, caem do céu. Percebe-se, então, a utilização do medo pelo Estado como ferramenta de controle contra populações historicamente marginalizadas (BATISTA, 2003; FRANÇA, 2010). Por fim, conclui-se que a política de segurança implementada no Estado, além de ineficiente e financeiramente insustentável (CICONELLO, 2019), não produz resultados efetivos na diminuição da criminalidade e acumula, há anos, um rastro de sangue que tende a aumentar com o recrudescimento do enfrentamento bélico. Nesse contexto, a população negra, historicamente subjugada no processo político brasileiro, é violentamente atingida. Assim, o uso de aeronaves como plataforma de tiro representa a modernização da atuação do braço armado do Estado nas comunidades e o aprimoramento das engrenagens de um projeto de caráter evidentemente genocida, que produz cotidianamente corpos negros caídos no chão (FLAUZINA, 2006).

Palavras-chave: aeronaves; genocídio da população negra; operações policiais; segurança pública;

Abstract: In the context of public security, the State of Rio de Janeiro has long lived a real war scenario. Considering the mechanisms that lead to the sophistication of the forms of combat, the present study aims to analyze the growing use of aircraft as shooting platforms in police operations in the communities of the State and their impacts on the lives and daily lives of the residents. In this sense, the following were explored: the modus operandi of these operations; the rules that regulate the use of the air force at national and international level, the impacts and human rights violations suffered; and the structural racism that motivates and legitimizes public security policy based on the production of death. The methodology used consisted in the analysis of data systematized by organizations that map public security, in addition to legal actions such as the Public Civil Action on police operations in Complexo da Maré, the Request of Non-Compliance with Fundamental Precept nº. 635, in addition to field research based on interviews with residents and

members of the favela movement that work directly in communities in Rio de Janeiro. It appears that this mechanism, in addition to generating danger to the lives of residents and public security agents, does not comply with national and international regulations governing the use of air force, which have a noticeable concern with minimizing the risks to agents and the civilian population. Among the impacts, it is noteworthy that these refer not only to the rates of suspension of essential services, but also to the subjectivity of the residents, whose reports demonstrate the terror and the permanent feeling of fear produced by the shots that literally fall from the sky. It can be seen, then, the use of fear by the State as a control tool against historically marginalized populations (BATISTA, 2003; FRANÇA, 2010). Finally, it is concluded that the security policy implemented in the State, in addition to being inefficient and financially unsustainable (CICONELLO, 2019), does not produce effective results in reducing crime and has accumulated a trail of blood for years that tends to increase with the resurgence of warfare. In this context, the black population, historically subjugated in the Brazilian political process, is violently affected. Thus, the use of aircraft as a firing platform represents the modernization of the performance of the armed wing of the State in communities and the improvement of the gears of a project of an obviously genocidal character, which daily produces black bodies fallen to the ground (FLAUZINA, 2006).

Keywords: aircraft; genocide of the black population; police operations; public security;

Sumário: Introdução. 1. Racismo estrutural e política de segurança pública no Estado do Rio de Janeiro. 2. O uso de aeronaves nas operações policiais no Rio de Janeiro. 2.1 Diretrizes nacionais e internacionais de uso da força aérea. 2.2 O cenário das operações policiais com uso de aeronaves. 3. Impactos na vida dos moradores. 3.1 As violações de direitos humanos dos moradores. Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo, produzido no âmbito do Laboratório de Ciências Criminais do Rio de Janeiro, no ano de 2019, tem como objetivo analisar os impactos no cotidiano dos moradores de favelas causados pelo uso de aeronaves como plataformas de tiro em operações policiais no Estado do Rio de Janeiro. A relevância do tema é evidente quando

observada a intensificação do uso de aeronaves como plataforma de tiro nessas operações, incentivada, inclusive, pelo atual Chefe do Poder Executivo Estadual que, durante sua campanha eleitoral, defendeu a política do “tiro na cabecinha”. Além disso, as violações de direitos humanos perpetradas através da violência policial nas comunidades do Rio de Janeiro já vêm sendo denunciadas há décadas pelo movimento de favelas. Trata-se, portanto, de um momento oportuno para entender a sofisticação dos mecanismos de repressão estatal em territórios periféricos.

A metodologia empregada consistiu na análise de reportagens jornalísticas sobre as operações, dados sistematizados por organizações que mapeiam a segurança pública, ações judiciais que envolvem o tema, como a Ação Civil Pública sobre operações policiais no Complexo da Maré, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635 e casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de pesquisa de campo baseada em entrevistas com moradores de comunidades atingidas por esse tipo de operação.

Assim, em decorrência do curto período de tempo, além dos outros desafios, foi possível entrevistar seis moradores, que residem na Cidade de Deus, Complexo da Maré, Complexo do Alemão e Jacarezinho, envolvidos no movimento de favelas ou em instituições que mapeiam a segurança pública, e um Defensor Público atuante na ADPF nº 635. As entrevistas foram realizadas de forma totalmente remota, tendo em vista as medidas de isolamento social decorrentes da pandemia mundial de COVID-19, através de um questionário estruturado cujas perguntas tiveram o propósito de dimensionar, através da narrativa dos moradores, os impactos causados pelo uso desse mecanismo de repressão estatal, além da visão destes sobre a política de segurança pública e o uso de aeronaves como plataforma de tiro.

1. RACISMO ESTRUTURAL E POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO RIO DE JANEIRO

A população negra no Brasil, entendida como pretos e pardos, segundo o IBGE, engloba 56,10% da população. Assim, o Brasil é o país com o maior quantitativo de pessoas negras fora do continente africano. Entretanto, conforme aponta o estudo “Vidas Perdidas e Racismo no Brasil” (IPEA, 2013), este segmento da população, embora seja a maioria,

vivencia uma situação de discriminação estrutural onde são impostas diversas barreiras ao acesso aos direitos mais elementares.

Para compreender esse cenário é necessário analisar a intrínseca relação entre o Estado e a população negra no Brasil. Nesse sentido, entendendo que o racismo, como “processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática” (ALMEIDA, 2018, p. 38), as instituições, dentre as quais incluímos as polícias, são a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos (ALMEIDA, 2018).

Desse modo, o amparo ideológico no qual o Brasil se apoiou, e ainda se apoia, para se fazer possível é o racismo, que age de forma a catalogar os indivíduos, afastando-os ou aproximando-os do sentido de humanidade de acordo com suas características raciais (FLAUZINA, 2006). Nesse contexto, FLAUZINA (2006) aponta para a existência de um projeto de Estado de caráter genocida dirigido à população negra no Brasil, que se utiliza do braço armado do Estado como um instrumento de controle e extermínio.

Uma das materializações desse projeto pode ser observada na violência policial, que possui recortes de raça e classe muito bem definidos, atingindo diretamente a camada da população que historicamente tem sido marginalizada e discriminada no Brasil. O relatório “Você matou meu filho” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015) aponta que, das vítimas dos homicídios decorrentes de intervenção policial na cidade do Rio de Janeiro, 99,5% são homens, 79% são negros e 75% são jovens entre 15 e 29 anos. Na mesma toada, estudo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro aponta que oito em cada dez presos em flagrante no Rio de Janeiro são negros (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020), o que evidencia o racismo estrutural inerente ao sistema de justiça e à repressão estatal.

Nesta perspectiva se insere a política de segurança pública implementada no Estado do Rio de Janeiro, que tem como pilar a lógica de “Guerra às drogas” baseada na repressão bélica ao tráfico de drogas. Em que pese os dados demonstrem que pessoas de diferentes raças usam e vendem drogas ilegais, há um consenso público construído tanto pelas elites políticas quanto pela mídia de que os crimes de drogas têm como autores pessoas pretas e pardas que residem, em sua grande maioria, em favelas. Nessa guerra, o inimigo é definido

racialmente, de modo que a polícia possui discricionariedade em relação a quem mirar e onde mirar (ALEXANDER, 2017).

A discricionariedade na atuação das forças de segurança também foi apontada durante as entrevistas realizadas na pesquisa de campo. Para Salvino Oliveira, morador da Cidade de Deus, graduando em Gestão Pública na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e coordenador do *Perifa Connection*¹, a intervenção policial no Rio de Janeiro possui um recorte muito específico. Ele aponta que, no Brasil, existem determinadas cidades onde essa violência está mais presente e, dentro das cidades, em determinados bairros e regiões essa violência ocorre: *“É muito raro você ver, por exemplo, alguém sofrer um homicídio na zona sul do Rio de Janeiro.”*

De acordo com Gizele Martins, moradora do Complexo da Maré, jornalista e articuladora do movimento de favelas, a atuação das forças de segurança do Estado, inclusive através do caveirão voador, é direcionada a determinados territórios:

É incrível como esses caveirões, a polícia, sabe muito bem onde atua, é sempre nos territórios favelados, negros, indígenas, quilombolas, sem-terra, da população nordestina. O helicóptero não está atirando em Bonsucesso, ele não vai atirar lá, não vai atirar na Avenida Brasil, ele atira na favela da Maré, ele atira no Alemão, ele atira em Mangueiras, ele atira nos territórios favelados, periféricos e negros.

Nesses territórios não se constata a presença do “Estado regular”, aquele que põe em prática os mandamentos legais através da disponibilidade de serviços públicos como saúde, educação e os demais direitos garantidos a todo e qualquer cidadão, mas sim do “Estado territorial”, que se faz presente através da força policial que pratica cotidianamente uma multiplicidade de violações de direitos (KELLER, 2019).

Desse modo, o Estado, no exercício da sua soberania, caracterizada pela “capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é descartável e quem não é” (MBEMBE, 2018, p. 135), põe em curso a necropolítica que se consubstancia nas diversas maneiras pelas quais as armas de fogo são implantadas como mecanismos de destruição máxima de pessoas e de criação de “mundos de morte” (MBEMBE, 2018, p.

1 O *Perifa Connection* é uma plataforma de disputa de narrativa das periferias, construída por Raul Santiago, Wesley Teixeira, Salvino Oliveira, Jefferson Barbosa e Thuane Nascimento. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/perifaconnection/>

146). A política de segurança pública que historicamente tem sido implementada no Rio de Janeiro se materializa, portanto, na produção sistêmica da morte de pessoas negras sob o véu do combate à criminalidade através da guerra às drogas.

Mariana Galdino, ex-moradora da Cidade de Deus, estudante de Direito na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e gestora de operações do *LabJaca*², aponta que “é uma segurança voltada a partir do medo, da letalidade, da opressão e a partir também do atravessamento de corpos de forma muito seletiva”.

Esse cenário se torna evidente quando analisamos os dados do 14º Anuário de Segurança Pública (FBSP, 2020), que demonstram que o Rio de Janeiro é o segundo estado com maior taxa de mortalidade por intervenções policiais, com 10,5%. Tal contexto também atinge diretamente os profissionais da segurança pública. A vitimização de policiais em serviço, entre 2011 e 2015, cresceu 76%, segundo o relatório “Segurança Pública em Números” (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016).

O contexto de extrema violência no Brasil não passou despercebido no cenário internacional. No ano de 2017, o Estado brasileiro sentou no banco dos réus da Corte Interamericana de Direitos Humanos, instituição autônoma da Organização dos Estados Americanos (OEA), e foi responsabilizado internacionalmente pelas gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes da segurança pública durante a Chacina da Favela de Nova Brasília (CIDH, 2017), quando, no ano de 1995, mais de 40 policiais militares e civis invadiram casas no Complexo do Alemão e realizaram uma série de execuções, além de violações de cunho sexual.

O Brasil foi condenado por não garantir a realização de justiça no caso e, dentre as determinações, foi obrigado a estabelecer metas e políticas de redução da letalidade policial, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, enfatizando-se o padrão de uso excessivo da força e as execuções extrajudiciais realizadas pelas polícias, que ocorrem num contexto de tolerância pelas instituições estatais.

Nesse contexto, em fevereiro de 2018, sob a justificativa de “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro”, o presidente Michel

2 *LabJaca* é um laboratório de dados e narrativas na favela do Jacarezinho. Disponível em: <https://www.facebook.com/LabJaca/>

Temer decretou Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, através do Decreto nº 9.288/18, com duração prevista até 31 de dezembro do mesmo ano. No entanto, os resultados foram outros. Neste período, segundo relatório do Observatório da Intervenção (RAMOS, 2019), as mortes por agentes do Estado somaram 1.375 casos, 33,6% a mais do que em 2017. Além disso, o número de tiroteios e disparos de armas de fogo cresceu em 56,6%, ao lado de uma diminuição de 8,2% na apreensão de armas longas.

A intervenção federal impactou diretamente na vida dos moradores das comunidades do Rio de Janeiro, conforme aponta o Relatório do Circuito Favelas por Direitos (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018), que colacionou mais de 300 relatos anônimos de moradores de 15 comunidades do Estado, identificando um conjunto de 30 tipos de violações cotidianas de direitos cometidas pelas Forças Armadas e pelas polícias nos territórios ocupados.

Conforme se observa deste cenário de violações, a condenação do Brasil na seara internacional não surtiu efeitos e, a despeito das pressões externas e internas, principalmente dos moradores de comunidades, onde essas operações e chacinas fazem parte do cotidiano, os números de violência policial continuam grotescos. Em abril de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos demonstrou-se preocupada com o padrão de uso excessivo da força por agentes policiais, além das altas taxas de letalidade (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019).

Até outubro do ano de 2019, de acordo com dados do Instituto de Segurança Pública, os índices de homicídios em decorrência de intervenção policial atingiram a marca de 1.546, gerando uma média de 5 casos por dia. Este foi o maior índice desde o ano de 1998, o que ilustra bem a segurança pública no Estado do Rio de Janeiro.

O fato de o Estado brasileiro permanecer inerte a esse estado de coisas demonstra o processo de desumanização imposto à população negra no Brasil. São vidas entendidas como descartáveis, de modo que o direito de matar ou de expor à morte encontra-se cristalizado na persistência em uma política de segurança autoritária e genocida (CASSERES e PIRES, 2017). Nos últimos anos, este cenário caótico atingiu um novo patamar com o crescente uso de aeronaves durante as operações policiais, utilizadas como verdadeiras plataformas de tiro, o que impactou violentamente o cotidiano das diversas comunidades do Estado.

2. O USO DE AERONAVES NAS OPERAÇÕES POLICIAIS NO RIO DE JANEIRO

2.1 Diretrizes nacionais e internacionais de uso da força aérea

As normas do ordenamento jurídico brasileiro que regulamentam a aviação trazem como condão a limitação do uso bélico de aeronaves. Nesse sentido, a Lei nº 7.565/86, que institui o Código Brasileiro de Aeronáutica, proíbe, em seu art. 21, o transporte nas aeronaves de material bélico ou outras substâncias perigosas para a segurança dos tripulantes. Além disso, também é proibida no art. 17 a realização de voos de acrobacia que possam constituir perigo para o tráfego aéreo, as instalações ou pessoas na superfície.

No mesmo sentido são os parâmetros do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica (RBHA) nº 91, da Agência Nacional de Aviação Civil, que estabelece normas e procedimentos aplicáveis às atividades aéreas de segurança pública e/ou defesa civil. O item 91.955, b, veda a instalação e/ou adaptação de armamento fixo em aeronaves, exceto quanto às organizações federais. Além disso, é de responsabilidade do órgão estabelecer os padrões mínimos de treinamento da tripulação no que diz respeito às operações aéreas de segurança pública, além de medidas de precaução visando a segurança da população e propriedades sob a área da operação.

Ademais, para autorizar ou executar uma operação aérea nas condições especiais especificadas no item 91.961 do RBHA nº 91, o órgão ou o comandante da aeronave envolvida deve gerenciar os riscos considerando, entre outros aspectos, se os riscos criados pela operação são válidos, em relação a terceiros, em termos de “custo-benefício” (item 91.961, c).

No que se refere à legislação estadual, o Decreto nº 20.577/94 do Estado do Rio de Janeiro, que encontra-se parcialmente em vigor, dispõe sobre a utilização de helicópteros em operações de segurança pública, determinando que o emprego de tais aeronaves deve ocorrer em missões de salvamento e apoio policial, proibindo expressamente, em seu art. 4º, o uso em confronto armado direto. No entanto, tal artigo teve sua eficácia afastada pelo art. 2º do Decreto 27.795/01, ficando autorizado o uso de helicópteros em confrontos armados diretos no Rio de Janeiro.

Seguindo a tendência de regulamentação do uso de helicópteros em operações, a Secretaria de Estado de Segurança editou a Instrução Normativa nº 03 de 02 de outubro de 2018 que define no art. 5º como circunstâncias passíveis de utilização de aeronaves tripuladas as que envolvam o suporte e apoio das operações em áreas sensíveis. Dentre as recomendações previstas no art. 7º da Instrução está a de que, em caso de disparos de arma de fogo, seja realizada a identificação do responsável pela ação e a quantidade de munição utilizada, além de que seja utilizada apenas arma de fogo longa e calibre que respeite as normas técnicas dos órgãos reguladores.

Dessa forma, apesar de o art. 3º da Instrução prever, dentre os princípios regentes das operações policiais em áreas sensíveis, a preservação da vida, o respeito à dignidade humana, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, há a autorização expressa para que os agentes de segurança pública efetuem disparos de armas de fogo das aeronaves durante as operações.

Posteriormente, a Secretaria da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro aprovou, através da Resolução nº 63 de 06 de agosto de 2019, o Manual Operacional das Aeronaves, que prevê, em seu art. 1º, que as Operações Aeropoliciais serão realizadas exclusivamente pelos policiais da Coordenadoria de Recursos Especiais (CORE), lotados no Serviço Aeropolicial (SAER), que estejam devidamente qualificados e aptos às missões. Assim, conforme o parágrafo 1º do mesmo artigo, define-se como operação aeropolicial aquela em que há emprego de aeronaves “que envolvam ações da Polícia judiciária, no âmbito de investigação, operação policial ou inteligência, tais como plataforma de tiro tático, de observação, de apoio operacional ao cumprimento de medidas judiciais (...)”.

Mais uma vez, encontra-se expressamente previsto o uso das aeronaves como plataformas de tiro. Neste ponto, impende destacar que, no âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia, condenou o Estado da Colômbia pelo bombardeamento promovido pelas Forças Armadas colombianas através de helicópteros, em 1998, contra a povoação de Santo Domingo. De acordo com a Corte, num conflito armado internacional ou não internacional, o Estado possui o dever de distinguir o bem-estar dos civis dos objetivos militares, além de utilizar a força de maneira proporcional, zelando pela vida e pela integridade da população (CIDH, 2012).

Noutro giro, temos a IV Convenção de Genebra sobre direito humanitário em conflitos armados que proíbe, mesmo em tempos de guerra declarada, penas coletivas, medidas de intimidação e atos de terrorismo contra civis, além de medidas que causam sofrimentos físicos ou extermínio de pessoas civis.

Nesse contexto, o uso de aeronaves como plataforma de tiro contra comunidades, sob a justificativa de combate ao crime organizado, pouco se relaciona com a obrigatoriedade de minimização de riscos, tampouco com a adoção de medidas de precaução. Pelo contrário, os riscos assumidos, principalmente em relação à população que reside nesses territórios, não demonstram serem úteis quando comparados ao suposto custo-benefício dessas operações, conforme se depreende do cenário exposto a seguir.

2.2 O cenário das operações policiais com uso de aeronaves

Os anos 2000 marcam o recrudescimento da política de enfrentamento às drogas no Rio de Janeiro. O uso de carros blindados, apelidados de “caveirões” em referência ao símbolo de “faca na caveira” do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, tinha como justificativa a proteção dos policiais em casos de conflitos com grupos armados que controlam o tráfico de drogas nas comunidades. No ano de 2006, a Anistia Internacional demonstrou-se seriamente preocupada com a utilização desses veículos, considerando os relatos de incursões com disparos de arma de fogo a esmo nas favelas (ANISTIA INTERNACIONAL, 2006).

Com a intensificação das operações policiais, além do aprimoramento do uso da tecnologia, um novo item foi adicionado às incursões policiais. No ano de 2008, a Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro adquiriu um helicóptero blindado norte-americano, que ficou à cargo da Coordenadoria de Recursos Especiais (CORE) da Polícia Civil. Inicialmente, de acordo com o Governo do Estado, o objetivo era proteger os agentes da segurança pública durante operações em “áreas conflagradas”. No entanto, com o passar dos anos, mais do que o uso tático como plataforma de observação e apoio às equipes terrestres, as aeronaves tornaram-se verdadeiras plataformas de tiro.

Somente no primeiro semestre do ano de 2019, foram registradas 34 operações com uso de aeronaves, 11 delas como plataforma de tiro (OBSERVATÓRIO DA

SEGURANÇA, 2019). No mesmo sentido, segundo o 4º Boletim Direito à Segurança Pública na Maré (REDES DA MARÉ, 2019), somente em 2019, o número de operações policiais no Complexo da Maré com a utilização de helicópteros foi maior do que nos anos de 2018 e 2017 juntos. Neste ano, 62% das mortes por intervenção de agentes do Estado ocorreram em operações com uso de helicóptero.

Os depoimentos colhidos durante as entrevistas da pesquisa de campo ilustram um cenário de verdadeiro terror. Rumba Gabriel, morador da favela do Jacarezinho, jornalista e fundador do Movimento Popular de Favelas relata que

A presença de helicóptero é uma espécie de filme de terror. Você acorda com aquele barulho infernal seguido dos estampidos dos tiros. Numa dessas operações atingiram o amigo verdureiro embaixo da sua barraca após fuzilarem a sua barraca. O sentimento é de fragilidade. A gente fica lembrando do Vietnã, aqueles rasantes sobre o povoado e o desespero das pessoas. Como falei, o sentimento é de fragilidade, pura covardia, operações sem planejamento e inteligência. É execução mesmo.

Para Pedro Paulo da Silva, também da favela do Jacarezinho e pesquisador da Rede de Observatórios da Segurança, a situação se torna ainda pior quando se trata do helicóptero blindado da Polícia Civil que *“é um tanto mais aterrorizante porque ele é muito pesado”*. Ele prossegue:

O barulho dele é muito intenso e as ondas de ar que ele solta são muito fortes, então a casa treme toda, as coisas caem e ele tem uma metralhadora um pouco mais pesada, então são muitos tiros com menos tempo, então é muito mais aterrorizante. Então, quando tem operação com helicóptero, absolutamente tudo para, e tudo para no sentido de que você não sai na rua. (...) o simples passar do helicóptero já gera terror e você não sai na rua porque os policiais do helicóptero podem te confundir muito facilmente e alegarem isso com muita facilidade.

Na Cidade de Deus, Mariana Galdino relata que *“os helicópteros passavam por meio dos prédios. Eu moro na localização dos “apês” na Cidade de Deus, então os helicópteros estavam passando por entre os prédios, no meio da Linha Amarela, algumas vezes.”*. Ela complementa ressaltando, assim como Pedro Paulo, o temor em ser vista como uma representação de ameaça às forças de segurança:

E essas cenas que foram mais fortes para mim, porque quando os helicópteros passavam, aquele barulho, e era noite, e você ficava naquela... Gente, não dá

nem para botar a cara, né, porque, se você bota a cara na janela, talvez ele me atire, porque vai que ele ache que eu sou alguma ameaça?

Em comparação com o caveirão terrestre, os moradores entrevistados percebem um cenário pior na atuação do caveirão voador. Para Mariana Galdino,

O caveirão terrestre sempre teve uma presença muito forte, sempre que ele entrava era muito simbólico. (...) mas com essas paradas de helicóptero é um outro nível que o Estado atingiu da guerra contra o nosso povo. E não é uma parada, tipo assim, tem o helicóptero e não tem o caveirão, tem os dois, então é muito sinistro.

Nesse sentido, Gizele Martins aponta que *“você pode ser atingido de diversas formas, com o caveirão terrestre já poderia ser atingido de diferentes formas, mas imagina alguém lá de cima te vigiando, controlando e atirando, os dois atuando juntos, o terrestre e o aéreo”*. Pedro Paulo complementa que, em sua perspectiva

(...) o helicóptero é muito pior, porque o caveirão você entra em um lugar e se protege com mais facilidade, o helicóptero não, porque ele dá tiro de cima para baixo, então você pode estar dentro da sua casa e você vai ser atingido com muito mais facilidade do que com o caveirão, porque o caveirão terrestre não entra em becos, só entra em rua larga, agora o helicóptero não, ele vai atirar em todo e qualquer lugar, em todo e qualquer canto, porque ele está no ar.

Além de representar um terror aos moradores, o uso de aeronaves nessas operações como plataforma de tiro gera perigo também para os próprios agentes de segurança pública. No ano de 2009, três policiais militares morreram e cinco ficaram feridos em decorrência da queda de uma aeronave que sobrevoava o Morro dos Macacos, em Vila Isabel, alvejada por uma série de disparos efetuados por integrantes de grupos armados.

A intensificação do uso de aeronaves em operações policiais coincide com a eleição, em janeiro de 2019, do atual governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, que tinha como carro chefe de sua campanha a defesa de uma política de segurança pública truculenta, baseada no combate ao crime organizado. Uma das principais propostas de campanha era o uso de atiradores de elite, ou *snipers*, para o “abate” de pessoas que portassem fuzis, sob o slogan de que “quem usa fuzil e não usa uniforme é inimigo, é terrorista e será abatido” (SOARES, 2019).

Confirmando sua promessa de campanha, no dia 04/05/2019, Witzel esteve a bordo de um helicóptero da Polícia Civil que sobrevoou a cidade de Angra dos Reis enquanto um atirador de elite efetuou uma rajada de dez tiros contra uma tenda na trilha do Monte do Campo Belo, geralmente usada como ponto de apoio na peregrinação de religiosos (MACIEL, 2019). A operação, filmada e divulgada pelo governador, não gerou vítimas, mas ocasionou uma denúncia à Organização das Nações Unidas pela Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (ALERJ).

De acordo com a Polícia Civil, desde o início da era Witzel, o caveirão voador foi utilizado em mais de 50 missões em todo o Estado do Rio de Janeiro (OUCHANA, 2019) e, entre janeiro e outubro de 2019, 31% das mortes registradas no Rio de Janeiro foram causadas por policiais. Para o Governador, os dados são positivos e representam “uma política combativa como nunca antes foi realizada no Estado do Rio de Janeiro” (FÁBIO, 2019). Salvino Oliveira apontou, durante a entrevista, que essa política de enfrentamento às drogas é extremamente midiática e elege pessoas, pois “*Quando você tem uma operação, a guerra contra o tráfico na cidade do Rio de Janeiro, isso gera votos.*”

3. IMPACTOS NA VIDA DOS MORADORES

Conforme os relatos dos moradores demonstram, o cenário de uma operação policial com uso de helicópteros, caracterizadas por disparos que atingem residências, escolas e comércios, além de voos rasantes muito próximos às habitações, é de caos, o que ocasiona impactos tanto no cotidiano das comunidades, quanto na vida desses moradores.

Gizele Martins aponta que

É um impacto sobre as nossas vidas, sem deixar possibilidade de a gente percorrer a favela, se organizar, achar uma forma segura de se proteger, porque o helicóptero está lá de cima te vigiando, vigiando a população e qualquer mexida sua.

Segundo ela, “(...) *quando se tem as operações todo o território é paralisado, os postos, escolas, atividades, a rua, a vida, a casa, tudo é paralisado, transporte público, sem alternativa da gente sair disso no momento da operação.*”

Renata Trajano, moradora do Complexo do Alemão e membra do Coletivo Papo Reto e do Gabinete de crise do Complexo do Alemão, aponta que

As escolas e creches sempre fecham por conta da operação policial, que geralmente acontece em horários escolares. Fecham postos de saúde, paralisa todo o dia-a-dia da favela, já que geralmente temos que catar os corpos dos nossos.

Sobre a paralisação das aulas em escolas, cumpre mencionar que somente no Complexo da Maré, entre 2016 e 2019, os alunos tiveram menos 89 dias de aulas do que o previsto no calendário escolar (REDES DA MARÉ, 2019). A respeito desse cenário de suspensões, Mariana Galdino aponta que *“o Estado que mata é o mesmo que vai dar esse aval pensando – e quando eu digo é com muitas aspas de hipocrisia mesmo-, “pensando” nessa segurança”*.

Quando as operações ocorrem durante o horário escolar os impactos também são significativos. Em 20/06/2018, a Redes da Maré³ registrou mais de 100 marcas de tiro no chão nas proximidades das escolas Campus Maré II e Creche Vila dos Pinheiros, após operação policial com uso de helicópteros (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016). Além disso, durante operação realizada em 06/05/2019, diversas crianças foram fotografadas correndo pelas ruas para se abrigarem dos tiros que caíam do céu (CARNEIRO, 2019). Em 05/12/2017, também no Complexo da Maré, durante um intenso tiroteio, um aparelho de ar-condicionado da Creche Municipal Pescador Albano foi atingido, enquanto diversos alunos estavam em sala de aula (CORRÊA, 2017).

Outro impacto ressaltado na pesquisa de campo é a suspensão no funcionamento de unidades de saúde. Somente no Complexo da Maré, no ano de 2019, cerca de 15 mil atendimentos diretos de saúde, tais quais aferimento de pressão e aplicação de insulina, foram suspensos. Além disso, a remoção de pacientes dessas unidades é frequentemente negada sob a alegação de que se trata de “área de risco” (REDES DA MARÉ, 2019).

3 A Redes de Desenvolvimento da Maré é uma instituição da sociedade civil que tem como missão “tecer as redes necessárias para efetivar os direitos da população do conjunto de 16 favelas da Maré”. Assim, a organização possui quatro eixos de atuação: “Desenvolvimento territorial”, “Educação”, “Direito à segurança pública e acesso à justiça” e “Arte, cultura, memória e identidade”. Site da Redes: <https://www.redesdamare.org.br/br/>

Entre as perdas que se dão nesse contexto, Salvino Oliveira ressalta:

(...) esse ativo econômico, essa juventude que deixou de crescer, de produzir, de gerar renda para o país, esses comerciantes que deixaram de abrir as portas num dia de operação, a consulta que demorou 3 meses para ser marcada e vai ter que ser remarcada no posto de saúde, enfim, tudo que se perde nessa lógica de guerra às drogas, militarizada, de operação.

O cenário da operação com uso de helicóptero também gera marcas e memórias que permeiam o imaginário desses moradores. Salvino Oliveira aponta que *“O impacto psicológico de uma operação policial numa favela é quase que imensurável”*. Ele relata que

“(...) tinha dificuldade até para dormir, porque a Cidade de Deus é rota de helicóptero comercial e eles começam a passar cedo. Então, sempre que o dia começava era muita apreensão, não conseguir dormir direito, acordar com barulho de helicóptero achando que é uma operação”

A memória de terror relacionada aos helicópteros também aparece no relato de Gizele Martins, que aponta que *“O barulho do helicóptero também é surreal, até hoje eu tenho traumas quando ouço qualquer tipo de helicóptero achando que é sempre o caveirão aéreo”*. Ela complementa descrevendo que

Outro impacto é na casa, nas nossas vidas, ver o chão todo metralhado, as pessoas metralhadas, nossas casas metralhadas, imagino o pânico das crianças nas escolas, o pânico de quem mora em casas de telha e da gente mesmo. Eu moro numa casa de tijolo, mas o helicóptero atirando pode atravessar minha parede, pode atravessar minha janela. (...) é inaceitável porque são diversos traumas psicológicos, traumas na vida, muitos traumas.

Pedro Paulo também ressalta que *“[As operações] têm um efeito psicológico muito mais forte e o caveirão é basicamente tudo que você possa imaginar de aterrorizante, junta o barulho, as armas, o negócio que é de cima, que pode te atingir em qualquer lugar...”*

Gizele Martins também aponta para uma perspectiva importante quando falamos de terror: a das crianças que crescem nesse contexto. Ela relata:

Eu fico aqui lembrando das fotos das crianças nas escolas, lembro dos relatos dos meus sobrinhos e sobrinhas, pequeninhos e falando “hoje eu tive que deitar no chão da escola, num lugar mais seguro por conta do medo do helicóptero” e são essas imagens e depoimentos e também experiências de viver na favela que ficam na minha cabeça.

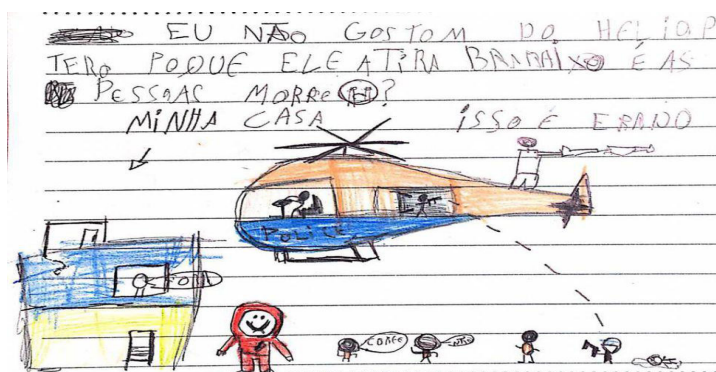
A esse respeito, é importante pontuar a ação da Redes da Maré que, em agosto de 2019, após sentença da 6ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que julgou improcedentes os pedidos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro na Ação Civil Pública sobre operações policiais no Complexo da Maré, entregou ao Presidente do Tribunal de Justiça mais de 1.509 cartas de jovens da região sobre a vivência em meio às operações. Nelas, tomaram destaque alguns relatos e desenhos (MORAIS, 2019):

“O ruim das operações nas favelas é que não dá para brincar muito. E também morrem moradores nas comunidades. Também têm muita violência”.

“Bom... quando tem operação eu não posso ir a lugar nenhum, tenho que ficar no banheiro da minha casa. Quando tem operação e o helicóptero passa atirando para baixo, minha tia vai para minha casa porque, se não, o tiro pode bater lá. É muito ruim... Eles têm que respeitar os horários que as crianças estão na escola ou até mesmo no curso. A maioria das crianças sai 15h, 15h30. Eles podiam entrar 16h e sair 19h ou 20h. Também acho que eles não podem entrar de madrugada porque tem gente que vai trabalhar ou chegar de madrugada”.

“Eu tenho a dizer é que as operações matam muita gente. E essas operações são muito tristes. Uma vez minha mãe saiu para ver minha vó e deu tanto tiro que me escondi atrás da máquina de lavar. É isso que eu tenho a dizer.”

Figura 1 e 2 – O terror provocado pelas aeronaves



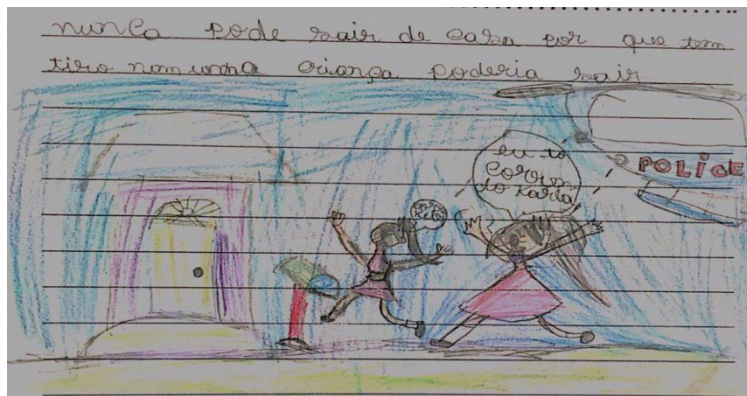


Foto: Reprodução / El País⁴

Sobre os desenhos infantis, GOBBI e LEITE (2002, p. 98), apontam que este é apresentado por Jean Claude Arfouilloux como “preenchedor de lacunas deixadas e revelador de formas de ver o mundo das crianças”. Segundo ARFOUILLLOUX (1976, apud GOBBI e LEITE, 2002, p. 98), “Ele é um traço, um testemunho (...) É como uma janela aberta para uma terra incógnita, um continente perdido onde moramos há muito tempo e que é o domínio de seres muito enigmáticos: as crianças”.

A partir da análise da percepção de crianças de 6 a 10 anos, moradoras de uma favela da cidade do Rio de Janeiro sobre as operações policiais, FRANÇA (2010) defende que a política criminal mantém simbolicamente a produção de infâncias desiguais como uma estratégia de gestão da pobreza. Dentre os desenhos analisados por FRANÇA (2010), o helicóptero surge como um grande terror para as crianças, maior até do que o “caveirão terrestre”. Além disso, as aeronaves são retratadas no alto das folhas, de modo distante e praticamente inatingível, ao mesmo tempo em que causam estragos significativos:

(...) observa-se que, mais do que o caveirão, que nos desenhos analisados aparece apenas uma vez, parece ser o helicóptero o grande monstro a habitar os pesadelos destas crianças. Monstro esse que, como afirmam os autores e a leitura dos desenhos indica, é particularmente perigoso por representar uma união entre estratégias e equipamentos pós-modernos de controle e demandas por ordem ainda tributárias do absolutismo. (FRANÇA, 2010, p. 138)

4 BETIM, Felipe. *As cartas das crianças da Maré: “Não gosto do helicóptero porque ele atira e as pessoas morrem”*. El País, 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/14/politica/1565803890_702531.html>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Os relatos obtidos através da pesquisa de campo, bem como os desenhos, demonstram que os efeitos destas operações incidem não só na suspensão de serviços essenciais aos moradores, mas principalmente na subjetividade, inclusive de crianças e adolescentes que crescem tendo como hábito se abrigar de disparos de armas de fogo, o que produz a permanente sensação de medo nessas pessoas.

Sobre a produção do medo na cidade do Rio de Janeiro, a socióloga Vera Malaguti Batista (2003) ressalta a importância do medo como uma técnica de controle social a partir do resgate da experiência da Revolta dos Malês, um levante de negros escravizados na Bahia de 1835 que marcou profundamente o imaginário do medo da época, fazendo com que o controle sobre os escravizados aumentasse significativamente em decorrência dele.

O imaginário do medo naquela época – e ainda hoje – tinha como figura central o negro instável e perigoso, o que exigia um controle permanente por parte do branco (AZEVEDO, 1987). Assim, estabelecendo um comparativo com a cidade do Rio de Janeiro, caracterizada por uma política de segurança pública extremamente repressiva e direcionada a negros e pobres, BATISTA cita NEDER (1996, apud BATISTA, 2003, p. 32) ao defender que a atuação das polícias nas favelas do Rio de Janeiro, atualmente, é a prova viva do legado da fantasia absolutista do controle social.

Dessa maneira, a hegemonia conservadora da formação social brasileira difundiu o medo como um mecanismo motivador e justificador de políticas autoritárias de controle social, tornando-se um fator de tomadas de posição estratégicas (BATISTA, 2003), o que observamos no uso de aeronaves como plataformas de tiro.

Nesse contexto, de um lado, o medo é usado para legitimar a atuação violenta do Estado nas regiões onde concentram-se as populações empobrecidas, sob o pretexto da guerra às drogas onde, como apontado, o inimigo é definido racialmente (ALEXANDER, 2017). Por outro lado, o medo é utilizado contra essas populações, apropriando-se do terror para controlá-las. Assim, uma geração de jovens cresce sob o som de tiros de helicópteros sobre suas cabeças e, conforme aponta Salvino Oliveira,

É uma política ineficaz, que mata a juventude preta de favela e que mina qualquer possibilidade de outras realidades possíveis, inclusive de outras realidades criativas.

A produção do medo e do terror também gera um impacto significativo na relação dos moradores com o próprio território. Mariana Galdino aponta que a operação policial *“(...) é uma intervenção no nosso território, é uma intervenção no nosso espaço, no nosso lugar, lugar esse que é muito atrelado a um sentimento”*. Ela ressalta que, com a *“intervenção forçada”*, aliada à forma como ela ocorre,

(...) você começa a se questionar se você deveria querer estar ali e isso é um sentimento muito doído dentro da comunidade, porque você quer estar ali e aí você tem essas violações que te fazem o tempo todo se questionar desse sentimento.

A relação do morador com o território, portanto, é marcada por uma duplicidade: de um lado está a própria vivência em comunidade, baseada na solidariedade ativa e na economia solidária, de outro está o atravessamento dessa relação através da intervenção estatal que, nesses lugares, quando não se dá pela omissão no oferecimento de serviços, se faz presente pela violência (NASCIMENTO, 2020). Nesse sentido, sobre a atuação no movimento de favelas contra esse estado de coisas Gizele Martins destaca que

(...) é muito duro ser parte de um movimento que pauta o direito à vida, já que a gente ainda não tem o direito à vida. É muito duro pautar isso todos os dias, é muito difícil, requer muita força porque é muito dolorido, mas a gente vem tendo algumas vitórias.

Em outra perspectiva, Renata Trajano pontua a importância desses movimentos pois, a despeito do atravessamento violento do Estado nesses territórios, *“São os movimentos que fazem a favela ser vista e lembrada de forma de potência e não somente como violenta.”*

3.1 As violações de direitos humanos dos moradores

Conforme apontou Salvino Oliveira durante as entrevistas, *“(...) a morte é um dado que é a ponta de um iceberg de milhares de outras violações que a gente tem dificuldade de mensurar”*. Nesse sentido, diversos direitos reconhecidamente garantidos a todo e qualquer ser humano são violados nas operações com uso de helicópteros como plataforma de tiro.

A Constituição Federal, Lei Maior do Estado brasileiro, determina em seu art. 144 que a segurança pública deve ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas, o que demonstra, a título normativo, uma preocupação com a preservação da vida. Tal posição, entretanto, não se coaduna com a exposição de moradores

de favelas, dentro de suas casas, a tiros que caem do céu. Além disso, os direitos à educação e à saúde estão garantidos no art. 6º da Carta Magna a todo e qualquer cidadão brasileiro e, no entanto, nessas regiões, são cotidianamente cerceados pelo próprio Poder Público a partir da indisponibilidade desses serviços em decorrência das operações.

Noutro giro, a Lei nº 8.069/90, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente garante, em seu art. 15º, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade das crianças e adolescentes como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais. Além disso, o art. 18 do ECA institui como dever de todos o zelo pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento, desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Entretanto, conforme é possível inferir dos desenhos e depoimentos analisados no capítulo anterior, o uso de aeronaves como plataforma de tiro produz um cenário diametralmente oposto à proteção da dignidade de crianças e adolescentes. Pelo contrário, o cenário das operações é extremamente violento e aterrorizante.

Gizele Martins aponta que o uso de aeronaves como plataforma de tiro deixa os moradores *“sem nenhuma possibilidade de se proteger”*. Para ela,

(...) o impacto do helicóptero é como se não quisesse fazer alternativas da gente se proteger, eu acho que esse é o principal objetivo do caveirão aéreo, porque com o helicóptero não há alternativa de você se proteger.

Expor uma gama de pessoas à possibilidade de serem atingidas por tiros disparados de uma aeronave, dentro de suas casas, não se coaduna com o que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil, que assegura o direito à vida (art. 4º), à integridade pessoal (art. 5º), à segurança (art. 7º, item 1), bem como à não discriminação (art. 24).

Além disso, destaca-se o Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009), o qual prescreve que os Estados devem encontrar respostas aos problemas derivados da violência com base nas ferramentas previstas nos instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como na vigência do Estado de Direito. Dessa forma, a segurança cidadã deve operar dentro do respeito aos direitos humanos e à dignidade das pessoas. No mesmo sentido é a Declaração de San Salvador sobre Segurança Cidadã nas Américas, que impõe diretrizes para transformação

do conceito de segurança nas Américas, que deve passar necessariamente pelo crivo dos direitos humanos.

No entanto, o uso das aeronaves, aliado ao padrão de uso excessivo da força pelos agentes da segurança pública nas comunidades, cria um cenário absolutamente incompatível com esses direitos internacionalmente reconhecidos.

Considerando todas as violações de direitos humanos inseridas neste contexto, diversas são as movimentações da população diretamente atingida contra a atual política de segurança pública no Rio de Janeiro. Nesse sentido, há uma luta travada no âmbito do Poder Judiciário, entendendo este como o campo responsável por analisar a constitucionalidade das políticas públicas exercidas através do Executivo e do Legislativo (CANELA JUNIOR, 2009).

Neste contexto, impende aprofundar a análise sobre a Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para questionar a política de segurança pública após uma operação policial realizada em 29/06/2019 no Complexo da Maré, que gerou um verdadeiro cenário de guerra na região. Dentre outros pedidos, foi pleiteado, em sede de tutela de urgência, a apresentação pelo Estado do Rio de Janeiro de um plano de redução de danos, considerando a proteção de crianças, adolescentes, mulheres e idosos (DEFENSORIA PÚBLICA, 2016).

Em 2017, foi deferida a liminar, determinando que o Estado apresentasse, em até 180 dias, um plano de redução de riscos e danos para o enfrentamento das violações de direitos humanos (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017). No entanto, em junho de 2019, a ação foi julgada improcedente, sob o entendimento de que

Assim, incumbe ao Chefe do Executivo traçar as regras de gestão que entende serem as mais eficientes e adequadas de acordo com o seu projeto de governo. Assim é que, cada Governador vem tentando de uma forma ou outra enfrentar o crime organizado que, a cada dia mais, vem se espalhando por todos os rincões desse País e, especialmente, no Estado do Rio de Janeiro. A forma para o seu enfrentamento faz parte da competência atribuída ao Governador do Estado, por sua Secretaria de Segurança e das Polícias. Esses Secretários, de livre escolha do chefe do Executivo Estadual, com base em conhecimentos técnicos próprios da área, traçam a política de Segurança a ser executada durante o mandato outorgado pelo povo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Além da Ação Civil Pública na Justiça Estadual do Rio de Janeiro, que encontra-se em fase de Apelação perante a segunda instância, tramita atualmente no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), que tem como *Amicus Curiae* a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, além de diversas organizações do movimento de favelas e movimento negro.

A ADPF 635, conhecida como “ADPF das favelas”, tem como objetivo que sejam reconhecidas e sanadas as graves lesões de preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, principalmente no que se refere à excessiva e crescente letalidade da atuação policial.

Para Daniel Lozoya, subcoordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro,

São muito profundas as reformas necessárias na segurança pública do Rio de Janeiro e que na atual conjuntura a gente não encontra perspectiva de avançar no Poder Executivo, daí a importância dessa atuação do Supremo e também de cumprir a sentença do Caso Nova Brasília da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que entre as suas disposições determina a redução da letalidade e da violência policial no Estado do Rio de Janeiro.

No julgamento do pedido de medida cautelar, em abril de 2020, foram deferidos, dentre outros, os pedidos de interpretação conforme o art. 2º do Decreto Estadual 27.795/01, restringindo a utilização de helicópteros nas operações policiais apenas nos casos de observâncias da estrita necessidade, comprovada por meio da produção, ao término da operação, de relatório circunstanciado.

Além disso, houve determinação para que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, sejam observadas diretrizes relacionadas à (i) absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e saída dos estabelecimentos educacionais, com o envio de justificativa do desenvolvimento das ações ao Ministério Público em 24 horas, (ii) a proibição da utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde, incluindo as áreas de entrada e saída, como base operacional das polícias civil ou militar; e (iii) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação entre as polícias civil

e militar e os segmentos das áreas de educação e saúde, com o objetivo de reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade.

Impende destacar, ainda, que o cenário brasileiro neste período envolvia a pandemia mundial de COVID-19, decretada pela Organização Mundial da Saúde em 11/03/2020. Com a pandemia, advieram as determinações de distanciamento social e quarentena no Brasil, com o objetivo de diminuir o contágio pela doença. A situação emergencial acarretou uma queda na economia do país, o que aumentou o número de desempregados, agravando as desigualdades sociais. Dessa forma, nas regiões periféricas, intensificaram-se as ações humanitárias de distribuições de cestas básicas e materiais de higiene. Até o início do mês de agosto de 2020, o Brasil possuía 2,6 milhões de casos confirmados da doença, totalizando mais de 93 mil mortes.

A violência e a letalidade policial, no entanto, não entraram em quarentena. Em maio de 2020, uma operação policial conjunta realizada pelo Batalhão de Operações Policiais da Polícia Militar (BOPE) e a Delegacia Especializada em Armas e Munições e Explosivos da Polícia Civil, no Complexo do Alemão, resultou em 13 mortes, impedindo também a ajuda humanitária de entrega de alimentos e materiais de higiene na comunidade.

Somente três dias depois, em 18 de maio de 2020, uma operação policial conjunta da Polícia Federal e da Coordenadoria de Recursos Especiais da Polícia Civil, que contou com veículos blindados e aeronaves, resultou na morte de João Pedro, de apenas 14 anos de idade, após sua casa ser alvejada por mais de 70 tiros. No mesmo dia, uma operação conjunta do BOPE e do Batalhão de Choque vitimou Igor César, de 21 anos, na favela de Acari.

Diante deste cenário, foi feito pedido de tutela provisória incidental na medida cautelar da ADPF 635, deferida monocraticamente pelo Ministro Edson Fachin, em 5 de junho, e referendada pelo Tribunal Pleno em 5 de agosto, para determinar, sob pena de responsabilização civil e criminal que (i) não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do *COVID-19*, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados

cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

No julgamento, o Relator Ministro Edson Fachin ressaltou que

Muito embora os atos narrados devam ser investigados cabalmente, nada justifica que uma criança de 14 anos de idade seja alvejada mais de 70 vezes. O fato é indicativo, por si só, que, mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

Em 18 de agosto de 2020, o tribunal pleno do STF confirmou as determinações feitas pelo Ministro Relator Edson Fachin em junho, determinando a restrição do uso de helicópteros nas operações policiais apenas aos casos de estrita necessidade, devendo esta ser comprovada através de relatório circunstanciado, além de que sejam observadas diretrizes em relação às operações realizadas na proximidade de escolas, creches, hospitais ou postos de saúde.

Os resultados da decisão já são perceptíveis. Em junho de 2020, um mês após o deferimento da medida cautelar incidental que determinou a suspensão das operações durante a pandemia, o número de mortes por intervenção de agente do Estado foi o menor em 54 meses. Conforme os dados do Instituto de Segurança Pública⁵, no mês de maio ocorreram 129 mortes, enquanto em junho foram 34 mortes, uma redução de 74%.

Esse quadro é um indicativo de que há outra alternativa para a segurança pública, considerando que a redução no número de operações não produziu o aumento da criminalidade. Os números de homicídios dolosos, crimes violentos letais e intencionais e roubos de carga, por exemplo, também diminuíram de maio para junho de 2020.

Para Daniel Lozoya,

“(...) [a ADPF 635] teve um impacto muito significativo, porque as operações policiais estão diretamente relacionadas à letalidade policial, mas por outro lado elas não têm nenhuma correlação com os indicadores criminais. As operações policiais não têm eficácia no enfrentamento à criminalidade.

5 Dados disponíveis em <http://www.isp.rj.gov.br/>.

Segundo ele

O uso de helicóptero em operações policiais, a princípio, é permitido, não existe nenhum problema com relação a isso, o problema surge da forma como ele vem sendo utilizado, especialmente pela Polícia Civil no Rio de Janeiro, como plataforma de tiro ou instrumento de terror, voando à baixa altura, dando voos rasantes em locais densamente povoados, efetuando disparos nesses locais, vindo a atingir casas, escolas, expondo a risco os moradores e os próprios policiais. Nós entendemos que essa forma de utilização do helicóptero é inconstitucional, constitui uma violação de direitos humanos.

A ADPF 635 trata de uma política de segurança pública que atinge diretamente a população negra, maioria nas regiões periféricas, da forma mais violenta possível. Trata-se, portanto, de uma oportunidade ímpar do judiciário brasileiro, especificamente da Suprema Corte, “abrir sua perspectiva epistemológica e hermenêutica para a questão racial”, conforme apontam CORBO e ADAMI (2020) e, para Daniel Lozoya, “(...) *é uma ação fundamental e é nossa esperança para conter essa barbárie.*”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que observamos atualmente no Rio de Janeiro é o resultado de uma política de segurança pública ineficiente, financeiramente insustentável (COCINELLO, 2019) e essencialmente discriminatória. Vivemos no Estado onde vigora a política do “tiro na cabecinha”, com a ressalva de que “Um tiro em Copacabana é uma coisa. Um tiro na Coréia (periferia) é outra”, conforme afirmou um ex-Secretário Estadual de Segurança do Rio de Janeiro⁶.

Com o crescente uso de aeronaves como plataformas de tiro nas comunidades, a política de segurança pública atinge um novo patamar. O enfrentamento bélico é levado ao extremo e as formas de combate são aprimoradas através do uso da tecnologia. Como resultado, quando infâncias como a de Marcus Vinicius, morto aos 14 anos no Complexo da Maré, João Pedro, morto aos 14 anos no Complexo do Salgueiro e Agatha, morta aos

6 Beltrame: ‘Um tiro em Copacabana é uma coisa. Na Favela da Coréia é outra’. OAB critica diferenciamento. Jornal Extra, 2007. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/beltrame-um-tiro-em-copacabana-uma-coisa-na-favela-da-coreia-outra-oab-critica-diferenciamento-720077.html>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

8 anos no Complexo do Alemão, não são interrompidas, são traumatizadas, como as das crianças do Complexo da Maré, que expressam em seus desenhos o pavor dos helicópteros.

O céu, que habita o imaginário social como local para onde se olha à procura de paz, para os moradores de comunidades no Rio de Janeiro torna-se fonte de medo e pavor diante de um cotidiano de rajadas de tiros e voos rasantes, onde cada passo e cada movimento pode ser ameaçador.

Em pleno Estado Democrático de Direito, o Estado, que tem como objetivo garantir a segurança pública, se utiliza de aeronaves como plataformas de tiro contra populações faveladas, gerando um verdadeiro cenário de guerra, onde os moradores transformam-se em inimigos, tendo como única saída tentar se proteger dos tiros caídos do céu.

Nesse contexto, além da violação de uma variedade de direitos constitucionalmente garantidos, o que se vê é o aprimoramento das engrenagens de um projeto genocida que investe contra o futuro de uma geração (FLAUZINA, 2006). O “Atlas da Violência 2020” aponta que a concentração dos índices de violência letal na população negra é uma das principais expressões das desigualdades racial no Brasil (IPEA e FBSP, 2020). Percebe-se, portanto, que o racismo, como fator permanente na sociedade, está arraigado em todas as instâncias de funcionamento do mundo, inclusive militar (MOORE, 2012).

Dessa forma, há um rastro de sangue que parte das favelas do Rio de Janeiro e segue se acumulando em decorrência da política de guerra às drogas que têm como condão a produção de “mundos de morte” (MBEMBE, 2018, p. 146). Fato é que o racismo é inerente à ordem social e o seu combate se dá através da implementação de práticas antirracistas efetivas (ALMEIDA, 2018). Enquanto isso não ocorre, o cenário se modifica, o caveirão que antes se rastejava pelos becos passa a voar, os mecanismos se atualizam, as práticas de guerra se aprimoram, mas o cerne permanece o mesmo, continuamos assistindo diariamente nos noticiários o que nos lembra FLAUZINA: corpos negros caídos no chão.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf>. Acesso em: 25 maio. 2020.

_____. *“Vim buscar sua alma”: o caveirão e o policiamento no Rio de Janeiro*. 2006, pag. 3. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2014/08/Br-Vim-buscar-sua-alma.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

AZEVEDO, Célia M. de A. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites (século XIX)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. *Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957*. Promulga as convenções concluídas em Genebra a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger vítimas de defesa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1, 09/09/1957, p. 21453. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42121-21-agosto-1957-457253-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. *Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018*. Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Edição Extra – A, 16/02/2018, p. 1. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9288-16-fevereiro-2018-786175-publicacaooriginal-154875-pe.html>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

_____. *Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23/12/1986. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7565-19-dezembro-1986-368177-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

_____. *Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica nº 91*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22/04/2003. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2018/23/anexo-vi-rbha-91>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARNEIRO, Júlia Dias. *‘Tinha helicóptero atirando de cima’: professores acalmam alunos com música durante operação que matou 8 no Rio*. BBC News Brasil, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48190478>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

CASSERES, Livia; PIRES, Thula. *Necropoder no território de favelas do Rio de Janeiro*. In: Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais, 1., 2017, São Paulo. Anais (on-line). São Paulo: IBCCRIM, 2017. p.1428-1465.

CERQUEIRA, Daniel R. C.; MOURA, Rodrigo Leandro. *Vidas Perdidas e Racismo no Brasil*. Brasília: IPEA, 2013 (Nota Técnica, n. 10).

CICONELLO, Alexandre. *A política de segurança pública do Rio de Janeiro é ineficiente e financeiramente insustentável*. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Intervenção/ CESeC, dezembro de 2019. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2019/12/RELATORIO_REDE-DE-OBS_alexandre-ciconello_191211_capaBR.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2020

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos*, Organização dos Estados Americanos: 2009. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/pdf%20files/seguridad%20ciudadana%202009%20port.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

_____. *CIDH expressa preocupação por casos de letalidade policial em contextos urbanos no Brasil*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/103.asp>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

CORBO, Wallace; ADAMI, Eduardo. *O supremo problema racial*. Jota, 29 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-problema-racial-29062020>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

CORRÊA, Douglas. *Policial civil é atingido em helicóptero durante ação no Complexo da Maré*. Agência Brasil, 2017. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/>>

noticia/2017-12/policial-civil-e-atingido-em-helicoptero-durante-acao-no-complexo-da-mare>. Acesso em: 1 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Massacre de Santo Domingo v. Colômbia. Sentença de 30 de novembro de 2012*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf>. Acesso em 20 jun. 2020.

_____. *Caso Favela Nova Brasília vs Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Ação civil pública com pedido de tutela de urgência*. 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, RJ, processo eletrônico de autor nº 0215700-68.2016.8.19.0001, distribuído em 30/06/2016.

_____. *Oito em cada 10 presos em flagrante no Rio são negros, revela estudo*. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10537-Audiencias-de-custodia-no-Rio-so-liberam-um-em-cada-tres-presos?fbclid=IwAR1pQgBmjYYJDTTYr4r-N2hPLgdDsvs5ayaHB4kRzXLNUMGbW7Uk17y7kbs>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. *Comunidades do Rio sofrem 30 tipos de violações durante Intervenção*. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/6397-Comunidades-do-Rio-sofrem-30-tipos-de-violacoes-durante-Intervencao>>. Acesso em: 29 maio. 2020

_____. *Relatório 2018. Circuito de favelas por direitos*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relato%CC%81rio_Final_Circuito_de_Favelas_por_Direitos_v9.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020

FÁBIO, André Cabette. *O que marca o recorde de letalidade policial no Rio de Janeiro*. Nexo Jornal, 2019. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/11/26/O-que-marca-o-recorde-de-letalidade-policial-no-Rio-de-Janeiro>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FLAUZINA, Ana P. *Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FRANÇA, Alexandre Miguel. *O Estado e a manipulação do medo: crianças e menores no contexto da política criminal da cidade do Rio de Janeiro*. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 2, núm. 5, setembro-dezembro, 2010, pp. 117-139.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015*. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2020.

GOBBI, M.; LEITE, M. I. *O desenho da criança pequena: distintas abordagens na produção acadêmica em diálogo com a educação*. Ata e desata: partilhando uma experiência de formação continuada. Rio de Janeiro: Ravil, 2002, 93-148.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (org.). *Informativo desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019a. 12 p. v. 41. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101681>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). *Atlas da violência 2020*. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2020.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Rio de janeiro: a Segurança Pública em números. Evolução dos principais indicadores de criminalidade e atividade policial no Estado do Rio de Janeiro – 2003 a 2015*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/SegPublicaemnumeros.pdf>. Acesso em: 25 maio. 2020

KELLER, Rene José. *Favela, direito e capitalismo: a dialética da negação e repressão estatal no Complexo do Alemão*. 2019. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

MACIEL, Matheus. *Helicóptero com Witzel a bordo metralhou tenda de orações em Angra dos Reis*. O Globo, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/helicoptero-com-witzel-bordo-metralhou-tenda-de-oracoes-em-angra-dos-reis-23648907>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3ª ed. São Paulo, n-1 edições, 2018.

MOORE, Carlos. *Racismo e Sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. 2º ed. – Belo Horizonte; Nandyala, 2012.

MORAIS, Gabriel. *Crianças da Maré entregam cartas e desenhos ao Tribunal de Justiça do Rio pedindo menos violência na comunidade*. Jornal Extra, 2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/criancas-da-mare-entregam-cartas-desenhos-ao-tribunal-de-justica-do-rio-pedindo-menos-violencia-na-comunidade-23874257.html>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NASCIMENTO, Thuane. *Não é fantasia pleitear que instrumentos de morte fiquem longe das nossas favelas*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 20 ago. 2020. Disponível em: <<https://folha.com/tvu2iwhz>>. Acesso em: 23 ago. 2020

OBSERVATÓRIO DA SEGURANÇA. *Operações policiais no Rio: helicópteros e mortes*. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<http://observatorioseguranca.com.br/operacoes-policiais-no-rio-mais-frequentes-mais-letais-mais-assustadoras/>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

OUCHANA, Giselle. *'Caveirão do ar' soma mais de 50 missões na gestão Witzel*. Época, 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/caveirao-do-ar-soma-mais-de-50-missoes-na-gestao-witzel-23740506>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

RAMOS, Silvia (coord.). *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Rio de Janeiro: CESeC, fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.ucamcesec.com.br/textodownload/intervencao-federal-um-modelo-para-nao-copiar/>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

REDES DA MARÉ. 4º Boletim Direito à segurança pública na Maré. Rio de Janeiro, 2019: Disponível em: <https://www.redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/BoletimSegPublica_2019.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. *Decreto nº 20.577 de 26 de setembro de 1994*. Dispõe sobre utilização de helicópteros em operações de segurança pública e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, RJ, 27/09/1994. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/532ff819a4c39de50325681f0061559e/>>

4be54c7dad308d1403256bb90062cc3c?OpenDocument&ExpandSection=-3#_Section3>. Acesso em: 29 maio. 2020.

_____. *Decreto nº 27.795 de 23 de janeiro de 2001*. Dispõe e altera dispositivos do Decreto nº 20.557, de 26 de setembro de 1994, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, RJ, 24/01/2001. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/edf4bff7c47c556603256a150060c6ad?OpenDocument&Highlight=0,27.795>>. Acesso em: 29 maio. 2020.

_____. *Instrução Normativa SESEG nº 03 de 03 de outubro de 2018*. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 04/10/2018.

_____. *Resolução nº 63 de 06 de agosto de 2019*. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 08/08/2019.

_____. *Resolução nº 85 de 11 de dezembro de 2019*. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 13/12/2019.

SOARES, Rafael. *Witzel: 'Quem usa fuzil e não usa uniforme é inimigo, é terrorista e será abatido'*. Jornal Extra, 2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policial/witzel-quem-usa-fuzil-nao-usa-uniforme-inimigo-terrorista-sera-abatido-23342659.html>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão de lavra do Ministro Edson Fachin, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635*, prolatada em 05/06/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital. *Decisão da lavra da magistrada Ana Cecília Argueso Gomes de Almeida*, nos autos da ação civil pública, processo eletrônico nº 0215700-68.2016.8.19.0001, prolatada em 08/06/2017.

_____. 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital. *Decisão da lavra da magistrada Regina Lucia Chuquer de Almeida Costa de Castro Lima*, nos autos da ação civil pública, processo eletrônico nº. 0215700-68.2016.8.19.0001, prolatada em 18/06/2019.

Apresentação oral

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NOS SISTEMAS
PROCESSUAIS PENAIIS: A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E
REFLEXOS DA LEI 13.964/19**

*THE PROBATIVE INITIATIVE OF THE JUDGE IN THE
CRIMINALPROCEDURE SYSTEMS: DOCTRINE DIVERGENCE AND
LAW 13.964/2019 REFLEXES*

Matheus Léo Pereira Badaró Duarte

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela PUC/MG. Graduado em Direito
pela PUC/MG.

E-mail: matheusbadaro@hotmail.com

Marina de Almeida Mattos

Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Graduada em Direito
pela PUC/MG. Graduada em Letras/Licenciatura em Inglês pela UFMG.

E-mail: almeidamattosmarina@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a temática da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro sob a perspectiva do sistema processual penal acusatório, com o escopo de averiguar se essa iniciativa é possível e, caso seja, em que medida deve ser tolerada. A partir da revisão bibliográfica da doutrina especializada, foi possível verificar que existem pelo menos duas correntes acerca do tema, que se dividem no que consideram as características fundamentais de cada sistema processual. Assim, parte da doutrina rejeita qualquer movimento em direção a aceitar a iniciativa instrutória do juiz no processo penal, enquanto outra parte a admite, desde que corretamente limitada pelo devido processo legal. Analisou-se também a introdução do art. 3º-A ao Código de Processo Penal, que ratificaria o sistema acusatório no processo penal brasileiro, verificando-se que sem a adequação dos demais dispositivos da legislação processual, é improvável que se efetive o sistema acusatório, independentemente da corrente adotada.

Palavras-chave: Processo Penal. Acusatório. Iniciativa Instrutória.

Abstract: This paper aims to analyze the theme of the judge's probative initiative in the Brazilian criminal process from the perspective of the accusatory criminal procedural system, with the scope of ascertaining whether this initiative is possible and, if so, to what extent it should be tolerated. From the bibliographic review of the doctrine specialized, it was possible to verify that there are at least two schools of thought about the theme, which are divided in what they consider the fundamental characteristics of each procedural system. Thus, part of the doctrine rejects any move towards accepting the judge's probative initiative in criminal proceedings, while the other part admits it, provided it is properly limited by the due legal process. The introduction of art. 3rd-A to the Code of Criminal Procedure, which would ratify the accusatory system in the Brazilian criminal process, verifying that without the adequacy of the other provisions of the procedural legislation, it is unlikely that the accusatory system will be effective, regardless of the adopted school of thought.

Keywords: Criminal Procedure. Accusatory. Probative Initiative.

Sumário: Introdução. 1. Os sistemas processuais penais. 1.1 Sistemas inquisitório, acusatório e misto. 1.2 Sistemas adversarial e inquisitorial. 1.3 Contraposição entre acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial. 1.4 O sistema adotado no processo penal brasileiro. 2. A iniciativa instrutória do juiz e a busca da verdade. 2.1 A imparcialidade do juiz. 2.2 *in dubio pro reo*. 3. O novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal. 4. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A temática dos sistemas processuais penais é frequentemente objeto de estudos dos processualistas, que permeiam as diversas classificações, características e a evolução histórica de cada sistema. Entretanto, no Brasil não é pacífica a definição do que vem a ser o sistema acusatório, sobretudo quando se enfrenta a possibilidade de haver iniciativa instrutória do juiz no âmbito do processo penal. Isto é, se o magistrado poderia, de ofício, promover atos instrutórios que podem influenciar a sua decisão. O escopo central do presente trabalho é abordar a divergência doutrinária, em que parte da doutrina sustenta

que tal hipótese é incompatível com o sistema acusatório, enquanto outra corrente afirma que essa iniciativa é possível, se corretamente limitada.

O tema é ainda mais sensível quando confrontado com a existência dos princípios do juiz natural – que pressupõe a imparcialidade do julgador – e do *in dubio pro reo*, pois, em tese, ambos seriam impeditivos da atuação instrutória do juiz. Por tal razão, sem a pretensão de esgotar o tema e, especialmente após a Lei 13.964/19 – que consagrou o sistema acusatório no Código de Processo Penal brasileiro –, é que se propõe analisar, uma vez mais, a iniciativa instrutória do juiz no contexto dos sistemas processuais, para que se reflita acerca da sua possibilidade e seus eventuais limites. Para tanto, é oportuno começar pela classificação dos sistemas processuais penais, para as diferentes correntes.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A questão dos sistemas processuais penais é tema amplamente discutido na doutrina, sendo que, a despeito de pontuais divergências, a principal classificação trabalhada é entre dois binômios: sistema acusatório/sistema inquisitório e sistema adversarial/sistema inquisitorial. Alguns doutrinadores admitem, ainda, dentro da primeira classificação, o sistema misto, ou, como denomina Marcos Zilli, sistema inquisitório reformado.¹

Classificar os sistemas processuais penais é de grande importância para que se faça uma “abordagem comparativa, abrindo caminho para um estudo aprofundado acerca das diferentes soluções encontradas para alguns aspectos da persecução penal”² e, mais especificamente, acerca do que se pretende analisar neste artigo, a iniciativa instrutória do juiz. Para tanto, deve-se, primeiramente, distinguir o sistema acusatório do sistema inquisitório, para que depois seja possível fazer uma comparação com o segundo binômio. Contudo, não sem antes delimitar quais são as importantes discordâncias doutrinárias acerca dos sistemas processuais penais.

1.1 Sistemas inquisitório, acusatório e misto

A origem histórica do sistema inquisitório remete a uma persecução penal inserida dentro de uma forma de governo autoritária, sendo possível apontar as sociedades do

1 ZILLI, 2003, p. 37.

2 Ibid., p. 35.

Antigo Egito como as raízes desse sistema, em que o exercício do poder judiciário se concentrava na figura do Sacerdote.³ Na Idade Média, o sistema inquisitório se espalhou pela Europa com o Tribunal da Inquisição ou do Santo Ofício, que concentrava na Igreja Católica o poder de perseguir, julgar e condenar os chamados “hereges”, aqueles que iam contra os mandamentos da Igreja. Dito sistema predominou até o início do século XIX, quando a Revolução Francesa trouxe novos ideais políticos e filosóficos, principalmente de valorização do homem.⁴

A principal característica do sistema inquisitório é justamente a concentração de todas as funções da persecução penal em único órgão. Nas palavras de Marcos Zilli, “perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas por uma pessoa que normalmente é referida por inquisidor”.⁵ Pode-se apontar, a partir dessa concepção principal, algumas outras características: a) nesse sistema, o principal objetivo é a busca da verdade, não importando os meios utilizados para tal; b) por isso mesmo, o acusado não é sujeito de direitos, ele é mero objeto do processo, servindo como fonte para a busca da verdade; c) o procedimento é secreto e escrito; e d) o inquisidor tem total liberdade para colher as provas de ofício. Em suma, o sistema inquisitório coloca exclusivamente nas mãos do inquisidor a busca pela verdade, pela crença de que quanto mais poder esse inquisidor tiver, mais se aproximará dela.⁶

O sistema inquisitório não é objeto de discordâncias consideráveis, principalmente no que diz respeito às suas características, havendo certo consenso entre os principais processualistas. Discute-se, entretanto, se o processo inquisitório pode, de fato, ser denominado de processo, devido às suas características que se distanciam do que entendemos hoje como *estado de direito*. Para Alcalá-Zamora o modelo inquisitório não traz um “processo genuíno, mas sim uma forma auto defensiva da administração da justiça”.⁷

Nesse contexto, Lorena Winter afirma que a essência de um processo reside no fato de o juiz ser, verdadeiramente um terceiro imparcial e, somente um processo estruturado dessa

3 PRADO, 2006, p. 71.

4 LOPES JR., 2019, p. 44.

5 ZILLI, 2003, p. 39.

6 BADARÓ, 2020, p. 106.

7 ZAMORA *apud* GRINOVER, 2000, p. 16.

maneira poderia garantir um julgamento justo. Apesar disso, questiona-se a real utilidade de afirmar que todo processo que não garante a imparcialidade não é processo, pois como se denominaria, então, o processo inquisitório? E ainda, se é o modelo acusatório o único que garante um julgamento justo e, por isso é verdadeiramente um processo, seria redundante dizer “processo acusatório”. Ressaltar a importância de um sistema processual penal ter determinadas garantias fundamentais – como a imparcialidade – é de fato necessário, mas isso não pode reduzir a noção de processo apenas ao processo acusatório, sob pena de não se enfrentar eventuais problemas que esse sistema possa vir a ter e, assim, não se contribuir na busca de soluções para a compreensão do processo penal como um todo.⁸

Ao tratar do sistema acusatório, adentra-se em um campo farto de estudos e, sobretudo, de discordâncias entre os processualistas. De maneira geral, pode-se dizer que sua origem remete à Idade Média e à República Romana, tendo perdurado até o século XIII.⁹ Em Roma surgiu com a denominação de *accusatio*, em que a forma adotada na época era marcada pela presença do contraditório “cumprindo às partes pesquisarem e produzirem as provas das suas alegações. Tratava-se de um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central dos quais derivavam os fundamentos da decisão”.¹⁰ No direito moderno, após a consolidação de um novo modelo político com ênfase na repartição dos poderes, o sistema acusatório propagou-se na América Latina por meio do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América.¹¹

A divergência doutrinária acerca do tema tem início no que se entende pelo termo “sistema”. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica que Kant concebeu, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, que um sistema é um conjunto de elementos relacionados por uma única ideia e que essa ideia traria o objetivo daquele conjunto, funcionando como um princípio de ligação entre os elementos do sistema. Essa ideia central de um sistema, Jacinto denomina de *princípio unificador*.¹² Os processualistas adeptos dessa corrente fazem a distinção entre os sistemas processuais penais baseados nesse princípio. Tem-se o *princípio inquisitivo* e o *princípio dispositivo*, sendo o primeiro o princípio unificador

8 WINTER, 2008, p. 13.

9 ZILLI, 2003, p. 37.

10 PRADO, 2006, p. 75.

11 GRINOVER, 2000, p. 15.

12 COUTINHO, 2009, 108.

do sistema inquisitório e o segundo o princípio unificador do sistema acusatório.¹³ Para essa corrente, é a partir dessa ideia central – de princípio unificador – que todo o sistema processual deve ser estruturado.

No que diz respeito aos dois sistemas em análise – inquisitório e acusatório – os princípios unificadores se distinguem um do outro a partir do elemento da gestão da prova. O sistema inquisitório tem como princípio unificador o princípio inquisitivo, no qual a gestão da prova é confiada ao juiz, ou seja, é ele quem irá buscar as provas, analisá-las e, com base nelas, decidir, tudo isso feito de maneira secreta. Já o sistema acusatório tem como princípio unificador o princípio dispositivo, que considera que a gestão da prova é de responsabilidade das partes, ou seja, da acusação e da defesa. São elas que devem colher os elementos necessários para capturar a convicção do juiz, que é inerte e não participa da produção da prova. De tal modo, para os processualistas adeptos dessa corrente a principal característica do sistema acusatório é a iniciativa instrutória ser exclusiva das partes, não se admitindo, portanto, qualquer participação do juiz nesse quesito.

A respeito de definir os sistemas processuais penais por meio dos seus princípios unificadores, Lorena Winter questiona se há sentido em continuar a tentar delimitar o que seria um sistema processual penal puro ou não. Para a autora, não há na história um modelo puro que possa ser identificado ou comparado com nenhum dos sistemas processuais penais em questão e, mesmo que tivesse havido, definir seu princípio unificador não necessariamente nos leva a uma melhor compreensão do processo penal ou de sua função de combate à criminalidade nas sociedades atuais.¹⁴

Isso posto, outros importantes processualistas abandonam a ideia de princípio unificador e entendem que o sistema acusatório pode ser definido por algumas características fundamentais. A principal delas é a distribuição de funções. Distribui-se as funções de acusar, defender e julgar, nas mãos de órgãos distintos, havendo, dessa forma, equidistância entre os sujeitos processuais. Desta característica principal decorrem outras importantes, conforme preceitua Ada Pellegrini: a) o que é colhido pelo Ministério Público na fase de investigação como elemento probatório, não ingressa no processo, serve apenas para que o órgão acusador forme a sua convicção; b) a jurisdição se inicia por meio de uma acusação

¹³ COUTINHO, 2015, p. 04.

¹⁴ WINTER, 2008, p. 12-13.

realizada por um órgão diferente do juiz; c) as partes desenvolvem o processo sob a égide do contraditório e perante um juiz natural;¹⁵ e, ainda, segundo Marcos Zilli: d) o acusado não é mero objeto do processo, é, na verdade, sujeito de direito e está em pé de igualdade com o órgão que o acusa; e) o procedimento é, via de regra, público e oral; f) o órgão julgador decide por meio do sistema do livre convencimento.¹⁶

Para sintetizar, conforme explica Gustavo Badaró, o sistema acusatório é:

essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório.¹⁷

Ao analisar tais características do sistema acusatório, surge uma nova corrente de processualistas que concluem não haver incompatibilidade entre a iniciativa instrutória do juiz e o sistema acusatório contemporâneo, visto que essa não é uma de suas características essenciais, apesar de reconhecerem que, historicamente, o juiz era inerte. É este o ponto crítico da discordância, a gestão da prova. Conforme ressalta Lorena Winter, historicamente a prova no sistema acusatório se resumia à prova testemunhal. As partes – acusação e defesa – buscavam reconstruir os fatos apresentando testemunhas que depusessem em seu favor. Por essa razão se denominava de *processo de partes*, uma vez que de forma geral, nem o juiz e nenhum outro órgão do estado buscava fontes de provas ou interferia nos depoimentos das testemunhas. Ao tempo do modelo acusatório primitivo a ciência forense se encontrava em um grau de evolução muito inferior da que se tem atualmente. Sendo assim, naturalmente os meios de obtenção de prova evoluíram e o modo de buscá-la, também mudou.¹⁸ Ada Pellegrini alega que “o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal”.¹⁹

15 GRINOVER, 2000, p. 16.

16 ZILLI, 2003, p. 39.

17 BADARÓ, 2020, p. 106.

18 WINTER, 2008, p. 29.

19 GRINOVER, 2000, p. 16.

Por fim, resta tratar do sistema misto, com origem na expansão napoleônica, que difundiu pela Europa a ideia de um processo penal fundado no Iluminismo.²⁰ Dito sistema traz aspectos tanto do sistema inquisitório quanto do sistema acusatório. Em primeiro lugar, tem-se uma fase preliminar de investigação, dotada de traços inquisitórios, na qual o órgão de acusação ou, por vezes, um juiz inquisidor, fica responsável por colher os elementos necessários para acusar. Posteriormente, na fase processual, ocorre o procedimento principal, no qual regem as regras do sistema acusatório.²¹ É em razão desse sistema manter características do sistema inquisitório, mas também incorporar características do sistema acusatório, que alguns doutrinadores como Marcos Zilli o denominam de sistema inquisitório reformado.²²

Contudo, para os processualistas que entendem que os sistemas processuais penais são regidos pelo princípio unificador, questiona-se se o sistema misto poderia ser considerado um sistema propriamente dito. Isso porque, diferentemente do sistema inquisitório ou acusatório, o sistema misto conjuga elementos dos outros dois sistemas, e, portanto, não possui um princípio que estrutura todas as suas características, o que impediria a sua classificação como um sistema processual.²³

1.2 Sistemas adversarial e inquisitorial

A segunda contraposição a ser estudada é a relação entre o sistema adversarial e o sistema inquisitorial, ambos de origem anglo-saxônica, que trazem como característica distintiva a atuação do juiz e sua iniciativa instrutória no curso do processo. Enquanto no sistema adversarial o juiz é passivo e quem determina a marcha processual e a produção das provas são as partes, no sistema inquisitorial essa função recai, principalmente – mas não de maneira exclusiva – nas mãos do juiz.

No sistema adversarial acusação e defesa travam uma disputa processual diante do juiz, sujeito imparcial e inerte, seguindo a lógica de um duelo. As partes detêm todo o poder probatório e instrutório do processo, apresentando todos os fatos ao juiz, a quem compete

20 ZILLI, 2003, p. 37.

21 Ibid, p. 43.

22 Ibid, p. 41.

23 COUTINHO, 2015, p. 03.

todo o poder decisório. Dessa forma, acredita-se que é possível garantir a imparcialidade do julgador e a igualdade de oportunidades das partes.

Contudo, tal modelo é alvo de críticas por parte da doutrina. Em primeiro lugar, acredita-se que deixar a atividade instrutória completamente sob controle das partes pode prejudicar a descoberta eficaz da chamada *verdade processual*, pois argumenta-se que tamanha liberdade em produzir provas pode limitar a apresentação de todos os fatos relevantes, gerando mais dúvidas do que soluções, bem como podem ocorrer procrastinações indevidas. Ainda, há uma forte crítica à premissa de que as partes estão em pé de igualdade, porque o órgão acusatório é dotado de meios mais sofisticados de investigação do que a defesa.²⁴ Nesse sentido, Ada Pellegrini aponta que até mesmo nos sistemas processuais anglo-saxônicos existem exceções à regra da predominância da iniciativa das partes, admitindo-se a intervenção do juiz na marcha processual em determinadas hipóteses. Desse modo, a distinção entre o sistema adversarial e o inquisitorial vem diminuindo, pois abre-se cada vez mais espaço para o desenvolvimento oficial, ante os prejuízos proporcionados pela exclusiva iniciativa das partes.²⁵

O sistema inquisitorial, por sua vez, tem como principal característica o impulso oficial, em que a propositura da ação fica a cargo do órgão acusador, mas, a partir desta, os atos processuais são de responsabilidade do juiz, que fica encarregado de determinar quais serão os atos instrutórios do processo e de realizar o julgamento. Por esse motivo, Ada Pellegrini se refere ao sistema inquisitorial como “processo de desenvolvimento oficial”.²⁶

1.3 Contraposição entre acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial

Superada a classificação dos sistemas processuais penais e suas divergências, passa-se agora a uma contraposição entre os binômios acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial. Conforme preceitua Ada Pellegrini, é comum que haja confusão na doutrina entre o sistema acusatório e o adversarial e, ainda, que o sistema acusatório seja contraposto com o sistema inquisitorial, quando, na verdade, o sistema que a ele se contrapõe é o

²⁴ ZILLI, 2003, p. 49.

²⁵ GRINOVER, 2000, p. 17.

²⁶ Ibid.

inquisitório. Distinguir as características de cada sistema é importante para se desfazer tais equívocos.

É o denominado *adversarial system* que exige que o juiz tenha uma posição inerte e não participe da produção das provas, que fica, conforme visto anteriormente, a cargo da acusação e da defesa. O sistema acusatório não traz essa mesma exigência, uma vez que a sua principal característica – a divisão das funções de acusar, defender e julgar – não é incompatível com a atividade instrutória do órgão julgador. Nessa perspectiva, o princípio dispositivo trazido por processualistas como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Aury Lopes Jr. seria parte do sistema adversarial anglo-saxônico, que não se confunde com o sistema acusatório.

Também importa ressaltar que o sistema inquisitório não se confunde com o inquisitorial, porque naquele, todas as funções ficam a cargo de uma só pessoa, e neste, há divisão de tarefas, visto que quem provoca a jurisdição é o órgão acusador, distinto do órgão julgador. Ada Pellegrini prefere, para “evitar confusões terminológicas”, utilizar os termos: processo que se desenvolve por disposição das partes, por meio do *princípio da demanda* – do alemão *Verhandlungsmaxime* – para se referir ao sistema adversarial; e processo de desenvolvimento oficial, para se referir ao sistema inquisitorial.²⁷

Assim, conclui-se que o sistema acusatório se contrapõe ao inquisitório porque naquele, há divisão das tarefas de acusar, julgar e defender entre os sujeitos processuais, e neste, todas as tarefas são desempenhadas pelo juiz inquisidor. Já o *adversarial system* se contrapõe ao *inquisitorial system*, porque o primeiro se desenvolve exclusivamente por iniciativa das partes, com a presença de um juiz inerte até a decisão, e o segundo, que apesar de se desenvolver diante das partes, conta com a iniciativa do juiz nos atos instrutórios. Os termos acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial pertencem a categorias diferentes, e devem ser utilizados corretamente. Nas palavras de Pellegrini:

Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* [...] e *adversarial-inquisitorial* [...]. O termo processo *inquisitório*, em oposição ao *acusatório*, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual

²⁷ Ibid, p. 23.

se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o “adversarial system” ou o “inquisitorial system”.²⁸

Diante disso, se um determinado ordenamento jurídico adota o sistema acusatório, por consequência lógica não está adotando o sistema inquisitório. A escolha ficaria entre, dentro do sistema acusatório, adotar o modelo adversarial ou o modelo inquisitorial, considerando que de um lado, o modelo adversarial se desenvolve por iniciativa das partes, e do outro, o modelo inquisitorial se desenvolve por impulso oficial.

Para Ada Pellegrini, a escolha entre um e outro não deve ser baseada apenas em relação a maior ou menor eficiência de um dos modelos, mas também em uma questão política. Partindo-se do pressuposto de que os objetivos do direito processual penal são similares aos do próprio Estado, é de interesse do Estado que a jurisdição seja aplicada de maneira a promover a “pacificação com justiça”.²⁹ Portanto, se o processo penal tem esse escopo publicista, não se pode imaginar um juiz que fique inerte e que esteja à mercê da iniciativa das partes. Para pacificar com justiça, o juiz precisa ser ativo e deve voltar seus esforços para isso.

Assim, sob essa perspectiva, seria incoerente dizer que a iniciativa instrutória do juiz é incompatível com o sistema acusatório, pois a posição ativa do juiz pode ser determinante para que o processo penal alcance seu objetivo, que é comum ao interesse do Estado: a manutenção do ordenamento jurídico e, por consequência, da paz social. Assim aponta Ada Pellegrini:

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.³⁰

Ainda nesse panorama, no processo acusatório o juiz pode ter iniciativa instrutória, pois “a separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo”.³¹ Contudo, é importante frisar que aceitar os poderes instrutórios do

28 Ibid.

29 GRINOVER, 2000, p. 18.

30 Ibid.

31 Ibid, p. 21.

juiz no processo não significa dizer que este pode ter essa mesma iniciativa na fase de investigação, pois, desta forma, estar-se-ia retornando ao sistema inquisitório, no qual as funções de acusar, defender e julgar são todas do juiz inquisidor.³²

Dessa forma, Ada Pellegrini entende que o modelo adversarial não é adequado para efetivar a pacificação com justiça, porque, apesar de não ser totalmente vedada a iniciativa instrutória do juiz, a marcha processual fica a cargo das partes, que não necessariamente estariam em pé de igualdade de condições de produzir as provas necessárias. Além disso, pelo mesmo motivo – estar a marcha processual a encargo das partes – o modelo adversarial é dotado de excessiva morosidade.³³

Outro problema apontado pelos críticos do modelo é o fato de que por se tratar de um procedimento em que as partes ditam o que será avaliado pelo juiz, nem sempre o enfoque é o da “busca da verdade”, mas sim o de vencer o duelo e, por isso, muitas vezes, o juiz não será detentor de todos os fatos que precisaria analisar para tomar a decisão mais acertada e próxima da realidade. É por esses motivos que, dentro de uma visão publicista do processo, a figura de um juiz ativo funciona como instrumento para se atingir igualdade entre as partes, perseguir o conhecimento da verdade possível e, por fim, proporcionar pacificação com justiça.

1.4 O sistema adotado no processo penal brasileiro

Afirmar qual sistema processual penal vigora no ordenamento jurídico brasileiro tem sido tema amplamente discutido pela doutrina e, certamente não é tarefa simples, sobretudo porque não há consenso. Apesar de divergências, com a promulgação da Constituição da República de 1988 ficou clara a intenção do legislador constituinte de estabelecer no Brasil o sistema processual penal acusatório.

Conforme visto anteriormente, o sistema acusatório tem como principal característica a divisão das funções de acusar, defender e julgar entre os sujeitos processuais. Em observância à essa característica, a Constituição da República instituiu, em seu art. 129, inciso I, que compete ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública.

³² Ibid.

³³ ZILLI, 2003, p. 51.

Instituiu também, em seu art. 133 a indispensabilidade da advocacia à administração da justiça, e no art. 134, a institucionalização da Defensoria Pública, a quem compete a função da defesa, em todos os graus de jurisdição. E, por fim, a Constituição da República também estabeleceu a organização do Poder Judiciário em capítulo próprio, e previu no rol de direitos fundamentais (art. 5º, inciso LIII) que toda pessoa somente será julgada e sentenciada pela autoridade competente.

Ainda, o sistema acusatório comporta outras características que encontram correspondência no texto constitucional. É atributo do sistema acusatório a presença do contraditório e da ampla defesa, o que é assegurado pela Constituição da República no art. 5º, inciso LV. Além disso, no sistema acusatório, o procedimento é, via de regra, público e todas as decisões devem ser devidamente fundamentadas, conforme preceitua o art. 93, inciso IX e também o art. 5º, inciso LX. Adiciona-se que o acusado é sujeito de direitos e não objeto do processo e, por isso, tem direito ao devido processo legal, sendo a ele assegurado o estado de inocência – até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – e o direito de permanecer calado, respectivamente positivados no art. 5º, incisos LIV, LVII e LXIII da Constituição da República.

A legislação infraconstitucional confirma alguns desses traços do sistema acusatório. O Código de Processo Penal preceitua no art. 155 que o juiz formará sua convicção por meio do livre convencimento motivado e da apreciação das provas em contraditório. O art. 186 reforça o direito ao silêncio, o que, mais uma vez, aponta que o acusado não é objeto do processo, mas sujeito dotado de direitos. O art. 283 ratifica a excepcionalidade da privação da liberdade e assegura que não há cumprimento de pena sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Apesar de se entender que a Constituição da República consagra o sistema acusatório no processo penal brasileiro, é oportuno destacar que os processualistas que definem os sistemas processuais penais por meio do princípio unificador reconhecem herança do sistema inquisitório no processo penal brasileiro. Para eles não existem sistemas puros por inteiro, o que se verifica na realidade são sistemas mistos, dotados de características de ambos os sistemas processuais penais. Contudo, conforme apontado anteriormente, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho alerta para o fato de que o sistema misto não configura uma terceira espécie de sistema. Então, para ele, o sistema misto

ou é primordialmente inquisitório com características secundárias acusatórias, ou é primordialmente acusatório, com características também secundárias inquisitórias. Assim, para essa perspectiva, o sistema processual penal brasileiro se encontra na primeira categoria, o sistema primordialmente inquisitório.³⁴

Coutinho afirma que o sistema processual penal brasileiro, baseado no *Codice Rocco*, da Itália de 1930, tem como base a estrutura inquisitória, porque a gestão da prova não é exclusiva das partes. Permitir a iniciativa instrutória do juiz seria se afastar do sistema acusatório, uma vez que o princípio dispositivo que defende o autor prevê a inércia do julgador. Para Coutinho, o juiz que busca provas “pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão”³⁵, o que tornaria o juiz parcial e inquisidor. Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. argumenta que é a gestão da prova nas mãos das partes que mantém o juiz imparcial e, se a gestão da prova fica a cargo do juiz, estaríamos diante de um sistema inquisitório.³⁶

Não obstante a importante crítica trazida por esses processualistas, entende-se que a iniciativa instrutória do juiz não descaracteriza o sistema acusatório, desde que devidamente limitada, conforme se verá adiante. Gustavo Badaró afirma que no processo penal o princípio dispositivo assume uma função de expandir o poder das partes. Para ele, as partes detêm a função *positiva* de produção das provas, possuem assim, o direito à admissão das provas que produzirem, mas isso não significa que elas detêm a função *negativa* de produção de provas, no sentido de que não as produzir possa precluir a iniciativa instrutória do juiz.³⁷ Esse último pode suprir eventual falta de produção de provas. Nas palavras de Badaró: “no que diz respeito à reconstrução dos fatos, a possibilidade de o juiz também produzir provas, somada ao direito à prova das partes, representa um ganho no acerto dos fatos”.³⁸

Por fim, pode-se dizer que a despeito de a Constituição da República pretender a consolidação de um sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, aliada às

34 COUTINHO, 2015, p. 03.

35 Ibid., p. 06.

36 LOPES JR, 2019, p. 96.

37 BADARÓ, 2003, p. 114.

38 Ibid., p. 116.

reformas processuais penais de 1984 e de 2008, a alteração mais significativa foi introduzida pela Lei nº 13.964/2019, que acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 3º-A, estabelecendo-se que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, até então suspenso por decisão liminar do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.

2. A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E A BUSCA DA VERDADE

Antes, porém, de adentrar ao tema da reforma processual penal de 2019, é necessário enfrentar, ainda que brevemente, o tema da *verdade* e a sua relação com o processo penal, porque incide diretamente na possibilidade ou impossibilidade de haver iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro, sendo também tema de gigantesca divergência doutrinária.

É comum que na prática forense ainda se fale em *verdade real* enquanto objeto do processo penal, expressão geralmente utilizada pela acusação ou pelo julgador para justificar determinadas atividades probatórias. Autores como Capez apresentam a verdade real como um dos princípios norteadores do processo penal, sustentando que o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não devendo se conformar com o conteúdo dos autos. Nesse sentido, é também em nome da verdade real que o autor sustenta o dever do juiz de produzir provas no processo penal.³⁹

Entretanto, é imprescindível destacar que o conceito de verdade real é severamente ultrapassado, e ainda que se tolere a iniciativa instrutória do juiz no processo penal em nome da descoberta da verdade, não é essa a finalidade do processo, ou pelo menos, não é a única.

Autores como Salah Khaled Jr. partem da ideia de Foucault para desconstruir o ideal de uma verdade real:

[...] existem vários lugares da sociedade em que a verdade se forma, em que uma série de regras do jogo são definidas, a partir de domínios do saber, como é o caso, em especial, das práticas judiciárias. O autor afirma “só pode haver

39 CAPEZ, 2019, p. 75.

certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações de verdade.” [...] A relação verdade-poder é essencial a todos os mecanismos de punição, inclusive nas práticas contemporâneas de penalidades [...] “somos forçados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade e que necessita dela para funcionar; temos de dizer a verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la”.⁴⁰

Assim, primeiramente, a verdade real representa um discurso legitimador do poder punitivo estatal, criado e exigido pelo próprio *ius puniendi*. Mas também representa a crença na onipotência do julgador de perceber o todo, de alcançar a completa reconstrução histórica do fato, de atingir o conhecimento acerca do que, muitas vezes, ninguém ou quase ninguém presenciou. Para Khaled Jr., a busca da verdade real conduz somente a uma verdade deformada e essencialmente de caráter inquisitório.⁴¹

Desde logo é necessário reconhecer que as reconstruções históricas sobre os fatos nos processos não são infalíveis. Primeiro porque todo conhecimento produzido pelo ser humano é naturalmente limitado. Mas também porque a reconstrução dos fatos no processo judicial, está sujeita às normas jurídicas e às limitações inerentes ao tempo, e assim, a verdade absoluta nada mais é do que uma verdade imaginária. Seria como tentar encontrar utilidade em reproduzir mapas em escalas de tamanho real, pois seriam a perfeita reprodução do todo, o que é, quase sempre, inatingível.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. recorda a lição de Heidegger de que “a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós”, para indagar se o processo penal deve efetivamente buscar atingir a percepção da verdade. O autor propõe que a decisão judicial deve ser o resultado do convencimento produzido pelas partes diante do contraditório e do devido processo legal, sendo a verdade contingente ao processo, e não fundante. Ou seja, é a observância das regras do devido processo que legitima a decisão judicial.⁴²

É de tal modo que Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, adotando a ideia de princípio unificador do sistema acusatório definido na gestão da prova, entendem

40 KHALED JR., 2016, p. 34-35.

41 Ibid., p. 169-172.

42 LOPES JR., 2019, p. 371-379.

que não há espaço para a iniciativa instrutória do juiz no sistema acusatório. Pois, para essa perspectiva, permitir que o juiz colha a prova que influirá em seu próprio convencimento é retornar ao sistema inquisitório.⁴³

Frequentemente a atividade do juiz é comparada à atividade do historiador, no que se refere especificamente à reconstrução dos fatos. Marcos Zilli aponta, porém, que existem limites na análise desses fatos que incidem exclusivamente sobre a atividade do magistrado: (1) o juiz não é livre para buscar a verdade, devendo se ater aos fatos apontados pelas partes como juridicamente relevantes; (2) o juiz está vinculado ao procedimento que a lei reconhece como válido; (3) o juiz deve sempre atingir uma conclusão oficial. Tais limites recaem sobre o accertamento da verdade, e por isso, Zilli aponta que buscar a verdade real, plena, material ou objetiva, é um mito insustentável diante da obediência aos métodos de accertamento dos fatos definidos pelo Estado Democrático de Direito.⁴⁴

Contudo, diferentemente de Khaled Jr., Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Zilli entende que a impossibilidade de atingir a verdade real não impede a busca por alguma verdade, ainda que essa seja relativa, e nesse sentido, tolera a iniciativa instrutória do juiz.

Para Zilli, a verdade obtida pela via formalizada do processo – ou seja, observando todas as normas jurídicas que limitem o poder punitivo estatal – é nomeada de verdade formal, que orienta as sentenças judiciais para a melhor verificação dos fatos.⁴⁵ Nesse sentido, Gustavo Badaró entende que a verdade se apresenta como “o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa”.⁴⁶ Marco Antônio de Barros acrescentaria que “não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade. Esta é elemento essencial da justiça”.⁴⁷ Isso porque, se a função jurisdicional envolve a reconstrução histórica de um fato – para que o julgador, atingindo um juízo de certeza, possa pronunciar uma decisão judicial –, a melhor forma de garantir que essa decisão seja justa é que se tenha o melhor accertamento sobre os fatos juridicamente relevantes.

43 Ibid., p. 96.

44 ZILLI, 2003, p. 113-114.

45 Ibid.

46 BADARÓ, 2003, p. 25.

47 BARROS, 2011, p. 22.

Em suma, para essa segunda corrente doutrinária, se a decisão judicial for comprometida com o esclarecimento da verdade e a correta aplicação do direito, essa decisão será justa, ou, ao menos, menos injusta. Michelle Taruffo compreende que adotar uma decisão que não seja justa é incompatível com os conceitos de racionalidade e democracia, que são estruturais na atual cultura jurídica ocidental.⁴⁸ Portanto, para essa corrente de processualistas, a verdade – distinta da verdade real – é uma das finalidades da jurisdição – não a única – e que contribui na legitimidade do processo.

Porém, Gustavo Badaró aponta que verdade e certeza são conceitos distintos, que nem sempre se concretizam conjuntamente. Um conhecimento é verdadeiro quando há “concordância entre o objeto e sua imagem captada pelo sujeito”.⁴⁹ Enquanto *certeza*, Michele Taruffo define como “status subjetivo, [...] correspondendo a um grau elevado de intensidade do convencimento”⁵⁰ ou ainda “constitui a manifestação subjetiva da verdade, sendo um estado de animo seguro da verdade de uma proposição”.⁵¹ Dessa forma, é possível ter certeza sobre um acontecimento verdadeiro, mas também é possível ter certeza sobre acontecimentos incorretos, ou falsos. É possível que o julgador tenha certeza sobre algo que não é verdadeiro, e também é possível que duvide da verdade. Assim, tolerar um processo penal descomprometido com a busca pela verdade, é aceitar também decisões potencialmente injustas e lastreadas na incorreta verificação dos fatos.

Dessa forma, sequer seria adequado afirmar que a verdade no processo será relativa ou formal, porque o objeto do processo não é o fato em si, mas o enunciado sobre o fato, o que conduz a concluir que o juízo de fato no processo penal envolve uma relação de correspondência entre a proposição que descreve o fato e a sua realidade.⁵² É o conhecimento da verdade que poderá ser relativo e que deve ser buscado por meio da correta valoração das provas presentes nos autos do processo. Para tanto, a análise do julgador acerca das asserções – a tese acusatória – dependerá do procedimento adotado para a correta verificação dos fatos, que será determinante no melhor acerto da decisão.

48 TARUFFO, 2016, p. 115-120.

49 BADARÓ, 2003, p. 25.

50 TARUFFO, 2016, p.108.

51 BADARÓ, 2003, p. 25-26.

52 BADARÓ, 2019, p. 86-92.

Apesar de ser sempre pertinente o debate em torno do método adotado para valoração racional das provas, não é objeto do presente artigo. Mas destaca-se importante contribuição dos epistêmicos que trabalham com a probabilidade indutiva ou lógica, do tipo baconiano, nos moldes expostos por Jonathan Cohen: uma probabilidade não matemática, baseada no método de induções eliminatórias. Também é imprescindível mencionar o modelo de argumentação de Stephen Toulmin para a análise da inferência probatória de cada asserção, aplicando-se as noções de proponente e oponente atuando numa estrutura dialética – em que o raciocínio se baseia nas interações entre a pretensão, as razões, as garantias e o apoio – e a força da conclusão dependerá dos qualificadores modais e a conclusão poderá perder força diante das condições de refutação.

Portanto, para autores como Zilli, Gustavo Badaró e Michele Taruffo, em um processo comprometido com Estado Democrático de Direito, que objetiva a realização da justiça, a verdade não deve ser temida, e sim buscada, aceita como garantia contra condenações provenientes de enunciados falsos em desfavor dos acusados. Conforme leciona Ada Pellegrini Grinover, nada mais natural de que o juiz, que exerce a figura do próprio Estado “num processo publicista, coerente com sua função social, seja necessariamente ativo”⁵³, objetivando o melhor acerto sobre os fatos. Uma vez que a corrente de processualistas primeiramente apresentada não admite a iniciativa instrutória do juiz, o estudo concentra-se no modelo que tolera essa iniciativa para possibilitar a compreensão de que maneira essa iniciativa é aceita no sistema acusatório.

Em primeiro lugar, é necessário retomar as críticas feitas ao sistema processual penal adversarial, em que a produção de provas e a condução do processo é de controle exclusivo das partes, pois assim, não se verifica o mesmo grau de compromisso com a verificação dos fatos. Quando a verdade aflora nos autos do processo e a decisão judicial é capaz alcançá-la, trata-se de mera coincidência, pois não é essa a finalidade do processo adversarial, mas apenas a forma pela qual as partes solucionaram o conflito.⁵⁴ Constatase que “na maioria dos casos, tal atuação das partes não abre espaço para um julgador

⁵³ GRINOVER, 2000, p. 18.

⁵⁴ BADARÓ, 2003, p. 132-133.

inteiramente informado sobre os fatos, mesmo porque o sistema contenta-se em não buscar a verdade, mas, sim, em obedecer, estritamente, às regras de um duelo.”⁵⁵

Recorda-se do outro grave problema no sistema adversarial: o desequilíbrio material entre as partes, que geralmente decorre de fatores institucionais, econômicos e culturais.
⁵⁶ Sem um juiz capaz de intervir na instrução para proporcionar isonomia entre as partes, porque o sistema adversarial o obriga a ser inerte, não é difícil imaginar a desvantagem que enfrenta um acusado hipossuficiente economicamente em face do gigantesco aparato estatal de persecução penal.

No sistema processual penal acusatório, numa visão publicista comprometida com a verdade, o juiz é capaz de agir diante da ineficiência das partes. Mas destaca-se que a iniciativa instrutória é predominantemente das partes, a iniciativa do julgador é suplementar e, certamente limitada. Nesse mesmo sentido, leciona Marcos Zilli:

A função jurisdicional em um Estado de Direito supõe que a aplicação do ordenamento seja efetuada de forma correta e apropriada, o que exige, quando necessário (vale dizer quando as partes processuais fracassam nessa tarefa) uma iniciativa instrutória deflagrada pelo julgador a ser devidamente acompanhada pelas partes. Nestes estritos limites, não haverá violação às características essenciais do sistema acusatório, tampouco aproximação com o sistema inquisitório.⁵⁷

Consequentemente, a iniciativa instrutória do juiz deve ser limitada. Ada Pellegrini propõe que essa limitação ocorra em, pelo menos, três aspectos: (1) a rígida observância do contraditório; (2) o dever de motivação de toda decisão judicial; (3) e o integral zelo pela licitude e legitimidade da prova.⁵⁸

O contraditório é condição de validade de toda atividade probatória produzida em juízo, independentemente se o elemento de prova foi introduzido no processo pelas partes ou pelo próprio juiz. Deve ser dada às partes a oportunidade de se manifestarem acerca da produção da prova de ofício, bem como devem efetivamente participar da produção do meio de prova. Ada Pellegrini destaca que o termo “iniciativa instrutória” é preferível

⁵⁵ ZILLI, 2003, p. 50.

⁵⁶ GRINOVER, 2000, p. 19.

⁵⁷ ZILLI, 2003, p. 124.

⁵⁸ GRINOVER, 2000, p. 20.

ao termo “atividade do juiz”, justamente porque somente o primeiro consagra a ideia da necessidade de participação das partes na colheita de provas.⁵⁹

O dever de motivação é o instrumento de controle sobre todas as demais garantias do processo, por essa razão Ferrajoli a chama de *a garantia das garantias*.⁶⁰ Qualquer decisão judicial deve ser fundamentada sob pena de invalidade, sobretudo aquela em que o juiz, de ofício, determina a produção de prova. Isso possibilita que as partes possam, ao mesmo tempo, saber as razões que levam o julgador a perseguir aquele elemento de prova, e, caso haja violação de norma material ou processual, as partes possam impugnar essa iniciativa.

O último aspecto é a regra de vedação das provas ilícitas e ilegítimas, a que se submetem as partes mas também o juiz na sua iniciativa instrutória. Assim, são inadmissíveis as provas produzidas em desconformidade com normas ou valores constitucionais, e devem ser desentranhadas as provas que contrariem regras processuais. “A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida”.⁶¹

Ainda, cabe destacar que a iniciativa instrutória do juiz que é tolerada pelo sistema processual penal acusatório é a que efetivamente ocorre durante a instrução processual, ou seja, quando há, pelo menos, o recebimento da denúncia, chamada de fase judicial. Qualquer iniciativa de produção de prova, de ofício pelo juiz, anterior à existência de um processo viola a separação de funções – que é a essência do sistema acusatório –, retornando o juiz-inquisidor, capaz de simultaneamente investigar, acusar e julgar.⁶²

Com efeito, existem princípios processuais apontados por parte da doutrina mais crítica à iniciativa instrutória no processo acusatório que, em tese, colocam em dúvida a possibilidade de autorizar o juiz a perseguir a descoberta da verdade, tais quais: o princípio do juiz natural, que compreende um juiz imparcial, e o princípio do *in dubio pro reo*.

2.1 A imparcialidade do juiz

A regra do juiz natural não se limita a predeterminar a competência do julgador, pois seu escopo é assegurar a existência de um julgador imparcial, que depende

59 Ibid.

60 GOMES FILHO, 2013, p. 41.

61 GRINOVER, 2000, p. 20.

62 Ibid.

necessariamente da independência no cargo. A imparcialidade, portanto, é “decorrência natural do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente democrático de Direito [...] caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento”.⁶³ Sem a imparcialidade não há como se aceitar iniciativa instrutória, porque não há sequer processo justo.

A iniciativa instrutória do juiz só é compatível com sua imparcialidade na medida em que não se transforme em atividade instrutória. Ou seja, a iniciativa que se admite não pode ser reiterada e contínua, porque essa função já compete ao Ministério Público, sob pena de haver concentração de poderes instrutórios. O atuar do juiz na instrução deve ser sempre supletivo, residual e excepcional.

Aury Lopes Jr. se opõe à compatibilidade entre a iniciativa instrutória do juiz e o sistema acusatório, e consequentemente com a imparcialidade do julgador, pois, na mesma linha de raciocínio de Franco Cordero e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o julgador que tem o poder de perseguir a prova – em qualquer fase – pode decidir primeiro e buscar a fundamentação depois, o que se torna arriscado no processo em que incumbe ao juiz realizar a admissão das provas.⁶⁴

Todavia, outros autores, como Ada Pellegrini Grinover, afirmam que é necessário romper com a crença de que se o juiz determina a produção de qualquer meio de prova a sua atuação automaticamente se torna parcial. Isso porque, quando o juiz ordena que se cumpra determinada diligência, não sabe o resultado que irá atingir, de forma que é impossível afirmar categoricamente que o juiz pretende beneficiar ou prejudicar quaisquer das partes. “Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão”.⁶⁵ A verdade completa, apesar de inatingível, é mais aproximável quando o juiz pode suprir as deficiências das partes. No mesmo sentido entende Marcos Zilli que “a parcela da verdade

63 ZILLI, 2003, p. 139-140.

64 LOPES JR., 2019, p. 345-351.

65 GRINOVER, 2000, p. 19.

que podemos realmente atingir é reduzida; mas ao menos que se busque essa: antes buscar essa, do que não buscar nenhuma”.⁶⁶

Ainda, Zilli aponta que a vedação da iniciativa instrutória é insuficiente para assegurar a imparcialidade do juiz. “o risco da parcialidade ronda o juiz a cada momento da sua atividade, ao longo do processo. E se ele quiser ser parcial, não é por tal forma que se vai poder impedir este lamentabilíssimo resultado”.⁶⁷ É necessário pensar em alternativas ao modelo que propõe soluções extremas: ou o juiz é inerte, ou temos um juiz inquisidor. Portanto, aponta Gustavo Badaró “a questão [...] é estabelecer limites a tais poderes e não propriamente a existência dos poderes instrutórios”.⁶⁸ As “balizas intransponíveis à iniciativa oficial” propostas por Ada Pellegrini – (1) o contraditório; (2) o dever de motivação das decisões judiciais; (3) a vedação de provas ilícitas e ilegítimas⁶⁹ – caminham na direção de impedir o arbítrio do juiz.

Assim, o juiz que, excepcionalmente, ordena a realização de diligências deve oportunizar o contraditório acerca da produção da prova, o que significa que as partes devem ter a oportunidade e o estímulo de se pronunciar durante a produção do meio de prova. A decisão de produção da prova deve ser fundamentada e o juiz fica vedado, assim como as partes, de produzir prova ilícita ou ilegítima.

2.2 *In dubio pro reo*

A regra do *in dubio pro reo* é decorrência do princípio da presunção de inocência, que por sua vez, possui dupla função. A primeira é como regra de tratamento processual e social em relação ao réu, que deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação. A segunda função se relaciona com o ônus que recai sobre a acusação de provar aquilo que se alega na denúncia. “Caberia a esta, portanto, demonstrar a presença de requisitos objetivos e subjetivos ensejadores do reconhecimento da prática de uma infração penal, e não o réu, o encargo processual de prova a sua inocência”.⁷⁰ Com base

66 ZILLI, 2003, p. 145.

67 ZILLI, 2003, p. 144-145.

68 BADARÓ, 2003. P. 124-125.

69 GRINOVER, 2000, p. 20.

70 ZILLI, 2003, p. 148.

nessa segunda função é que se reconhece o imperativo da regra que impõe a absolvição do acusado diante da dúvida do julgador.

Em sentido contrário à possibilidade de iniciativa instrutória do juiz, Salah Khaled Jr. alerta que qualquer favorecimento ao poder instrutório do juiz é também um favorecimento da incidência do poder punitivo, pois, para ele, toda dúvida ou ausência de provas que corroborem a tese acusatória deve exigir a absolvição.⁷¹

Todavia, é sempre necessário recordar que o processo penal tem como uma de suas finalidades o melhor acerto fático possível sobre os fatos juridicamente relevantes. Na dinâmica da dialética processual, consequência do próprio contraditório, são produzidas diferentes versões para o caso em julgamento. Uma das versões pode ser mais verossímil do que as outras, e o juiz poderá, ou não, atingir o grau necessário de certeza sobre ela, com ou sem a necessidade de ter iniciativa instrutória.

Sendo assim, o ônus probatório da acusação não é incompatível com os poderes instrutórios do juiz na medida em que, se a dúvida com que se depara o juiz for superável pela obtenção de novos elementos de provas viáveis e factíveis, o juiz não poderá pronunciar a regra do *in dubio pro reo*. Tal regra deve ser utilizada quando a dúvida for insuperável pelos meios que dispõe o julgador, “vale dizer, quando ausentes outras fontes possíveis e concretas de provas, a absolvição será imperativa em respeito a lógica natural das coisas”.⁷² Torna-se, portanto, incoerente sustentar que a iniciativa instrutória do juiz é incompatível com a imparcialidade do juiz e a regra do *in dubio pro reo*.

3. O NOVO ARTIGO 3º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme já destacado, apesar de todos os traços inquisitórios que remanescem no processo penal brasileiro, a Constituição da República de 1988 consagra os princípios característicos do sistema acusatório: o devido processo legal, com contraditório, ampla defesa, publicidade das decisões, dever de motivação, vedação de provas ilícitas e ilegítimas e a presunção de inocência. De forma que, ainda que se possa sustentar a existência de

71 KHALED JR., 2016, p. 180-181.

72 ZILLI, 2003, p. 150-151.

heranças do processo inquisitório, já se podia afirmar que a Constituição pretendeu efetivar um sistema processual penal acusatório.

A Lei 13.954/19, conhecida inicialmente como Pacote Anticrime e atualmente Lei anticrime, introduziu o art. 3º-A ao Código de Processo Penal: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

O referido artigo não estava presente na versão original do *Pacote Anticrime* enviado ao Congresso Nacional pelo então ministro da justiça e ex-juiz da Lava-Jato, Sérgio Moro. Portanto, deve-se atribuir tal inserção, de nobre intenção, aos parlamentares. Porém, destaca-se que a redação do art. 3º-A é quase integralmente idêntica ao art. 4º do Projeto de Lei 8.045/2010⁷³ (originariamente Projeto de Lei do Senado 156/2009), referente ao anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita há mais de uma década no Congresso e cuja versão original é fruto do esforço intelectual de diversos juristas de trabalho respeitável, como por exemplo o já citado Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao contrário do Pacote Anticrime, que aparenta ser fruto do esforço intelectual de um homem só.

Nesse aspecto é importante reforçar que não há consenso quanto a definição do sistema acusatório, pois, para uma parcela significativa de notáveis juristas, a distinção em relação ao sistema inquisitório ocorre pela verificação de quais sujeitos se encarregam da gestão da prova, para outra parcela de juristas, a distinção reside nas características essenciais do sistema processual, sobretudo a distribuição de funções de acusar, julgar e defender.

A leitura atenta ao conteúdo original do anteprojeto de reforma do CPP em 2009 indica que a comissão responsável pela sua elaboração é adepta a definição de um sistema acusatório determinado pela preponderância do princípio dispositivo, em que a gestão da prova compete exclusivamente às partes do processo. É o que revela também Jacinto

73 Art. 4º – O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=-C8E17A8424685FBA26034B8C9D7CD700.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010 Acesso em: 25 set. 2020.

Nelson de Miranda Coutinho, membro da comissão responsável pelo texto original, em artigo de sua autoria a respeito do projeto de reforma de 2009, em que afirma “Nele [o artigo 4º], resta patente a gestão da prova escapa do comando direto do juiz” e completa que a atuação do magistrado seria restrita à “sanar dúvida pontual em algumas hipóteses, por exemplo complementando com perguntas inquirições das testemunhas. Daí o veto à iniciativa do juiz no sentido da ‘substituição da atuação probatória do órgão da acusação’”.⁷⁴

Isso se confirmava na redação originariamente proposta ao novo art. 162, que inaugura o capítulo das disposições gerais no título das provas: “As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º”.⁷⁵

Dessa forma, a atuação do juiz, como já destacado, seria restrita a fazer perguntas às fontes de provas – ofendidos, peritos, testemunhas – depois das perguntas feitas pelas partes, acerca dos elementos de provas já produzidos exclusivamente pelas partes do processo, não sendo, assim, uma iniciativa instrutória propriamente dita.

Restaria vedado ao juiz, de ofício, determinar a produção de meios de prova (documentos, depoimento de vítimas, depoimento de testemunhas, acareações, reconhecimento de pessoas/coisas ou exames periciais, como o exame de corpo de delito) ou meios de busca de prova (busca e apreensão, interceptação de comunicações telefônicas, escuta ambiental, quebra de sigilo bancário e fiscal). Destaca-se, porém, que mesmo no anteprojeto de reforma de 2009 o juiz ainda seria capaz de determinar, de ofício, medidas cautelares – pessoais e reais – e a produção das provas cautelares e antecipadas, como também faz o atual Código de Processo Penal.

Ainda que se discorde do posicionamento adotado pelos juristas que produziram a proposta original de reforma do Código de Processo Penal, é notável que o texto apresentado é coerente em seu contexto. Para tal corrente doutrinária, o sistema acusatório é incompatível com um juiz que possa ter iniciativa instrutória, que deve limitar-se a fazer perguntas, e a proposta original veda as atuações do juiz nesse sentido. Durante a

74 COUTINHO, 2009, 113-114.

75 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=-C8E17A8424685FBA26034B8C9D7CD700.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filena-me=Tramitacao-PL+8045/2010 Acesso em: 25 set. 2020.

tramitação no Congresso Nacional, o texto foi reformado em parte, para acrescentar a expressão “será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes”⁷⁶, o que permitiria ao magistrado ordenar a produção dos meios de prova, ou mesmo os meios de busca de prova, que entender necessários para alcançar o melhor acerto sobre os fatos. Por exemplo, o magistrado poderia, ao ouvir da vítima – arrolada pelo Ministério Público – que haveria uma testemunha ocular não arrolada por nenhuma das partes, intimar a referida testemunha para depor em juízo.

A redação do atual Código de Processo Penal é ainda mais ampla, pois permite ao magistrado, de ofício, “a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, sem fazer menção a essa dúvida ser fruto da atividade das partes. Nesta hipótese, há, em tese, maior liberdade do juiz, que não precisa se vincular à fonte de prova produzida pelas partes, podendo utilizar os meios de prova e meios de busca de prova quando entender necessário. Isso se torna problemático na medida em que não parece observar o que foi exposto acerca da imparcialidade e do princípio do *in dubio pro reo*, que tornam a iniciativa instrutória do juiz suplementar e excepcional.

Isso tudo revela que a inclusão do art. 3º-A no Código de Processo Penal, consagrando o sistema acusatório, não é capaz de – isoladamente – limitar suficientemente a iniciativa instrutória do juiz – como pretende a reforma ainda em tramitação no Congresso Nacional – para tornar o juiz inerte. Para tanto, seria necessária a superação dos demais dispositivos do Código de Processo Penal autorizadores da iniciativa do juiz, sobretudo o art. 156, que estabelece a regra geral de que o juiz pode determinar diligências para solucionar dúvida sobre ponto relevante. Ainda, teriam que ser revogados os dispositivos que permitem ao juiz, de ofício, ordenar: o esclarecimento ou complementações dos laudos apresentados pelos peritos (art. 181); novo interrogatório do réu, apesar da reduzida utilização desta hipótese; a condução coercitiva do ofendido para prestar depoimento (art. 196, art. 201, §1º), apesar de o Supremo Tribunal Federal consolidar o entendimento de que a inquirição da vítima é uma faculdade⁷⁷; a inquirição de testemunhas não arroladas

76 Art. 165 da Nova Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C8E17A8424685FBA26034B8C9D7CD700.proposicoesWebExterno2?cod-teor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010. Acesso em: 30 set. 2020.

77 STF, RTJ 62/532.

pelas partes (art. 209, caput e §1º); a juntada de documentos considerados relevantes, mas não apresentados pelas partes (art. 234); a busca e apreensão (art. 242); a interceptação telefônica (art. 3º da Lei 9.296/96); a escuta ambiental (art. 8º-A, da Lei 9.296/96, inserido pela Lei Anticrime), que inclusive pode ser determinada pelo juiz ainda na fase de investigação, o que é incompatível com o sistema acusatório. Outras medidas são possíveis com base na regra geral do art. 156 do CPP, como: a quebra do sigilo bancário e fiscal; o reconhecimento de pessoas e coisas e; a acareação.

Dessa forma, a única interpretação possível é que o art. 3º-A do CPP, se vier a vigorar na legislação brasileira, não é capaz de consagrar nenhum modelo de sistema acusatório ou sequer promover mudanças significativas sem que ocorra a revogação tácita de outros dispositivos do Código de Processo Penal. Seja porque, para uma primeira corrente, ainda existem diversos dispositivos que autorizam a iniciativa instrutória do juiz, ou para uma segunda corrente, permanecem os dispositivos que autorizam a iniciativa sem destacar a excepcionalidade dessas iniciativas e as suas limitações, o que precisa ser entendido em conformidade com a Constituição. Isto é, que o juiz não pode deliberadamente sair “averiguando e buscando fontes de prova, pois, neste caso, transformar-se-ia em juiz instrutor, ao mesmo tempo que seria o julgador da causa, com seríssimos riscos de perda da imparcialidade”⁷⁸, concentrando na figura de um único sujeito o dever de acusar e de julgar.

Certamente, as disposições que autorizam a iniciativa do juiz na fase de investigação também se revelam incompatíveis com o sistema acusatório, para qualquer dos modelos de sistema acusatório. A consagração desse sistema na legislação é relevante e simbólica, mas representa apenas aquilo que o texto constitucional já anunciava: o sistema processual penal brasileiro é acusatório, ou pelo menos, deve ser; de forma que juiz inquisidor já era incompatível desde a promulgação da Constituição da República em 1988.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que a delimitação dos sistemas processuais penais é complexa, longe de ser tema de consenso entre os juristas. A dificuldade reside

⁷⁸ BADARÓ, 2003, p. 168.

principalmente em apontar qual o traço definidor do sistema processual penal acusatório que o distingue do sistema inquisitório. Por essa razão, quando se fala em possibilitar a iniciativa instrutória do juiz no contexto do devido processo legal, surgem correntes divergentes: a primeira rejeita a possibilidade de o juiz ter iniciativa instrutória, por enxergar incompatibilidade com o sistema acusatório, apoiando-se na concepção de que nesse sistema a gestão das provas incumbe somente às partes; e a segunda corrente aceita tal iniciativa se corretamente limitada, ancorando-se na concepção de que a busca pela verdade – atingível – é o melhor meio para a concretização de justiça no processo penal.

Adotando-se a definição de que o sistema processual penal acusatório é marcado pela clara divisão de funções de acusar, defender e julgar, tem-se que a Constituição da República de 1988 o consagrou desde a sua promulgação. Ainda, a partir de uma perspectiva publicista do processo penal, compatível com o Estado Democrático de Direito, entende-se que o juiz deve buscar atingir o melhor acerto possível dos fatos juridicamente relevantes em sua decisão, e por isso, se considerarmos adequado aceitar a iniciativa instrutória, deverá ser delimitada pela rigorosa observância do contraditório, do dever de motivação das decisões e da vedação das provas ilícitas e ilegítimas.

A Lei 13.964/19 promoveu parcial reforma no Código de Processo Penal, consagrando expressamente no art. 3º-A que o processo penal brasileiro deve ter a estrutura acusatória, impedindo o juiz de investigar e de atuar em substituição da acusação. O referido artigo teve origem no anteprojeto de reforma processual de 2009, mas constata-se que, isoladamente, o dispositivo não é capaz de promover as mudanças pretendidas pela comissão responsável pela sua criação, sendo necessária a revogação de todos os demais dispositivos do Código de Processo Penal que autorizam a iniciativa instrutória. O art. 3º-A tampouco acrescenta importantes alterações para a corrente que tolera a iniciativa instrutória do juiz, pois, em primeiro lugar, a Constituição da República já consagrava um sistema acusatório, e, em segundo lugar, resistem os dispositivos que autorizam a iniciativa instrutória desmedida, sem excepcionalidade ou sequer limitações de ordem prática.

Portanto, conclui-se que o sistema processual penal acusatório, seja qual for o entendimento adotado acerca da iniciativa instrutória do juiz, encontra barreiras na legislação processual penal para sua completa efetivação. Somente propiciando o tratamento adequado à iniciativa instrutória do juiz, embasado dogmaticamente, é que

será possível caminhar no sentido da construção do processo penal comprometido com o sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2ª tiragem. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8º ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>. Acesso em: 31 out. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000

KHALED JR., Salah. *A Busca da Verdade no Processo Penal: Para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus inquisitivo*. Reflexiones acerca del processo penal. In: WINTER, Bachmaier Lorena (Coord.) *Processo penal y sistemas acusatórios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ZILLI, Marcos. *A iniciativa Instrutória no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Apresentação oral

**AS DIFICULDADES NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS NA
EXECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DOS SISTEMAS BRASILEIRO,
PORTUGUÊS E ESPANHOL**

*THE DIFFICULTIES OF THE GRANTING OF BENEFITS IN THE
CRIMINAL SENTENCE: IMPLEMENTATION: ANALYSIS BETWEEN THE
BRAZILIAN, PORTUGUESE AND SPANISH LEGAL SYSTEMS*

Millena Gêmero

Mestranda em Direito pela UFMG.

Coordenadora Adjunta do IBCCRIM em Minas Gerais. Advogada Penalista.

E-mail: millena.gemero@gmail.com

Resumo: O presente trabalho buscou averiguar se a concessão de benefícios na execução da pena privativa de liberdade (re)unificada, no Brasil, é prejudicada pela omissão de previsões legais específicas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, que foram preenchidas por construções jurisprudenciais supletivas. Especificamente, foram analisadas duas questões: 1) a Súmula 715 do STF, que dispõe que o limite de cumprimento efetivo da pena previsto no art. 75 do CP (atualizado de trinta para quarenta anos com a entrada em vigor da Lei 13.964/19) não deve ser utilizado como base de cálculo para as concessões; e 2) a possível alteração da data-base nos casos de nova condenação superveniente ao início do cumprimento da pena. Utilizou-se como marco teórico a teoria da execução penal redutora de danos, elaborada por Rodrig Roig, e promoveu-se um estudo paralelo sobre como as referidas questões são tratadas nos sistemas de execução português e espanhol. A hipótese de que há prejuízo e incompatibilidade entre as premissas do sistema progressivo e as construções jurisdicionais brasileiras mostrou-se parcialmente verdadeira. A conclusão é de que o sistema de execução penal nacional, apesar de possuir menos especificidades na lei, possui pontos negativos e positivos quando analisado em conjunto aos sistemas português e espanhol.

Palavras-chave: Execução Penal. Data-base. Base de cálculo. Jurisprudência.

Abstract: This paper's goal was to demonstrate that the concession of privileges during the enforcement of custodial penalties imposed when it is (re)unified, in Brazil, is jeopardized by the legal omission of specific rules in the Brazilian Código Penal and Lei de Execução Penal, omissions that were filled by subsequent rulings. Two of them were specifically analyzed: 1) Súmula No. 715 from STF, that states the limit of effective jail time prescribed in article 75 from the Código Penal (changed from thirty to forty years with the entry into force of law No. 13.694/19) should not be used as a basis to calculate the privileges; and 2) the possible alteration of the trigger date in case of a new sentence after the beginning of the execution of the previous sentence. To this end, it was used both the theory of criminal execution as reducer of damages created by Rodrig Roig, and a parallel study on how these issues are tackled by the Brazilian, Portuguese and Spanish criminal execution systems. The hypothesis that there is damage and incompatibility between the premises of the progressive system and the Brazilian case law was proved partially true. The conclusion is that the national criminal enforcement system, despite having less specificities in the law, has negative and positive points when compared to the Portuguese and Spanish systems.

Keywords: Enforcement of custodial penalties imposed. Trigger date. Basis to calculate. Case law.

Sumário: 1. Introdução. 2. As lacunas do Código Penal brasileiro e da Lei de Execução Penal: a base de cálculo e o termo inicial para a concessão de benefícios na execução da pena (re)unificada. 2.1. A base de cálculo para a concessão de benefícios: artigo 75 do Código Penal *versus* Súmula 715 do STF. 2.2. A data-base para a concessão de benefícios: o Recurso Especial 1.557.461/SC do STJ. 2.2.1. A manutenção do posicionamento contrário pelo Supremo Tribunal Federal. 2.3. Considerações intermediárias. 3. Sistemas de execução penal estrangeiros. 3.1. O sistema de execução penal português. 3.2 O sistema de execução penal espanhol. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar se a concessão de benefícios na execução da pena privativa de liberdade (re)unificada, no Brasil, é prejudicada pela ausência de

previsões específicas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, que foram preenchidas por construções jurisprudenciais suplentes.

Para tal, utiliza-se como marco teórico a teoria da execução penal redutora de danos, que defende haver uma obrigação jurídico-constitucional de redução do sofrimento e vulnerabilidade dos indivíduos encarcerados, a qual deve ser o norte interpretativo e de aplicação das normas relativas à execução penal (ROIG, 2016, p. 20).

Com efeito, serão identificadas quais são as omissões desses diplomas legais sobre o tema, bem como se investigará como as respostas dadas pelo poder judiciário a essas lacunas foram construídas. Nas considerações intermediárias, será iniciada a discussão de teste da hipótese do trabalho, que é de que há incompatibilidade entre essas criações jurisdicionais e o sistema progressivo de regimes de cumprimento de pena, em prejuízo do apenado.

Para testar definitivamente a hipótese, realizar-se-á um estudo paralelo sobre como essas mesmas questões são tratadas nos sistemas de execução português e espanhol. A escolha dos países justifica-se pelo fato desses ordenamentos, em uma primeira análise, aparentarem ter limites de cumprimento da pena privativa de liberdade próximos ao antigo e ao atual limite nacional de, respectivamente, trinta e quarenta anos.

Dentro dos limites impostos pela referida análise, que será restrita à legislação e à jurisprudência, como auxiliar para o alcance do objetivo deste trabalho (ANCEL, 1980, p. 50), será averiguado, qualitativamente, o que dispõem os sistemas brasileiro, português e espanhol de execução penal sobre as lacunas identificadas, pontuando-se os seus aspectos positivos e negativos.

2. AS LACUNAS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: A BASE DE CÁLCULO E O TERMO INICIAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS NA EXECUÇÃO DA PENA (RE)UNIFICADA

Analisando a Lei de Execução Penal e o Código Penal brasileiro, verifica-se que duas omissões legislativas deram origem às construções jurisprudenciais cujas adequabilidades são questionadas nesse trabalho: a base de cálculo e o termo inicial para

a concessão de benefícios na pena (re)unificada. Cada uma dessas lacunas será analisada nos tópicos seguintes.

2.1 A base de cálculo para a concessão de benefícios: artigo 75 do Código Penal versus Súmula 715 do STF

Antes da alteração trazida pela Lei 13.694/19, o Código Penal brasileiro previa, no *caput* do artigo 75, que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderia ser superior a 30 (trinta) anos. Com a nova redação, no entanto, esse limite passou para 40 (quarenta) anos.

O parágrafo 1º, por sua vez, continuou a dispor que, nos casos em que o agente seja condenado a penas cuja soma ultrapasse esse limite, devem elas ser unificadas para atendê-lo. Da mesma forma, o parágrafo 2º continuou a dispor que, sobrevindo condenação por fato superior ao início da execução, será feita uma nova unificação, desprezando-se a quantidade de pena já cumprida.

A estrutura do referido dispositivo foi introduzida ao Código Penal somente pela Lei 7.209/84, conhecida como a Reforma de 1984. Antes disso, a redação original do Código previa, sucintamente, em seu artigo 55¹, que a extensão da pena privativa de liberdade não poderia ultrapassar 30 (trinta) anos.

Apesar de mais detalhada, essa redação do artigo 75 do Código Penal deixou uma lacuna essencial que passou a ser preenchida por julgados do Supremo Tribunal Federal (STF): o limite de cumprimento de pena previsto seria aplicável como base de cálculo para a concessão de benefícios durante a execução, ou, para isso, seria utilizada a soma total das penas às quais o agente tenha sido condenado? Em resposta, a corte superior editou a Súmula 715.

O enunciado da Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal foi aprovado na Sessão Plenária realizada em 24 de setembro de 2003. A sua construção baseou-se em quatorze recursos que foram julgados pela Corte entre junho de 1986 e outubro de 2003.

¹ Veja-se a redação original do mencionado artigo 55 do Código Penal: “A duração das penas privativas de liberdade não pode, em caso algum, ser superior a trinta anos, nem a importância das multas ultrapassar cem contos de réis”.

Em sua forma literal, a súmula prevê que o antigo limite de trinta anos não pode ser usado como base de cálculo para a concessão de benefícios durante o curso da execução. Isto é, a penal total fixada na sentença seria considerada para, por exemplo, calcular a quantidade de pena a ser cumprida a fim de que o acautelado tenha direito à progressão de regime, ao livramento condicional, ao indulto etc.

Por meio de uma análise comparativa dos julgados mais antigos, cujas publicações ocorreram entre junho de 1986 e abril de 1993, é possível perceber que todos convergem para fundamentos que se propuseram a proteger o que se entendia por interesses sociais e a desestimular a reincidência.

Quanto a esta última, consignou-se que era necessário tratar desigualmente os agentes condenados a quantidades de penas muito distintas, isto é, um condenado a um total de pena inferior ao limite de 30 (trinta) anos, à época, deveria ser tratado de maneira mais benéfica do que outro condenado a um total superior a esse limite.

Esses fundamentos estão expressos no primeiro julgado que embasou a súmula, o Recurso em *Habeas Corpus* 63.673/SP, de relatoria do Ministro Djaci Falcão, cujo acórdão foi publicado em 20 de junho de 1986. Os recursos² que o seguiram durante o supracitado espaço temporal citam diretamente os argumentos nele consolidados, ou apenas fazem referência ao número do recurso precursor, mantendo o entendimento. Veja-se trecho do voto do Ministro Relator:

[...] a lei deve ter por objetivo não somente os interesses legítimos do réu, mas os altos interesses da sociedade, marcados pela tranquilidade e segurança social. Outra exegese, conduzirá a uma equiparação desarrazoada entre o condenado por um só crime e o criminoso habitual, profissional, condenado a mais de setenta anos, por delitos brutais, como ocorre na espécie. Ter-se-ia tratamento igual entre delinquentes em situações desiguais (BRASIL, 1993, p. 214-215).

Foi apenas com o julgamento do *Habeas Corpus* 69.423/SP que o entendimento mantido por dez anos passou a ser questionado internamente no Supremo Tribunal Federal.

² Os recursos seguintes julgados pelo Supremo Tribunal Federal foram: HC 63.836/SP, HC 65.522/PR, HC 66.212/SP, HC 68.262/DF, HC 68.662/SC, RE 111.489/SP, HC 69.161/SP e HC 70.002/SP.

Em 24 de novembro de 1992, o Ministro Marco Aurélio, após ouvir o voto do Ministro Relator Carlos Velloso e do Ministro Francisco Rezek, pediu vista dos autos na sessão da 2ª Turma. Em 11 de dezembro de 1992, o julgamento foi retomado e a manifestação do Ministro Marco Aurélio foi no sentido de que o recurso deveria ser afetado para julgamento em Plenário. Por unanimidade, essa foi a decisão da Turma e, em 17 de junho de 1993, o recurso foi julgado pelo Plenário da corte superior (BRASIL, 1993, p. 214-217).

Na sessão plenária, o Ministro Marco Aurélio sustentou três argumentos justificadores para que o limite de cumprimento de pena previsto no artigo 75 do Código Penal fosse utilizado em todos os aspectos do cumprimento da sanção imposta ao condenado. O primeiro seria o de que o objetivo da nova redação, trazida pela Reforma de 1984, seria justamente o de criar um parâmetro para a aferição de outros direitos, isto é, dos benefícios no curso da execução (BRASIL, 1993, p. 220).

O segundo argumento foi baseado na exposição de motivos da supracitada reforma legislativa. Nele, a justificativa para a previsão mais detalhada sobre a unificação e limite de cumprimento das penas seria a de proporcionar esperança de dias melhores ao apenado, que viveria disciplinarmente, visando seus objetivos futuros.³ Nesse sentido, o referido limite não estaria cumprindo o seu papel se não fosse utilizado para o cálculo dos benefícios durante a execução (BRASIL, 1993, p. 220-221).

O terceiro argumento seria o de que a detração pelo cumprimento de pena provisória ou de período de internação deveria ser calculada com relação ao teto, à época, de 30 (trinta) anos, pois, se não o fosse, seria imposta, pelos mesmos crimes, uma pena por tempo superior a esse limite. Da mesma maneira deveria ser o cálculo para a remição da pena; caso contrário, o apenado não enxergaria vantagem em cumprir com seu trabalho. Por fim, o mesmo raciocínio se aplicaria à progressão de regime, tendo em vista o que dispõe o artigo 111 da Lei de Execução Penal (LEP) (BRASIL, 1993, p. 221-222).

³ Item 61 da exposição de motivos do projeto da Lei 7.209/84: “O Projeto baliza a duração das penas privativas da liberdade, tendo em vista o disposto no artigo 153, § 11, da Constituição, que veda a prisão perpétua. As penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal. Restringiu-se, pois, no artigo 75, a duração das penas privativas da liberdade a trinta anos, criando-se, porém, mecanismo desestimulador do crime, uma vez alcançando este limite. Caso contrário, o condenado à pena máxima pode ser induzido a outras infrações, no presídio, pela consciência da impunidade, como atualmente ocorre. Daí a regra de interpretação contida no artigo 75, § 2º: “sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, computando-se, para esse fim, o tempo restante da pena anteriormente estabelecida”.

Especificamente com relação ao instituto do livramento condicional, o Ministro Marco Aurélio chamou a atenção para o fato de que a sua previsão legal se refere à pena a qual estaria sujeito o agente. Assim, com a unificação, os requisitos impostos pela lei devem ser cumpridos não com relação ao somatório das penas impostas, mas sim à pena real a ser cumprida, qual seja, a de 30 (trinta) anos, à época, no máximo. Em suas palavras, interpretação diversa seria, no mínimo, incongruente (BRASIL, 1993, p. 222).

Apesar de bem explanada e fundamentada, a divergência não prosperou. Na sequência de seu voto, os Ministros Francisco Rezek, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Moreira Alves acompanharam o voto do Ministro Relator, não concedendo a ordem de *Habeas Corpus* (BRASIL, 1993, p. 227-242).

Os julgados seguintes ao *Habeas Corpus* 69.423/SP que embasaram a Súmula 715 do STF, proferidos pelo tribunal entre março de 1995 e outubro de 2003, mantiveram os argumentos perpetuados desde o *Habeas Corpus* 63.673/SP, de relatoria do Ministro Djaci Falcão⁴.

2.2 A data-base para a concessão de benefícios: o Recurso Especial 1.557.461/SC do STJ

Por outro lado, havia uma segunda lacuna legal que foi preenchida pelo entendimento dos Tribunais Superiores. Esta dizia respeito à data-base para a concessão de benefícios quando houvesse nova condenação após o início do cumprimento de pena privativa de liberdade.

Tanto o STF⁵, quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶ defendiam que se o agente estivesse cumprindo pena por determinada infração e sobreviesse nova condenação

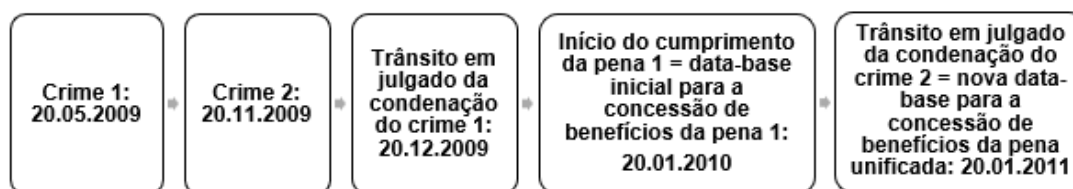
⁴ Os recursos seguintes julgados pelo STF foram: HC 71.815/SP, HC 75.341/SP, HC 78.326/SP e HC 74.428/PR.

⁵ Esse entendimento foi manifestado no HC 101.023/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

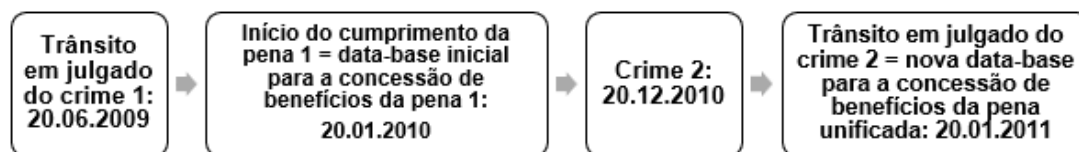
⁶ Nesse sentido, veja-se o Informativo n. 0492 da 6ª Turma do STJ, de 2012, que trouxe o entendimento do HC 210.637-MA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura: “a Turma reafirmou a orientação sedimentada nesta Corte de que, sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução seja por fato anterior ou seja posterior ao início do cumprimento da reprimenda, a contagem do prazo para concessão de benefícios é interrompida, devendo ser feito novo cálculo com base no somatório das penas restantes a serem cumpridas. O marco inicial da contagem do novo prazo é o trânsito em julgado da sentença condenatória superveniente”.

pela prática de fato diverso, a data-base (isto é, o dia correspondente ao termo inicial para contagem do tempo) para a concessão de benefícios, após a unificação das penas, seria transferida do dia do início da execução da primeira pena para o dia do trânsito em julgado da nova condenação.

Essa regra era aplicada tanto para condenações por crimes cometidos antes do início do cumprimento da primeira pena, quanto para aqueles cometidos após essa data. Para exemplificar melhor a questão, veja-se as linhas do tempo das duas hipóteses:



(Imagem 1: crimes cometidos antes do início do cumprimento da primeira pena)



(Imagem 2: crime cometido após o início do cumprimento da primeira pena)

Nos dois exemplos acima, a unificação das penas seria feita descontando-se a quantidade da pena 1 cumprida entre o início da sua execução e a data do trânsito em julgado da condenação pelo crime 2. Assim, o restante da primeira pena, ainda pendente de cumprimento, seria somado com a nova pena imposta. Sobre esse total, seriam calculados os requisitos temporais para a concessão de benefícios, sempre a partir do dia do trânsito em julgado da segunda condenação⁷.

Os Tribunais Superiores defendiam esse entendimento com base na interpretação conjunta do artigo 111, parágrafo único, com o artigo 118, II, ambos da Lei de Execução Penal. O argumento era de que a alteração da data-base seria uma consequência da regressão de regime que ocorre após a unificação, como disposto nos referidos artigos (BRASIL, 2018, p. 9).

⁷ Ressalte-se que esse é o método de unificação aplicado pela 3ª Turma do STJ no REsp 1.556.461SC, que será debatido a seguir, tanto para crimes cometidos após o início do cumprimento da primeira pena (exemplo 1), quanto para aqueles cometidos após essa data (exemplo 2), e por isso é o utilizado neste trabalho. Não se ignora que, nos casos característicos do exemplo 2, existe entendimento divergente que a unificação deveria ser feita desprezando-se a quantidade de pena cumprida até a data do novo crime.

No entanto, há pouco tempo, a 3ª Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.557.461/SC, consolidou entendimento distinto. Essa divergência interna foi a precursora da posterior fixação da Tese n. 1.006, por meio do julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.753.512/PR e 1.753.509/PR, pela mesma Turma.

O citado Recurso Especial foi interposto pelo Ministério Público Estadual contra acórdão do Tribunal de Santa Catarina que negou provimento a um Agravo em Execução Penal interposto pelo órgão acusatório. Era pretendida a alteração da data-base para o dia do trânsito em julgado da nova condenação. Segundo o Tribunal estadual, como não houve – no caso concreto – a regressão de regime com a unificação da nova pena ao restante da primeira a ser cumprida, a data-base não deveria ser alterada (BRASIL, 2018, p. 6-7).

O Ministro Relator Rogério Schietti Cruz opinou pelo não provimento do recurso interposto pelo Ministério Público. Para ele, a manutenção da data-base deveria ser regra para a unificação das penas decorrentes do trânsito em julgado de nova condenação por crimes cometidos antes ou após o início da execução da primeira pena.

Inicialmente, o Relator apresentou argumentos que embasariam a sua posição para as duas situações descritas acima. O primeiro deles, contestando o principal ponto defendido pelo entendimento anterior do STJ, é o fato de que a regressão de regime não ocorre, obrigatoriamente, em todas os casos de unificação. Assim, é incongruente que a alteração da data-base seja consequência automática de algo que não é regra.

O segundo argumento foi denominado de *excesso de execução* (BRASIL, 2018, p. 20). Para explicar o seu ponto, o Ministro Rogério Schietti Cruz se utilizou do seguinte exemplo:

(...) suponhamos que dois réus (A e B) foram definitivamente condenados à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Imaginemos que o condenado A iniciou o cumprimento da reprimenda a ele imposta 6 meses antes do condenado B e, após o cumprimento de 1/6 da pena, ou seja, 1 ano de reclusão, foi progredido ao regime semiaberto. Assim, o apenado A possui 1 ano de pena cumprida, enquanto que o apenado B possui apenas 6 meses e, por isso, permanece no regime fechado.

Suponhamos também que ocorra a superveniência do trânsito em julgado de nova condenação à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, para ambos os reeducandos e que a data do trânsito em julgado da nova condenação seja a mesma para os dois. Dessa forma, efetuada a unificação das penas, restariam 11 anos de reclusão a serem cumpridos pelo condenado A e 11 anos e 6 meses pelo condenado B; portanto, em face do disposto no art. 111, parágrafo único, e no art. 118, II, ambos da Lei de Execução Penal, o apenado A é regredido ao regime fechado, ao passo que o apenado B, já em cumprimento de pena no regime fechado, não sofre regressão. Assim, caso fosse alterado o marco ini-

cial já estabelecido para a aquisição de novas benesses daquele sentenciado que sofreu regressão de regime, ou seja, o sentenciado A, este progrediria ao regime semiaberto em 1 ano e 10 meses (1/6 da pena restante, ou seja, 11 anos). Já o condenado B, cujo termo a quo foi mantido, atingiria o lapso necessário à progressão ao regime semiaberto em 1 ano e 6 meses (1/6 de 12 anos, subtraídos os 6 meses de pena já cumprida).

Para ilustrar a situação, trago o quadro abaixo, no qual utilizo datas hipotéticas para detalhar o exemplo supramencionado (BRASIL, 2018, p. 13-14).

Para ilustrar melhor a situação, a seguinte tabela é juntada ao corpo do voto (BRASIL, 2018, p. 14-15):

Incidentes	Sentenciado	
	A	B
Aporte da condenação n. 1	6 anos de reclusão, em regime fechado	6 anos de reclusão, em regime fechado
Trânsito em julgado da condenação n. 1	10/12/2011	10/12/2011
Início do cumprimento da pena	20/12/2011	20/6/2012
Progressão de regime	20/12/2012	Não progrediu, pela falta do requisito temporal
Aporte da condenação n. 2	6 anos de reclusão, em regime semiaberto	6 anos de reclusão, em regime semiaberto
Trânsito em julgado da condenação n. 2	20/12/2012	20/12/2012
Regressão de regime	Sim, diante da unificação das condenações	Não, porquanto já está no regime mais gravoso (fechado)
Alteração do termo <i>a quo</i> para concessão de novos benefícios	Sim, pois, consoante a orientação jurisprudencial, regrediu de regime	Não, tendo em vista que permaneceu no mesmo regime de cumprimento da pena
Pena a cumprir para nova progressão	1 ano e 10 meses (1/6 do restante – 11 anos, visto que houve o reinício do termo <i>a quo</i>)	1 ano e 6 meses (1/6 do total – 12 anos, subtraídos os 6 meses já cumpridos, por não ter havido alteração do termo <i>a quo</i>)
Pena a cumprir caso fosse mantido o termo <i>a quo</i> para concessão de novos benefícios	1 ano (1/6 do total – 12 anos, subtraído 1 ano já cumprido, porquanto não houve alteração do termo <i>a quo</i>)	Mesmo lapso

(Imagem 3: tabela comparativa entre o dia do início de cumprimento da primeira pena e o dia do trânsito em julgado da nova condenação como data-base para a concessão de benefícios)

Com efeito, a incongruência estaria em fazer com que condenado A, que já teria cumprido todos os requisitos para progredir de regime, fosse obrigado, para atingir novamente o regime semiaberto após a unificação, a cumprir mais tempo de pena do que

o condenado B, que ainda não teria alcançado a progressão e iniciou a sua execução seis meses depois.

Essa situação não ocorreria se o dia do início de cumprimento da primeira pena fosse mantido como a data-base para a concessão dos benefícios (BRASIL, 2018, p. 15).

Assim, para o Ministro Relator, a manutenção da data-base originária é compatível com os princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena, previstos no artigo 5º, incisos II e XLVI da Constituição da República. Com o primeiro, pois não há previsão em lei específica de que o reinício da data-base deve ocorrer nesses casos. Com o segundo, pois o apenado que já estivesse em situação mais favorável (isto é, já tivesse progredido de regime) não seria levado a estágio mais prejudicial do que um que tenha iniciado o cumprimento de pena posteriormente (BRASIL, 2018, p. 15-16).

Aprofundando seu ponto de vista, o Ministro Relator analisou, especificamente, a hipótese em que o crime foi cometido após o início da execução da pena. Nesse caso, a alteração da data-base para o dia do trânsito em julgado da nova condenação poderia ser considerada um *bis is idem* (BRASIL, 2018, p. 17).

Isso porque, nos termos do artigo 118, I da LEP, o apenado que pratica fato definido como crime doloso pode ser regredido de regime prisional. Além disso, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da eventual condenação por esse fato, considera-se que o agente cometeu falta disciplinar de natureza grave, nos termos do artigo 52, *caput*, primeira parte da mesma Lei e da Súmula 526 do STJ⁸ (BRASIL, 2018, p. 17).

E, como consequências da prática de falta disciplinar de natureza grave, ocorre “a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso” e a “nova fixação da data-base para a concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena”, nos termos das Súmulas 441, 534 e 535 do STJ (BRASIL, 2018, p. 18).

Assim, se houvesse a alteração da data-base para o dia do trânsito em julgado da nova condenação, o apenado estaria sendo punido duas vezes pela prática do mesmo ato,

⁸ Súmula 526, STJ: O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

já valorado anteriormente como falta disciplinar grave, e que já teria surtido o efeito de interromper o lapso temporal para a progressão de regime, bem como fixado um novo termo inicial para a sua concessão. Restaria caracterizado, portanto, o *bis in idem* (BRASIL, 2018, p. 19).

Já quanto à hipótese de crime cometido antes do início do cumprimento da pena, alertou o Ministro Rogério Schietti Cruz que este não poderia ser utilizado como parâmetro de avaliação do apenado para a concessão de benefícios, sob pena de corromper totalmente a ideia de merecimento que perpassa a execução penal. Afinal, não se pode punir o apenado pela prática de ato cometido anteriormente à sanção que está sendo submetido e que em nada se relaciona com ela (BRASIL, 2018, p. 20).

Abrindo divergência, o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura foi no sentido de que a alteração da data-base não decorre da regressão de regime, mas sim do fato de que a unificação da pena formaria um novo título judicial a ser executado. A constituição desse novo título seria extraída da própria operação descrita no artigo 111, parágrafo único da LEP (unificação como resultado da soma da nova pena com o restante da primeira a ser cumprida), de maneira que a modificação do termo inicial seria acessória a ele (BRASIL, 2018, p. 45-46).

Assim, o cometimento de falta grave e a unificação das penas seriam momentos distintos da execução penal que não devem ser confundidos. Enquanto o primeiro seria o reconhecimento de um mau comportamento do condenado, que desrespeitou a necessidade de disciplina no interior do estabelecimento, o segundo, como já dito, representaria a formação de um novo título judicial a ser cumprido (BRASIL, 2018, p. 45-46).

A Ministra Maria Thereza ainda rebateu, muito especificamente, o argumento utilizado pelo Ministro Relator para os casos em que a unificação decorre do trânsito em julgado da condenação por crime cometido após o início da execução. Alertou a Ministra para o fato de que a interrupção do prazo para a progressão de regime pela prática de falta disciplinar grave igualmente não possui previsão legal expressa, sendo resultado de um entendimento puramente jurisprudencial (BRASIL, 2018, p. 47).

Por isso, para ela, a prática de falta dessa natureza no curso da execução poderia levar, no máximo, à conclusão pela ausência do requisito subjetivo para a progressão, mas

não do requisito objetivo pela interrupção da contagem do tempo de cumprimento de pena necessário para o alcance do regime mais benéfico (BRASIL, 2018, p. 47).

Com efeito, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura deu provimento ao recurso, mas, ao final, foi vencida, prevalecendo o voto do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz. Dessa forma, a 3ª Seção do STJ negou provimento ao Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Estadual de Santa Catarina.

Algum tempo depois, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1.753.512/PR e 1.753.509/PR pela 3ª Turma do STJ, foi fixada, nos exatos termos do citado voto proferido pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, a Tese n. 1.006, a qual determina que: “a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios” (BRASIL, STJ, 2019).

Dessa forma, a atual posição vinculante do STJ é de que, devido à ausência de previsão legal, não é possível transferir o marco inicial para a concessão de benefícios para a data do trânsito em julgado da nova condenação. O dia do início do cumprimento da pena privativa de liberdade continuará sendo a data-base para esse fim, independentemente se o fato que ensejou a nova condenação foi cometido antes ou após o início da execução.

2.2.1 A manutenção do posicionamento contrário pelo Supremo Tribunal Federal

Como já explicitado, o entendimento majoritariamente adotado pelo STJ sobre a alteração da data-base para a concessão de benefícios executórios após unificação das penas seguia a posição do STF quanto ao tema. No julgamento do REsp 1.557.461/SC, tanto o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, quanto a Ministra Maria Thereza de Assis Moura fazem referência ao HC 101.023/RS, julgado pela Corte Constitucional sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 26 de março de 2010.

No referido julgado, sustentou-se que a alteração da data-base para o dia do trânsito em julgado da condenação superveniente ao início do cumprimento da pena decorreria da interpretação do parágrafo único do artigo 111, em concorrência com o inciso II do artigo 118, ambos da LEP. O argumento principal é de que seria ilógico a não modificação do termo por ser esse uma consequência necessária da regressão de regime, que pode ocorrer na unificação e é autorizada pela própria legislação específica (BRASIL, 2010, p. 7).

Esse fundamento foi amplamente rebatido pelo voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, como explicitado no tópico anterior (BRASIL, 2018, p. 6-22). No entanto, a consolidação do entendimento diverso pelo STJ não surtiu efeito nas decisões do STF, que ainda seguem o mesmo entendimento.

Como exemplos, cita-se o Agravo Regimental no Habeas Corpus 166.740/RO⁹ e o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1.195.491/SP¹⁰, ambos julgados pela 1ª Turma do STF em 2019, que mantiveram a inadmissibilidade dos respectivos recursos com base na jurisprudência consolidada na corte.

2.3 Considerações intermediárias

Até este ponto, compreende-se que a LEP e o Código Penal deixaram lacunas que foram preenchidas por construções jurisprudenciais que causam prejuízo aos apenados. Essa afirmação se aplica tanto ao enunciado da Súmula 715 do STF, quanto ao antigo entendimento do STJ, modificado com a fixação da Tese n. 1.006.

Especificamente com relação à súmula, não parece razoável que um total de pena que não será, de fato, cumprido pelo indivíduo encarcerado seja utilizado como parâmetro para a sua caminhada no sistema executório.

A construção do enunciado, como visto, foi baseada em julgados muito antigos que não discutiam os propósitos do sistema progressivo de execução penal. Ao contrário, os votos se utilizavam de argumentos punitivistas e relacionados aos clamores sociais para justificar que o limite de trinta anos, à época, seria apenas uma expectativa de direito do condenado (BRASIL, 1993, p.128).

⁹ Veja-se trecho do voto do Ministro Relator Luiz Fux: “A propósito, cabe referir que, em tema relativo à execução penal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fixou no sentido de que “a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas” (BRASIL, STF, 2019a, p. 6).

¹⁰ Veja-se trecho da ementa: “Agravo interno. Recurso extraordinário. Acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência desta corte. Unificação das penas. Termo inicial para concessão de benefícios. Trânsito em julgado da última condenação. (...)” (BRASIL, STF, 2019b, p. 1).

No entanto, a manutenção do entendimento, sob as mesmas justificativas, é insustentável. Isso porque a Lei 13.964/2019 alterou não apenas o limite de efetivo cumprimento de pena, mas também os critérios para a progressão de regime, base do *tratamento desigual a ser dado aos desiguais* defendido nos julgados do STF desde 1986.

Referidos critérios, divididos em oito faixas de porcentagens distintas (cumprimento de 16% a 70% da pena), passaram a levar em consideração se o agente é primário ou reincidente e se o crime foi cometido com violência ou grave ameaça. Além disso, o resultado morte passou a ser critério quando tratar-se de crimes hediondos ou equiparados, assim como o comando de organização criminosa estruturada para a prática desse tipo de delito. Por fim, o pertencimento à milícia privada também passou a ser considerado.

Ressalta-se que dois desses novos critérios, o emprego de violência ou grave ameaça e a produção do resultado morte, são elementos dos tipos penais usados como exemplo pelo Min. Djaci Falcão em 1986, no voto proferido no RHC 63.673/SP, ponto de partida da construção da Súmula 715 do STF: latrocínio, roubo à mão armada e estupro.

Superada, portanto, a questão do tratamento desigual por previsão legal específica, é latente a importância de uma teoria redutora de danos, que defende haver uma obrigação jurídico-constitucional de redução do sofrimento e vulnerabilidade dos indivíduos encarcerados a ser usada como norte das interpretações dessas normas (ROIG, 2016, p. 20).

No julgamento do citado *Habeas Corpus* 69.423/SP, o Ministro Marco Aurélio anunciou essa percepção ao proferir voto divergente do entendimento pacificado na construção da Súmula 715 do STF. Para isso, o Ministro resgatou a intenção do legislador ao inserir no Código Penal o artigo 75, que está presente no item 61 da exposição de motivos da Reforma Penal de 1984. De maneira clara, o item dispõe que “as penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal” (BRASIL, 1983).

Nesse sentido, a interpretação dada pelo STF ao alcance do limite de cumprimento de pena não coaduna com a função prevista pelo legislador originário. Afinal, não utilizar esse teto como parâmetro para o alcance de condições melhores ao encarcerado, afronta a ideia de lhe dar esperanças e reduzir, ao máximo, os danos sofridos por ele, recrudescendo ainda mais a sanção aplicada (ROIG, 2016, p. 20).

Além disso, essa imposição viola o princípio da reserva legal previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição da República, responsável pela segurança jurídica e garantidor da liberdade do cidadão em face da intervenção estatal. Especificamente no âmbito da Execução Penal, esse princípio proíbe o emprego da analogia para fundamentar ou agravar penas (BATISTA, 2007, p. 65).

Assim, não havendo previsão legal específica de que o teto de cumprimento de pena não pode ser usado como base de cálculo para a concessão de benefícios executórios, não poderia o judiciário impor essa interpretação em prejuízo do apenado, em uma verdadeira *analogia in malam partem*.

Felizmente, o respeito ao princípio da legalidade foi um dos principais argumentos utilizados pela 3ª Turma do STJ para modificar o entendimento anterior daquele tribunal de que, havendo nova condenação durante o cumprimento da pena, a data-base para o cálculo dos benefícios deveria ser alterada para o dia do trânsito em julgado dessa condenação.

A fixação da Tese n. 1.006 pela referida turma é louvável, pois reconhece que não havia previsão legal apta a manter o entendimento que era prejudicial ao indivíduo encarcerado. No entanto, é necessária ressalva na argumentação feita pelo Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, especificamente na hipótese em que a condenação transitada em julgado é referente a crime cometido após o início da execução (BRASIL, 2018, p. 17).

De acordo com o Ministro Relator, nesse caso, se alterada a data-base, ocorreria uma dupla punição. Isso porque, de acordo com o entendimento pacificado pelo STJ, a prática de fato definido como crime doloso, que constitui falta grave, como disposto pela LEP, já implicaria na interrupção do tempo de cumprimento de pena necessário e na alteração da data-base para a progressão de regime, como disposto na Súmula 534 daquele tribunal.

Veja-se que, apesar desse entendimento ser específico para a progressão de regime, excluindo os demais benefícios da execução, é também baseado em uma interpretação que não encontra nenhum respaldo legal e é igualmente mais prejudicial ao encarcerado. Como visto, essa ressalva foi feita pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, quando proferiu voto divergente no julgamento do recurso especial (BRASIL, 2018, p. 48).

De fato, aparenta ser contraditório desrespeitar o princípio da legalidade em uma situação que prejudica o apenado – Súmula 534 do STJ – e, ao mesmo tempo, utilizá-lo como argumento para modificar um entendimento a seu favor – isto é, de que a data-base para a concessão de benefícios executórios, após a unificação das penas com o trânsito em julgado de nova condenação, deve ser mantida no dia do início do cumprimento da primeira pena.

No entanto, os outros argumentos utilizados pelo Ministro Relator Rogério Schietti Cruz são lógicos e relevantes. Em especial, destaca-se o referente ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI da CR, que era violado pelo antigo entendimento, como demonstrado por ele ao explicitar o seu argumento denominado de “excesso de execução” (BRASIL, 2018, p. 15-16).

Com efeito, há, atualmente, disparidade entre os entendimentos do STF e do STJ no tocante ao norte interpretativo das normas relativas à execução penal. Apesar da Súmula 715 da Corte Constitucional ainda vigorar em prejuízo ao indivíduo apenado, o STJ, com a fixação da Tese n. 1.006, demonstrou avanço ao respeitar os princípios da legalidade e da individualização da pena, cumprindo com o dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e vulnerabilidade dos indivíduos encarcerados.

3. SISTEMAS DE EXECUÇÃO PENAL ESTRANGEIROS

Como visto, a falta de detalhes na legislação brasileira sobre a (re)unificação das penas privativas de liberdade durante a execução trouxe situações que precisaram ser respondidas pela atividade judicial.

Infelizmente, em alguns casos, essa resposta permanece desfavorável ao reeducando, a exemplo da já citada Súmula 715 do STF, mesmo com as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019; em outros, houve uma mudança benéfica de entendimento, como a fixação do Tema n. 1.006 pelo STJ.

Visando a descobrir se a resolução dessas omissões legais pela jurisprudência se trata de um problema restrito ao Brasil, foi analisado o funcionamento da (re)unificação da pena privativa de liberdade em dois sistemas estrangeiros, o português e o espanhol.

Cumpra esclarecer que a escolha de ambos os países se deve ao fato de, em uma primeira análise, possuírem limites de penas privativas de liberdade próximos antigo e ao atual limites brasileiros: no primeiro país, esse teto corresponde a 25 (vinte e cinco) anos e, no segundo, varia entre 20 (vinte) e 40 (quarenta) anos.

3.1 O sistema de execução penal português

O Código Penal português dispõe no artigo 41, itens 1 a 3, que a duração máxima da pena de prisão será de 25 (vinte e cinco) anos, sendo esse limite intransponível em todos os casos (PORTUGAL, 1995). A contagem dos prazos da pena privativa de liberdade é feita de acordo com os critérios estabelecidos na lei processual penal, nos termos do item 4 do mesmo dispositivo.

Apesar desse limite de pena aparentar ser muito similar ao anterior, de trinta anos, previsto no Código Penal brasileiro, é preciso chamar atenção para o fato de que o Código português se refere à duração máxima de uma pena de prisão, e não ao tempo máximo que um indivíduo possa, de fato, permanecer encarcerado. Trata-se de um limite para cada pena, e não um limite de cumprimento total de pena.

Além disso, o sistema português se diferencia pelo fato de que, na fase da execução, não é possível fazer a reunificação das penas a cada nova condenação transitada em julgado, por um número ilimitado de vezes, respeitando-se o limite temporal de 25 (vinte e cinco) anos. Veja-se, como exemplo, trecho da ementa de um julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, cuja competência é similar ao do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

(...) IV – O requerente está condenado perante o Estado português, a quem agora compete a execução das penas, a cumprir quatro penas de cumprimento sucessivo, as quais somam 50 anos e 4 meses de prisão.

V – O limite máximo de 25 anos de prisão que, em caso algum pode ser ultrapassado (cf. art. 41.º do CP), respeita a cada pena, parcelar ou conjunta, isto é, aos casos em que se considera existir um só crime ou um só crime continuado ou um só concurso de crimes (cf. art. 77.º do CP).

VI – Tal não obsta, porém, que o agente possa cometer vários crimes que não devam ser juridicamente unificados, o que sucede com todos aqueles que são cometidos depois de transitar em julgado a condenação ou as condenações por outros crimes cometidos anteriormente, situação essa que obriga a que as diversas penas, quer individuais quer conjuntas, se venham a somar materialmen-

te, sem que exista um limite máximo, pois são independentes (PORTUGAL, 2012).

Na realidade, no sistema estrangeiro, esse teto está relacionado ao concurso de crimes. A definição portuguesa desse instituto penal abrange tanto as práticas delitivas de um mesmo contexto, condenadas em uma mesma sentença, enquanto resultado final de um único processo, quanto aquelas praticadas em situações totalmente diversas, sentenciadas por processos distintos. Esse conceito é aplicável para fatos praticados até um marco temporal específico – o trânsito em julgado da primeira condenação – previsto no item 1, do artigo 77 do Código Penal.

Assim, a situação padrão em que se caracteriza o concurso de crimes, independentemente se praticados em um mesmo contexto, é ainda na fase de conhecimento, em uma sentença única.

Caracterizado o concurso, o agente é condenado a uma pena única, que deve ser fixada em observância aos limites máximos e mínimos. Nos termos do item 2 do referido artigo 77, o limite máximo corresponde à soma das penas concretamente aplicadas a cada um dos crimes, desde que respeitado o teto de 25 (vinte e cinco) anos disposto no artigo 41 do Código Penal. O mínimo, por sua vez, equivale a pena mais alta dentre as que o agente foi condenado por cada delito.

Em outros termos, é possível afirmar que os pressupostos exigidos pela lei para que se caracterize o concurso de crimes e aplique-se uma pena única são: 1) a prática de uma pluralidade de crimes pelo mesmo indivíduo, em concurso de crimes, independente da espécie, e 2) que os delitos tenham sido praticados antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles (COSTA, 2013, p. 173).

Cabe ressaltar que a pena única, também chamada de pena conjunta, é resultado de uma dosimetria específica. Não se trata de simples soma das penas parcelares, mas sim de uma análise do ilícito global em conjugação com a personalidade unitária do agente, nos termos da parte final do item 1, do artigo 77 do Código Penal português (COSTA, 2013, p. 176).

Para analisar o ilícito global, o juiz deve verificar se há conexão entre os crimes praticados, ou seja, um sentido único. Já com relação à personalidade unitária do agente,

deve averiguar se o conjunto dos fatos conduz a uma tendência criminosa – o que poderá agravar a pena – ou a uma pluralidade desconexa de fatos que em nada se relacionaria à personalidade (COSTA, 2013, p. 175).

Apesar da lei trazer parâmetros para essa dosimetria, cresceu no Supremo Tribunal de Justiça português uma corrente que defende a aplicação de uma fórmula matemática para determinar a pena conjunta.

Propagada pelo Juiz Conselheiro Carmona da Mota, a fórmula determina que se deve somar, à pena parcelar mais grave (limite mínimo), de um quinto à metade de cada uma das penas concretas aplicadas aos outros crimes em concurso, fração a ser fixada de acordo com a gravidade individual de cada delito (PORTUGAL, 2014).

Veja-se a explicação dada pelo Juiz Conselheiro Santos Cabral enquanto Relator de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

Para evitar aquela vacuidade admite-se o apelo a que, na formulação da pena conjunta e na ponderação da imagem global dos crimes imputados e da personalidade, se considere que, conforme uma personalidade mais, ou menos, gravemente desconforme com o Direito, o tribunal determine a pena única somando à pena concreta mais grave entre metade e um quinto de cada uma das penas concretas aplicadas aos outros crimes em concurso (Confrontar Juiz Conselheiro Carmona da Mota em intervenção no STJ no dia 3 de Junho de 2009 no colóquio subordinado ao tema “Direito Penal e Processo Penal”, igualmente Paulo Pinto de Albuquerque Comentários ao Código Penal anotação ao artigo 77).

Na definição da pena concreta dentro daquele espaço e um dos critérios fundamentais na consideração daquela personalidade, bem como da culpa, situa-se a dimensão dos bens jurídicos tutelados pelas diferentes condenações. Na verdade, não é raro ver um tratamento uniforme, destituído de qualquer opção valorativa do bem jurídico, e este pode assumir uma diferença substantiva que perpassa na destrição entre a ofensa de bens patrimoniais ou bens jurídicos fundamentais como é o caso da própria vida.

A utilização de tal critério de determinação está relacionada com uma destrição fundamental que é o tipo de criminalidade evidenciada. Na operação de cálculo importa considerar a necessidade de um tratamento diferente para a criminalidade bagatelar, média e grave, de tal modo que, como refere Carmona da Mota, a “representação” das parcelares que acrescem à pena mais grave se possa saldar por uma fracção cada vez mais alta, conforme a gravidade do tipo de criminalidade em julgamento (PORTUGAL, 2014).

Para além disso, a fixação da pena única também pode ocorrer quando o indivíduo já estiver na fase de execução, tendo iniciado o cumprimento da pena, e se percebe que outros crimes foram praticados antes do trânsito em julgado dessa primeira condenação. Isso é o que o artigo 78, item 1, do Código Penal português denomina de *conhecimento superveniente de concurso*.

O único requisito extra, além dos já previstos no citado artigo 77, é que essas condenações descobertas posteriormente tenham transitado em julgado, como dispõe o item 2 do artigo 78 (COSTA, 2013, p. 182). Veja-se um exemplo da situação:



(Imagem 4: exemplo de conhecimento superveniente de concurso de crimes)

Nesse caso, de maneira similar ao sistema brasileiro, a quantidade de pena que já tiver sido cumprida até o dia em que é fixada a pena única é descontada desta, nos termos do item 3 do artigo 78, e do artigo 81, ambos do Código Penal português.

Após esse desconto, o início do cumprimento dessa pena conjunta pode ser determinado e, por meio de uma leitura sistêmica do diploma legal, depreende-se que a data-base para a concessão de benefícios é o dia do início da sua execução.

Isso porque, diferentemente do que ocorre no Brasil, como já mencionado, a pena conjunta resultante da unificação é obtida por meio de uma dosimetria própria, feita a partir de parâmetros (ilícito global e personalidade unitária do agente) distintos daqueles utilizados para determinar a pena de cada um dos crimes do concurso, e que estão previstos na lei.

Todavia, não se trata apenas de mera operação matemática, mas sim de uma construção jurídica fundamentada, de maneira que a pena única passa a ser a base de cálculo para a aferição de qualquer benefício.

Um exemplo que corrobora essa conclusão é o fato de que o Supremo Tribunal de Justiça português já consolidou o entendimento de que a pena única é que a deve ser

utilizada como parâmetro para a concessão, ou não, da suspensão da pena, tratada como uma pena substitutiva à de prisão no país europeu.

Isso vale, inclusive, para situações em que uma das penas individuais, isto é, relativa a apenas um dos crimes, tenha sido suspensa antes de fixada a pena conjunta por meio do conhecimento superveniente de concursos (COSTA, 2013, p.184). Veja-se a explicação detalhada de Artur Rodrigues da Costa:

A jurisprudência dominante do STJ tem assentado na ideia de que não se forma caso julgado sobre a suspensão da execução da pena, mas tão somente sobre a medida dessa pena, entendendo-se que a substituição está resolutivamente condicionada ao conhecimento superveniente do concurso, e ainda nas ideias de provisoriedade da suspensão da pena e de julgamento *rebus sic stantibus* quanto a tal questão (COSTA, 2013, p. 185).

Outro exemplo é o fato de que a quantidade de pena a ser cumprida para que se alcance o benefício da liberdade condicional, prevista no artigo 61 do Código Penal português, é calculada de acordo com a pena única (a não ser em casos em que há penas sucessivas, sejam elas individuais ou resultantes de mais de uma pena conjunta). Veja-se exemplo extraído de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

- 1 – Por decisão transitada em 25/03/2004, pela prática em 08.08.2001, de um crime de tráfico de estupefacientes e um crime de detenção de arma proibida, foi condenado na pena única de 13 anos e 4 meses de prisão (proc.º 73/01.9PILSB da 1ª Vara Mista de Sintra);
- 2 – Em 29/06/2010, e após cumprir 2/3 (dois terços) da pena o arguido foi colocado em liberdade condicional, a qual terminaria em 09/12/2014;
- 3 – Assim, para o termo da pena faltava cumprir 4 (quatro) anos 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de prisão, no momento em que foi libertado; (...) (PORTUGAL, 2017).

Cabe ressaltar que o reconhecimento do concurso de crimes e a fixação da pena única é de competência do próprio tribunal sentenciante, seja ele individual ou coletivo, de acordo com as regras previstas nos artigos 14 e 16 do Código de Processo Penal português (PORTUGAL, 1929).

No entanto, em caso de reconhecimento superveniente de concurso, a competência territorial para isso será do tribunal que proferiu a última condenação, como disposto pelo item 2 do artigo 471 do mesmo diploma legal. Nesses casos, o tribunal realiza uma

audiência cuja presença do Ministério Público e do defensor do apenado são obrigatórias, como disposto pelo item 2, do artigo 472.

Por fim, ainda dentro de uma leitura sistêmica, depreende-se que nos casos em que o indivíduo possui mais de uma pena conjunta – resultantes de dois ou mais concursos – a serem cumpridas sucessivamente, a data-base para a concessão de benefícios é o dia do início do cumprimento de cada uma dessas penas únicas separadamente. Ainda assim, para a fixação de cada uma delas, deve ser observado o limite de 25 anos, previsto no artigo 41 do Código Penal português.

3.2 O sistema de execução penal espanhol

O Código Penal espanhol prevê, em seu artigo 76, a quantidade máxima de pena privativa de liberdade a ser cumprida pelo apenado (ESPANHA, 1995). Ao contrário do sistema brasileiro, que possui um teto único, o sistema espanhol estabelece critérios por meios dos quais esse limite temporal varia entre 20 (vinte) e 40 (quarenta) anos.

Inicialmente, cabe ressaltar que o entendimento jurisprudencial espanhol é de que os limites do artigo 76 do Código Penal não dizem respeito ao tempo máximo de encarceramento de um indivíduo, mas sim de cada bloco de penas que podem ser unificadas para a execução (VERDEJO, 2017, p. 5). Dessa forma, o indivíduo pode, por exemplo, cumprir, sucessivamente, dois blocos de 25 anos de prisão cada um, permanecendo preso por um total de 50 anos.

A regra geral, prevista no artigo 76, item 1 do referido código, é de que o máximo de tempo a ser cumprido em um bloco de execução não pode exceder ao triplo da pena mais alta imposta ao indivíduo, sendo que esse cálculo possui um teto de 20 (vinte) anos. Ultrapassado o teto, as penas posteriores serão declaradas extintas.

No entanto, quando o agente é condenado por crimes considerados mais graves pelo ordenamento, cujas sanções são mais altas, esse teto pode variar entre 25 (vinte e cinco), 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos. Nesses casos, o limite é determinado a partir da pena máxima prevista aos crimes pelos quais o sujeito foi condenado.

Assim, nos termos das alíneas “a” até “e” do item 1, do referido artigo 76, o teto de pena a ser cumprido será de 25 (vinte e cinco) anos quando o agente for condenado

pela prática de dois ou mais crimes e algum deles tenha pena máxima de 25 (vinte anos). Ainda, será de trinta anos se a condenação for pelo cometimento de dois ou mais crimes e um deles for punido com pena de prisão superior a 20 (vinte) anos.

Por fim, será de 40 (quarenta) anos quando a condenação for pela prática de dois ou mais crimes, e ao menos dois deles forem punidos com penas máximas superiores a 20 (vinte) anos. O mesmo limite é aplicado aos casos em que o indivíduo for condenado pela prática de dois ou mais crimes cujo objeto de punição sejam organizações e grupos terroristas, ou crimes de terrorismo (previsto no Capítulo VII do Título XXII do Livro II do Código Penal espanhol), e algum deles seja punido com pena máxima superior a 20 (vinte) anos.

Para a formação dos mencionados blocos de penas, o número 2, do artigo 76 do Código Penal espanhol prevê que referidos limites temporais são aplicados ainda que as penas tenham sido fixadas por processos distintos. O único requisito trazido pelo dispositivo é que as penas sejam decorrentes de crimes praticados antes da data da primeira sentença, referente à condenação dos primeiros crimes objetos da unificação (VERDEJO, 2017, p. 4).

Nesse ponto, cabe ressaltar que a leitura do artigo, em sua redação literal, gerava dúvidas sobre se a data a ser considerada como limite seria a da sentença ou a do início da ação penal para apurar o(s) primeiro(s) delito(s). No entanto, o Acordo da Plenária não jurisdicional da Câmara de Penal do Tribunal Supremo espanhol, de 03 de fevereiro de 2016, dirimiu essa controvérsia fixando como parâmetro a data da primeira sentença condenatória (VERDEJO, 2017, p. 4).

De todo modo, não é necessário que haja conexão material entre os crimes, isto é, que eles sejam da mesma natureza ou tenham sido cometidos com o mesmo *modus operandi*. O único critério exigido é o temporal, isto é, que se verifique, de acordo com a data dos fatos, que os crimes poderiam ter sido julgados em um único processo (VERDEJO, 2017, p. 4).

Ainda no mencionado Acordo, o Tribunal Supremo decidiu ser possível a reutilização de sentenças cujas penas já foram objeto de unificação quando se verificar que, no primeiro bloco de execução, a soma de todas as penas não tenha sido maior do que algum dos limites

do artigo 76 do Código Penal. Veja-se o exemplo abaixo, retirado de blocos de execução debatidos na Sentença 706/2015 do Tribunal Supremo (VERDEJO, 2017, p. 8):

sts 19.11.15

Sentencia	Hechos	Pena		
1- 5.5.06	16.12.03	1-0-0	0-2-15	1-0-0
2- 17.4.07	29.1.04	1-0-0		
3- 19.9.09	30.11.03	3-0-0	0-6-0	
4- 22.10.09	30.3.08	2-6-0	2-3-0	3-9-0

(Imagem 5: blocos de execução debatidos na Sentença 706/2015 do Tribunal Supremo espanhol)

Imagine-se que, em um primeiro momento, é feita a unificação das penas resultantes dos crimes cometidos antes da sentença 1, isto é, antes de 05 de maio de 2006. Assim, poderiam ser unificadas a ela as penas da sentença 2 e 3, já que as datas dos fatos são anteriores à data da sentença parâmetro (30 de novembro de 2003 e 29 de janeiro de 2004). Nesse caso, a quantidade máxima de pena a ser cumprida corresponderia a 09 (nove) anos (isto é, o triplo da pena mais grave, que é de 3 [três] anos). Mas, o cumprimento efetivo seria menor, já que a soma de todas as penas corresponde a 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de prisão (VERDEJO, 2017, p. 8).

Antes do Acordo de 03 de fevereiro de 2016, se unificadas em um bloco, as penas das sentenças 1, 2 e 3 não poderiam mais ser utilizadas como objeto de unificação da pena. No entanto, a partir dessa data, o Tribunal decidiu que, se mais benéfico ao réu, seria possível excluir a sentença mais antiga, para formar um novo bloco a partir da segunda mais antiga que proporcionasse, de fato, efetividade a um dos limites do artigo 76 do Código Penal espanhol (VERDEJO, 2017, p. 9).

No exemplo acima, isso ocorreria com a unificação das penas resultantes das sentenças 3 e 4, onde a data da primeira (19 de setembro de 2009) fosse o parâmetro para a unificação. Nesse caso, a soma total das penas das citadas condenações seria de 12 (doze) anos, enquanto o cumprimento efetivo, limitado ao triplo da pena mais alta, seria de 11 (onze) anos e 3 (três) meses (VERDEJO, 2017, p. 9).

Esse entendimento foi refinado com o Acordo de 27 de junho de 2018, do mesmo órgão jurisdicional, que dispôs, no item 4, que se for mais benéfico ao réu, a sentença

parâmetro para que se comece a formação dos blocos de execuções pode ser a última proferida. Permanece a exigência do critério cronológico legal, e a de que nenhuma das sentenças seguintes sejam excluídas do bloco (ESPANHA, 2018, p. 1).

Além disso, no mesmo Acordo, o Tribunal Supremo espanhol fixou o entendimento, no item 1, de que um bloco de unificação de penas pode ser revisado em caso de uma condenação posterior, se presentes os requisitos, ou caso alguma sentença da mesma época não tenha sido levada em consideração, devido ao desconhecimento do julgador (ESPANHA, 2018, p. 1). Nesses casos, não cabe falar de eficácia de coisa julgada que pudesse impedir uma reconsideração do bloco de penas (VERDEJO, 2017, p. 14).

Cabe ressaltar que podem ser objeto de unificação penas privativas de liberdade pendentes de cumprimento, que estejam em cumprimento ou aquelas já cumpridas ou extintas. O único requisito é que a sua inclusão no bloco de execução seja mais benéfica ao réu (VERDEJO, 2017, p. 5-6).

Além disso, da leitura do artigo 78, itens 1 e 2 do Código Penal, extrai-se que os limites temporais de cumprimento da pena estabelecidos no artigo 76 do mesmo diploma legal são, em regra, utilizados como base de cálculo para a concessão de benefícios durante a execução. A exceção se encontra nos casos em que a pena resultante da unificação for inferior à metade da soma total das penas fixadas na sentença.

Nesses casos, o Juiz ou Tribunal sentenciante poderá determinar que os benefícios penitenciários, as permissões de saída, a progressão para o “terceiro grau” (similar ao que entendemos por regime aberto) e o cômputo do tempo para a liberdade condicional sejam baseados na totalidade das penas impostas ao apenado.

Por fim, cabe ressaltar que o juízo competente para realizar a unificação das penas será aquele que proferiu a última sentença dentre aquelas cujas penas serão objetos da unificação, nos termos do artigo 988.3 do Código de Processo Penal espanhol (ESPANHA, 1983).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos sistemas de execução português e espanhol buscou identificar elementos similares ao previsto no ordenamento brasileiro, a fim de testar a hipótese de incompatibilidade das construções jurisprudenciais brasileiras com as premissas do sistema progressivo. O resultado foi parcialmente verdadeiro.

Quando se analisa apenas o sistema brasileiro, verifica-se que, de fato, há entendimentos jurisprudenciais, elaborados para suprir omissões da LEP e do Código Penal, que prejudicam o apenado. Aqui, refere-se incisivamente à Súmula 715 do STF que nega, de maneira explícita, a dupla funcionalidade que é essência da unidade de pena: a de *quantum total* e a de base de cálculo para os benefícios penitenciários (CHIES; MOURA, 2017, p. 572).

Cabe ressaltar que, contrariamente ao entendimento consolidado pelo Tribunal Constitucional, é possível realizar uma interpretação distinta (isto é, de que o limite de cumprimento de pena deve ser utilizado como base de cálculo) através de uma leitura sistêmica de disposições expressas nas leis.

O art. 111, *caput* da LEP diferencia entre dois termos: soma e unificação. Na ausência de uma conceituação expressa desses institutos na LEP, são utilizadas definições típicas da fase de conhecimento, previstas no Código Penal, para a compreensão e aplicação desses termos na fase de execução (CHIES; MOURA, 2017, p. 572).

Assim, na soma, o Juízo da Execução aplicaria o que dispõe o artigo referente ao concurso material de crimes (art. 69 do CP). Na unificação, seriam aplicadas ou a previsão do concurso formal próprio (art. 70 do CP), ou da continuidade delitiva (art. 71 do CP), desde que preenchidos os requisitos (CHIES; MOURA, 2017, p. 572).

Ambas as situações apareceriam perante o Juízo da Execução quando houvesse penas resultantes de condenações em processos distintos (artigo 66, III, “a” da LEP). No entanto, a lei prevê uma unificação obrigatória que é especial e se sobrepõe tanto à hipótese de soma, quanto à hipótese de unificação como descritas acima, que é a prevista no artigo 75, *caput* e §1º do Código Penal (CHIES; MOURA, 2017, p. 572).

Concretamente, de uma leitura direta e em cadeia do art. 75 do Código Penal, em conjunto com o art. 111 da LEP, depreende-se que o atual teto de 40 (quarenta) anos de cumprimento efetivo de pena é também o limite quantitativo para que as operações de soma e execução sejam realizadas pelo Juízo da Execução.

Por conseguinte, sendo o máximo de tempo que um indivíduo pode permanecer encarcerado, deve ele ser utilizado para todos os fins na execução. Entendimento diverso

significa inserir palavras onde não o fez o legislador, desrespeitando o princípio da reserva legal, em uma verdadeira *analogia im malam partem*.

Além disso, é importante ressaltar o anacronismo do enunciado após as inovações trazidas, pela Lei 13.964/2019, para os critérios de progressão de regime. Com diferentes porcentagens e exigências que levam em consideração qualidades do agente, características dos crimes cometidos e quantidade de pena, a própria lei passou a *tratar desigualmente os desiguais*, tornando desnecessário o recrudescimento no cumprimento da pena causado pela súmula.

Nesse contexto, quando se analisa a previsão da base de cálculo nos sistemas estrangeiros, nota-se que estes corroboram a interpretação de que, no Brasil, o apenado é prejudicado pelo entendimento firmado pelo STF.

Isso porque, apesar de o sistema português também não possuir uma previsão expressa de que o limite de 25 (vinte e cinco) anos de duração da pena de prisão deve ser utilizado como base de cálculo para a concessão dos benefícios, a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses demonstra ser essa a única interpretação possível. Inclusive, a pena única, resultado do processo de (re)unificação como previsto naquele país (nos casos de concurso de crimes), sempre deve observar esse teto.

Por sua vez, o sistema espanhol dispõe expressamente (ainda que o faça por meio de uma frase negativa), no artigo 78, itens 1 e 2 do Código Penal, que a pena unificada, cujo teto pode variar de 20 (vinte) a 40 (quarenta) anos, é utilizada para a concessão de todos os benefícios penitenciários. A exceção estaria nos casos em que a pena final fosse inferior à metade da soma total das penas impostas.

No entanto, cabe ressaltar que existe um contraponto positivo para o sistema brasileiro: enquanto o limite nacional diz respeito à quantidade de tempo que o condenado ficará efetivamente acautelado por todas as penas que lhe forem impostas, o limite de 25 (vinte e cinco) anos no Código Penal português e o de 20 (vinte) a 40 (quarenta) anos no Código Penal espanhol se referem à quantidade máxima a ser imposta em uma única pena de prisão, ou em uma pena (re)unificada.

Isto é, tanto em Portugal, quanto na Espanha, nada impede que o sentenciado cumpra, sucessivamente, mais do que uma pena unificada, cada uma correspondente a 25 (vinte e cinco) anos.

Essa diferença é possivelmente justificada pelas distintas formas com que a (re)unificação das penas é feita nos três países. No Brasil, o atual teto de quarenta anos é observado nos casos em que a unificação é feita logo no início da execução, quando os crimes foram cometidos e sentenciados definitivamente antes desse marco temporal, e nos casos em que surge uma nova condenação no decorrer do cumprimento da pena. Nessa última hipótese, a quantidade de pena já cumprida é descartada e o restante é somado à nova pena para atender ao limite do art. 75 do CP.

Já nos sistemas estrangeiros, a (re)unificação das penas deve observar um requisito cronológico: em Portugal, só podem ser unificados crimes que tenham sido cometidos antes do trânsito em julgado da primeira condenação; na Espanha, essa data limite é o dia da primeira sentença condenatória. De maneira simplória, somente são unificadas as penas dos crimes cometidos antes do início da execução.

Além disso, nesses países, a fixação da pena unificada resulta de critérios jurídicos mais específicos, não apenas de uma operação matemática. Em Portugal, a pena conjunta, resultado da (re)unificação e que observa o limite de 25 (vinte e cinco) anos, leva em consideração o ilícito global e a personalidade do agente; na Espanha, o limite de cumprimento de pena é calculado com base nas penas máximas previstas para os crimes pelos quais o indivíduo foi condenado.

Por fim, com relação à data-base para a concessão dos benefícios, do ponto de vista interno, nota-se que a recente mudança de entendimento do STJ, por meio da Tese n. 1.006 (BRASIL, STJ, 2019), que fixou o dia do início do cumprimento da pena para tal em qualquer hipótese, respeita o princípio da reserva legal e atua em favor do apenado.

Do mesmo modo, em uma análise conjunta com os sistemas português e espanhol, depreende-se que nestes a data-base, de maneira similar, é o início de cumprimento da pena única, em Portugal, ou da pena unificada, na Espanha – apesar do primeiro país igualmente não possuir previsão legal quanto a esse ponto. Cabe ressaltar que, nos dois ordenamentos, as (re)unificações levam em consideração até mesmo as penas suspensas ou extintas para calcular a quantidade máxima a ser cumprida, sempre que se isso beneficiar o condenado.

Com efeito, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro se destaca positivamente dos estrangeiros em um ponto principal: o de que o atual limite de 40

(quarenta) anos de pena se refere ao tempo máximo que o indivíduo pode permanecer encarcerado levando em consideração toda as penas impostas a ele.

No entanto, a manutenção do entendimento da Súmula 715 do STF, descartando o citado limite como base de cálculo, mostra-se ultrapassada em relação à previsão legal do sistema espanhol e à jurisprudência consolidada do sistema português, em especial levando-se em consideração as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019.

Por fim, quanto ao termo inicial (data-base) para a concessão de benefícios, verifica-se que a mudança de entendimento com a fixação da Tese n. 1.006, pelo STJ, em dezembro de 2018, fez com que, resguardadas as devidas particularidades, os sistemas passassem a ser similares ao considerar o dia do início da execução, em interpretação benéfica ao apenado.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. *Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983*. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art5. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 13.964, de 34 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n. 0492*. Período: 27 de fevereiro a 9 de março de 2012. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270492%27&tipo=informativo>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Recurso Especial 1.557.461/SC*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613573&num_registro=201502343246&data=20180315&formato=PDF. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 441*. A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_42_capSumula441-445.pdf. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 526*. O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF: 18 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 534*. A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF: 15 de junho de 2015.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; MOURA, Marcelo Oliveira de. *Por que a Súmula 715 do STF está errada?* Unidade de pena e limite de 30 anos na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 563-574.

COSTA, Artur Rodrigues da Costa. *O cúmulo jurídico na doutrina e na jurisprudência do STJ*. Revista Julgar, Coimbra, n. 21, p. 171-201, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/o-cumulo-juridico-na-doutrina-e-na-jurisprudencia-do-stj/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ESPANHA. Tribunal Supremo (Salo de lo Penal). *Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 03-02-2016, sobre continuación del Pleno no Jurisdiccional de fecha 08/07/15, relativo a fijación del criterio del cómputo del máximo de cumplimiento en los supuestos de acumulación de condenas (arts. 76 CP y 988 LECrim)*. Madrid: Tribunal Supremo, 2016. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-03-02-2016--sobre-continuacion-del-Pleno-no-Jurisdiccional-de-fecha-08-07-15--relativo-a-fijacion-del-criterio-del-computo-del-maximo-de-cumplimiento-en-los-supuestos-de-acumulacion-de-condenas--arts--76-CP-y-988-LECrim->. Acesso em: 17 nov. 2020.

ESPANHA. Tribunal Supremo (Salo de lo Penal). *Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27-06-2018, sobre fijación de criterios en casos de acumulación de condenas*. Madrid: Tribunal Supremo, 2018. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-27-06-2018--sobre-fijacion-de-criterios-en-casos-de-acumulacion-de-condenas>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ESPANHA. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Madrid: Jefatura del Estado, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ESPANHA. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia, 1983. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

PORTUGAL. *DL n.º 48/95, de 15 de março*. Aprova o Código Penal. Lisboa: Presidência da República Portuguesa, 1995. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&xtabela=leis. Acesso em: 17 nov. 2020.

PORTUGAL. *DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro*. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929. Lisboa: Presidência da República, 1987. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&xtabela=leis. Acesso em: 17 nov. 2020.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça (5. Seção). *Proc. n.º 170/05.1PQLSB.L1-A. S1*. Juiz Conselheiro Relator: Santos Carvalho, 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/criminal2012.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo: 220/14.0TXLSB-C.L1-3*. Juíza Conselheira Relatora: Margarida Ramos de Almeida, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ac028f33e3aa22a0802580db003e009b?OpenDocument>. Acesso em: 17 nov. 2020.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (3. Seção). *Processo 273/07.8PCGDM.S2* Juiz Conselheiro Relator: Santos Cabral, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4508e132c954763780257dfc003c05c1?OpenDocument&Highlight=0,diversas,penas,25,anos,de,pris%C3%A3o>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VERDEJO, Jaime Moreno. *Criterios prácticos para la acumulación de penas*. In: Curso de formación continua de fiscales “Fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones, libertad condicional e indulto”. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://www.fiscal.es/documents/20142/99948/Ponencia+Moreno+Verdejo+Jaime+06-03.pdf/06cb297c-18dd-2894-4787-8e0c15492673>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Apresentação oral

**A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO NA
CRIMINALIZAÇÃO DA POPULAÇÃO NEGRA**

*THE SELECTIVITY OF THE BRAZILIAN PENAL SYSTEM IN
CRIMINALIZING THE BLACK POPULATION*

Tiago Ferreira Ferreira

Pós-graduando na Especialização em Direito Penal e Criminologia pela PUC-Rio
Grande do Sul. Graduando em Bacharelado em Direito pela Faculdade Estácio Pará –
FAP.

E-mail: tffikaro@icloud.com

Resumo: O presente artigo busca analisar a seletividade do sistema penal relacionado com a criminalização da população negra brasileira, evidenciando as formas e os meios de criminalização, além de observar como se operam dentro do sistema penal, utilizando a seletividade para corroborar a vigilância e a punição dos negros. No decorrer do artigo há a identificação e a seleção dessa clientela do sistema penal, onde teve origem desde a fase legislativa até à executiva. Consta, ainda, no presente artigo, argumentos de autores sobre racismo, vulnerabilidade dos negros, o mito do direito penal igualitário, entre outros. Apresenta, também, as teorias do etiquetamento como movimento de mudança de paradigma, inaugurando uma nova forma do pensar criminológico, com o viés crítico, começando a ser verificado as causas que levam o indivíduo negro ser rotulado como criminoso, além de denunciar a repressão estatal a essa população, que se evidenciou desde o fim da escravidão no Brasil. Assim, o método utilizado foi o da revisão bibliográfica, que foi colacionado por meio da pesquisa em trabalhos científicos sobre a temática em questão para se analisar a pertinência do assunto.

Palavras-chave: Criminologia; Sistema Penal; Seletividade; Teoria do Etiquetamento.

Abstract: This paper intends to analyze the selectivity of the penal system related to the criminalization of the black Brazilian population, putting in evidence the ways and means of criminalization, besides observe how it happens within the penal system, using

selectivity to support surveillance and punishment of black people. Throughout this paper, there's the identification and selection of this clientele from the penal system, where it originated from legislative to executive phase. There are also in this article, arguments by authors about racism, black people vulnerability, the myth of egalitarian criminal law, among others. It also presents labeling theories as a movement for a paradigm change, inaugurating a new form of criminological thinking, with the critical bias, starting to verify the causes that lead the black individual to be labeled as a criminal, in addition to delate state repression against this population, evidenced since the end of slavery in Brazil. Thus, the method used was the bibliographic review, which was collected through research in scientific works on the subject to analyze the relevance of the subject.

Keywords: Criminology; Criminal Justice System; Selectivity; Labeling approach.

Sumário: Introdução. 1. A relação da criminologia etiológica e reação social para o estudo da seletividade racial no sistema penal brasileiro. 2. Sistema penal brasileiro: 2.1 Conceito; 2.2. Estrutura e operacionalidade do sistema penal. 3. O racismo e o sistema penal brasileiro: 3.1. Estereótipo do negro brasileiro como criminoso; 3.2. Vulnerabilidade da população negra no Brasil. 4. Seletividade racial do sistema penal brasileiro: 4.1. O discurso do direito penal igualitário; 4.2. A estigmatização da população negra: 4.2.1. Seletividade quantitativa e qualitativa; 4.3. Exemplificação de seletividade; 4.4. Teoria do etiquetamento. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a seletividade do sistema penal da população negra por meio da pesquisa bibliográfica, conforme Lakatos (2003).

Dada a relevância do assunto para o atual contexto se evidencia um verdadeiro extermínio da população negra brasileira, quando se observa o aumento da taxa de homicídios dessa população ao longo dos últimos anos no Brasil em relação a pessoas brancas, segundo o Atlas da Violência do IPEA, de 2019.

A pesquisa se pauta nos autores mais relevantes do estudo da criminologia crítica, ou reação social, este último termo melhor se adequa ao estilo que se deve adotar diante de uma sociedade marcada pela violência contra negros e negras.

O estudo tem foco na teoria do *labeling approach* para mostrar como a classe dominante rotula certos indivíduos de um determinado grupo social, trazendo a expressão *outsider* cunhada por Howard Becker (2008), um dos principais teóricos que estuda a sociologia do desvio e a rotulação, que admite dois sentidos para o termo *outsider*: quem é rotulado por uma conduta desviante e quem é o rotulador, observa como se comportam as pessoas rotuladas e quais seus efeitos diante o ostracismo a que são submetidas dos demais membros do grupo o qual o indivíduo está inserido e a indivíduos que, por sua origem racial ou hábitos culturais, podem ser estigmatizados no seu meio social, podendo ser criminalizados pelas instituições de controle social, sobretudo no caso em questão, a vulnerabilidade da pessoa negra.

Essa vulnerabilidade se observada na sociedade como bem retrata Luciano Góes (2016), desde o fim da escravidão negra no Brasil, diante das mudanças vividas pelo país no final do século XIX e início do XX ocasionadas pelo fim da monarquia e o estabelecimento da forma de governo republicana, os movimentos abolicionistas ganham força para culminar em 13 maio de 1888 com o fim da escravidão que veio acompanhado por uma cidadania retórica que serviu apenas para oprimir e controlar “corpos negros” como bem demonstrado por Flauzina (2006) e isso foi apenas o início do suplício da população negra que veio acompanhado de muitas lutas e genocídio dessa população.

O direito penal segue a máxima da *ultima ratio*, ou seja, deve ser aplicado somente quando o restante do ordenamento jurídico não mais for possível ser enquadrado para proteger determinado bem jurídico. Diante disso se verifica que a lógica é invertida quando se trata da população negra, a máxima é *prima ratio*.

É importante analisar o que assinala Baratta (2018), no sentido de que o direito penal abstrato finda por prevalecer o domínio das classe dominante pois sendo valorada por quem detém o poder econômico mais facilmente pode, por exemplo, se criminalizar condutas que protegem seus patrimônios, deixando cada vez mais evidente procurar meios para se legitimar essa criminalização nada mais eficiente do que trazendo à tona para seu discurso a “manutenção do estereótipo lombrosiano”, expressão usada, conforme Góes (2018).

Segundo Zaffaroni (2007), o sistema penal se utiliza de um discurso para enquadrar certos indivíduos que são tidos como “indesejáveis” ou como bem retrata em sua obra *O*

inimigo no direito penal, entendendo como “inimigo” a negativa jurídica dada à condição diferenciada tratamento penal. Seguindo esse raciocínio, como bem assevera Wacquant (2003), existem grupos que são criminalizados hoje como na época medieval que segregava e punia grupos marginalizados, sendo considerados uma espécie de “armazenamento de refugos do mercado”.

O racismo institucional opera no sistema penal e se amolda perfeitamente como Baratta (2018) bem define as características principais deste sistema como sendo seletista, estigmatizante e repressor.

A seletividade se identifica quando o discurso do sistema penal justifica sua conduta de forma desproporcional excedendo sua discricionariedade, tangenciando a legalidade penal, favorecendo uns e prejudicando outros, sobretudo o quesito racial pesa, visto que uma pessoa negra, independente de seu grau de instrução, primeiro é identificada mais facilmente com um criminoso do que uma pessoa branca.

A repressão é dura, ferrenha e desumana contra afrodescendentes no Brasil e ao longo do artigo será mostrado como se apresenta a estrutura e a operacionalização dessa empreitada do sistema penal que gera o fortalecimento da cultura estigmatizante das suas agências investigativas e executivas, além de mostrar exemplos de casos reais de seletividade racial dentre desse sistema pernicioso para homens e mulheres negras.

1. A RELAÇÃO DA CRIMINOLOGIA ETIOLÓGICA E REAÇÃO SOCIAL PARA O ESTUDO DA SELETIVIDADE RACIAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Um dos estudos iniciais da criminologia como ciência iniciou com o paradigma etiológico, focando a causa do crime no criminoso, conforme os entendimentos de Cesare Lombroso, características físicas eram atribuídas para indivíduos propensos a delinquir. Em seguida, conforme debate de Baratta (2015) e Andrade (1996), houve uma ruptura de paradigma, sendo conhecido como criminologia da reação social apresenta o seu escopo no contexto do criminoso de forma sistêmica, quem está criminalizando, seja pelo legislador (criminalização primária) ou pelos órgãos do sistema criminal (criminalização secundária).

De acordo com Lombroso, o paradigma etiológico positivista originário na Escola positivista italiana de 1870, que apresenta o enfoque da raça como elemento

a ser questionado em relação à abordagem criminal, sobretudo sobre o contexto do Neocolonialismo da segunda metade do século XIX, além disso, ele recebeu apoio de FERRI com sua teoria do criminoso nato, o qual afirmava que os indivíduos já nasciam predispostos a cometer crimes.

Conforme expõe Andrade (1994) Ferri embasado na antropologia lombrosiana cria a tríplice causal da origem do crime por esse criminoso nato, resumindo em: causas individuais, físicas, sociais e raciais, desse modo consubstanciando a criminologia etiológica em uma ciência causal-explicativa.

Assim, a autora conclui, conforme LOMBROSO e FERRI, que as características do criminoso já são inerentes a ele, tornando-o diferente dos indivíduos ditos normais, estigmatizando-o, criando o mundo dos criminosos e dos não criminosos (normais). A fim de isentar a responsabilidade das estruturas de poder do estado responsáveis pelo o funcionamento da justiça criminal.

A criminologia crítica ou reação social é a quebra desse paradigma etiológico positivista, enquanto o paradigma reação social, de acordo com Baratta (2015), leva em consideração todo o contexto da realidade que circunda esse criminoso, a exemplo pode se citar o capitalismo e seus efeitos em sociedades que apresentam uma gritante diferença entre ricos e pobres (análise da luta de classes mediante o marxismo deslegitimando da igualdade do direito, Batista (2018,p.90)).

Segundo Batista (2018), a respeito dessa quebra de paradigma na criminologia salienta:

“(...) A principal ruptura metodológica é com o paradigma etiológico: o processo de interação dá um sentido radicalmente diferente ao método causal-explicativo. O que está em jogo passa a ser quem tem o poder de definir e quem sofre a definição. (...) O conceito de criminalidade sofre um golpe mortal; fora da dicotomia do bem e do mal, o “comportamento criminoso” é relativizado (...)” (BATISTA, 2018, p.74).

A consequente concentração de renda, em razão do sedutor mundo capitalista do consumo acirra a violência na sociedade levando aos indivíduos a delinquir, logo, o marxismo influencia a criminologia crítica, pois o controle social exercido pela classe dominante deixa evidente, de acordo com Smanio (1998) e Baratta (2015).

É sabido também por Smanio (1998) que esse novo paradigma crítico traz para base de estudos criminológicos com maior destaque: a etnometodologia (a compreensão do convívio social entre os indivíduos levando em conta suas regras, crenças e costumes, além da formação do crime dentro de uma sociedade relacionando sujeito e órgãos de controle sociais, tais como polícia, ministério público, sistema judiciário etc.), a criminologia radical, segundo o mesmo, confronta a teoria da etnometodologia com bases marxistas para justificar que diante da irrecuperabilidade do criminoso caberia a sociedade sofrer mudanças para conter a criminalidade) e a teoria do *labeling approach* o crime surge pela reação da sociedade que estigmatiza o sujeito que reage por conta dos rótulos apregoados por suas condutas desviantes.

Destarte, a teoria do *labeling approach* tem grande relevo para a identificação do objeto de estudo da criminologia quanto à violência institucional e à desigualdade aplicada pelo sistema da justiça criminal, as quais apresentam, como ponto chave nessa nova dinâmica do estudo do crime, a abordagem dos conceitos de seletividade e vulnerabilidade e evidenciar o controle social exercido pelo criminalizador em relação ao criminalizado, entendimento enfatizado por Baratta (2015).

Segundo Baratta (2015, p.106), a análise dessa população selecionada em escala macrosociológica depende da estrutura social e suas relações de poder entre esses grupos, geralmente se evidencia a desigualdade da concentração de bens e oportunidades como características marcantes favorecendo a seletividade do sistema penal.

É pertinente destacar que essa desigualdade social finda por marginalizar uma parcela da sociedade que fica vulnerável a delinquir passa a ser o “inimigo” do estado do direito conforme Zaffaroni (2007, p.23).

Segundo Zaffaroni (2007, p.25) “[...], o direito penal sempre aceitou o conceito de inimigo e este é incompatível com o Estado de direito [...]”.

O Mesmo autor ainda assevera em relação que esse inimigo é marginalizado a tal ponto que considera esse “inimigo” desprovido de sua condição de pessoa pelo direito, cabendo a ele apenas considerando seu aspecto perigoso para a sociedade, chancelado pelo sistema penal seletivo.

2. SISTEMA PENAL BRASILEIRO

2.1 Conceito

A ruptura de paradigmas dentro do estudo da criminologia foi fundamental para se consolidar a criminologia crítica e abrir os caminhos para os estudos e pesquisas acerca do sistema penal, pois é essencial para bem compreensão da “criminalidade” a imersão no mundo de sistema penal (BATISTA, 2018, p.75).

Conforme Batista (2007, p.25) apud Zaffaroni (1986) seu entendimento acerca do sistema penal é “o controle social punitivo institucionalizado”. Batista (2007) entende por “institucionalizado” o controle da sociedade realizado pelo sistema penal que considera de práxis, ações rotineiras conhecidas ou toleradas eivadas de ilegalidade. Segundo Zaffaroni (1991), essas práticas poderiam ser “os ‘esquadrões da morte’, tortura para obtenção de confissões na polícia, espancamentos “disciplinares” em estabelecimentos penais, ou uso ilegal de celas “surdas” etc.”.

Sobre sistema penal expõe Santos (2019), estão estruturados na matriz judicial, policial e prisional atuando conforme a norma penal, com intuito de garantir ordem social e justiça, no entanto a realidade de suas ações é totalmente divergente.

O sistema penal igualitário é utópico, pois sua característica marcante é a sua seletividade que sempre controla e vigia indivíduos certos de determinados grupos sociais, tão pouco é justo, haja vista que não se privilegia a prevenção do delito, mas quase sempre prevalece a repressão seu mecanismo débil é incapaz de resolver com a razoabilidade as questões penais, legais e ilegais (BATISTA, 2007, p.26).

O Estado é detentor do monopólio da violência no sistema penal brasileiro, o qual exerce por meio da coerção legítima, que autoriza o controle da ação humana pelas normas penais (AMARAL, 2013).

O sistema penal brasileiro reflete bem a realidade da seletividade penal e de controle social seguindo os sistemas penais latino-americanos (áreas marginais) como bem é analisado por Zaffaroni (1991) e Flauzina (2006).

Os destinatários desse sistema penal baseado na promessa principiológica da igualdade o discurso jurídico-penal se configura num instrumento de genocídio de

populações marginalizadas pela classe social ou racial, conforme assevera (ZAFFARONI, 1991, p.118).

Para Zaffaroni (1991), entende-se por legitimidade do sistema penal:

“A utópica legitimidade do sistema penal: o sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. Por legitimidade do sistema penal entendemos a característica outorgada por sua racionalidade. O poder social não é algo estático, que se “tem”, mas algo que se exerce – um exercício –, e o sistema penal quis mostrar-se como exercício do poder planejado racionalmente”(ZAFFARONI, 1991 p.16).

De acordo com o princípio da legalidade, a lógica do sistema penal por meio da norma penal servindo para punir qualquer conduta que esteja pondo em risco algum bem jurídico tutelado pelo direito penal, servindo como proteção entre os membros dessa sociedade, além de garantir a harmonia social. Todavia, o sistema penal não atua em consonância com a legalidade, a sua forma de agir seria legal apenas se fosse obedecido de fato o que o legislador expôs nas normas penais (ZAFFARONI, 1991, p.21).

Ainda a respeito da legalidade do sistema penal o autor afirma que o poder configurador do sistema penal é realizado em desacordo com a lei, implicando em uma seletividade arbitrária da aplicação dessa norma penal, em razão do legislador ter deixado de lado do discurso jurídico-penal vastas formas de controle social punitivo.

“A legalidade nem mesmo é respeitada no âmbito do sistema penal formal. Embora o sistema penal “formal” não seja mais do que apêndice justificador do verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema penal, a legalidade não é respeitada, nem mesmo em sua operacionalidade social (ZAFFARONI, 1991 p.26)”.

O autor critica a racionalidade do discurso jurídico-penal e atuação do sistema penal, que para ser legítimo deveria ser coerente e verdadeiro (ZAFFARONI, 1991, p.16).

De acordo com Flauzina (2006), as ações do sistema penal estão pautadas no pacto social onde se consolida e a forma que age conforme a quem se destina, o grande problema da América Latina é o racismo que serve de alicerce para atuação do sistema penal de forma genocida, a pertinência de tal observação pela autora se dá pelo fato do processo de ocultação do racismo, afetando relações sociais por conta da colonização ibérica e a dinâmica escravista que reflete seus efeitos até hoje.

Nessa mesma linha de raciocínio frente às desigualdades sociais e controle social pela influência da classe dominante cria mais desigualdades sociais Zaffaroni (1991, p.13) conclui que “Os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa”.

A legitimidade não pode ser suprida pela legalidade. “Legalidade” é palavra equívoca. Em sua acepção positivista ou formal refere-se à produção de normas mediante processos previamente fixados.

Para Foucault (1977), a premissa da estrutura do sistema penal é a ordem social, que se organiza pela função da intimidação, considerada como prevenção geral negativa, e da ressocialização, como prevenção especial positiva). Quanto à intimidação, o seu objetivo basicamente é de mostrar à sociedade que quem comete crimes não ficará impune, provar que o delinquente não ficará livre da punição da justiça, enquanto a ressocialização é o cumprimento da pena num presídio, para poder readequar seu comportamento e assim voltar ao convívio social. De acordo com o discurso do sistema penal a privação de sua liberdade não seria um castigo, porém facilmente esse discurso sucumbi diante da real situação do ex-detento.

2.2 Operacionalidade do sistema penal.

A não observância às leis afasta a intervenção ordinária dos órgãos do sistema penal, que operam um controle social militarizado e verticalizado, aplicado sobre a maioria da população (ZAFFARONI, 1991, p.23).

A forma como se operacionaliza o sistema penal pode ser bem analisado conforme Batista (2007, p.28) apud Zaffaroni (1987) que “numa época que se evidenciou a necessidade de isolar cuidadosamente o *ser* do *dever ser*, pois o segundo não guardava harmonia com o primeiro e o positivismo organicista burguês não lograva compatibilizá-los” marcando a o direito brasileiro de um descaso da realidade diante da frieza da letra da lei.

3. O RACISMO E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO

3.1 Estereótipo do negro brasileiro como criminoso

O fim da escravidão no Brasil foi apenas o início das práticas racistas estruturais que imperou desde então no país, sobretudo com o desejo de embranquecer a nação como

sinônimo de progresso, permitindo a livre entrada de pessoas de origens europeias para fomentara força de trabalho, sendo imposta condições austeras para povos de origem asiática e principalmente africanos, essa política migratória constou antes da constituição republicana brasileira de 1890 (GÓES, 2016).

A população negra se viu desprovida de qualquer medida para sua promoção social, imponente dizer que para a sociedade republicana à época, que a condição de negros e negras era a de “não-humano” em virtude de conflitos com os brancos, conforme pontua Góes (2016, p.168) em sua obra.

É imperioso saber que a negação de sua cidadania não os deixou de frequentar os mesmos espaços públicos, incomodando a população branca que reagiu exercendo o controle social de forma vigilante vem de forma a criar um direito penal para negros e outro para os brancos (GÓES, 2016, p.169).

Nessa mesma linha de raciocínio Jakobs analisa o direito penal divididos em dois polos:

“Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (JAKOBS e MELIÁ, 2007, p.37)”.

Faz-se pertinente que essa pessoa negra seja vista como “inimigo” da classe branca dominadora que por meio das instituições oficiais do estado seja polícia militar ou judiciária, ou juízes etc., alienam a população a acreditar que são perniciosos para o convívio social, compartilham desse entendimento Zaffaroni, 2007 e Wacquant 2003.

Castro (2005), identifica esse outro mundo do direito penal brasileiro como “subterrâneo” que servirá para a classe dominadora branca controlar, vigiar e punir as pessoas negras, sendo fortemente violadora dos direitos humanos.

Expõe Zaffaroni (2007, p.25-26), o direito penal sempre recepcionou o conceito de inimigo é incompatível com o Estado de direito, pois deve ser feita uma mudança doutrinária da mentalidade do legislador do direito penal, ou seja, aliar um novo modo de pensar com a teoria política do Estado constitucional de direito.

Segundo Wacquant (2003), que bem define o sistema carcerário como “masmorras do subproletariado” serve para controlar a população que está desprovida de oportunidades do mercado de trabalho, tendo na lógica carcerária responsável por “abrigar” como vem acontecendo no decorrer da história sua missão de controle da miséria, ou por que não? A manutenção dela.

Conforme argumenta Castro (2005), a burguesia marginal para a manutenção dos seus interesses nessa atual fase do mundo capitalista buscando dominar as classes mais baixas por meio da criminalização deixa de lado as relações estruturais da periferia. Essa burguesia se vale da legitimação de países centrais, a fim de por em prática um controle racial-social.

Segundo Góes (2016, p.136), uma das “novas técnicas” de controle social seria o estereótipo, que ganha destaque em relação da tensão criada dentro de grupos que isolam e/ou dificultam o convívio deste criminoso sendo um elemento desprezado dentro do seu meio social. Ainda acerca do assunto, contribui Castro (2005) que “o estereótipo do delinquente (igual a “classe baixa delitiva”) será transmitido pelos portadores dos sistemas normativos: a igreja, a família, a literatura, os legisladores, os partidos, os sindicatos, a opinião pública, através do senso comum (*everyday theories*), e também pela mesma ciência que se apregoa objetiva e neutra”.

Está assim configurado o processo de criação e sedimentação do estereótipo do criminoso no Brasil do qual se vale o sistema penal para operar sua seletividade. O criminoso é o negro. O elemento racial na seletividade do sistema brasileiro, portanto, se prioriza em detrimento de outros eventualmente como a classe e o gênero (FLAUZINA, 2006, 126-127).

Importante observação feita também nesse sentido por Vera Malaguti Batista (2018) em relação ao *status* de delinquente que “O *status* de delinquente seria produzido pelos efeitos estigmatizantes do sistema penal. Ocorre, então, uma redefinição radical do objeto da criminologia. O *criminoso* não é o ponto de partida, é o *locus* de análise de uma realidade social construída” (BATISTA, 2018, p.75).

3.2 Vulnerabilidade da população negra

A vulnerabilidade da população negra remonta desde o momento pós-abolição da escravidão (em 13 de maio de 1888), a liberdade veio sem amparo ou política

governamental, sem oportunidades na zona rural e na zona urbana, sem direito a terra para habitar ou cultivar, sem educação, sem assistência médica, sem apoio econômico, completamente desprotegidos de apoio social impossibilitando condições mínimas de subsistência, tudo negado pelo jovem Brasil republicano pós-império (GÓES, 2016, p.173-174).

Conforme Góes (2016), o Brasil foi levado por ideais importados da Europa de “teoria das raças”, a qual trazia como principal discurso que a miscigenação seria degenerativa, afirmada por um ideal de alcançar a raça pura e teorias eugênicas, para legitimar as políticas raciais brasileiras pós-lei áurea.

Corroborando com esse pensamento, Carneiro (2011) expõe que:

“Uma das heranças da escravidão foi o racismo científico do século XIX, dotou de suposta cientificidade a divisão da humanidade em raças e estabeleceu hierarquia entre elas, conferindo-lhes estatuto de superioridade ou inferioridade naturais. Dessas ideias decorreram e se reproduzem as conhecidas desigualdades sociais que vêm sendo amplamente divulgadas nos últimos anos no Brasil” (CARNEIRO, 2011).

Ainda reforça essa ideia Castro (1998), a respeito da desigualdade racial:

“A desigualdade racial era descrita como um epifenômeno da desigualdade de classe. Mesmo ali onde estereótipos e preconceitos contra negros eram expressamente manifestos, eles eram analisados antes como atos verbais que como comportamento verdadeiramente discriminatórios” (CASTRO, 1998, p.25).

A vulnerabilidade do negro ao extermínio é legitimada por um sistema seletivo que a única perspectiva para a vida de uma pessoa negra seria sua aniquilação, diante de uma suspeição delituosa constante promovida por um sistema penal que cria condições austeras para condená-la à morte, conforme o pensamento de Flauzina (2006). Como condenar à morte já que segundo a constituição federal brasileira não é previsto, exceto por motivo de guerra declarada, contudo o que se vê contra a população negra é uma guerra declarada pela seletividade racial do sistema penal, a fim de justificar a carnificina sem chance de defesa contra a população afrodescendente (CARDOSO, 2005, p.2).

4. SELETIVIDADE RACIAL DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A constituição Federal de 1988, no artigo 5º, caput (Dos direitos e garantias fundamentais) diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

No entanto, conforme Amaral (2013), é sabido que o sistema penal brasileiro atua bem distante o que prediz a constituição. Explica ainda que esse sistema se mantém nesse estado em decorrência da opressão da classe dominante diante das classes mais débeis da sociedade. Essa realidade vem para perpetuar o domínio da classe com maior poder econômico, além de manter a cultura ora para estigmatizar, ora para ignorar os efeitos da política do capitalismo como a concentração de renda etiquetando indivíduos que cometem crimes contra o patrimônio dessa classe para sobreviver.

Assim, o sistema penal brasileiro precisa se valer de discursos legitimadores para selecionar a clientela do seu próprio sistema, maquiando uma realidade para conter o avanço das críticas acerca da sua atuação, sendo esses discursos, a exemplo, tem-se a “defesa social”, “ressocialização” dentre outros. (AMARAL, 2013, p.42).

4.1 O discurso do direito penal igualitário

De acordo com Zaffaroni (2001), não existe “crise” no sentido de perda de credibilidade do discurso jurídico-penal em relação à operacionalidade do sistema penal, mas sim no sentido de trazer à tona a falácia que é o discurso jurídico-penal, assim ele conclui que a “crise” é “o momento que a falsidade do discursos jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba desconcertando o penalismo da região”.

Zaffaroni (2001, p.26), exemplifica que existem inúmeros de ilícitos que são praticados tais como: abortos, subornos, todas as lesões, todas as ameaças etc. Isso prova que o sistema penal puni indivíduos de acordo com sua classe social ou sua raça, os crimes supracitados têm mais recorrências de suas infrações cometidas por pessoas negras, por causa da seletividade do sistema penal.

4.2 A estigmatização da população negra

A falácia de democracia racial é um discurso de vários Estados modernos, porque é uma forma de esconder a real situação da problemática do racismo, que espelha a falta de interesse por parte de uma elite que não prioriza qualquer pacto de natureza social (FLAUZINA, 2006).

De acordo com a dissertação de Flauzina (2006), a população negra desde os primórdios do Brasil republicano ficou desprovida de amparo estatal e ações de novas

configurações do espaço urbano, a exemplo, a demolição do cortiço cabeça de Porco 1893 e a revolta da vacina 1904. Foi uma combinação letal para essa população, a junção da medicina com a força policial, visto que serviu para segregar e estabelecer de vez o racismo, pois com a justificativa de manutenção da saúde e da ordem social, servindo como um pretexto para aniquilar nas palavras da autora “ racismo passa a ser a condição para o direito de matar”.

A autora declara a forma para denunciar a política genocida:

“Dentro da perspectiva marginal que adotamos, o genocídio assinalado anteriormente está subscrito por essa mesma variável. Entendendo racismo como o fundamento da morte, estão, necessariamente sobre ele assinaladas as bases das políticas de eliminação.” (FLAUZINA, 2006).

A estigmatização do negro se traduz desde as suas primeiras relações sociais como a escola que pode ser um ambiente seletivo tanto quanto o sistema penal, há segregação nesses ambientes (BARATTA, 2018).

4.2.1 Seletividade quantitativa e qualitativa

A seletividade estrutural é relacionada à estrutura do Sistema penal, o qual precisa pautar suas ações dentro da legalidade penal, logo, tem-se a atuação do “sempre” (o sistema penal deve aplicar a norma penal sempre que houver seu descumprimento) e a atuação do “somente”, diz respeito à obediência à norma penal para atuação do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p.21).

Conforme Souza (2016), quando os órgãos executivos criminais deixam de cumprir com a atuação do “sempre” de forma absoluta, essa estrutura será caracterizada como seletiva.

Ainda no mesmo raciocínio da autora, a seletividade dessa estrutura do sistema penal gera uma carência normativa e do controle das atividades de persecução pelas agências que operam esse sistema. A seletividade estrutural promove a discricionariedade dos agentes do sistema que são responsáveis pela seletividade real ou qualitativa. A análise dessa seletividade qualitativa surgiu o aporte teórico que é o pilar dos estudos acerca das teorias do *labeling approach*, da reação social ou de etiquetamento (SOUZA, 2016).

Segundo Baratta (2018), a mudança da forma de se analisar as condutas delituosas com o novo paradigma do *labeling approach*, então, a partir desse momento pode se exercitar a criminologia crítica, por exemplo, analisar a conduta dos autores de práticas delituosas como criminosos de crimes patrimoniais de classes desfavorecidas da sociedade em contraste com crimes de caráter econômico cometido por classes abastadas.

4.3 Casos concretos de seletividade

Um caso bem emblemático é o do assassinato do líder indígena Galdino de Jesus dos Santos, na noite de 20 de abril de 1997 em Brasília-DF, quando cinco jovens de classe média alta, entre eles um menor de idade, atearam fogo em Galdino que estava num ponto de ônibus dormindo. Os criminosos alegaram que foi apenas uma brincadeira, pois eles acharam que se tratava de um mendigo. Assim, em 2001, foram condenados a cumprir pena de 14 anos por crime de homicídio qualificado, e o menor de idade coube as sanções, de acordo com Estatuto da Criança e do Adolescente (MARQUEZ, 2012).

Diante de fato o que foi curioso foi a forma de cumprimento das penas, visto que os apenados todos tiveram regalias dentro da prisão, em razão de serem de classe média alta, tais como, ter a chave de suas celas, banho quente, foram concedidas também autorização para o desempenho de funções em órgãos públicos e, para concluir, conseguiram livramento condicional no ano de 2004 (MARQUEZ, 2012).

Em contrapartida o caso de Rafael Braga Vieira deixa claro a seletividade do sistema penal. Ele morador de rua, negro, cursou até a 5ª série do ensino fundamental e tem 6 irmãos e para ajudar sua mãe na renda familiar, vende restos de produtos que encontra em uma feira de antiguidades e é catador de latinhas na Praça XV de Novembro, na cidade do Rio de Janeiro. Em meio das manifestações de 2013 Rafael foi preso, não fazia parte das manifestações, e nem estava na rota dos manifestantes. No ato de sua prisão estava portando duas garrafas, sendo uma de água sanitária e a outra de desinfetante. Na delegacia, quando os advogados chegaram ele estava algemado pelos pés, aos moldes do Brasil escravocrata (SOUZA e PINHEIRO, 2017).

Rafael foi acusado pelo crime tipificado no artigo 16, parágrafo único, inciso III Lei nº 10.826/03 “possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário

sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, foi alegado que ele portava duas bombas caseiras (coquetel *molotov*), as quais seriam usadas durante a manifestação, foi condenado por cinco anos de reclusão, sendo um exemplo trágico da seletividade do sistema penal (SOUZA e PINHEIRO, 2014).

Outro caso relevante de seletividade foi da empregada doméstica Maria Aparecida Matos, de 24 anos, acusada pelo furto de um xampu e um condicionador, sendo o valor das mercadorias equivalente a R\$ 24,00. Por conta disso Maria foi presa por 11 meses, foi negado a aplicabilidade do princípio da insignificância em razão de ser reincidente, levantando controvérsia acerca da aplicação do determinado princípio. Durante a sua prisão perdeu a visão do olho direito por causa de agressões sofridas por colegas de cela. Posterior a isso foi encaminhada para um hospital de custódia de tratamento psiquiátrico onde ficou por mais um ano, porque surgiu um laudo médico que lhe acusava de não reconhecer a ilegalidade do ato, todavia foi ignorada as agressões sofridas na prisão além de ter cumprido um ano a mais de sua pena, segundo (SOUZA e PINHEIRO, 2014 apud PENTEADO, 2005).

O racismo pode ser gerado de várias formas nas mais diversas sociedades pelo mundo, todavia seus efeitos são os mesmos em qualquer desses lugares. A violência da seletividade institucional sofrida pelos cinco do *Central Park* – forma como são retratados pela imprensa estadunidense – retrata de maneira visceral a estigmatização do negro, pobre e periférico reforçada por uma sociedade exatamente racista e conservadora cultivado de forma perniciosa pelas instituições de justiça com ideias lombrosianos. Foram acusados de terem cometido estupro quatro afroamericanos e um latino, todos menores de idade, na noite do 19 de abril de 1989, contra uma executiva branca de 28 anos que fazia caminhada pelo *Central Park*, em Nova York, sendo condenados a cumprirem entre 7 e 13 anos de prisão. No ano de 2002 tiveram seus destinos mudados completamente, quando o real estuprador confessou o crime. Em 2014, o estado de Nova York compensou os cinco inocentes que foram indenizados com 41 milhões de dólares, conforme site *El País* Brasil, 2019.

4.4 Teoria do etiquetamento

A teoria do *labeling approach* ou teoria da rotulação surge entre as décadas de 1950 e 1960, nos Estados Unidos em decorrência das mudanças no paradigma de estudos criminais sendo fortemente influenciada pela Escola de Chicago. Concomitante surge o

novo paradigma reação social, onde nessa nova forma de estudar criminologia o foco é o controle social e estatal e o sistema penal (BARBOSA, 2017).

Conforme Calhau (2009) expõe que o âmago da questão do etiquetamento é o individuo ser identificado constantemente como criminoso, dificilmente não será. Ainda mais com um sistema penal que o fará assumir o rótulo que a sociedade lhe atribui, em razão da teoria do etiquetamento.

O processo de criminalização primária é uma forma de controle social formal sendo praticado pelo detentor do poder de legislar sobre as normais penais, delimitando quais bens jurídicos serão tutelados e sua respectiva punibilidade, o legislador direciona de forma seletiva e estigmatizante os grupos sociais que farão parte dos futuros criminosos (CAMPOS, 2005).

O processo de criminalização secundário é o realizado quando os agentes da justiça ao aplicarem as normas penais onde se configurou a existência da criminalização primária, a seletividade do sistema penal já entregou para os órgãos de execução penal o individuo estigmatizado, ao passo que o criminoso rotulado previamente pelo controle social informal, geralmente midiático, influi na decisão dos agentes estatais, ora a polícia, ora o juiz. (BARBOSA, 2017).

O processo de criminalização terciária concerne ao individuo que já foi exposto pelo sistema de justiça celetista sendo o ultimo marco de sua criminalização, seu rótulo é reforçado, em virtude do cumprimento da sua punibilidade, geralmente num presídio que intensifica sua marginalização, levando-o a na maioria dos casos ser um reincidente criminal e que atualmente se encontra com seu estigma reforçado pela sua conduta desviante, esse individuo é execrado por todos na sociedade. (BARBOSA, 2017).

O estigma ou rótulo para ser estabelecido não precisa o indivíduo ter necessariamente sofrido com a seletividade dos órgãos do sistema penal, ou mesmo ter cometido algum ilícito penal, pois segundo Becker (2008, p.22).

“(...) os estudiosos do desvio não podem supor que estão lidando com uma categoria homogênea quando estudam pessoas rotuladas de desviantes. Isto é, não podem supor que essas pessoas cometeram realmente um ato desviante ou infringiram alguma regra, porque o processo de rotulação pode não ser infalível; algumas pessoas podem ser rotuladas de desviantes sem ter de fato infringido uma regra (...)”.

Segundo Batista (1990, p.26), o sistema penal brasileiro prevalece a seletividade, repressividade e estigmatização dos indivíduos que se submetem a ele, logo em virtude disso o jurista não poderá levar em conta apenas a letra fria da lei, mas também o real funcionamento dos órgãos de execução.

A seletividade dos órgãos de justiça pode trazer danos irreparáveis para raças discriminadas, tal como sua vulnerabilidade a sofrer violência cultural de modo a desvalorizando suas manifestações culturais e costumes, isso reafirma a legitimação da superioridade branca, sendo espécies de vítimas desses possíveis grupos marginalizados.

Além disso, o controle social realizado por meio da seletividade do sistema de justiça criminal, é um resquício da vigilância realizada desde a época da escravidão, que com a libertação das pessoas negras a forma como foi realizada esse novo controle social em razão da nova forma de governo vigente no contexto do início da república foi se utilizar do direito penal, a fim de manipular essa parcela da população.

A consequência de controle social leva a cabo o fortalecimento do encarceramento como meio de punição dos negros, porém se o intuito é ressocializar o efeito é contrário, pois segundo Goffman (2015), o interno pode sofrer com a mudança cultural em relação ao mundo externo pois ele é privado de vivenciar certas experiências e a não oportunidade de interação com as mudanças sociais ocorridas. Além das instituições totais (GOFFMAN, 2015), define essas instituições como sendo ambientes de controle do indivíduo, pois é total em razão do fechamento que isola o indivíduo das relações ao mundo externo. Quando ceifada sua liberdade há uma espécie de despreparo, caso o interno volte ao mundo externo, prejudicando sua sobrevivência.

O fim da escravidão não veio acompanhada de nenhuma política social que pudesse desenvolver esse novo cidadão brasileiro, que passou a habitar nas zonas periféricas desprovido de qualquer infraestrutura de saneamento básico, segurança, educação, saúde e lazer (GÓES, 2016).

CONCLUSÕES

A importância do estudo da criminologia crítica é fundamental para ser a voz que não se calará para injustiças e violações dos direitos humanos. Segundo Flauzina(2006), o

papel da criminologia reação social é desmistificar e romper o mito de democracia racial, pois esse racismo, uma vez negado, são várias vidas que ele leva consigo. Segundo dados do último Atlas da Violência, a juventude negra é a que mais morre em todo o país na maioria dos estados brasileiros, o que torna essa realidade triste.

Lutar por igualdade é a palavra de ordem, essa voz precisa ser ouvida e fortalecida pelos movimentos antirracistas contra a população afrodescendente. Não se pode tolerar que se perpetue a prática do sistema penal se bifurque e que haja um direito penal apartado do oficial, como bem definido por Castro (2005), nomeado de direito penal subterrâneo.

Essa desigualdade vem da ideia como foi criado no imaginário da população brasileira a imagem do negro delinquente, foi a aproximação de delinquência a uma figura selvagem, a mesma empregada na época da escravidão, considerando o negro como não sendo humano coisificando sua existência. Esse raciocínio levou a operacionalização em larga escala à criminalização dos negros e um exemplo disso foi o aumento da taxa de homicídios sobre os mais vitimados, que foram homens negros e jovens com menos de 30 anos, segundo o Atlas da Violência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

O que deixa a situação mais caótica e alarmante da situação da negritude brasileira é a crescente concentração da renda sendo uma variável diretamente proporcional ao aumento da pobreza, logo, as classes mais débeis da sociedade estão à margem da sociedade, ficando incapazes de exercerem sua cidadania, pois há violências institucionais que impedem esse exercício, dentre elas as cometidas pelo sistema penal.

A teoria do *labeling approach* que tanto foi debatida ao longo do artigo auxilia na investigação de como está sendo dada as relações entre classes, auxilia na deflagração de estatísticas que se faz pertinente para mostrar a sociedade a real situação dos movimentos raciais.

Assim, o presente trabalho tem o objetivo de divulgar e mostrar que a criminologia crítica não tem limites para se formar novos pensamentos críticos em prol de denunciar e fazer seu papel perante a sociedade marcada pela intolerância e falta de humanidade.

Durante a produção desse artigo houve dificuldade de encontrar obras que discutissem a temática da seletividade penal dentro dos sistemas de justiça penal e uma das possíveis razões é o baixo número de pessoas negras ocupantes de cargos dentro deste

sistema, pois há prevalência do branqueamento de funcionários públicos nesses órgãos, que ocasiona esse consequente descaso de se fazer algum tipo de militância na direção de descortinar dados estatísticos das pessoas negras que são criminalizadas no Brasil.

A questão racial precisa ser sistematicamente abordada por meio de produções científicas que apontem o caminho necessário para que os órgãos do sistema penal possam mudar essa visão atual de segregação da população por meio da criminalização de pessoas por sua origem racial, a fim de tornar a sociedade mais justa e igualitária entre todos e frear o genocídio da população negra.

Nunca foi tão atual discutir sobre seletividade no sistema penal, ou melhor, ele já surgiu com a predisposição de ser altamente segregador. Sua atuação função fortaleceu estigmas e criou os rótulos da população mais vulnerável da sociedade, sobretudo o que objeto da pesquisa deste artigo, a população negra pobre e periférica.

A luta pela dignidade e cidadania da população negra não pode cessar em hipótese nenhuma, enquanto a mediocridade estiver fazendo parte de mentes que vilipendiam uma pessoa em razão da cor de sua pele, vozes, sejam públicas ou anônimas, uníssonas em dizer que a vida do negro, da mulher, dos LGBTQI+, das crianças, dos indígenas e todas as minorias importam, sim!

REFERÊNCIAS

ÁTLAS DA VIOLÊNCIA. (orgs) Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de segurança Pública. 2019.

ANDRADE, V. R. P. (1995). *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Revista Sequência, Estudos Jurídicos e Políticos*, Ano 16, 30, 24-36.

_____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (Pensamento criminológico; 19) 1ª reimpressão, março de 2014.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, IBCrim, n. 14, p. 276-287, abr. / jun. 1996.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 6ª edição, outubro de 2011, 5ª reimpressão, 2018.

BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 11ª edição, março de 2007.

BATISTA, V. M. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 2ª edição, julho de 2012, 3ª reimpressão, 2018.

BECKER, H.S. *Estudos de Sociologia do desvio outsiders*. Rio de Janeiro; Zahar, 2008

CAMPOS, E. C. *A Oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Record, 2005

CALHAU, L. B. *Resumo de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CARDOSO, E. *Contra o racismo, pelo direito à vida*. IROHIN, Brasília, ano X, nº12, ago/set 2005, p.2.

CASTRO, L. A. de. *Criminologia da libertação*. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CARNEIRO, S. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo negro, 2011.

CASTRO, N. A. “Trabalho e desigualdades raciais: hipóteses desafiantes e realidades por interpretar”. In: CASTRO, N. A; BARRETO, V. S. (orgs.). Trabalho e desigualdades raciais. São Paulo: Annablume, 1998.

FERRI, H. *Princípios de direito criminal*. Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro estendido no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Brasília, 2006. Google Acadêmico. Acesso em: 25 fev. 2020.

GÓES, L. *A Tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

LOMBROSO, C. *O homem criminoso*. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1887.

https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/08/cultura/1560006653_411013.html. Acesso em: 29 fev. 2020.

<https://nacoesunidas.org/reus-condenados-injustamente-a-morte-deveriam-ser-vistos-como-vitimas-de-tortura-diz-onu/> Acesso em: 13 fev. 2020.

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/cod=12616f69e1fed7ea/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

JAKOBS, G. Direito Penal do inimigo: noções e críticas. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. C. (orgs. e trad.) CALLEGARI, A. L.; GIACOMOLLI, N. J. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017.

LAKATOS, E.M; MARCONI, M.A. *Fundamentos de metodologia científica* 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOLINA, A. G-P de; GOMES, L. F. *Criminologia: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: RT, 2002.

PENTEADO, G. *Acusada de furtar xampu completa 11 meses na prisão*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1204200503.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

SMANIO, G. P. *Criminologia e juizado especial criminal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998

SOUZA, K. R. F. de; PINHEIRO, L. G. B; *A seletividade do sistema penal como instrumento de controle social: uma análise a partir do caso Rafael Braga Vieira*. IN: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB, Criminologia e Política Criminal I. João Pessoa/PB – 05 a 08/11/2014.

WACQUANT, L. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Trad. Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal* (trad.) LAMARÃO, Sérgio. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.